

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

I.S.S N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«El derecho de uso de bienes inmuebles en el Proyecto de Ley. Especial referencia a su ámbito objetivo», por JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO	1817
«Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1849
«La anotación preventiva de querella», por JOSÉ MARTÍN PASTOR	1883
«Planteamientos introductorios a la cofianza», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	1913
«La subrogación real en las hipotecas y en el embargo», por ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA	1949

DICTAMENES Y NOTAS

«Análisis y valoración de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	1981
«Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 18 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», por MARÍA DEL PILAR CÁMARA AGUILA	2003
«El registro de bienes inmuebles en la legislación rumana», por LA REDACCIÓN	2011

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2021
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2029
--	------

II Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2043
B) Resoluciones comentadas, por BASILIO J. AGUIRRE FERNÁNDEZ y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA	2049

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	2087
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL MORATILLA GALÁN y M. ^a DEL CARMEN CORRAL GUÓN	2104
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2167

1. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	2174
---	------

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Property and power in the early middle ages», de WENDY DAVIES y PAUL FOURACRE, por ELENA MARTÍNEZ BARRIOS	2183
«Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación», de Pío CARONI, por ELENA MARTÍNEZ BARRIOS	2184
«Cambio de solar por edificación futura», de MARÍA EUGENIA SERRANO CHAMORRO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2186
«La condición resolutoria. medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos», de CARLOS JAVIER RODRÍGUEZ GARCÍA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2188
«El maestro Castán», de GABRIEL GARCÍA CANTERO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2191
«Temas de derechos humanos en las Cortes españolas de 1810-1813», de JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, por ISABEL MORATILLA GALÁN	2194
«La Ley de Condiciones Generales de la Contratación», de LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, por M. ^a DEL CARMEN CORRAL GUÓN	2203

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN. comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2207
--	------

ESTUDIOS

El derecho de uso de bienes inmuebles en el Proyecto de Ley. Especial referencia a su ámbito objetivo

SUMARIO· 1. INTRODUCCION.—2. ANTECEDENTES HISTORICOS. EL PROYECTO DE LEY SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO —3. LA NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO ESPECIFICO.—4. LA MULTIPROPIEDAD EN EL DERECHO COMPARADO.—5. CONCEPTO Y TERMINOLOGIA.—6 ELEMENTOS DEL DERECHO DE USO. A) SUJETOS. B) OBJETO. C) FORMA.—7 NATURALEZA JURIDICA.—8. EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE BIENES INMUEBLES Y SU COMPATIBILIDAD CON EL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—9. DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES Y DERECHO DE ARRENDAMIENTOS DE BIENES INMUEBLES.—10. FRAUDE DE LEY.—11. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCION

La publicación el 16 de septiembre de 1997 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Proyecto de Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, más conocida como multipropiedad, abre la esperanza de lograr en nuestro país, con considerable retraso, una regulación específica sobre la materia.

El fenómeno de la multipropiedad resulta novedoso, no en cuanto a su antigüedad, por cuanto lleva más de treinta años existiendo en Europa, apareciendo en la España de los setenta, sino por el deseo del legislador de regularlo específicamente. De esta manera nos «homologaremos» a los países de nuestro entorno que cuentan, como veremos, con una legislación *ad hoc* y, por otra parte, cumpliremos con la normativa comunitaria existente en la materia. Este derecho de dudosa naturaleza hasta el proyecto que lo califica

de real, ofrece un producto atrayente al consumidor, superador de los rígidos corsés del derecho dominical y del derecho arrendatario. Sin embargo, si bien la idea es buena, la plasmación jurídica no lo es tanto, tal y como analizaremos en las líneas que siguen.

La multipropiedad, cuyo término ha sido proscrito en este proyecto, ha sido nido de fraude constante, hasta el punto de constituir ésta una de las causas de la necesidad de una regulación específica. El legislador pretende una regulación imperativa, minuciosa y protectora del derecho de aprovechamiento por turnos, objetivo conseguido en este proyecto, pero sin embargo, no ha sabido ofrecer desde el punto de vista económico un producto atrayente. El legislador no ha logrado decantarse por una naturaleza concreta de este derecho. Así, una vez afirmado con rotundidad que es un derecho real limitativo del dominio, admite que determinados contratos de arrendamiento queden sometidos a esta Ley, admitiendo tácitamente la configuración de este derecho como derecho obligacional. Igualmente se observan ciertas deficiencias técnicas, sistemáticas y terminológicas; la regulación conjunta de normas civiles, mercantiles y tributarias, la utilización de términos extraños como «*departamento*» o la falta de modificaciones en otras normas como la Ley Hipotecaria, constituyen un ejemplo de lo manifestado. En todo caso, una correcta regulación pasa necesariamente por la concepción de la multipropiedad como un sistema de vacaciones, como un producto turístico. No en vano desde la Secretaría de Turismo se elaboró un Anteproyecto de Ley.

En estas líneas básicamente nos vamos a centrar en el estudio detenido del artículo 1 referente al ámbito objetivo, núcleo de la visión que el legislador tiene de este derecho. En él se recogen los caracteres generales de la multipropiedad, entre otros; sus elementos y naturaleza.

Esperemos que de una vez el legislador afronte con la seriedad requerida este ámbito de la contratación inmobiliaria, definiendo con claridad la normativa y régimen jurídico aplicable. La experiencia histórica ha sido muy negativa encontrándonos en ocasiones con la necesaria intervención del Derecho Penal, símbolo evidente de la criminalización de negocios que no debían haber traspasado la normativa civil. En todo caso, el tiempo nos dará la respuesta.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS. EL PROYECTO DE LEY SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

La interpretación de toda norma jurídica supone un esfuerzo importante en la determinación de la finalidad perseguida por el legislador. El legislador ha fijado en el propio Código Civil los diferentes criterios interpretativos que

el juzgador debe tener presente en el ejercicio de la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 de la Constitución. Estos criterios, recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, van a ser los siguientes: criterio gramatical, histórico, teleológico, sistemático y sociológico. Precisamente el criterio histórico resulta especialmente esclarecedor, dado los diversos intentos legislativos existentes sobre la materia. Por tanto, resulta necesario para poder comprender lo manifestado en el recientemente aprobado Proyecto de Ley, objeto de comentario de este trabajo, analizar los diferentes intentos jurídicos que sobre la llamada multipropiedad han existido en el Derecho Español.

El primer borrador sobre la multipropiedad data de febrero de 1988, siendo elaborado por la Dirección General de los Registros y el Notariado. En el citado borrador de Anteproyecto se concebía a la multipropiedad como un derecho real de propiedad de una vivienda, compartido por varios copropietarios limitado temporalmente. En 1991, el Diputado señor Pagán Saura defendió una Proposición no de ley de fecha de 17 de septiembre de 1991, que fue secundada por el resto de la Cámara. Pocos meses después se elaboraría un borrador de Anteproyecto de *«Ley de conjuntos inmobiliarios»* de fecha de 18 de diciembre de 1991, elaborada por la Comisión General de Codificación. Por su importancia, dada la influencia del actual proyecto, detengámonos unos instantes.

El Anteproyecto del Ministerio de Justicia abordaba no solamente la problemática de la multipropiedad sino la del sector inmobiliario en general. Por ello, bajo tal rúbrica, se abordaba en primer lugar (Tít. I) las denominadas *Reglas Comunes*. El Título II se destinaba a la regulación de los complejos urbanos, también denominados urbanizaciones o *«propiedad horizontal acostada»*. En el Título III se regulaban los inmuebles sometidos a la Propiedad Horizontal, derogando expresamente la Ley de 21 de julio de 1960. Seguidamente se dedicaba el Título IV a la multipropiedad, configurada como un derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad. El Título V se dedicaba a la comunidad de aprovechamiento por turnos, y finalmente, el Título VI se dedicaba a regular los derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real. El artículo 54 del borrador establecía: *«podrá gravarse con una comunidad de aprovechamiento por turno la propiedad de un edificio entero o de un conjunto de edificios con elementos e instalaciones comunes integrados...»*. Al mismo tiempo se reconocía al adquirente el derecho al disfrute exclusivo de un apartamento o vivienda determinado, pero sin carácter real, tipo *time-sharing*. Decía el artículo 63.1 del borrador: *«los derechos de aprovechamiento por turno de un apartamento o vivienda podrán constituirse sin carácter real, pero sujetándose los contratos en todo caso, a la legislación y jurisdicción española»*.

En este borrador las características fundamentales de la multipropiedad que se mantienen en el actual Proyecto son:

- Puede gravarse con este derecho la propiedad de un edificio entero o de un conjunto de edificios con elementos comunes, integrados al menos por diez apartamentos.
- Es preceptiva escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.
- Existencia de una sociedad de servicios que habrá de adoptar la forma de sociedad anónima o limitada.
- El período anual de aprovechamiento no podrá ser inferior a siete días.

En conclusión se va a concebir un sistema de multipropiedad como un derecho real con evidentes similitudes al proyecto recientemente aprobado.

Simultáneamente, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo había realizado un borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido. En el citado borrador se guardaba un sospechoso silencio sobre la naturaleza de este derecho, lo que a la postre determinaba la admisión de todas las modalidades posibles de constitución de este derecho, ya real, ya obligacional. El artículo 1 determinaba el ámbito objetivo incluyendo en dicho ámbito la multipropiedad. Concretamente decía así: *«La presente Ley será de aplicación a los conjuntos de unidades inmobiliarias o fincas, edificadas o edificables, en los que la propiedad de cada una tiene inherente un derecho de comunidad especial sobre los elementos o derechos inmobiliarios de utilidad común»*

Todos estos intentos de regulación de la multipropiedad eran resultado de la necesidad de regular una figura que en el marco de la Unión Europea había quedado claramente normativizada, unido a la necesidad de evitar los grandes abusos que se habían detectado.

Respecto al Derecho Comunitario, como ya recoge la propia Exposición de Motivos de este Anteproyecto, el Parlamento Europeo tuvo ocasión de pronunciarse el 17 de octubre de 1986 en relación a una propuesta de la Comisión sobre la necesidad de colmar la laguna jurídica existente en materia de multipropiedad. Con anterioridad, la Directiva 85/577, de 20 de diciembre de 1985, concerniente a la protección de los consumidores en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, se había referido tangencialmente a la problemática del denominado *time sharing*. El artículo 5 de la citada Directiva disponía que el consumidor podía revocar su declaración de voluntad sin alegar justa causa, fijándose un plazo de siete días para el ejercicio de tal derecho. Sin embargo, el artículo 6 expresamente, excluía *«los contratos relativos a la construcción, venta y arrendamientos de bienes inmuebles o que tengan por objeto algún otro derecho sobre los mismos»*. La preocupación de las Autoridades Europeas se ha ido cristalizando en diferentes resoluciones, siendo destacables los pronunciamientos del Parlamento Europeo de 13 de octubre de 1988 y 11 de junio de 1991. Precisamente en esta última considera *«con preocupación los abusos y fraudes de los que han*

sido víctimas algunos consumidores de los Estados miembros en la adquisición de derechos en régimen de multipropiedad .. siendo necesaria una regulación del fenómeno de la multipropiedad». Por ello el Consejo de las Comunidades elaboró un Anteproyecto de Proposición de Directiva en 1992 referida a la *Protección de los consumidores en los contratos relativos a la concesión de inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido*. Tal Anteproyecto (1) constaba, amén de un preámbulo, de 17 artículos y un anexo. Su objetivo era evidente manifestado en su artículo 1:

«Proteger los derechos de los adquirentes en los contratos relativos a la concesión de inmuebles, de carácter turístico, en régimen de disfrute a tiempo compartido».

Se exigía la forma escrita del contrato y un contenido mínimo que debía de recoger. Concretamente, el artículo 10 exigía una descripción del apartamento y fijación del período de ocupación con las fechas concretas de ocupación. Posteriormente nacería la Propuesta de Directiva de 24 de julio de 1992 de contenido muy similar. Finalmente, el procedimiento terminaría, previo Dictamen Favorable del Comité Económico y Social con el nacimiento de la **Directiva 94/47, de 26 de octubre de 1994**, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. La Directiva persigue a ultranza la tutela más enérgica del consumidor frente a técnicas agresivas de marketing.

Por consiguiente, la pertenencia de España a la Unión Europea obliga al Estado Español a asumir los objetivos de la Directiva en el marco de nuestro Derecho interno. El proyecto de Ley, objeto de estas líneas, obedece al cumplimiento de esta Directiva.

Una correcta interpretación del texto, en general, y de su ámbito objetivo, en particular, pasa inexcusablemente por un análisis, aún somero, del texto recientemente aprobado por los órganos legislativos. Reproduzcamos a continuación la estructura del Proyecto de Ley para pasar posteriormente a tenernos en los aspectos más sobresalientes:

- * Exposición de Motivos (consta de ocho apartados).
- * Título I, «normas civiles y mercantiles». Se divide a su vez en los siguientes capítulos:

Capítulo I, «Disposiciones generales» (arts. 1 a 3).

Capítulo II, «Régimen jurídico». A su vez se divide en dos secciones:

(1) Publicado en *Actualidad Civil-Legislación*. Editorial La Ley. Madrid, 1992, págs. 1572 a 1577 Ref. 394/92

Sección I, «Constitución» (arts. 4 a 7).

Sección II, «Condiciones de promoción y transmisión» (arts. 8 a 14).

Capítulo III, «Prestación de servicios» (arts. 16 a 19).

* Título II, «Normas tributarias» (arts. 20 a 24).

* El Proyecto de Ley se cierra con dos Disposiciones Adicionales, otras dos Disposiciones Transitorias y tres Disposiciones Finales.

Comenzando por la última Disposición Final, se establece que la Ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Como se observa, no se ha previsto un plazo especial de *vacatio legis*, lo que resulta sorprendente, dado el carácter conflictivo y novedoso de la regulación. Por contra, sí resulta muy llamativa la larga Exposición de Motivos, cuya extensión es casi un 35 por 100 de la extensión total del texto. Esta prolija Exposición se justifica por la necesidad de explicar, de una manera diáfana, el nuevo texto. Desde el punto de vista sistemático, además de lo anterior, hay que denunciar la incorrecta colocación de la normativa tributaria que, aunque en la Exposición de Motivos se justifica su presencia, no parece oportuno haberla recogido en la parte dispositiva de la Ley.

De todo el texto es de destacar el Capítulo I, donde básicamente se configuran las notas características de este derecho real de nuevo cuño. Así se determina su ámbito objetivo, artículo 1, límites y consecuencias del incumplimiento, artículo 2, y duración, artículo 3. Nucleo rector que se desarrolla en los artículos que le siguen. También resultan de sumo interés el artículo 14, referido a la publicidad registral, y el artículo 10, regulador de las causas de desistimiento y resolución del contrato.

3 LA NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO ESPECIFICO

La necesidad de regulación ya había sido advertida desde hace algunas décadas en nuestro país. Los abusos detectados, algunos de ellos de naturaleza penal, habían advertido de la necesidad de una pronta y completa regulación. Sin ir más lejos, el Excmo. Señor Fiscal General del Estado, Herrero Tejedor, advertía de tal problemática mediante Circular de 1 de diciembre de 1965, de la Fiscalía General del Estado —véase Memoria de 1966, págs. 171 a 179—. Más recientemente, se recogía nuevamente la necesidad de regulación en la Memoria de 1987. El Fiscal entonces de Las Palmas, señor Portero, realizaba un estudio de la materia, páginas 230 a 235, y señalaba: «...en el campo penal, el "time sharing" abre sus puertas a las más diversas figuras penales de carácter defraudatorio. La percepción de cantidades anticipadas sin exigencia real del objeto o por cesión del mismo en condiciones que

hagan imposible un racional disfrute, la doble venta del mismo disfrute, los gravámenes ocultos, el encarecimiento respecto a los precios normales de venta en el mercado inmobiliario que supone la suma del conjunto de precios de adquisición comparado con el que, para un bien de similares características, ostenta la adquisición única y no compartida y lo que ello implica de alteración en el precio de las cosas, posibles falsedades, constituyen todo un repertorio de problemas al que nos ha de someter esta nueva y expansiva modalidad que atenaza al mercado inmobiliario».

El Preámbulo del proyecto habla de *abusos*. La doctrina se ha ocupado de estudiar esta problemática y de buscar en el ordenamiento jurídico los mecanismos de protección del adquirente del derecho de multipropiedad. Como vamos a ver, tales mecanismos resultan insuficientes, y prueba de ello es la necesidad de dotarse de un marco específico. Ha habido demasiados consumidores defraudados e inducidos a error por el uso de técnicas de publicidad agresiva. Se busca al potencial cliente, se le invita unos días a disfrutar de un magnífico apartamento y antes que se haya dado cuenta habrá firmado el contrato de adhesión que supuestamente le garantiza lo ofertado.

De entrada, el término multipropiedad induce a error, dado que en muchos casos, del contrato firmado no surge un derecho de tal naturaleza, sino que lo que nace es un mero derecho personal similar al de convertirse en miembro de un club y que sólo confiere la posibilidad de utilizar un apartamento determinados días al año. A veces, el incauto contratante sólo adquiere el derecho de uso de un determinado número de semanas, desconociendo las fechas concretas de disfrute de su derecho. También suele ser muy habitual exigir posteriormente cantidades adicionales como gastos por uso del complejo turístico —piscina, pista de tenis, etc.— que la parte creía tener cubierta por el precio satisfecho. Todas estas situaciones, ante la falta de una normativa específica, se han tratado de combatir a través de los mecanismos que el Derecho Privado nos ofrecía. Y concretamente:

a) A través del Código Civil. Básicamente dos mecanismos:

- Aplicando el artículo 1.288 del Código Civil en sede de reglas de interpretación de los contratos —arts. 1.281 a 1.289—. El mencionado precepto establece *«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad»*. Es la denominada *regla de interpretación contra proferentem*. Regla que se fundamenta en la necesidad de preservar la buena fe contractual. Resulta obvio que los contratos mayoritariamente de adhesión que le presentan al adquirente de este derecho están plagados de cláusulas oscuras que en modo alguno han de favorecer a quien precisamente las ha colocado.

— A través de los mecanismos de nulidad de los contratos regulados en los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil. Este tipo de contratos pueden detectar una inconcreción en el objeto de contrato. El artículo 1.261.2 del Código Civil establece que no hay contrato cuando no haya objeto cierto que sea materia del mismo. En estos contratos a veces no se identifica la vivienda o departamento sobre la que recae la relación contractual. Igualmente puede atacarse estos contratos alegando haber sufrido algún vicio que anule el consentimiento prestado por la parte —véase error—. Incluso puede afirmarse la existencia de causa ilícita al tratarse de un negocio civil criminalizado. Pero todos estos casos plantean una dificultad probatoria evidente. El *onus probandi*, al recaer sobre la parte que los alegue, hace prácticamente imposible obtener una sentencia favorable a los intereses procesales del actor.

b) A través de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El objetivo de la mencionada ley es la protección de los consumidores y usuarios, entendiendo por tales «*las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*» (art. 1.2.º). Por tanto, esta Ley, por su ámbito objetivo, puede tutelar las relaciones contractuales dimanantes del fenómeno de la multipropiedad. La ley, igualmente, establece en su artículo 2.d) el derecho a una información correcta. El artículo 8 lo desarrolla señalando que el consumidor tiene que tener la garantía de que el producto ofertado y la realidad son coincidentes, en cuanto a naturaleza del producto o servicio, características, condiciones, utilidad o finalidad. La falta de información o una información inveraz han constituido en muchos casos *el pan de cada día* de este ámbito de la contratación. Por ello no nos debemos de extrañar que el Proyecto de Ley regule de una manera detallada el contenido del contrato, y que el artículo 8 imponga de manera imperativa la necesidad de editar un documento informativo en el que se haga constar la necesaria información para que el posible adquirente sepa perfectamente qué es lo que está adquiriendo y cuáles van a ser sus obligaciones y derechos.

MORENO QUESADA (2) ha puesto de manifiesto los mecanismos de protección de la mencionada ley, que básicamente podemos sistematizar del si-

(2) MORENO QUESADA, BERNARDO, «La protección de consumidores y usuarios al contratar» Publicado en *Actualidad Civil*, núm. 4, semana 25, 31 de enero de 1988, Madrid, págs. 201-212.

guiente modo; por un lado, el establecimiento con carácter general de las denominadas cláusulas abusivas, entendiendo por tales aquéllas que perjudican de una manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, y de otro, a las que comportan en el contrato una posición de desequilibrio evidente entre las partes, en manifiesto perjuicio de los intereses del consumidor o usuario [art. 10.1.c)].

Por otra parte, la ley fija con carácter de *númerus apertus* y a título meramente enumerativo, una serie de cláusulas que *per se* y por ministerio de la ley se declaran abusivas. Claramente relacionado con los abusos en materia de multipropiedad podemos citar la cláusula contenida en el artículo 10.7 *in fine*, que declara como tal la exigencia del coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente (por ejemplo, gastos de comunidad).

Sin embargo los mecanismos civiles previstos han resultado totalmente ineficaces. Así lo ha certificado la doctrina: TORRES LANA (3) pone de manifiesto que la Ley de Consumidores resulta insuficiente por la dispersión de objetivos y por sus numerosas deficiencias técnicas, hasta el punto que la por entonces Audiencia Territorial de Palma de Mallorca se pronunció en Sentencia 30 de noviembre de 1984 sobre la inaplicabilidad de la Ley hasta tanto no se desarrollase reglamentariamente, aunque admitiese la validez de su alegación «*como expresión de una realidad social*». De la misma opinión es MORENO QUESADA.

Desde la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGPU), se ha querido ofrecer un asidero a la protección de este derecho con idéntico resultado. La publicidad ha jugado un destacado papel en este campo. El fenómeno de la multipropiedad ha estado íntimamente ligado a una serie de técnicas de marketing agresivas que han rayado el ilícito civil. Siguiendo a CARTAGENA PASTOR (4), el artículo 2 de la Ley entiende por publicidad toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Podrá haber responsabilidad civil, incluso penal, cuando se trate, por ejemplo, de publicidad ilícita [art. 3.a) de la LGPU] o publicidad desleal (art. 6 LGPU). La protección de este ámbito de la multipropiedad se ha realizado

(3) TORRES LANA, JOSÉ ÁNGEL, «Derecho civil y protección de los consumidores», en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 4. Publicado por Editorial Fontalba. Barcelona. 1994. págs. 4 a 15

(4) CARTAGENA PASTOR, FAUSTO, «Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa». Publicado en *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal por la Universidad Complutense. Tomo II. Madrid, 1997, págs. 387-428

al considerar que la publicidad sobre este producto ha sido una publicidad engañosa. El artículo 4 LGPU define la publicidad engañosa como «*publicidad engañosa es la que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor*». Un concepto similar se contenía en la Directiva 84/450. Resulta evidente que en este ámbito se ha inducido a error en multitud de ocasiones. La respuesta vendrá dada por la acción de cesación y rectificación de publicidad ilegal. Lamentablemente tales acciones civiles no acarrearán por añadidura la nulidad de los contratos celebrados, salvo que se pruebe la existencia de un vicio del consentimiento.

Pero no solamente es necesaria esta regulación iusprivatista específica, también resulta necesaria un adecuado tratamiento fiscal. Queda acreditado que la proliferación de esta figura ha generado pingües beneficios que han escapado del Fisco. El proyecto también aborda el tratamiento tributario, en que por obvias razones no vamos a entrar. Simplemente denunciaremos la inadecuada ubicación de esta normativa ius publicista en un cuerpo normativo privado.

4. LA MULTIPROPIEDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Una correcta interpretación de esta figura en Derecho español pasa inexcusablemente por un análisis, aunque sea somero, de las diversas legislaciones existentes en la materia. La pertenencia de España a la Unión Europea determina que la legislación de nuestro país esté sometida a un continuo pero progresivo proceso de armonización normativa. Precisamente este Proyecto obedece a la necesidad de cumplir la Directiva comunitaria 94/47. A continuación vamos a analizar siguiendo fundamentalmente a MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (5) cada uno de los modelos de multipropiedad. Comenzaremos por el modelo inglés.

El modelo inglés. Resulta curioso que siendo los súbditos británicos los principales clientes de este producto turístico, sin embargo los complejos de multipropiedad no abundan en este país. La legislación del Reino Unido configura el derecho de multipropiedad como un derecho societario en donde los inmuebles pertenecen a sociedades inmobiliarias. Las acciones de estas compañías se ceden a la figura inglesa denominada «*trustee*», equivalente a un administrador fiduciario. Este administrador es un poseedor ajeno, que va a poseer en beneficio de los multipropietarios que van a constituir un club.

(5) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, LUIS. *La multipropiedad inmobiliaria*. Editorial Reus, S. A., Madrid, 1989

La principal obligación del *trustee* es cumplir con lo establecido en su nombramiento, que es básicamente velar y preservar la propiedad que como fiduciario se le ha confiado. El club se suele constituir por los miembros fundadores; uno suele ser la sociedad administradora de la multipropiedad (*management company*) y otros los propios socios. El objeto del club será asegurar el derecho de los multipropietarios a disfrutar de los derechos de una villa o apartamento. El club, a su vez, puede enajenar el derecho de multipropiedad. Los compradores de esos derechos se denominarán socios multipropietarios y el club les entregará un certificado denominado *membership certificate*. Estos títulos serán nominativos y se les reconocerá a su titular un derecho al *weekly period*. Este derecho de multipropietario es transmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Respecto al **modelo francés**, se encuentra regulado en la Ley 86/18, de 6 de enero. Regula el tiempo compartido, a base de sociedades cuyo fin es atribuir a sus socios el derecho de uso y disfrute de un mismo inmueble de tal forma que éstos usan de él por turnos en los períodos fijados en la escritura de constitución y en el contrato de compra de cada acción con periodicidad anual. La normativa francesa presenta pues, las siguientes características: el artículo 1 excluye expresamente la atribución en propiedad, prohibiéndose todo tipo de publicidad en la que se utilice expresiones referentes a la propiedad o que incluyan el término propietario para calificar la cualidad del asociado. Dicho esto, resulta evidente que se opta por un sistema societario y que se niega la naturaleza real de este derecho. Así se desprende no sólo de este artículo 1 sino también del artículo 33. El objeto de la sociedad no solamente va a quedar delimitado en el ofrecimiento del uso de un inmueble, sino que también podrá extenderse a la prestación de servicios, al funcionamiento de los equipamientos colectivos necesarios para la vivienda o el inmueble, y de aquéllos que están directamente unidos al mismo conforme a su destino. También es característica de este modelo societario que la suscripción o cesión de participaciones no solamente podrá hacerse en documento público, sino también en documento privado, lo que acarreará la imposibilidad de acceso al Registro.

Finalmente, el **modelo italiano** concibe la multipropiedad, también como una sociedad, en donde es la propia sociedad la titular del inmueble. La sociedad emite acciones donde se confiere, junto a los derechos ordinarios, el derecho especial de usar gratuitamente una parte del inmueble en los términos y condiciones estipuladas en el título. Igualmente, es posible que el derecho de uso no aparezca en la acción sino en otros títulos denominados bonos de disfrute que conferirán al multipropietario el derecho a ocupar el inmueble durante un período determinado.

Pero aparte de estos modelos es interesante referirnos a la **normativa griega** donde se concibe a la multipropiedad como un derecho personal con

notas muy próximas al derecho arrendaticio. En Grecia la Ley 1652, de 30 de octubre de 1986, y la Orden de 15 de diciembre de 1987 configuran este derecho como multinquililato, con una duración máxima de sesenta años. El arrendatario, a cambio de una renta, tiene derecho a usar durante un tiempo especificado anualmente el uso del alojamiento turístico con los servicios pactados. Se observa, como en el proyecto español, una preocupación evidente por proteger al consumidor de este derecho.

Finalmente, resulta por la proximidad geográfica la **normativa portuguesa**. El Decreto-Ley 355/81, de 31 de diciembre, modificado por Decreto de 4 de octubre de 1984 y completado por Decreto-Ley 130/89, de 18 de abril, admiten que el derecho de uso pueda ser concebido como derecho real o un derecho obligacional.

5. CONCEPTO Y TERMINOLOGIA

Es en el párrafo primero donde el legislador recoge una definición de este derecho. A diferencia de otras ocasiones en donde se dedica *ex professo* un artículo a dar una definición, rubricándose en tal sentido, el legislador ha preferido en esta ocasión hacerlo dentro del ámbito objetivo. Para una mejor comprensión, procedemos a continuación a reproducir el mencionado apartado:

«El derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un departamento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente con el mobiliario adecuado al efecto. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del departamento ni del mobiliario».

Como vemos, se trata de una definición de carácter descriptivo. La nota característica de este derecho es la facultad de disfrutar de un alojamiento durante un período determinado cada año. Esta facultad, que posteriormente se calificará de derecho real, va a constituir el nudo gordiano de toda la regulación. Sobre el objeto no vamos a hacer ahora comentario alguno, dado que será analizado minuciosamente en el apartado de los elementos de este derecho.

La facultad de disfrutar aparece en el propio artículo 1 acompañada de una serie de limitaciones. Por una parte, en el último inciso de este apartado se aclara, ya que la facultad de disfrute no comprende las alteraciones del departamento ni de su mobiliario. Por alterar, y su resultado alteración, a falta evidentemente de una jurisprudencia interpretativa de estas expresiones, deberemos entender un concepto similar al utilizado por la legislación y juris-

prudencia existente tanto en materia de arrendamientos como de propiedad horizontal. Esto es, la alteración habrá de ser sustancial, de tal modo que haga irreconocible el objeto.

La facultad de disfrutar aparece acompañada de la nota de exclusividad. Gracias a ella, la multipropiedad, o en la terminología de nuevo cuño, derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, se diferencia de la comunidad romana por cuanto no es posible que varios sujetos disfruten de un mismo bien de manera simultánea. Precisamente, la Ley introduce el término «*turno*», que es consecuencia lógica del carácter exclusivo de este derecho. Junto a esta nota, habría que añadir, por último, el elemento temporal. La facultad de disfrute tiene que residenciarse en un período específico de cada año. El apartado tercero nos aclara que el período anual no podrá ser, en ningún caso, inferior a siete días seguidos. Igualmente, que los turnos deberán tener la misma duración. Por último, deberá reservarse un período destinado a que las sociedades de servicios garanticen las reparaciones, limpieza u otros actos de naturaleza similar, necesarios para el adecuado mantenimiento del inmueble.

Los límites temporales previstos en este apartado tercero no deben confundirse con el plazo de duración del régimen previsto en el artículo 3 (quince a treinta años).

En conclusión, el legislador ha pretendido, aún sin perseguirlo específicamente, dar una definición del concepto multipropiedad. Curiosamente, en la Exposición de Motivos, en sus primeras líneas, se define a la multipropiedad del siguiente modo:

«Todas aquellas fórmulas por las que se transmite el derecho a disfrutar de un departamento durante un período determinado cada año».

Se echa en falta haber dado en el texto dispositivo una definición en la cual se hubiera recogido la naturaleza de este derecho.

Respecto a la **terminología** existe una obsesión terminológica en prohibir el término multipropiedad. Tal prohibición señalada aparece recogida en este apartado cuarto. El fundamento lo podemos encontrar en la mala experiencia histórica, tal y como hemos visto. El término multipropiedad induce a error, por cuanto el titular de este derecho se cree que es un auténtico titular dominical cuando realmente no lo es. El Preámbulo del Proyecto de Ley nos recuerda en sus primeras líneas que estamos ante un término impropio. Sin embargo esta prohibición resulta novedosa. En Derecho Comparado se han utilizado diversas expresiones, como recoge FUENTES LOJO (6). En Francia se

(6) FUENTES LOJO, JUAN V., «Propiedad horizontal y figuras afines» Publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial* por el Consejo General del Poder Judicial, núm. XIV, 1992, Madrid, págs. 755 a 766.

utilizan las expresiones «*multipropiete*», «*propiete-vacances*» o «*propiete a temps partagé*». En Alemania «*Teilzeitigentum*», literalmente, propiedad de tiempo por partes. En Italia «*propieta turnaria*». En Portugal «*direito de habitação periodica*». Y, por último, en Estados Unidos o Reino Unido, como hemos visto, «*time-sharing*».

Si acudimos a los antecedentes históricos inmediatos, sí que se utiliza el término multipropiedad. Precisamente, el artículo 51 del borrador del Anteproyecto del Ministerio de Industria utilizaba el término multipropiedad. Es más, el Título IV se rubricaba «De la multipropiedad».

En el ámbito comunitario se ha preferido evitar tal denominación. El Preámbulo dedica su atención en la justificación de tal medida. Admite un hecho incontestable; con el término multipropiedad sabíamos perfectamente a qué nos estábamos refiriendo. Pero precisamente el hecho de englobar un variopinto número de contratos induce a error. También se ha rechazado la expresión «*tiempo compartido*». Tal expresión no es más que una traducción de la expresión anglosajona «*time sharing*». El objeto no es el tiempo, como parece sugerir la expresión. El objeto es un inmueble cuyo aprovechamiento se organiza a través de turnos.

6. ELEMENTOS DEL DERECHO DE USO

A) SUJETOS

Dentro de esta categoría tenemos que distinguir la existencia de tres sujetos intervinientes: sujeto adquirente, sujeto transmitente y sociedades de servicios. Comentemos cada uno de ellos.

Respecto al *sujeto adquirente*, va a ser aquel sujeto que adquiera el derecho de uso, por tanto, obtenga el derecho de disfrutar del conjunto de facultades dimanantes del mismo. Tradicionalmente se le había denominado multipropietario, expresión que, evidentemente, no utiliza el Proyecto de Ley al haber prohibido expresamente la utilización del término multipropiedad o similares.

Por otro lado, estará el *transmitente* que será el propietario o promotor que transmite el derecho de aprovechamiento por turnos. Este sujeto podrá ser una persona física o jurídica que participa profesionalmente en la transmisión o comercialización de este derecho. El Proyecto pretende garantizar una adecuada tutela de la parte más débil, que sería el adquirente, y es por ello por lo que al sujeto transmitente le impone una serie de cargas y deberes de inexcusable cumplimiento. En este sentido, resultan interesantes los artículos 8 y 9 del citado Proyecto de Ley. Si bien el propio artículo 1.4 *in fine* le reconoce que podrán disponer libremente de su derecho de propiedad con arreglo a las normas de Derecho privado.

Finalmente, el Proyecto de Ley regula a las denominadas *sociedades de servicios*. Esta figura no es desconocida, pues el borrador de Anteproyecto del Ministerio de Justicia, ya la recogía. Los artículos 16 y siguientes del Proyecto (Cap. III) fijan de una manera minuciosa el régimen de estas sociedades de servicios. Así, las sociedades de servicios han de revestir necesariamente la forma de anónima o de responsabilidad limitada, y tener su domicilio en España (art. 16.1). Las obligaciones de esta sociedad vienen reguladas en el artículo 17, fijando en su apartado primero la obligación genérica de mantener los departamentos en condiciones adecuadas para su utilización y determinando específicamente en su apartado segundo, cada una de las obligaciones en concreto asumidas por este sujeto interviniente.

B) OBJETO

Del artículo 1 se desprende fundamentalmente que el derecho de aprovechamiento ha de recaer sobre un bien inmueble, y más en concreto, sobre una vivienda, quedando excluidos cualquier habitáculo que no pueda servir como tal porque no pueda ser objeto de morada. A esta conclusión se llega tras una lectura del Preámbulo donde expresamente se indica que quedan excluidos los locales de negocio, entendiendo por tales aquéllos que no puedan obtener la correspondiente cédula de habitabilidad. La cédula de habitabilidad es el acto administrativo emanado por la Administración Local, que pone de manifiesto que un lugar concreto puede ser usado como vivienda, al tener reconocidos, entre otros servicios, los suministros de luz y agua, y estar dotado de alcantarillado. Igualmente, tenemos que tener presente que la posibilidad de utilización de un edificio para tal fin está íntimamente ligado con la calificación urbanística que tal finca haya merecido; si la edificación es ilegal, no obtendrá, obviamente, la denominada cédula de habitabilidad. Aún siendo el edificio adecuado a las normas de planeamiento, debemos asegurarnos que el uso urbanístico es el correspondiente a vivienda, dado que el edificio puede estar destinado a otros usos (industriales o terciarios, entre otros).

El proyecto insiste en la necesidad de que el habitáculo tenga su propia identidad, rechazándose pues lugares que puedan constituir dependencias de una finca principal (*ad exemplum*, garajes o trasteros). Esta nota ya se recogió en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993, única sobre la materia. La Resolución anuda a esta característica la nota de viabilidad económica, íntimamente relacionada con aquélla. Dice la resolución: «El requisito de la viabilidad económica tiene asimismo especial significación en la figura de la multipropiedad. Este requisito es también exigido tratándose de la constitución de un edificio en régi-

men de propiedad horizontal, pues para que puedan constituirse los pisos o locales de un edificio como unidades jurídicas independientes se exige que *“sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o la vía pública”* (cfr. arts. 396 del Código Civil y 3 LPH)».

El Proyecto utiliza el término francés de «departamento», término con el que se quiere denominar todo habitáculo susceptible de ser utilizado como alojamiento. Por tanto, el régimen de aprovechamiento por turnos sólo podrá recaer sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado. Si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española (DRAE, S.V. 21.^a edición, 1992) nos define el término «departamento» como: *«del francés departement. 1. Cada una de las partes en que se divide un terreno cualquiera, un edificio, un vehículo, una caja, etc. 2. Ministerio o ramo de la Administración Pública. 3. Distrito a que se extiende la jurisdicción o mando de un Capitán General de Marina. 4. En las Universidades, unidad de docencia e investigación, formada por una o varias cátedras de materias afines. 5. Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, México, Perú y Uruguay, apartamento. 6. En algunos países de América, provincia, división de un territorio sujeta a una autoridad administrativa»*.

El apartado segundo del artículo 1 exige que el número de los departamentos independientes sea, al menos, no inferior a diez. Si bien se permite que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, simultáneamente, a una explotación hotelera y el resto a un régimen de aprovechamientos por turnos, siempre y cuando, evidentemente, se determine qué departamentos están sometidos a un régimen y cuáles al otro. La posibilidad de simultanear ambos regímenes se justifica en la patente similitud de ambas actividades. La necesidad de individualización del apartamento o el galicismo departamento, si se prefiere, se determina por la necesidad de individualizar y precisar el objeto del derecho real y asociar su uso exclusivo a cada titular.

C) FORMA

Frente al principio general de libertad de forma, proclamado en el artículo 1.278 del Código Civil, el derecho de aprovechamiento ha de nacer necesariamente de escritura pública. Sin embargo, no basta con que el acuerdo conste por escrito, sino que es totalmete necesario que se inscriba en el Registro de la Propiedad. Respecto al contenido de la escritura reguladora, consta regulado en el artículo 5 donde se recoge el contenido mínimo de la misma. Respecto a la inscripción en el Registro, cuyo régimen viene recogido en el artículo 6, resulta novedoso frente a la regla general exis-

tente en derecho Hipotecario Español. La transmisión, creación, extinción o cualesquiera otras vicisitudes que sufra un derecho real, no requiere para su existencia, la inscripción en el Registro de la Propiedad, esto es, la inscripción como regla general tiene carácter traslativo, que no constitutivo, del derecho. Las únicas excepciones admisibles hasta la fecha son los derechos reales de garantía de prenda, con o sin desplazamiento posesorio, y de hipoteca, mobiliaria e inmobiliaria. Igualmente, si concebimos el derecho de aprovechamiento como un derecho arrendaticio, a tenor de lo dispuesto en el apartado sexto del artículo 1 del Proyecto, tampoco se exige por la legislación arrendaticia la inscripción de los contratos locativos para la existencia del derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el número cinco del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, que permite, voluntariamente, el acceso al Registro de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

La justificación de esta forma *ad solemnitatem* radica nuevamente en la necesidad de protección del adquirente de este derecho. El artículo 14 es claro al respecto cuando su apartado tercero dice del siguiente tenor: *«El Notario no autorizará la escritura ni el Registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones exigidas por el artículo 9»*.

7. NATURALEZA JURIDICA

El Proyecto de Ley aborda esta peculiar cuestión en el apartado 4.º del artículo 1. Para una mayor comodidad reproduzcámoslo:

«El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles sólo puede constituirse como derecho real limitado y habrá de sujetarse a lo dispuesto en esta Ley, en ningún caso podrá vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad.

Cada uno de los derechos reales de aprovechamiento gravará, en conjunto, la total propiedad del departamento o del inmueble, según esté previamente constituida o no una propiedad horizontal sobre el mismo. La reunión de un derecho real de aprovechamiento y la propiedad, o una cuota de ella no implicará extinción del derecho real limitado, que subsistirá durante toda la vida del régimen.

El propietario de un inmueble, sin perjuicio de las limitaciones que resultan del régimen y de las facultades de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno, podrá disponer libremente de su derecho con arreglo a las normas de Derecho privado».

Comencemos con la naturaleza jurídica de este derecho de aprovechamiento. O'CALLAGHAN MUÑOZ (7), con una cierta ironía, manifiesta que parte de la doctrina, cuando ha definido la multipropiedad, ha obviado cualquier referencia a su naturaleza. El legislador español en anteriores proyectos legislativos tuvo idéntico pecado. Así, el artículo 1.1 del borrador de Anteproyecto de la Secretaría General de Turismo definía el contrato de tiempo compartido sin alusión alguna a la naturaleza jurídica de este derecho. Tampoco el Anteproyecto de Proposición de Directiva de 1992, ni la Propuesta de Directiva de 24 de julio de 1992 se pronunciaban sobre tal peliagudo asunto. La multipropiedad es un derecho de posesión de un inmueble durante un período de tiempo, ¿pero en virtud de qué derecho? Su posesión puede estar fundada en un derecho personal, como el arrendamiento, o incluso precario. Igualmente puede estar fundada en un derecho real de propiedad, usufructo o habitación. Los escasos pronunciamientos de los Tribunales parecen apuntar como el proyecto a conceptualizar este derecho de uso como un derecho real. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de mayo de 1994 (Ref. 94/7507 EDE) confirma lo manifestado en su Fundamento de Derecho Segundo: «La multipropiedad es un tipo de propiedad *pro diviso* que recae sobre un determinado inmueble con multiplicidad de sujetos, con una especialidad que le confiere autonomía propia, consistente en que la distribución de las facultades inherentes al dominio se produce por períodos de tiempo o turnos preestablecidos».

VILLAGÓMEZ RODIL (8) comparte las consideraciones de su colega cuando afirma: «No resulta fácil enmarcar conceptual y definitivamente este moderno fenómeno inmobiliario, y más arduo es hacerlo en forma satisfactoriamente unitaria».

Para el resto de la doctrina la «multipropiedad» no se ha configurado en España como un derecho real: LUZÓN CÁNOVAS (9) considera que no existe verdadera propiedad sino un mero derecho personal similar al de convertirse en miembro de un club y que sólo confiere la posibilidad de utilizar un apartamento, pero eso no significa que uno sea propietario o copropietario.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO considera que la multipropiedad puede ser concebida como un tipo societario y como derecho de propiedad dividida. Dentro del primer tipo, este autor incluye el modelo inglés, el francés y el italiano, y dentro del segundo el modelo germánico.

(7) O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «La multipropiedad». Publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, 1992, Madrid, págs. 245 a 270.

(8) VILLAGÓMEZ RODIL, ALFONSO, «Multipropiedad». Publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. IX, 1994, Madrid, págs. 359-441.

(9) LUZÓN CÁNOVAS, ALEJANDRO, «Publicidad y técnicas de venta en la multipropiedad. La protección del adquirente». *Poder Judicial*, núm. 30 Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, págs. 65-73.

O'CALLAGHAN MUÑOZ determina que el derecho de usar un apartamento por un período de tiempo admite diferentes soluciones. Una primera solución es configurar el derecho de uso como un derecho obligacional. El legislador español, en este proyecto, *prime facie* ha rechazado tal hipótesis por cuanto considera que la configuración como derecho personal va a acarrear importantes inconvenientes para el usuario. En la actualidad y mientras no entre en vigor este proyecto, observamos que la multipropiedad, y pese a su propia denominación, viene a concebirse en la mayoría de los casos como un derecho personal. Se han distinguido tres modalidades: una **primera modalidad** sería aquel contrato en virtud del cual una persona propietaria del inmueble ofrece, a potenciales consumidores, un derecho de uso periódico de un apartamento. Suele ser habitual que existiendo una explotación hostelera, ésta se reconvierta y se adapte a esta fórmula jurídica. Tampoco es raro un sistema mixto en donde una parte del hotel siga como tal y otra ofrezca el denominado producto comercial multipropiedad, cediendo el derecho de estancia anual en un determinado tipo de alojamiento a lo largo de un período de tiempo determinado. Este es el sistema que sigue la legislación griega, como hemos visto anteriormente, concibiendo este derecho como un derecho arrendaticio de una duración entre cinco y sesenta años. Una **segunda modalidad** de multipropiedad como derecho personal sería aquel contrato en virtud del cual unos propietarios son titulares en copropiedad ordinaria de un determinado inmueble, pactando entre ellos el uso del mismo de forma fraccionada a lo largo del año. El inconveniente de esta segunda modalidad es que tal acuerdo no es obstáculo a la acción de división inherente a toda comunidad ordinaria. Finalmente, y como **tercera modalidad**, el derecho de multipropiedad puede configurarse como un derecho societario.

Comencemos analizando la multipropiedad como *tipo societario*. En este sistema el inmueble pertenece a una persona jurídica. Por tanto, esta persona jurídica adopta la forma de sociedad, dividiendo su capital en acciones y atribuyendo al socio un determinado número de acciones. La acción, con sus derechos que le son inherentes, posee otro singular: derecho de disfrute del inmueble. Este tipo de sociedades rompen los moldes clásicos del derecho societario, ya que una de sus características es el no reparto de beneficios, quebrantando así una de las sacrosantas normas del derecho societario mercantil. En este sentido, se asemeja más a una fundación. Por otra parte, la acción impone la obligación de aportar sumas de dinero para la administración del inmueble, con independencia de la existencia de pérdidas sociales. Junto a estos problemas se plantean otros de difícil solución; el socio tiene derecho a usar un patrimonio que no le pertenece, tal derecho de uso es para satisfacer necesidades personales, lo que quiebra, igualmente, otra de las reglas fundamentales de esta materia: la obligación del socio de perseguir el interés de la sociedad y no el propio.

Dejando al margen estas consideraciones, debemos de analizar las características del derecho del socio multipropietario. La relación jurídica que vincula al socio y a la sociedad no es de naturaleza real sino de naturaleza obligacional. La diferencia básica estriba en que a diferencia del propietario que tiene un poder inmediato sobre la cosa, el titular de un derecho de crédito tiene un poder mediato. En este caso, la sociedad garantiza el disfrute del inmueble, inmueble que como hemos dicho anteriormente pertenece a la sociedad. En este aspecto, la posición del socio guarda cierta semejanza con la posición del arrendatario frente al propietario, porque el disfrute del arrendatario también es mediato, propio del titular de un derecho de crédito. Por otra parte, existe otra diferencia con el copropietario. Y es que frente al derecho de divisibilidad de la cosa común, se contrapone la indivisibilidad del patrimonio social. Igualmente, frente a la posibilidad de compensación de deuda en la copropiedad con el límite del importe de la cuota, la prohibición absoluta de compensación de deudas del patrimonio privado del socio en relación al patrimonio social. En definitiva, el socio ha celebrado un contrato de sociedad y no la compraventa de un inmueble.

Analizada, pues, la multipropiedad como derecho personal es necesario examinar ésta como *derecho real*. El texto del proyecto define el derecho de uso de bienes inmuebles por turno como un derecho real limitado. La determinación como derecho real en el texto se asemeja a derechos reales ya existentes como el derecho de uso o el derecho de habitación. Es un derecho que limita la propiedad por cuanto reconoce al titular del mismo una serie de facultades fundamentalmente derivadas del derecho de uso y disfrute de la cosa que van a cercenar las facultades dominicales del propietario. La propiedad definida en el Código Civil en su artículo 348 como el derecho de usar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las previstas en las leyes, suele acarrear una serie de facultades inherentes a la misma, como el *ius utendi* o derecho de uso, el *ius vindicandi* o derecho a reclamar la cosa, el *ius abutendi* o derecho a quedarse con los frutos de la misma. Todas estas facultades las tiene el propietario, a no ser que sobre la cosa se constituya algún tipo de derecho real u obligacional que le prive de estas facultades. Hay que recordar que la propiedad se presume libre de cargas y gravámenes, expedita de limitaciones. El proyecto es claro cuando dice que estos derechos reales de aprovechamiento gravarán en conjunto la total propiedad del departamento o del inmueble, con independencia de que sobre tal inmueble esté constituida o no una propiedad horizontal sobre el mismo. Las similitudes con el derecho de usufructo resultan evidentes; el usufructo se define como *ius alienis rebus, utendi fruendi, salva rerum substantia*, o lo que es lo mismo y de conformidad con el artículo 467 del Código Civil, «el usufructo da derecho a disfrutar 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» El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles también atribuye a su titular la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, un departamento. Igualmente, son coincidentes en el carácter de derechos que limitan al dominio. Sin embargo, existen importantes diferencias entre ambos tipos de derechos reales. Fundamentalmente podemos destacar cuatro diferencias. El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles es compatible con el derecho de propiedad sin que la reunión de ambos derechos en una misma persona determine la extinción del derecho real. Así expresamente lo afirma el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 1, objeto de comentario. Por contra, una de las causas clásicas de extinción del derecho de usufructo es la reunión en una misma persona del derecho de usufructo y la nuda propiedad, como se recoge expresamente en el artículo 513, apartado 3.º, donde se regulan los modos de extinguirse el usufructo.

Una segunda diferencia importante se observa en materia de regulación de este derecho. El usufructo, de conformidad con el artículo 470 del Código Civil, se regirá en primer lugar por el título constitutivo del usufructo, teniendo en cuenta por aplicación del artículo 468, que el derecho de usufructo puede nacer por la voluntad de los particulares manifestada en actos *inter vivos* o *mortis causa*. Y sólo se regulará por las disposiciones previstas en el Código Civil en defecto de aquéllas. Por contra, el derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, únicamente se podrá regir por lo previsto en esta ley, siendo nulos de pleno derecho cualesquiera cláusulas que modifiquen la normativa imperativa prevista.

De igual forma observamos diferencias en cuanto al objeto. Así, el derecho de aprovechamiento ha de recaer necesariamente sobre un departamento susceptible de utilización independiente, con las demás notas previstas en el artículo 1, párrafo primero. Sin embargo, el usufructo puede recaer también sobre otro tipo de bienes, tales como locales, árboles, minas, etc., excluidas, obviamente, del derecho real limitado de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

Finalmente, en materia de duración del derecho, existen importantes diferencias. Respecto al derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, el artículo 3 determina que la duración del régimen será de quince a treinta años a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción. La duración del derecho de usufructo no está sometida a ninguna limitación, de tal modo que éste puede ser de carácter vitalicio o tener un plazo determinado. Respecto al primer caso, se extinguirá por la muerte del usufructuario, a no ser que, por excepción, el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas. En el segundo caso, por cumplimiento del término por el que se constituyó.

Respecto al derecho de uso y habitación, los puntos coincidentes y divergentes con el derecho de aprovechamiento son similares, remitiéndonos a lo ya manifestado respecto al derecho de usufructo con el que guarda una gran similitud. Únicamente reseñar la mayor similitud en cuanto al objeto entre el derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles y el propio derecho de aprovechamiento. Una diferencia respecto al usufructo es que el derecho de uso y habitación no puede hipotecarse y el derecho de aprovechamiento sí, a tenor de lo previsto en el último párrafo del apartado cuarto del artículo 1.

Finalmente como *derecho arrendaticio*. Aunque el proyecto califica el derecho de aprovechamiento como un derecho real limitativo de la propiedad, admite en el apartado sexto del artículo 1 la posibilidad de concebirlo como un derecho arrendaticio. Sin entrar a analizar el contenido de este párrafo, que será objeto de análisis minucioso en el apartado correspondiente, sí es necesario hacer una serie de consideraciones previas sobre la naturaleza del derecho arrendaticio. La relación locativa, en su configuración histórica, desde el Derecho romano como *conductio locatio rei*, a su consideración actual en el Código Civil y en la legislación especial, parten de configurar tal derecho como un derecho personal.

Aunque hubo cierto sector doctrinal que persiguió, respecto a los contratos de vivienda con régimen de prórroga forzosa concebirlos como cuasi derechos reales, por cuanto entendía que la posición del arrendatario era muy similar a la de un usufructuario, no podía en ningún caso, soslayar la naturaleza personal del derecho arrendaticio. El artículo 1.554 del Código Civil, en su apartado tercero, determina que una de las obligaciones del arrendador es garantizar el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato. Si fuera titular de un derecho real no necesitaría a su arrendador para tutelar su derecho frente a terceros. El arrendatario carece de legitimación para una acción reivindicatoria, como igualmente carece de legitimación en la Ley de Propiedad Horizontal porque no es, vuelvo a insistir, titular de derecho real alguno (10). Como hemos visto, en la legislación griega o portuguesa se puede concebir como un derecho obligacional. El Proyecto de Ley, en principio, rechaza tal hipótesis, pero la admite tácitamente en el propio artículo 1. Lo que no cabe en ningún caso es interpretar que los contratos de arrendamiento que quedan sometidos, según el apartado sexto del artículo 1 a esta ley, sufran una mutación en su naturaleza jurídica. Entendemos que como tales contratos de arrendamiento, seguirán configurándose como derechos de crédito.

(10) FERNÁNDEZ APARICIO, JUAN MANUEL, «La relación locativa en la Ley de Propiedad Horizontal. algunas consideraciones procesales sobre la materia». Publicado en el núm. 1/1998 de la *Revista Actualidad Inmobiliaria*. La Ley, Madrid, 1998

Antes de acabar este apartado, es bueno recordar nuevamente que el Considerando Tercero de la Directiva 94/97, de 26 de octubre de 1994, manifiesta:

«La naturaleza jurídica de los derechos, objeto de los contratos a que se refiere la presente Directiva, varía considerablemente entre los Estados miembros, que, por consiguiente, procede referirse de forma sintética a esta diversidad formulando una definición suficientemente amplia de tales contratos, sin que ello suponga una armonización a escala comunitaria de la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los mismos».

Por consiguiente, la Directiva renuncia a imponer una naturaleza determinada, lo que ayuda, sin ningún género de dudas, a mantener la actual definición.

En conclusión, la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, otrora conocido como multipropiedad, ha sido caballo de batalla de la doctrina, que se ha decantado por todas las fórmulas imaginables en Derecho. Lamentablemente, el Proyecto de Ley no nos ha resuelto el enigma, sino que ha aumentado, si eso era ya harto difícil, su complejidad.

8. EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE BIENES INMUEBLES Y SU COMPATIBILIDAD CON EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El párrafo 2.º del apartado 4.º del artículo 1 admite que el derecho real de aprovechamiento puede recaer sobre un bien que esté bajo el régimen de propiedad horizontal. Igualmente, puede recaer sobre un edificio en donde no exista tal régimen. Los muy escasos pronunciamientos judiciales han partido de la premisa de la compatibilidad de la Ley de Propiedad Horizontal con este tipo de derechos, compatibilidad que no se ve rota por este Proyecto de Ley. Concretamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de febrero de 1992, ponente José Muñiz San Román (Ref. 92/13203 EDE) manifiesta en su Fundamento de Derecho Tercero:

«Este fenómeno hace que la Ley de Propiedad Horizontal venga funcionando en un doble papel como cuerpo específico respecto de la materia que le es propia y expresamente atribuida, y como cuerpo básico respecto de esas otras nuevas formas de propiedad inmobiliaria plural y más en concreto en cuanto a dos de ellas: las urbanizaciones privadas y el time-sharing o multipropiedad».

Vamos a analizar las repercusiones jurídicas que se derivan de la superposición de ambos regímenes jurídicos. Vamos a distinguir entre regímenes preexistentes y los que se constituyan en el futuro.

Respecto a los primeros, la Disposición Transitoria 2.^a les obliga a adaptarse imperativamente a la nueva Ley en un plazo máximo de dos años (párrafo 1.^o). En caso contrario, el titular del derecho, ya sea personal o real, podrá instar ante los Tribunales la adaptación a la presente Ley. El sistema se cierra con el apartado 3.^o que establece que en todo caso, transcurridos cincuenta años a contar desde la entrada en vigor de la Ley, si tales regímenes si no se han adaptado se extinguirán. Tal plazo debe interpretarse como de caducidad. El párrafo 2.^o del apartado 2.^o prevé que en el caso que los titulares del derecho de «multipropiedad» son a la vez propietarios del inmueble por cuotas indivisas se exigirá en ese caso que la escritura de adaptación sea otorgada por el presidente de la Comunidad de Propietarios. Tal escritura deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 5 del proyecto de Ley. Para que el presidente pueda otorgar la referida escritura deberá contar con la mayoría simple de la Junta. Tal disposición choca frontalmente con lo dispuesto por la Dirección General de los Registros y Notariado. Concretamente la Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993 (Ref. 93/2104 EDE) que mantiene la necesidad de la unanimidad y no la simple mayoría. Dice la Resolución:

«En el primer defecto de los que señala la nota de calificación se advierte que la constitución del régimen de multipropiedad sobre uno de los pisos y locales de un edificio que está ya sujeto al régimen de propiedad horizontal, exige un requisito que no aparece cumplido: El consentimiento de todos los copropietarios integrados en el régimen de propiedad horizontal conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 16 de la Ley Específica.

Según el Registrador, la constitución de multipropiedad sobre uno de los apartamentos significa la alteración del título de constitución y estatutos del régimen de propiedad horizontal, fundamentalmente porque con ese destino se cambia el que aparece en la inscripción del edificio (conforme a la cual todos los apartamentos son descritos como vivienda, salvo los locales de la planta baja y sótano), y porque las actividades que comporta el nuevo destino exceden de los límites de la normal tolerancia e infringen la regla de que el propietario u ocupante no puede desarrollar actividades no permitidas en los Estatutos Mas, con todo, no son suficientes las razones invocadas».

Por consiguiente, el Proyecto de Ley está modificando tácitamente en la LPH en este punto. Lo cual resulta criticable desde el punto de vista de técnica jurídica. Debía haberse producido una modificación expresa de la LPH. Desde el punto de vista sustantivo es loable, dado que en la actualidad se ha demostrado que la regla de la unanimidad resulta perniciosa según se ha visto en la experiencia histórica.

Por otra parte están los inmuebles respecto a los que se establezca este derecho real limitado de uso. En este caso considero que las normas de la propiedad horizontal le son plenamente aplicables. Para la DGRN no cabe duda que sí:

«De acuerdo con los principios de libertad que rigen el dominio de cada apartamento, el propietario puede gozar y disponer de su piso sin más limitaciones que las establecidas en las leyes o en los estatutos o por el respeto debido a los derechos de los demás copropietarios (cfr. arts. 348.1 del Código Civil y 7 LPH). Pero las limitaciones no se presumen y son de interpretación estricta»

No hay duda, pues, de que el propietario de cada apartamento puede enajenar su apartamento ya a uno, ya a varias personas en comunidad ordinaria o en comunidad especial, para que lo gocen los cotitulares por sí o por terceros y a la vez o sucesivamente, y sin que el dato de que en la descripción registral aparezca que el apartamento es calificado de vivienda signifique, por sí solo, que está estatutariamente establecida una limitación de disposición o de goce que impida las figuras comunitarias

En conclusión, siendo el derecho de aprovechamiento una limitación a la propiedad, su existencia es plenamente compatible con el régimen de propiedad horizontal. Dice así la mencionada resolución:

«...Evidentemente, y aun entendiendo la limitación como la entiende el Registrador, la cláusula podría ser discutible desde otros puntos de vista (falta de causa social que justifique la prohibición de que sirva como vivienda habitual), pero lo que no hay es modificación del régimen de propiedad horizontal a que está sujeto el edificio entero, puesto que lo que se hace en el régimen estipulado en la escritura es acotar el destino del apartamento concreto sin rebasar los márgenes que el régimen del edificio permite en relación con las actividades que pueden desarrollarse en él...»

9. DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES Y DERECHO DE ARRENDAMIENTOS DE BIENES INMUEBLES

El párrafo 6.º del artículo 1 del proyecto viene a sustraer del ámbito arrendaticio a una serie de contratos, por cuanto establece que quedará sometido a esta Ley: *«los arrendamientos de inmuebles vacacionales por temporada que tengan por objeto más de tres de ellas y menos de quince y en los que se anticipen las rentas correspondientes a tres temporadas anuales, como máximo...»* Si bien añaden la expresión *sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Por tanto, es necesario determinar los requisitos que van a permitir que estos contratos se regulen por esta normativa, en principio, ajena a los mismos.

Deben concurrir dos requisitos: que se anticipen las rentas tres años como máximo y que se pacten un número determinado de temporadas. Por tanto, han de ser arrendamientos de bienes inmuebles por temporada, cuando el contrato abarque no menos de tres y no más de quince temporadas y además se anticipen rentas con un máximo de tres rentas anuales. Por consiguiente no cualquier arrendamiento de temporada se va a ver afectado por este apartado 6.º Han de darse estos requisitos. Si no concurren estos requisitos debemos

distinguir dos supuestos; si se ha anticipado la renta de más años, la consecuencia jurídica deberemos buscarla en el artículo 1.7 del proyecto de Ley, esto es, aplicar la doctrina del fraude de ley. En el supuesto que se incumpla el otro requisito, el arrendamiento se registrará por su legislación específica y nada tendrán que ver con la Ley de aprovechamientos de bienes inmuebles por turno. El primer requisito es que el arrendamiento tenga por objeto un determinado número de temporadas. Debemos identificar temporada por períodos anuales, y ello dado que el propio artículo nos habla de renta anual en relación a cada temporada. Por tanto, la duración del contrato no será inferior a tres ni superior a quince años. Junto a este requisito de duración hay que añadir un segundo requisito. anticipación en el pago de la renta. Es decir, la renta correspondiente a cada una de las temporadas deberá pagarse de forma adelantada, pero con un máximo de tres anualidades. Desde el punto de vista de la legislación arrendaticia, nada que objetar al ser arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Por tanto, no se verá afectado por la prohibición de adelanto de renta prevista en el artículo 17.2 de la Ley 29/1994. Tal precepto previsto para arrendamientos de vivienda prevé que el arrendador no podrá exigir más de una mensualidad por adelantado.

La remisión que el artículo 1.8 realiza a la legislación arrendaticia nos obliga a acudir a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, ley prevista para todos aquellos arrendamientos de fincas urbanas destinados a vivienda o a usos distintos del de vivienda —art. 1 LAU—. Por consiguiente, los arrendamientos de bienes inmuebles vacacionales quedan, en principio, dentro del ámbito objetivo de la ley locativa. Dentro de la tipología arrendamiento de vivienda o de uso distinto de vivienda —antiguos arrendamientos de locales de negocio— entran en esta última categoría los arrendamientos vacacionales por temporada. Así se desprende del artículo 3 LAU, cuyo apartado segundo cita expresamente los arrendamientos celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra. En ningún caso tal tipo de arrendamientos están excluidos del ámbito de aplicación de la LAU (11).

(11) El artículo 5 de la Ley 29/1994 excluye de su ámbito de aplicación:

a) El uso de las viviendas que los porteros, guardas, empleados y funcionarios tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.

b) El uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se registrarán por lo dispuesto en su legislación específica.

c) Los contratos en que arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento. Estos contratos se registrarán por lo dispuesto en la legislación aplicable sobre arrendamientos rústicos.

d) El uso de las viviendas universitarias, cuando éstas hayan sido calificadas expresamente como tales por la propia Universidad y al personal docente y de administración y servicios dependiente de aquélla, por razón del vínculo que se establezca entre cada uno de ellos y la Universidad respectiva, a la que corresponderá, en cada caso, el establecimiento de las normas a que se someterá su uso.

Antes de analizar qué contratos quedan sometidos imperativamente a la Ley de aprovechamiento por turno, es necesario determinar que a este tipo de contratos de arrendamiento no sólo van a quedar sometidos a esta Ley sino a la propia LAU. Pues el artículo 1.6 *in fine* explicita: «*sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos*» Como manifiesta el propio preámbulo, esta expresión deberá entenderse «*en todo aquello en que sea compatible con la naturaleza personal del arrendamiento*» Es, pues, imprescindible fijar exactamente qué normativa arrendaticia va a complementar la normativa fijada en este proyecto de ley. Partiendo, como hemos analizado, que son arrendamientos para uso distinto a vivienda el artículo 4 de la LAU determina el régimen aplicable. Concretamente del apartado 1.º y 3.º llegamos a la siguiente conclusión: estos arrendamientos se rigen en primer lugar por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título III —De los arrendamientos para uso distinto del de vivienda— y en último termino por lo dispuesto por el Código Civil. Pero este sistema de prelación de fuentes va a ser ficticio como consecuencia de la propia LAU y por lo dispuesto en el propio proyecto. Por la propia LAU, por cuanto ésta advierte en el artículo 4.1 que las normas contenidas en los Títulos I, IV y V son imperativas, no admitiéndose la autonomía privada. Estas normas se refieren respectivamente al ámbito de la ley, disposiciones comunes —fianza y forma— y a los procesos arrendaticios. Por otra parte, el Anteproyecto proscribire la autonomía privada. La Ley exige que el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles se rija imperativamente por la presente Ley. Sólo cabe autonomía privada en los estrechísimos márgenes que la Ley permita. La sanción a la violación de la normativa de *ius cogens* va a ser la nulidad. Así se desprende de diferentes preceptos, entre otros, artículo 4, artículo 2, artículo 9, Disposición Adicional 2.ª, Disposición Transitoria 2.ª y 3.ª Por tanto, la remisión que realiza este apartado a la LAU debe entenderse con esta consideración. Por consiguiente, el sistema normativo por el que se van a regir estos contratos va a ser el siguiente:

- 1.º Por la Ley de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y por los Títulos I, IV y V de la Ley 29/92 de Arrendamientos.
- 2.º Por el Título III de la Ley 29/94.
- 3.º Por el Código Civil.

La cuestión es más compleja, pues un análisis detenido permite comprobar que hay normas contenidas en ambos cuerpos normativos de naturaleza antagónica. Surgen, pues, antinomias. A título de ejemplo podemos analizar el artículo 37 de la LAU. Este precepto es de naturaleza imperativa por ubicarse dentro del Título IV y se refiere a la formalización del arrendamiento. Parte del principio general de libertad de forma consagrado en el artículo 1.278 del Código Civil y que es propio de nuestro derecho histórico desde el

ordenamiento de Alcalá de 1348. El artículo 37 reconoce el derecho de las partes a fijar lo estipulado por escrito. Aparece, pues, la forma con una finalidad *ad probationem*, mas su ausencia no afecta a la validez del contrato. Por contra el artículo 9 del proyecto viene a fijar la forma como requisito *ad substantiam*, pues el contenido mínimo exigido a que se refiere el precepto «*deberá constar por escrito*». Esta antinomia debe resolverse a favor de la primacía del artículo 9. Y ello porque el concurso de normas se va a dilucidar bajo dos principios rectores: temporalidad y especialidad: «*Lex posterior derogat anterior*» y «*Lex specialis derogat lege generali*». Resulta obvio que en estos casos debe prevalecer la Ley de aprovechamiento por turno a la propia Ley de Arrendamientos Urbanos. Consecuentemente debemos, a su vez, establecer una nueva prelación. A saber:

- 1.^a Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.
- 2.^a Títulos I, IV y V de la Ley 29/94 de Arrendamientos Urbanos.
- 3.^a Título III de la Ley 29/94 de Arrendamientos Urbanos.
- 4.^a Código Civil.

En vista de las consideraciones anteriores, considero desafortunada la remisión sin más a la legislación arrendaticia. Por una parte porque el legislador, como en ocasiones anteriores, ha olvidado que tales remisiones en bloque suelen romper la armonía jurídica, ya sea de la normativa remitente o de la normativa de destino.

Por otra parte es desafortunado este párrafo porque, como hemos visto anteriormente, oscurece el carácter real de este derecho al permitir concebir el derecho de uso como un derecho arrendaticio.

Muy probablemente la razón de este apartado sea evitar fraudes de Ley. Resulta patente que el legislador desea por encima de todo que el derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles quede regulado por esta ley. Esta obsesión se hace palpable no sólo en este apartado sino en otros tantos, hasta el punto que se prohíbe el sometimiento a legislaciones extranjeras. Tal celo lo considero excesivo desde el mismo momento que existe el mecanismo del fraude de ley, previsto en el artículo 6.4 del Código Civil. Una vez más el legislador quiere cerrar todo atisbo a quien quiera sustraerse del régimen imperativo de este proyecto.

10. FRAUDE DE LEY

El artículo 1.7 del Proyecto de Ley viene a recoger la doctrina del fraude de ley. La ley, como hemos visto, tiene carácter imperativo. La sanción va a ser la nulidad de pleno derecho de todo contrato que se aparte un ápice de lo

fijado por el legislador. Para poder comprender por qué el legislador es tan insistente en esta materia, debemos partir de las consideraciones realizadas al comienzo de este trabajo que, básicamente se resumirían en el convencimiento profundo, a la vista de la realidad práctica, de los intentos en este mercado tan especulativo de violar los intereses del consumidor, objeto de tutela por parte de esta ley. Esta obsesión del legislador se refleja en el propio preámbulo del proyecto en donde se justifica la necesidad de incluir este apartado séptimo. Así, nos dice *«el ámbito de aplicación restrictivo ha aconsejado establecer una norma para determinar el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno o similares a éstos que se constituyan sin ajustarse a la ley, pues, aunque es evidente que se trataría de supuestos de fraude de ley y deberán, en consecuencia, someterse a la solución del artículo 6.4 del Código Civil, ésta no parece, por sí sola, norma suficiente para evitar que, de hecho, el fraude de ley se produzca en la práctica...»*. No contento el legislador con incluir este apartado que podíamos calificar de redundante, es que además existe a lo largo del proyecto multitud de referencias a la nulidad de derecho por fraude de ley que iremos analizando en las líneas que siguen.

Por tanto, se entiende celebrado en fraude de ley, el contrato relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable con independencia de la naturaleza del derecho real o personal que nazca del referido contrato. El adquirente o cesionario en cualquier momento podrá resolver el contrato, teniendo derecho a ser resarcido no sólo de las cantidades entregadas, sino además, de los daños y perjuicios sufridos.

La primera cuestión que surge es si era necesaria la inclusión de este apartado. Los continuos abusos en esta materia ciertamente no desaconsejan recordar la doctrina del fraude de ley. No obstante, hay que distinguir dos cuestiones: el fraude de ley y la nulidad de pleno derecho por infracción de normas imperativas.

El fraude de ley aparece regulado en el artículo 6.4 del Código Civil. Existe fraude de ley cuando se viola el contenido ético de un precepto legal que la parte evita su aplicación acogiéndose a otra normativa que, al de ser utilizada torticeramente, consigue burlar lo señalado en la norma preceptiva. Esto es, se utiliza la denominada norma de cobertura para eludir el cumplimiento de otra norma de naturaleza imperativa. El efecto que se origina va a ser la nulidad de pleno derecho y, correlativamente, la obligación de someterse a la norma que se ha tratado de eludir.

Como hemos dicho anteriormente, no debe confundirse con el apartado 3.º del artículo 6 del Código Civil, porque no todo acto contrario a una norma imperativa determina que exista fraude de ley, aunque todo fraude de ley sí acarrea la violación previa de una norma imperativa. En esta materia de derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, el propio proyecto nos refiere supuestos de fraude de ley. Basta analizar la Disposición

Adicional Segunda, que está justificada por la propia Directiva, y que pretende evitar los llamados «*fraudes de ley internacionales*». La Disposición Adicional segunda establece que todos los contratos sin exclusión, con independencia del lugar y tiempo de celebración que tengan por objeto derechos de aprovechamiento por turno respecto a inmuebles sitos en España, quedan sujetos a la presente ley. Es más, la propia Disposición Adicional afirma con rotundidad que «*el pacto de sometimiento expreso a la legislación de otro Estado se considerará hecha en fraude de ley*». La ley viene a recoger la denominada *lex rei sitae*, prevista en el artículo 10.1 del Código Civil referente a las normas de Derecho Internacional Privado. Como afirma el artículo 10.1: «*la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen*». Resulta obvio que el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, concebido como derecho real limitado, queda bajo el amparo del precepto últimamente citado.

El legislador, al socaire de los diferentes preceptos, ha ido introduciendo incisos donde de forma casi «*machacona*», insiste en la necesidad de respetar escrupulosamente la ley. Así, el artículo 8.1 vuelve a insistir en que está prohibida la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad o de cualquier otra que contenga la palabra propiedad. Igualmente, el artículo 14, referido a la publicidad registral, establece en su apartado tercero, que el notario no autorizará la escritura ni el registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones exigidas por el artículo 9.

Las consecuencias jurídicas al fraude de ley vienen recogidas en el artículo 1.7, objeto de comentario, y desarrolladas en el artículo 2. El artículo 2 establece que serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas mediante las cuales el adquirente renuncie anticipadamente a los derechos que le atribuye la presente ley. De esta forma se quiere cerrar toda posibilidad de fraude tan abundante en este ámbito. Tal prohibición resultaba contemplada en el artículo 11 del Anteproyecto de Proposición de Directiva.

Las consecuencias jurídicas del quebrantamiento de estas normas no sólo determinarán la nulidad de lo realizado sino que puede venir acompañado por otra serie de consecuencias jurídicas nada desdeñables. El propio Preámbulo del Proyecto, en su apartado quinto, después de afirmar que la Ley de ámbito estrictamente civil no impone sanciones administrativas para el caso de incumplimiento de sus normas, viene a recordarnos que tales conductas pueden constituir ilícitos administrativos no carentes de sanción. Igualmente los casos más graves de incumplimiento podrían constituir modalidades delictivas, en concreto de estafa prevista en el artículo 248 del Código Penal que acarrearía, amén de la responsabilidad penal, la responsabilidad civil derivada del delito. Esto es, la obligación de resarcimiento económico por los daños

sufridos por la víctima. Por obvias razones no vamos a entrar en el análisis ni del Derecho Administrativo sancionador ni del Derecho Penal aplicable, dado que excedería el objeto de este trabajo.

11. CONCLUSIONES

El legislador español, acuciado por la normativa comunitaria, realiza un nuevo intento de regular el fenómeno tradicionalmente denominado multipropiedad.

Desconocemos si este Proyecto de Ley llegará a buen puerto o por el contrario se quedará en el «cementerio de los elefantes» junto a los anteriores intentos legislativos. Aunque como hemos visto, el texto está no exento de ciertas imperfecciones, sin embargo, sería en su cómputo general bien recibido al regular un campo que lleva sediento de una regulación específica desde hace ya demasiados años.

Mucho me temo, sin embargo, que este texto no vea finalmente la luz. El ámbito inmobiliario requiere una urgente regulación. La vetusta Ley de Propiedad Horizontal hace aguas por todas partes. Sirva de botón de muestra la prolija jurisprudencia que día a día introduce cambios en el texto mencionado. Promulgar esta ley sin regular previamente el régimen de la propiedad horizontal puede llevarnos a resultados claramente insatisfactorios. En manos del legislador está, a la luz de la experiencia histórica y de la doctrina científica sobre la materia, alcanzar el ambicioso objetivo de satisfacer todos los intereses en juego.

Desde mi modesta opinión, la multipropiedad denominada con el término que queramos, seguirá siendo sinónimo de «multiproblemas».

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO
Abogado Fiscal

Régimen de las parcelaciones en suelo rústico

SUMARIO. I. RAZONES DE LA CONSERVACION DE LAS FINCAS RUSTICAS.—II. TRATAMIENTO NORMATIVO: A) LEGISLACIÓN AGRARIA. B) LEGISLACIÓN URBANÍSTICA. C) NORMAS AUTONÓMICAS.—III. REGIMEN ACTUAL: A) FIJACIÓN DE LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO. B) APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA. C) JURISPRUDENCIA: a) *Tribunal Supremo*. b) *Jurisprudencia hipotecaria*. D) OPINIONES DOCTRINALES. E) REFLEJO REGISTRAL DE LA INDIVISIBILIDAD. F) EXCEPCIONES.—IV. UN RETROCESO INQUIETANTE.

I. RAZONES DE LA CONSERVACION DE FINCAS RUSTICAS

Son varias las razones que aconsejan la adopción de medidas de conservación de las fincas rústicas.

En primer lugar, el poso individualista y liberal que se manifiesta en el artículo 1.061 del Código Civil donde se ordena hacer las particiones hereditarias en lotes de igual naturaleza, especie y calidad. En nuestras regiones de Derecho común, en pocas generaciones se han destrozado haciendas hasta convertirlas en algunos casos en puros harapos incultivables. Aunque los artículos 1.056 y 1.062 y últimamente el reformado artículo 841 permiten prescindir de las particiones in natura y conservar la explotación unida, la realidad es que pocas veces se han utilizado.

A esto ha venido a añadirse recientemente la necesidad de impedir que el suelo rústico sea objeto de invasiones de tinte urbano, con segregaciones y divisiones disparatadas de fincas, a veces situadas en comarcas del mejor cultivo, para tratar de destinarlas a edificaciones o urbanizaciones ilegales. La expansión urbana se ha agudizado desde hace algunos años a esta parte, porque ha cambiado la forma de su desarrollo: Antaño la ciudad era un conjunto denso bien delimitado respecto a su entorno inmediato, mientras que ahora, con el desenvolvimiento de los transportes y especialmente por la vulgarización del vehículo particular, la expansión urbana se ha podido efec-

tuar hacia fuera, a lo largo de los ejes de comunicación, a distancias cada vez mayores del viejo conjunto urbano, de forma discontinua y con pequeñas densidades. Resulta así, a la vez, un consumo cada vez mayor del suelo agrícola y un intercambio creciente entre la ciudad y el campo.

Con el aumento de la preocupación por el entorno natural ha comenzado a interesar el estudio de las cuestiones relacionadas con la agricultura periurbana por lo que ésta representa para la colectividad. Los agricultores procuran defender su suelo frente al desarrollo urbano y, por el contrario, los habitantes de la ciudad, sometidos a una degradación continua de su modo de vivir entre aglomeraciones, ansían espacios verdes y construcciones menos densas y más agradables.

La ordenación del territorio y la distribución del uso de los suelos es por tanto un tema de gran importancia que responde a algo más que a puras disquisiciones académicas; no es solo una cuestión simplemente útil, sino de necesidad apremiante, si no queremos acabar con el suelo que tenemos.

El daño es mucho más sensible cuando se trata de fincas que se han obtenido mediante la concentración parcelaria u otras actuaciones de carácter social, tras una tarea tan difícil como costosa. Es poco admisible malgastar fondos públicos para que después se destruya la propiedad mejorada. Los beneficios que iban destinados a la comunidad no pueden quedar malbaratados por actos ilegales y censurables de particulares.

II. TRATAMIENTO NORMATIVO

Para mejor comprensión de cual es la orientación de las medidas conservativas actuales, veamos los antecedentes y la normativa tanto agraria como urbanística, en el ámbito estatal y en el autonómico.

A) LEGISLACIÓN AGRARIA

La normativa se inició en España con la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954 en la cual se definían como aquellas cuya extensión fuese suficiente para dar un rendimiento satisfactorio utilizando los medios normales de producción. Se prescribía la indivisibilidad de las fincas que no alcanzasen tal extensión, pero como única sanción a la contravención se creaba un derecho de adquisición en favor de los colindantes, que no reveló utilidad alguna en la práctica.

Por Decreto de 25 de marzo de 1955, complementado por la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958, se fijaron las extensiones de las unidades mínimas de cultivo en secano y regadío para todos los términos municipales de España.

La Ley de Concentración Parcelaria, en defensa de las fincas de reemplazo obtenidas mediante estas operaciones, estableció para ellas un sistema más eficaz y justificado, dado el coste y lo laborioso de la mejora. En su Texto refundido de 8 de noviembre de 1962 dispuso, en sus artículos 72 a 76, que se consideraban indivisibles las fincas concentradas con extensión inferior al doble de la señalada como unidad mínima para cada zona concentrada y se dictaba, en consecuencia, la nulidad total y absoluta de los actos o contratos que diesen lugar a fincas inferiores a dicha unidad mínima para cada caso establecida.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 refundió en su texto todas las leyes relativas a estructuras agrarias, entre ellas las de Unidades Mínimas de Cultivo y Concentración Parcelaria. Para esa labor de refundición se ordenó, en la Disposición Adicional 4.^a de la ley de creación del IRYDA de 21 de julio de 1971, que se respetase el contenido sustancial de esas normas a recoger, sin poderse introducir modificaciones o supresiones de normas entonces vigentes. Sin embargo, de modo inexplicable, se excedió el mandato en cuanto que en el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario no aparecieron, por supresión, los artículos dichos de la Ley de Concentración Parcelaria que dictaban la nulidad de los fraccionamientos ilegales de las fincas concentradas. En cambio, se incluyó íntegro el texto de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954, no sólo dando una extraña marcha atrás en el tiempo, sino, lo que fue peor, volviendo al ineficaz sistema del retracto de colindantes que, para mayor inri y al no distinguir la Ley, se hacía extensivo también a las fincas concentradas las cuales quedaban prácticamente sin protección. Este sistema era realmente insostenible y ahora ha sido radicalmente modificado por la nueva Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que es la que vamos a estudiar.

B) LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

En la Exposición de Motivos de nuestra primera Ley del Suelo de 1956 ya se justificaba la necesidad de una ordenación territorial en este aspecto, diciendo que la hacían precisa, entre otras causas, la irradiación desmesurada del perímetro de extensión de las ciudades, pues al construirse arbitrariamente, se crean superficies de urbanización desproporcionadas e inasequibles y, también, la especulación del suelo al exigirse precios de solar por tierras no urbanizadas.

Tanto la Ley del Suelo dicha de 1956, como el Texto refundido posterior de 1976, recogieron determinadas medidas para evitar tales anarquías y el sistema se perfeccionó en el Texto refundido de 1992. En ésta se manifestó la protección en el artículo 15 donde se estableció que los terrenos no urbaniza-

bles no podrían dedicarse a fines distintos del agrícola, ganadero, cinegético y, en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales.

Y en lo referente al tema concreto de las parcelaciones, que especialmente nos ocupa, sólo se permitían las que se efectuasen sin contravenir lo dispuesto en la legislación agraria, o sea la de unidades mínimas de cultivo, y se prohibían de modo expreso las urbanizaciones, garantizando con ello la preservación del ámbito rústico del peligro del excesivo e irregular desarrollo urbano. Para estos casos, el artículo 259-3 de dicha Ley, declarado subsistente por la famosa sentencia del Tribunal Constitucional, establece que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán, para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de que no es necesaria.

Tanto las varias leyes autonómicas como la citada Ley del Suelo nacional en los preceptos que se mantienen, después de la Sentencia del Tribunal Constitucional y la nueva Ley de 1998, establecen de modo rotundo que en el suelo no urbanizable quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza.

El mismo principio se mantiene en la reciente Ley 6/1998 de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, en cuyo artículo 20-2 se dispone tajantemente: «En el suelo no urbanizable quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza».

Así, pues, este precepto confirma la clara tendencia de proteger el suelo rústico y contiene dos prohibiciones bien diferenciadas: realizar edificaciones en terrenos rústicos, por un lado, y por otro, y en todo caso, fraccionar las fincas en contra de lo señalado por la legislación agraria o forestal, o sea proclamado el respeto a las unidades mínimas. Son los dos aspectos que venimos señalando como facetas protectoras del ámbito rural.

Y si la legislación del suelo de ámbito nacional se muestra conforme con las normas agrarias, también las varias leyes autonómicas promulgadas sobre urbanismo y suelo mantienen esa tónica. Luego veremos lo legislado en las Autonomías sobre unidades mínimas de cultivo; ahora nos vamos a referir al aspecto de proteger al suelo no urbano de las invasiones ilegales.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

Como es sabido, la Constitución, en su artículo 148.1, párrafos 3.º y 7.º atribuye a las Comunidades Autónomas las competencias, que han asumido

en los respectivos Estatutos, sobre la ordenación del territorio y la agricultura, por lo que se hace preciso tener en cuenta las normas emanadas de las Autonomías sobre el particular. Así lo declaró la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 16 de julio de 1984 y también el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia de 20 de marzo de 1997.

En el libro «Normativa Autonómica» editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, a partir de 1985, con apéndices bianuales siguientes y en el Boletín de Información de dicho Colegio se recoge el texto de tales disposiciones. Aquí nos limitamos a reseñar lo importante.

En *Asturias*, la Ley de 8 de abril de 1987, de disciplina urbanística, señala en su artículo 1.º que es precisa licencia para los actos de parcelación del suelo. La Ley de 21 de julio de 1989, de ordenación agraria y desarrollo rural regulaba la materia de unidades mínimas de cultivo en términos paralelos a como lo hacían la Ley estatal de Reforma y Desarrollo Agrario; entendemos que estos preceptos han sido modificados y sustituidos por las nuevas reglas de la ley de Modernización de Explotaciones Agrarias.

En *Baleares*, su Ley de 23 de octubre de 1990, en el artículo 2.º, número 16, exige la licencia administrativa para las parcelaciones urbanísticas, estableciendo en los artículos 40 y 41 sanciones pecuniarias en los casos de infracción de lo dispuesto en materia de parcelación de terrenos en general y especialmente a las personas que adquieran parcelas procedentes de parcelaciones ilegales, cualquiera que sea la clase de suelo donde estén situadas. Previamente, en el artículo 35, concede a la Administración competente la facultad de proceder a la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada. La Ley de 23 de marzo de 1994 sobre condiciones para la construcción en suelo no urbanizable de edificios o instalaciones afectadas por obras públicas, sienta como presupuesto previo en su artículo 1.º que tal edificación en suelo no urbanizable se encuentra sujeta a los requisitos mínimos de parcela y de no formación de núcleo de población, exigible por vía legal o por el planteamiento municipal.

Y en la reciente Ley de 8 de julio de 1997, del suelo rústico de las Islas Baleares, se dispone en el artículo 13 que en dicho suelo rústico solo podrán realizarse actos que tengan por objeto o consecuencia la parcelación, segregación o división de terrenos o fincas cuando sean conformes con lo dispuesto en esta Ley y en la legislación agraria propia de la Comunidad de las Islas Baleares. Los actos a que se refiere el punto anterior estarán sujetos a la obtención de licencia municipal previa. Serán nulos los que se efectúen sin dicha licencia.

En *Canarias*, la Ley de 29 de julio de 1985, de medidas urgentes en materia de urbanismo y protección a la naturaleza, considera sujetas a licencia previa las segregaciones y divisiones de fincas rústicas, como se dispone en

su artículo 1.º a). Y la Ley de 7 de abril de 1987, sobre ordenación urbanística del suelo rústico en la Comunidad de Canarias, dedica el artículo 6.º a regular tal materia concreta estableciendo de modo claro y rotundo que las parcelaciones, segregaciones y cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en suelo rústico, requerirán la previa licencia municipal otorgada conforme al ordenamiento jurídico. Se aclara que se considerará parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población. La licencia municipal será requisito previo para inscribir en el Registro de la Propiedad los actos reseñados, por lo que los Notarios y los Registradores la exigirán para autorizar las escrituras y practicar las inscripciones respectivas. En ningún caso, termina dicho artículo 6.º, se considerarán solares ni se permitirá edificar en los lotes resultantes de una parcelación ilegal.

En *Cantabria* se ocupa del tema la Ley de 29 de septiembre de 1994, sobre usos del suelo en el medio rural. En su artículo 3.º, tras definir lo que considera parcelación urbanística establece que en suelo no urbanizable podrán realizarse segregaciones o divisiones de terreno cuando tengan por objeto una racionalización de su explotación o sean consecuencia de divisiones-transmisiones *inter vivos* o *mortis causa* siempre que se mantenga en las fincas resultantes el mismo destino y se respete la unidad mínima de cultivo establecida en cada caso. Se exceptúan las parcelaciones hechas dentro del ámbito del núcleo rural consolidado o delimitado, las cuales deberán contar con la preceptiva licencia. Sigue diciendo este artículo que no podrán otorgarse licencias de construcción sobre suelos procedentes de un lote o cuando en la inscripción registral no figure acreditada la licencia a cuyo amparo se realizó el fraccionamiento del terreno y con independencia de que, en ningún caso, se generarán derechos edificatorios como resultado de las actividades de parcelación ejecutadas con infracción de lo dispuesto en esta Ley.

En *Castilla y León*, el Decreto de 16 de agosto de 1984, que fija las unidades mínimas de cultivo en el modo que después veremos, se resalta la necesidad de establecer estas unidades mínimas para evitar la parcelación de fincas rústicas con la consiguiente degradación de la mejora conseguida con la concentración parcelaria. Junto a estas finalidades agrarias, también se apunta la defensa frente a intromisiones urbanísticas; así, se dice en el preámbulo que se hace preciso acabar con las desviaciones que se producen en muchas de las mejores tierras hacia otros sectores de la vida económica que no tienen nada que ver con el sector agrario y sus producciones y que hacen que las mejores zonas de cultivo, que son las que presentan mayor necesidad de aporte humano, se vean sometidas a unos factores económicos, valores adicionales que en nada benefician al sector agrario al que pertenecen.

En *Cataluña*, la primera Ley autonómica que se promulgó en materia de urbanismo fue la de 18 de noviembre de 1981, de Protección a la Legalidad

Urbanística. En su Exposición de Motivos se señala que Cataluña se encontraba ante una extensa gama de promociones urbanísticas, tanto residenciales como industriales, carentes de cobertura legal como consecuencia de que la parcelación del suelo y la implantación de unos servicios embrionarios dan lugar a plusvalías no justificadas.

Esta disposición autonómica y otras complementarias posteriores se han recogido y sistematizado en el Decreto Legislativo de 12 de julio de 1990, por el que se aprueba el Texto refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística.

El artículo 285 del nuevo texto recoge lo que decía el artículo 3.º de la Ley de 1981, reconociendo expresamente que el Registro de la Propiedad, en su función de instrumento de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias, debe reforzar la eficacia de los actos administrativos en materia urbanística y debe ser un medio idóneo de información y garantía de la actividad controladora y sancionadora de la Administración.

En su artículo 139 se considera infracción urbanística de parcelación el fraccionamiento simultáneo o sucesivo de terrenos, aunque solo sea para arrendarlos, cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población y vulnere las previsiones del planeamiento a que afecte; define el núcleo de población como el asentamiento humano generador de requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos.

Según los artículos 140 y 141 del mismo Texto refundido, el Notario debe exigir la licencia de parcelación para autorizar la escritura y el Registrador para inscribir.

Las normas se reiteran, aunque con una dulcificación no aceptable en cuanto a las fincas rústicas, en el artículo 43 del Reglamento aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1997, por oponerse a lo dispuesto en la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias si el fraccionamiento incide en la unidad mínima de cultivo establecida. Otro tanto cabe decir en relación con el Decreto de la Generalidad de Cataluña de 12 de abril de 1983 sobre unidades mínimas de cultivo que se remite en ciertos aspectos a la antes citada Ley autonómica de 1981: según este Decreto, la división por debajo de la unidad mínima no comportaba la nulidad civil del acto, sino la posibilidad de adquisición de los colindantes. Creo que esto debe entenderse ahora como nulidad de pleno Derecho por disponerlo así la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, de vigencia en toda España; así opina también el Registrador de Tarragona Francisco Javier Gómez Gállico, en el Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, número 64, septiembre-octubre 1995, página 167.

En *Galicia*, la Ley autonómica de Concentración Parcelaria de 14 de agosto de 1985, en su artículo 3.2 obliga al titular de la propiedad a mantener indivisibles las fincas que puedan resultar inferiores a la unidad mínima de

cultivo. Según el artículo 51, la división o segregación de una finca rústica ya concentrada no será válida cuando dé lugar a parcelas de extensión inferior a la mínima fijada. Aunque la sanción que se establecía era irrisoria, pues solo se privaba a los infractores de la posibilidad de obtener auxilios o beneficios públicos para la mejora de las explotaciones, igualmente entendemos que ahora se produce la nulidad por decisión de la Ley nacional de 1995 que venimos reseñando.

El artículo 52 de la citada Ley de concentración parcelaria gallega insiste en que no será válida la división o segregación de las fincas de reemplazo salvo en los casos de agregación a fincas colindantes o que la porción segregada se destine a usos industriales, vivienda u otros usos no agrarios. Este último inciso se aclara al final del mismo artículo 52, diciéndose que las parcelas afectadas por un planeamiento urbanístico, proyecto de urbanización o reparcelación se sujetarán a las normas que a tal efecto señale la legislación del suelo y urbanismo.

La Ley del Suelo de Galicia, de 24 de marzo de 1997 regula el régimen del suelo rústico en su artículo 77, señalando que estos terrenos solo podrán destinarse a usos característicos del medio rural vinculados a la utilización racional de los recursos naturales. Solo se autorizan construcciones destinadas a actividades agrícolas, forestales o ganaderas o vinculadas al servicio de las obras públicas o de interés general, pero se exige el otorgamiento de la licencia municipal. En el número 7 de este artículo se establece que en las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de terrenos en esta clase de suelo, no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria. En todo caso, se dice en el número 8, la parcela mínima edificable no será inferior a la unidad mínima de cultivo establecida por la legislación agraria para cada municipio.

Madrid —Los problemas derivados de la proliferación de parcelaciones ilegales y promociones fraudulentas y hasta caóticas se presentaron con amplitud desbordante en los alrededores de Madrid, propiciados por el estallido poblacional de la capital y la facilidad de acceso a las tierras periféricas.

Por eso han sido precisas unas actuaciones legales tajantes para tratar de evitar el gran deterioro causado.

La primera Ley sobre la materia publicada por la Comunidad de Madrid fue la de 10 de febrero de 1984, en cuya Exposición de Motivos se explicaba detalladamente la gravedad del problema y las causas que habían motivado tal situación; en los artículos 14 y 15 se establecía un sistema bastante cerrado de autorizaciones administrativas. Otra Ley especial fue la de 4 de diciembre de 1985 para el tratamiento de actuaciones urbanísticas ilegales, que miraba más bien al pasado.

Actualmente rige la Ley autonómica de 28 de marzo de 1995 de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo. Su artículo 52 dispone que en

suelo no urbanizable sólo podrán realizarse actos que tengan por objeto la parcelación, segregación o división de terrenos o fincas cuando sean plenamente conformes con la legislación agraria y, en particular, respeten la unidad mínima de cultivo en cada caso establecida. Estos actos están sujetos a licencia municipal y serán nulos a todos los efectos legales los actos que se realicen sin previa licencia. Sigue diciendo este artículo que los Notarios y los Registradores de la Propiedad no procederán a autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos sin que se acredite previamente el otorgamiento de la licencia de parcelación, tanto urbanística como rústica, que los primeros deberán testimoniar en el documento.

Como se ve, estas normas autonómicas se conforman bastante bien con las nuevas disposiciones de la Ley nacional de Modernización de Explotaciones Agrarias; la división por debajo de la unidad mínima es nula y solo habrá licencia municipal cuando no se dé la indivisibilidad.

En *Murcia* la Ley de 20 de diciembre de 1986, de Medidas para la protección de la legalidad urbanísticas de esta Región, dice en su preámbulo que las urbanizaciones ilegales, que algunos califican con los expresivos términos de piratas, clandestinas o salvajes, provocan daños de extremada gravedad, en primer lugar al propio medio físico que degradan, después a los Ayuntamientos a los que crean fuertes problemas, también a los adquirentes de buena fe y, por último, a los promotores y constructores que respetan las reglas establecidas, a quienes hacen una competencia desleal. Por ello se propone la corrección de estas anomalías, contando en este campo, dice, con la siempre leal y eficiente colaboración con la Ley y la Justicia de cuerpos tan capaces y acreditados como Notarios y Registradores de la Propiedad, constituyendo un elemento imprescindible de la maquinaria establecida por esta Ley.

En el artículo 5.º se establece que el Notario, en toda escritura de división y segregación de terrenos exigirá la aportación de la licencia correspondiente. En el artículo 6.º dice que en las escrituras sobre división de fincas situadas en suelo no urbanizable o en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, el Notario hará las advertencias expresas que correspondan. Y aunque en el artículo 7.º parece que se pueden inscribir estos actos con la advertencia expresa, creemos que esto ya no es posible por prohibirlo de modo tajante el artículo 24 de la Ley de Modernización de Explotaciones.

En *Navarra* existían varias normas sobre ordenación territorial y urbanismo, que han quedado refundidas en la Ley Foral de 4 de julio de 1994. En el artículo 8 se dice que constituyen el suelo no urbanizable los terrenos que el planeamiento determine en razón a su valor agrícola, forestal, ganadero, naturalístico, paisajístico, histórico, cultural, ecológico o para la defensa de la fauna, flora o equilibrio ecológico y, en general, por sus características o vocación rústica. Como se ve, una determinación largamente enumerativa con la que se quiere evitar el simple concepto excluyente de que es rústico lo que

no es urbano. Con carácter general se determina en el artículo 221.1.f que estarán sujetas a licencia las parcelaciones urbanísticas y las segregaciones y divisiones de fincas rústicas.

En *Valencia*, la Ley de 5 de junio de 1992 ha regulado el suelo no urbanizable, del cual da un concepto positivo y no residual realizando para ello las variadas funciones sociales de estos terrenos que son especialmente tutelados por ello.

Según el artículo 1.º se clasifican como suelos no urbanizables, entre otros, los terrenos cuyo uso o aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal actual debe ser mantenido, y aquellos que deben ser objeto de tal uso o aprovechamiento en virtud de los planes o programas de dichos sectores primarios productivos o por razón del modelo social, económico y territorial adoptado.

En el artículo 4.º se establece que la clasificación y calificación del suelo no urbanizable vinculan los terrenos a los correspondientes destinos y usos y definen la función social de la propiedad de los mismos, delimitando el contenido de este derecho.

Toda la Ley se dedica a regular detalladamente los derechos y deberes de los propietarios de estos terrenos, determinando todos los posibles usos y aprovechamientos del suelo no urbanizable. Pero la norma más importante desde el punto de vista de nuestro estudio está contenida en la disposición adicional tercera, tan extensa como enérgica. Según ella, todos los actos de parcelación o segregación de fincas o terrenos de suelo no urbanizable o urbanizable no programado quedarán sujetos, cualquiera que sea su finalidad, a previa licencia municipal. No podrán realizarse, ni por tanto autorizarse en ningún caso, actos de división o segregación de fincas en los supuestos siguientes:

- Cuando pudieran dar lugar a la creación de un mayor número de fincas que sean inferiores a la unidad de cultivo establecida reglamentariamente como mínima.
- Cuando se refieran a fincas en las que ya existan construcciones ilegales, salvo que la segregación no agravara las circunstancias determinantes del incumplimiento de la legislación.
- Cuando la división pretendida sea incompatible con las condiciones de indivisibilidad impuestas por una autorización previa o declaración de interés otorgada a los efectos previstos en el artículo 8 (viviendas, almacenes o instalaciones con finalidad agrícola). Para comprobar este extremo, el Ayuntamiento que otorgue la licencia exigirá, si fuere precisa, certificación negativa del Registro de la Propiedad.
- Cuando deba presumirse legalmente que tiene un fin urbanístico por existir ya de hecho en los terrenos o encontrarse proyectada la insta-

lación de infraestructuras o servicios innecesarios para las actividades a que se refiere el artículo 5.º a) 1 (actos precisos para la utilización agraria de los terrenos) o de carácter específicamente urbano, así como por proponerse realizar o responder a una división fáctica que, por sus características, pudiera suponer riesgo de formación de un núcleo urbano.

Los Notarios y los Registradores de la Propiedad no podrán autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división, parcelación o segregación de fincas o terrenos en cualesquiera de las clases de suelo, incluida la de suelo no urbanizable, sin la acreditación de la preceptiva licencia municipal. Alternativamente podrán exigir y testimoniar el certificado administrativo de la innecesariedad de la licencia.

Por otra Ley de la Generalidad Valenciana de 13 de junio de 1997 se modifica parcialmente la anterior, para autorizar a título excepcional la construcción de viviendas aisladas en el medio rural. En el preámbulo se insiste en que la alteración por fragmentación sistemática de la estructura parcelaria del suelo rústico, la producción masiva de nuevas fincas adicionales, tanto si se hace en lotes de una hectárea como de menos o más, conlleva a largo plazo el desmembramiento de la estructura productiva agraria propia del espacio rural y su conversión anormal en un espacio urbano, puesto que la parcelación intensa y la urbanización son dos fenómenos íntimamente asociados.

Se da una nueva redacción al artículo 10 de la anterior Ley, para autorizar la construcción de una vivienda aislada, con exigencia de requisitos estrictos que no es del caso reseñar y se establece que en todo caso la finca deberá quedar afectada con inscripción registral de la vinculación de la total superficie real a la construcción, que exprese las concretas limitaciones a su divisibilidad y edificabilidad impuestas por la autorización previa de la vivienda.

También se retoca la disposición adicional antes dicha de la Ley valenciana de 1992, estableciéndose rotundamente que no podrán realizarse ni autorizarse actos de división o segregación de fincas en contra de la legislación agraria, haciéndose referencia expresa a la Ley estatal 19/1995 de 5 de julio, o sea a la de Modernización de Explotaciones Agrarias.

III. REGIMEN ACTUAL

Dado el sistema de coexistencia de normas establecido por la Constitución, las cuestiones de competencia entre las estatales y las autonómicas pueden ser frecuentes. Ahí está la repetida Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1997.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros de 16 de julio de 1984 ya se cuidaba de advertir que en materia de parcelación del suelo, sea urbana o rústica, debía estudiarse si con arreglo a las normas respectivas es legal o existen infracciones que impidan a los Notarios la autorización y a los Registradores la inscripción.

Cuando haya normas autonómicas especiales, habrá de estarse a ellas, por existir una competencia clara en esta materia. Pero primarán las normas estatales cuando estas sean de aplicación plena.

Así, se mantiene el artículo 259 de la Ley del Suelo de 1992, que exige la licencia para las parcelaciones en general. Lo mismo cabe decir del artículo 20 de la reciente ley de 13 de abril de 1998, que ya hemos citado y que tiene aplicación a todo el ámbito nacional. Según este precepto, repetimos su texto, en el suelo no urbanizable quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza.

La legislación agraria está contenida en la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, la cual ha introducido una acertada medida que, si se aplica debidamente, contribuirá de modo decisivo no sólo a mantener la integridad de las fincas, sino también a preservarlas de invasiones urbanísticas. Aunque, como veremos, ya hay un intento de «dulcificar» su efectividad, bordeando una clara ilegalidad.

En el artículo 24-1 de dicha Ley, aplicable a toda España plenamente, se establece que la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Hasta aquí, el texto es igual que en las leyes anteriores.

Pero el cambio fundamental se contiene en el número 2 de dicho artículo donde se sienta de modo rotundo y sin lugar a dudas que «serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior».

La norma es aplicable igualmente a los casos de partición de herencia, según el apartado 3 del artículo, aplicándose al efecto las normas establecidas en el Código Civil para la adjudicación de cosas indivisibles si falta la voluntad del testador o el acuerdo de los herederos. El supuesto, como es sabido, se contempla en los artículos 404 y 1.062 de dicho Cuerpo legal, dándole la solución de adjudicar la cosa sin dividirla a uno de los comuneros que deberá compensar en metálico a los demás. No parece necesario aclarar que esta norma del artículo 24 de la nueva Ley deroga cualquier otra disposición más o menos permisiva en esta materia, sea nacional o autonómica. Las Comunidades, como vamos a ver, únicamente pueden determinar la extensión de esas

unidades mínimas en el territorio de su ámbito, pero nada más; fijada la extensión, no se puede autorizar ninguna división o segregación por debajo del límite, que sería nula de pleno derecho y sin ninguna duda.

Veamos diversos aspectos de esta regulación:

A) FIJACIÓN DE LAS UNIDADES MÍNIMAS

El artículo 23 de la Ley entiende por unidad mínima de cultivo la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona.

Las pautas de carácter técnico vienen a ser las mismas que existían en la legislación anterior: superficie suficiente para obtener un rendimiento que se considere satisfactorio, empleo de medios de cultivo adecuados y consideración de los factores peculiares de las comarcas respectivas. Con estas directrices, a veces cambiantes, habrá que determinar en cada caso cual es la extensión de esas unidades mínimas, que normalmente serán distintas para los cultivos de secano y regadío en razón a su productividad. Y esa misión se encomienda a las Comunidades Autónomas, las cuales concretarán las superficies correspondientes para los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial (Art. 23 de la Ley).

Hasta el momento son varias las Comunidades Autónomas que ya han señalado la extensión de las unidades mínimas de cultivo para su territorio; las relacionamos por orden cronológico:

- Cataluña, por Decreto de 12 de abril de 1983 estableció la superficie mínima, oscilando en secano de 3 a 4,4 hectáreas y en regadío de 1 a 1,5 hectáreas.
- Castilla y León, por Decreto de 16 de agosto de 1984 fijó la unidad mínima de cultivo para las provincias comprendidas en esta Comunidad, oscilando en el secano de cuatro hectáreas para el grupo primero, seis en el segundo y ocho hectáreas para el tercer grupo; en el regadío, de una, dos y tres hectáreas respectivamente, para cada uno de los grupos.
- Madrid, en cuya Comunidad tiene gran fuerza el problema de las urbanizaciones ilegales, hubo de afrontarlo con disposiciones legales tajantes. Por Decreto de 11 de mayo de 1989 se establece para todos sus municipios una superficie de 0,75 hectáreas para el regadío, 3 hectáreas para el secano y 30 hectáreas para los montes.

- Cantabria, por Ley autonómica de 23 de marzo de 1990, fija la superficie para el secano en tres zonas que van de 0,60 hectáreas a una hectárea, dada la pluviosidad de la zona, que casi hace equiparable el secano al regadío. Para el regadío, en toda la Comunidad se establece la superficie mínima en media hectárea.
- Asturias. Por Decreto de 30 de diciembre de 1992 se fija la extensión de la unidad mínima para el Principado. Por la misma razón de la pluviosidad no se distingue entre secano y regadío; para el cultivo agrícola en general, se señala en la zona de montaña dos grupos de 70 y 60 áreas y para la zona baja entre 40 y 50 áreas. La unidad mínima forestal es de 10 hectáreas.
- Canarias ha fijado, por Decreto de 22 de abril de 1994, una unidad de cultivo de carácter general de una hectárea para todo su territorio.
- Navarra ha fijado la unidad mínima de cultivo para su territorio, por igual para todos los municipios, mediante el Decreto Foral de 6 de mayo de 1996, en la superficie de dos hectáreas para el secano y para el regadío de transformación y de una hectárea para el regadío tradicional.
- Murcia ha rectificado y derogado un Decreto de octubre de 1996, fijando las unidades por otro Decreto autonómico de 6 de junio de 1997, en el que vuelve de nuevo a los parámetros de la Orden Ministerial de 1958 a la que nos hemos de referir. Se vuelve, por tanto, a las superficies «tradicionales» o sea 20 áreas para el regadío en todos los municipios; en cuanto al secano se señala el mínimo en 2,50 hectáreas para Abanilla, Bullas, Calasparra, Caravaca, Cehegin, Fortuna, Jumilla, Moratalla y Yecla, siendo de 2 hectáreas en el secano para el resto de los municipios de la provincia.
- País Vasco, por Decreto de 8 de junio de 1997, fija la unidad mínima en una hectárea para Guipúzcoa y 75 áreas para Vizcaya, tanto para el secano como para el regadío. En cuanto a Alava se fija desde una hectárea para arriba según las distintas comarcas en el regadío; en cuanto al secano se eleva considerablemente, multiplicando por tres las extensiones que se fijaron en la Orden Ministerial de 1958.
- Para las demás Comunidades Autónomas que no han fijado de modo especial la superficie de las unidades mínimas, creemos que la única norma aplicable es la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 donde se señalaban las superficies para todos los municipios españoles. De modo expreso lo confirman en el caso de Andalucía la Resolución de la Consejería competente de 4 de noviembre de 1996 y en el de Galicia la Instrucción de su Junta autonómica de 23 de septiembre de 1985. En cuanto a las demás, insistimos en la opinión, ampliamente compartida y que después veremos, de la vigencia y aplicación de las pautas superficiales señaladas en la repetida Orden Ministerial de 1958.

B) APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA

De acuerdo con las disposiciones que hemos señalado, en la práctica de la calificación consideramos que deben seguirse las siguientes directrices:

1.^º Para las fincas resultantes de la concentración parcelaria u otras actuaciones de mejoras estructurales de origen público, la unidad mínima de cultivo será la fijada para cada zona o municipio de la actuación por el Decreto o disposición concreta que las regule y que ya se dictan, por razón de competencia, por las Comunidades Autónomas. Se trata de normas especiales que se anteponen y deben aplicarse antes que las normas generales. En los títulos que se expiden de las nuevas fincas, y por tanto en sus correlativas inscripciones, constará la individualidad o divisibilidad de dichas parcelas, según corresponda, ya esta indicación habrá de estarse.

2.^º Para las fincas no concentradas ni mejoradas sitas en las citadas Comunidades Autónomas de Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco, las cuales han fijado la extensión de la unidad mínima en sus respectivas disposiciones particulares antes citadas, se estará a lo que en ellas se determina para los actos posteriores a su vigencia; para los actos anteriores debe regir la Orden Ministerial de 1958, única vigente hasta entonces.

3.^º Para las fincas no concentradas ni mejoradas en actuaciones públicas, sitas en territorios de Comunidades que no hayan fijado nada al respecto de modo especial, creemos que deben aplicarse las extensiones de la repetida Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958.

No compartimos la opinión de los que creen que esta disposición, por ser complementaria de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 quedó sin valor al ser derogada dicha Ley por la de Reforma y Desarrollo Agrario. La disposición derogatoria de esta última contiene una lista detallada de leyes que más que derogadas quedaban absorbidas en ella; después se explicaba claramente que la derogación se extendía tan solo a las disposiciones con rango legal y es evidente que la Orden Ministerial no tiene rango de Ley, por lo que no fue derogada, cuanto más que seguía siendo complementaria de unas disposiciones de la misma Ley sobre unidades mínimas que le han servido de base evidente para subsistir.

C) JURISPRUDENCIA

a) *Tribunal Supremo*

La Sala 1.^ª ha dictado hasta el momento dos sentencias contradictorias sobre la aplicación de la Orden Ministerial de 1958. Hay otra sentencia, pero

ésta de la Sala 4.^a, cuya argumentación es un tanto endeble, en cuanto se trata simplemente de anular una multa impuesta por la Administración, precisamente por infracción de las normas autonómicas sobre unidades mínimas.

Mejor será que hagamos un resumen de dichas sentencias, antes de proceder a su comentario.

1. Sentencia de 10 de mayo de 1980.—La causante de una herencia había dispuesto en su testamento que todos sus hijos recibiesen tierras de secano y regadío por igual. Estos no se pusieron de acuerdo para llevar a cabo la partición, por lo que hubo de realizarse, en juicio de testamentaría, por dos Letrados designados de oficio por el Juzgado. Una de las herederas, la única residente en la localidad y que por ello venía detentando la posesión de todas las fincas, interpone demanda de nulidad de la partición basándose en que algunas de las parcelas se habían dividido por debajo de los límites permitidos en la legislación de unidades mínimas de cultivo, resultando inferiores a la extensión fijada para el municipio en cuestión por la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958. Los otros hermanos, residentes fuera de la localidad, contestaron afirmando —y este argumento pesó en el fallo definitivo, como veremos— que lo que realmente pretendía la actora era seguir disfrutando de todas las fincas de la madre, por lo que había iniciado este pleito solo con ánimo dilatorio. Contraponían el argumento de que la partición era válida porque el artículo 46 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, entonces vigente, no declaraba nulidad alguna, lo cual era cierto.

Estimada la demanda en primera instancia por «haberse infringido en la partición normas imperativas y prohibitivas de la Ley», esta sentencia fue revocada por la Audiencia Territorial. Entonces la demandante derrotada insiste en sus pretensiones recurriendo en casación en siete motivos, extensamente razonados, que el Tribunal Supremo rechaza. De los considerandos de la sentencia entresacamos que la Orden Ministerial «se publicó como consecuencia y complemento de la primitiva Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (sin duda, se quiere decir Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954, es un error), la que en su artículo 1.º dejaba al Ministerio de Agricultura la facultad de señalar por Decreto la extensión de las unidades mínimas de cultivo en cada zona o comarca de la provincia a los efectos de dicha Ley y como ésta ha sido expresamente derogada por la vigente Ley de 1973, tal derogación ha de llevar consigo necesariamente la de la Orden de 27 de mayo de 1958... que fijó la extensión de los referidos mínimos de cultivo, pues es sabido que el espíritu derogatorio de una Ley ha de alcanzar, si la nueva Ley no dijese expresamente lo contrario, a las disposiciones de inferior rango dependiente de la derogada, como lo son las aclaratorias, complementarias o dictadas para la ejecución de la misma y esta condición tiene la Orden Ministerial de 1958 en relación con la Ley de 1954». En el cuarto considerando se dice que «al no existir en la ac-

tualidad disposición oficial alguna que haya señalado esos mínimos de cultivo y al haber sido derogada la que anteriormente, y como consecuencia de la Ley de 1954, los había establecido, es clara la inoperancia del precepto legal que como infringido se cita».

2. Sentencia de 10 de marzo de 1986.—Con motivo de ejercitarse el retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos respecto a determinadas parcelas de las que eran colonos los demandantes, los demandados opusieron varios motivos, uno de los cuales estribaba en que las parcelas a retraer eran inferiores a la unidad mínima de cultivo y por eso no podían segregarse de la matriz. La sentencia de primera instancia solo accedió al retracto de una parcela superior, denegando el *petitum* respecto a las demás, mientras la Audiencia desestimó totalmente el recurso de apelación.

En el recurso de casación formulado por los demandantes se alegó infracción de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 y sus disposiciones complementarias, resaltando en especial una supuesta contradicción entre el Decreto de 1955, que tan solo formulaba unos máximos y mínimos y la Orden Ministerial de 1958 que ya fijó de modo concreto la superficie de las unidades para cada término municipal de España.

El fundamento de Derecho número 4 es el más importante porque claramente proclama la efectividad de las normas complementarias que fijan las unidades mínimas de cultivo para los municipios no comprendidos en las Comunidades Autónomas que las hayan determinado especialmente. Dice así: «En este mismo motivo segundo se argumenta también la contradicción existente, a juicio de la parte recurrente, entre la Orden de 27 de mayo de 1958, que aplica la Audiencia, y el Decreto de 25 de marzo de 1955, llamado a prevalecer. Más no existe la contradicción que se alega, ya que el Decreto de 25 de marzo de 1955 estableció únicamente los límites máximos y mínimos que en las diversas provincias habían de asignarse a la unidad mínima de cultivo y a ello corresponde el texto de su artículo primero que el motivo invoca; más el designio de ese señalamiento no es otro que el fijar los límites dentro de los cuales habían de fijarse ulteriormente las superficies mínimas para cada una de las comarcas, que es justamente lo que efectuó la Orden de 1958, la cual goza de la vigencia que le reconoce la sentencia aquí impugnada, por no quedar comprendida en la derogación prevista en 1971 y operada en 1973 y que afecta únicamente a las disposiciones de carácter general con rango de ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria, más no a las disposiciones de rango inferior, y por lo que aquí importa la Orden de 27 de mayo de 1958 que habrá de entenderse vigente, no obstando alguna aislada declaración (así, la Sentencia de 10 de mayo de 1980), interín no se señalen otras o se revisen las allí fijadas por las Comunidades Autónomas a quienes se halla transferida la materia de reforma y desarrollo agrario».

Como hemos visto, esta sentencia desautoriza expresamente lo que se decidió en la otra sentencia de 1980, reafirmando la vigencia de la Orden Ministerial de 1958 en cuanto a la fijación de las unidades en las Comunidades que aún no la hayan hecho.

3. Sentencia de la Sala 4.^a, de lo Contencioso-Administrativo de 11 de mayo de 1988.—La consejería competente de la Junta autonómica de Castilla y León impuso una sanción de multa considerable a la propietaria de una finca rústica sita en los municipios de Valladolid y Villanueva de Duero, por haberla dividido en lotes en los cuales se habían construido posteriormente varios chalets, dando origen a una urbanización irregular con infracción tanto de las leyes agrarias como urbanísticas. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia de Valladolid declaró que la sanción no era conforme a Derecho. Y la Sala 4.^a del Tribunal Supremo confirma la decisión absoluta apoyándose en el débil argumento de que los chalets habían sido construidos por los compradores y no por la propietaria que hizo la división de la finca matriz, declarando a ésta exonerada de culpa y, de paso, se ataca sin necesidad a la legislación de unidades mínimas de cultivo, intentando declararla inefectiva.

En el tercer fundamento de Derecho se dice: El artículo 85 de la Ley del Suelo (se refiere al texto de 1976), dice que en las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de terrenos rústicos no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria. Por tanto, importa saber si en el presente caso se ha respetado la legislación. Y al respecto debe recordarse que el artículo 43 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario dice que por Decreto del Gobierno... se señalará y revisará la extensión de la unidad mínima de cultivo para el secano y el regadío de las distintas zonas o comarcas de cada provincia. Y el artículo 44 de la misma Ley añade que la división o segregación de una finca rústica solo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Tenemos así reunida la cabecera del grupo normativo aquí aplicable. Se hace necesario ahora conocer cual sea la unidad mínima de cultivo fijada para cada zona. Y en este sentido debe decirse que la alegación contenida en la demanda de la primera instancia de que desde 1973 a 1984 no existía fijada la unidad mínima de cultivo en la zona no ha sido negada por la Administración que lleva el debate al terreno estrictamente urbanístico: existencia de núcleo de población y congruente existencia de infracción. Pero, en todo caso, a esa conclusión hay que llegar por el juego derogatorio resultante de la incidencia de la Ley de 12 de enero de 1973, la de Reforma y Desarrollo Agrario, sobre la de 15 de julio de 1954 y la Orden de 27 de mayo de 1958 que había establecido para Valladolid la unidad mínima de cultivo en media hectárea para terrenos de regadío y dos hectáreas para terrenos de secano. La unidad mínima de cultivo se fija luego, en uso de competencias autonómicas

asumidas, por Decreto de 16 de agosto de 1984; y como la segregación y venta de que aquí se trata se realizó entre 1978 y 1979 es claro que no podría hablarse nunca de infracción de legislación agraria. Pero es que, además, la Administración admite que la unidad mínima de cultivo aplicable a la zona es de 5.000 metros cuadrados para finca de regadío, y los lotes segregados y vendidos tienen cada uno más de esa extensión, sin que pueda defenderse con argumentos que se apoyan en datos registrales obsoletos y en desacuerdo con la realidad, pues está probado que la finca matriz tiene a su favor una conexión de aprovechamiento de aguas, que parte de aquella es de secano.

4. Valoración de estas sentencias.—A la vista de los razonamientos que anteceden, nos inclinamos resueltamente por la Sentencia de 10 de marzo de 1986 que declara vigente la Orden de 1958 para las Comunidades donde no se haya regulado de modo particular, por lo que la legislación de unidades mínimas de cultivo cuenta actualmente con las precisas disposiciones legales y reglamentarias en pleno vigor para hacer posible la aplicación y eficacia tanto de las normas urbanísticas como de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1995.

En una sesión de trabajo sobre estos temas que se celebró en 1986 en el Colegio de Registradores, con asistencia de otros profesionales jurídicos, se recogió el sentir de que, posiblemente, el primer fallo, el negativo de 1980, buscando una solución de equidad para evitar que se prolongase la situación de posesión injusta de la heredera que pretendía perpetuarse en el goce de todos los bienes, se acudió a rebatir sus alegaciones con unas consideraciones que llegaban a estimar inefectiva la legislación protectora de las unidades mínimas.

Y en cuanto a la última sentencia, la de la Sala 4.^a de 1988, es sabida la tendencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de paliar en lo posible alguna que otra extralimitación de los órganos administrativos. Aquí había una multa excesiva y, aunque estaba clara la infracción de la propietaria, se quiso orillar su responsabilidad trasladándola a los constructores de las edificaciones. Pero lo que nos extraña más es que, de paso y sin venir a cuento, pues no era necesario, se atacase a la legislación de unidades mínimas de cultivo intentando declararla inaplicable al caso. Y decimos que no era necesario porque el entonces vigente artículo 45 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario permitía la división de todas las fincas rústicas sin otra sanción que el ineficaz retracto de colindantes que nunca se ejercitó en la práctica. En la sentencia se aduce que la Administración en este caso llevó el debate al terreno estrictamente urbanístico. ¡Y era lo correcto! Pues se había dado lugar a una urbanización ilegal en una finca rústica y de regadío para más inri. Por ello no era preciso, para nada, dar la «gran lanzada a moro muerto» que se propinó a la legislación de unidades mínimas de cultivo. En efecto, si la división de la finca no era nula según la entonces vigente legislación agraria,

no era lógico traer ésta a colación y menos para vapulearla sin necesidad y con argumentos faltos de base. Queda claro, pues, que no nos parece muy aceptable que digamos la argumentación de este fallo a los efectos de contradecir la tesis que mantenemos.

En cambio, consideramos más correcta la argumentación de la segunda sentencia reseñada, o sea la de 10 de marzo de 1986 que declara vigente la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 para las regiones donde no se haya fijado la unidad mínima por los órganos autonómicos competentes a título particular. La tesis de su nulidad no nos parece aceptable, por lo que vamos a decir: La primitiva Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954, nominalmente derogada, quedó incorporada total y literalmente a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, conservando su filosofía y valer, sin interrupción alguna, por lo que las normas que la desarrollaban han seguido vigentes. Esta última Ley, la del IRYDA, solo derogó las disposiciones sobre la materia que tuvieran rango legal, enumerándolas detalladamente, por lo que la Orden Ministerial de 1958, que no se deroga, no ha perdido nunca su valor ni siquiera después de la última Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, como razonaremos después.

b) *Jurisprudencia hipotecaria*

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado en cuatro Resoluciones, que siguen la misma línea, la necesidad de cumplir los requisitos, tanto de la legislación agraria como la urbanística, tendentes a proteger por una parte el destino y por otra la integridad de las fincas rústicas, exigiendo a tal fin la correspondiente licencia para poder inscribir las divisiones o segregaciones pretendidas.

En cuanto al punto concreto de si es aplicable la Orden Ministerial de 1958 para determinar la extensión de las unidades mínimas de cultivo en aquellas Comunidades Autónomas que no la hayan fijado, el Centro Directivo no ha tenido ocasión de pronunciarse por no haberle llegado en apelación ningún recurso gubernativo sobre el particular. Pero tenemos un documentado Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Granada que, resolviendo un recurso, sí considera vigente la citada Orden de 1958 para Andalucía y que después reseñamos.

Veamos primero las Resoluciones de la Dirección General, que son las siguientes:

1. Resolución de 13 de mayo de 1994.—En el Registro de la Propiedad de Málaga número 8, se deniega la inscripción de una escritura de segregación y venta de una parcela por constar en la finca matriz una anotación preventiva en la que aparece la pendencia de un expediente de disciplina

urbanística incoado por el Ayuntamiento de aquella capital que denota la existencia de un proceso de urbanización ilegal que se estaba produciendo sobre una finca rústica de regadío.

Aunque el Auto Presidencial revoca la nota aduciendo que una anotación preventiva no obsta a la inscripción pretendida, la Dirección General confirma plenamente la actuación del Registrador que, basándose en los preceptos de la legislación del suelo, ha actuado correctamente en su calificación. Se dice en la Resolución que el Registrador ha de tomar en consideración el contenido del asiento existente que denota el expediente sancionador por parcelación ilegal, pues de él resulta una fundada advertencia de que la segregación efectuada puede constituir uno más de los actos integrantes de un proceso de parcelación urbanística ilegal; ello es conexión con la prohibición de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, con la sujeción a la licencia de toda parcelación urbana y con la exclusión del Registro de todo acto o negocio jurídico que no reúna los requisitos prescritos por el ordenamiento jurídico para su validez y eficacia. Todo ello justifica sobradamente la paralización de la inscripción pretendida en tanto se acredite la conformidad del negocio jurídico cuestionado a la legalidad urbanística, esto es, en tanto se acredite que dicha segregación cuenta con la preceptiva licencia municipal o que, según la administración urbanística competente, no es necesaria dicha licencia.

2. Resolución de 5 de enero de 1995.—Aunque parece que la cuestión principal se refiere a la inscripción de una obra nueva, uno de los defectos de la nota denegatoria del Registro de la Propiedad de Corcubión es la de falta de la licencia municipal para segregar de un pinar el suelo necesario para edificar. La Dirección General estudia en primer lugar tal defecto y lo confirma como tal declarando que no cabe duda que para la inscripción de la segregación de un terreno de 1.900 metros cuadrados de una finca que se describe como suelo rústico se requiere la previa obtención de la correspondiente licencia o la declaración municipal de su innecesariedad como previene el artículo 259. 3 de la Ley del Suelo.

3. Resolución de 17 de enero de 1995.—En el Registro de la Propiedad de Motril número 2 se denegó la inscripción de una escritura por la que se dividía una finca de 87 áreas y 18 centiáreas en dieciocho parcelas de cuatro áreas cada una, calificadas como «huerta de riego», resultando además un sobrante de 12 áreas que se decía destinado a ampliación de la carretera de acceso. La nota se basaba en la falta de licencia para la división, siendo revocada por el Auto Presidencial al entender que el artículo 259 de la Ley del Suelo no es aplicable al tratarse de suelo no urbanizable. Pero la Dirección General acudiendo a los mismos argumentos que en la Resolución precedente, confirma la negativa del Registrador declarando que toda parcelación urbanística exige la licencia correspondiente.

4. Resolución de 16 de junio de 1995.—Se deniega la inscripción, en el Registro de la Propiedad de Palencia número 2, de una escritura por la que el dueño de una finca rústica, procedente de concentración parcelaria, segrega de la misma una parcela destinada, según se dice en el título, a «huerto familiar», porque al existir en el Registro diversas escrituras de otras segregaciones de la misma finca, puede implicar la existencia de una parcelación urbanística, por no acompañarse la licencia o declaración municipal de su innecesariedad. El Auto Presidencial confirmó la nota del Registrador fundándose en que si éste deduce, según las reglas del criterio humano que está en presencia de una parcelación urbanística ilegal, porque así se infiere del contenido de la escritura y de las anteriores segregaciones (artículo 1.253 del Código Civil), lo único que ha hecho es cumplir con la Ley suspendiendo la inscripción hasta que se acredite el otorgamiento de la pertinente licencia o se demuestre que ésta no es necesaria, y cualquier otro comportamiento infringiría la normativa que sobre el particular previene la Ley del Suelo. La Dirección General confirma la nota y el Auto, acudiendo a las mismas razones que constan en la Resolución de 17 de enero que antecede; al efecto se citan los preceptos que constituyen la determinante obligación de los Notarios y Registradores de la Propiedad de exigir la acreditación de la licencia o del certificado de innecesariedad.

5. Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 7 de marzo de 1996. Es la única resolución resolviendo un recurso gubernativo que se refiere de modo concreto a la vigencia de la Orden ministerial de 27 de mayo de 1958 que fija la superficie de las unidades mínimas de cultivo en las Comunidades que no las han determinado. Mejor hubiera sido que el Notario recurrente se hubiese alzado ante la Dirección General para que el Centro Directivo nos diese su autorizada doctrina sobre el particular; en conversación con el autor de este trabajo, nos dijo que el razonamiento del Auto era tan claro que estaba seguro de que sería confirmado y por ello no recurriría de nuevo. Hubiera sido preferible.

La Registradora de Cazalla de la Sierra (Sevilla) denegó la inscripción de una finca rústica de secano de una porción con una superficie de una hectárea, 28 áreas y 70 centiáreas, por el defecto insubsanable de infringir el artículo 24 de la Ley 19/1995 de 4 de julio, así como la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 que fija la extensión superficial de las unidades mínimas de cultivo para todas las provincias, quedando fijada por lo que al término municipal de Alanís (donde está la finca) en tres hectáreas y cincuenta áreas para el secano.

El Notario recurrió alegando que la Orden Ministerial de 1958 había que considerarla derogada. La Registradora emitió un extenso y brillante informe, cuyo texto puede verse en la publicación que hizo el Colegio de Registradores con ocasión de la mesa redonda celebrada el 26 de febrero de 1996; no es

posible reproducirlo, pero en esencia mantenía la vigencia de la discutida Orden Ministerial y su aplicación a Andalucía. El Auto recoge tales argumentos, declarando que para conceptualizar vigente tal Orden Ministerial bastaría con considerar que no quedó comprendida en la derogación de la Ley de Iryda de 1973, al afectar únicamente aquella a «las disposiciones de carácter general con rango de Ley, relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria», más no a las disposiciones de rango inferior cuales son, entre otras, la Orden que ahora importa, tal y como lo declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986. En el Auto se dice que tal vigencia se ha dado por supuesta en otras sentencias, como las de 31 de octubre de 1983, 5 de marzo de 1992 y 8 de febrero de 1993. Tan solo las sentencias de 10 de marzo de 1980 y la de 11 de mayo de 1988 fundaban la derogación de esta norma en la de rango superior de la que era desarrollo, pero tal doctrina, dice, no ha sido tenida en cuenta ya por el Tribunal Supremo, que la han abandonado en las otras sentencias citadas.

El Auto declara de modo rotundo que debe constatarse que la Orden Ministerial no ha sido derogada ni expresa ni tácitamente. Lo primero porque no aparece mencionada en la Disposición derogatoria de la Ley de 1973, ni tampoco en la Ley 19/1995. Lo segundo, porque es patente que no existe incompatibilidad alguna entre el contenido normativo de la una y de la otra, contradicción de todo punto necesaria, entre otros extremos, para el desenvolvimiento de la derogación tácita, de conformidad con la doctrina más autorizada y la jurisprudencia unánime.

En los fundamentos jurídicos tercero y cuarto se desarrolla ampliamente la tesis de la pervivencia de la Orden y se concluye desestimando el recurso y confirmando la nota denegatoria.

Precisamente la Junta de Andalucía ha venido a confirmar la tesis del precedente Auto en su Resolución de 4 de noviembre de 1996, que antes hemos citado, en la cual se dan por válidas las superficies mínimas de cultivo que estaban fijadas por la Orden Ministerial de 1958.

D) OPINIONES DOCTRINALES

En cuanto a las opiniones doctrinales, son varios los autores, de indudable prestigio profesional, que han defendido la vigencia y aplicación como disposición complementaria utilizable de la Orden Ministerial. Entre los Registradores de la Propiedad empezamos por Carlos Hernández Crespo, en su trabajo «La legislación de Reforma Agraria y el Registro de la Propiedad» (*RCDI* número 499, noviembre-diciembre 1973). Igual opina José Manuel García García en la ponencia «La legislación de unidades mínimas de cultivo y las limitaciones legales del dominio», presentada al VI Congreso Interna-

cional de Derecho Registral, Madrid 1984, tomo I páginas 110 y siguientes del libro editado por el Colegio de Registradores; nos dice que sería absurdo que se predicase la vigencia del nuevo texto legal y por otra parte se suspendiese su vigencia ante la «disculpa» de que no se ha dictado ninguna otra sobre unidades mínimas desde el año 1958; termina su alegato diciendo que no considera suficiente la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo de 1980. Manuel Peña y Bernaldo de Quirós, en su obra *Derecho Civil (Derechos Reales y Derecho Hipotecario)*, y Juan José Pretel Serrano, en su conferencia en el Colegio Notarial de Madrid (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 32, año 1991), también consideran vigentes las superficies de la Orden Ministerial de 1958 donde no haya normas autonómicas.

Entre el profesorado universitario podemos señalar al Catedrático de Derecho Agrario de Madrid don Juan José Sanz Jarque, que en su libro *Derecho Agrario*, página 327, considera vigente la repetida Orden de 1958 y lo mismo hace Carlos Pareja Lozano, Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, quien nos dice que al promulgarse la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario no se produjo una derogación de la mencionada Orden, que hubiera dado lugar a un vacío normativo. También aboga por la vigencia de la Orden el Profesor de Valladolid Antonio Soldevilla Villar (*Derecho Agrario*, tomo II, página 505), así como la Profesora de Valencia María de los Desamparados Llompert en su libro *Derecho Agrario*, editado por la Universidad de esa capital en 1995.

Por último, entre el Notariado recogemos, en primer lugar, la valiosa opinión favorable de Alberto Ballarín Marcial, que es además Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario y autoridad indiscutible en la materia; la expresó en la Jornada de estudio de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias celebrada en Ciudad Real el 31 de octubre de 1995, organizada por el Colegio Notarial de Albacete y el Centro de Estudios Registrales de Castilla-La Mancha, con asistencia e intervención de numerosos compañeros. Igual opinión mantiene el Notario de Sevilla Francisco Cuenca Anaya quien se manifiesta al respecto en tonos convincentes en su trabajo «Notas sobre la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias» publicada en el Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada, número 176, septiembre de 1995; nos dice que la doctrina, sobre todo la registral, se inclina mayoritariamente por la vigencia de la Orden de 1958 y confirma su opinión de que donde no haya normas especiales dictadas por las Comunidades Autónomas rige la repetida Orden de 1958. Y lo cree así: 1.º Porque la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario es solo un texto refundido, por lo que no derogó, sino que incorporó a la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954, y si esto es así no ve razón para que no subsistan sus normas complementarias el argumento de la Sentencia de 10 de mayo de 1980 es

puramente formalista. 2.º Porque el párrafo 2.º de la Disposición Adicional 4.ª de la Ley creadora del IRYDA se refiere a las disposiciones con rango de Ley, pero nada dice de las que no tengan ese rango. Y 3.º Porque si no hay unidades mínimas de cultivo quedarían sin vigencia no sólo los artículos de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias sino también las disposiciones de la legislación del suelo que prohíben las segregaciones y divisiones en contra de lo dispuesto en la legislación agraria.

Publicada la nueva Ley de 4 de julio de 1995 se pregunta Cuenca Anaya si se mantiene vigente la tan repetida Orden Ministerial de 1958. Ya no hay paridad de normas básicas, sino que se establecen modificaciones tan fundamentales como sancionar con nulidad los actos de parcelación con resultados no permitidos. Pero, sigue diciendo, si no subsistiese la Orden no habría unidad mínima fijada para gran parte del territorio nacional y llegaríamos al resultado absurdo de que, salvo en las Comunidades citadas, la Ley que pretende reforzar la indivisibilidad de las fincas quedaría inaplicable, con lo que se conseguiría exactamente lo contrario, ya que podrían dividirse libremente.

Por todo lo que hemos dicho, después de sopesar las opiniones doctrinales y la no clara jurisprudencia y teniendo en cuenta, sobre todo, la finalidad y los propósitos de la nueva Ley, nos inclinamos decididamente por la tendencia que permite defender la integridad de las fincas mediante el reconocimiento de la vigencia de la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 como complementaria en los territorios donde no se haya fijado la unidad mínima por disposición especial autonómica. Con ello reafirmamos y repetimos lo que machaconamente hemos proclamado en varias notas publicadas en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, a que nos remitimos. Ya no sólo se trata de conseguir el mantenimiento de fincas viables para su buen cultivo, sino protegerlas de la invasión anormal para fines urbanísticos fuera de ordenamiento. Las leyes del suelo son rotundas al prohibir las parcelaciones que dan lugar a urbanizaciones ilegales y al declarar indivisibles aquellas que contravengan la legislación agraria. ¿Por qué nos vamos a empeñar en dejar inservible una Ley que cuenta con todos sus elementos para ser efectiva?

E) REFLEJO REGISTRAL DE LA INDIVISIBILIDAD

La Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias trata de proteger la indivisibilidad de las fincas mediante la correspondiente publicidad que corresponde, es natural, al Registro de la Propiedad, con lo cual no sólo se avisa a terceros, sino que se consigue la efectividad que busca la norma.

En el artículo 26-1 se dispone que en toda inscripción de finca rústica en el Registro de la Propiedad se expresará si es de secano o regadío, su exten-

sión superficial y que sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la extensión de la unidad mínima de cultivo.

Creemos que la exigencia legal ha de cumplirse haciendo constar en el asiento que se practique, tras la descripción de la finca en su caso, la expresión concreta de «divisible» o «indivisible» que corresponda en cada caso, en concordancia con la extensión de la finca bajo el prisma de la extensión mínima de cultivo que corresponda, según las directrices que antes hemos detallado.

El número 2 del mismo artículo 26 declara que la inexactitud de estos datos no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad, ni enervar los derechos establecidos, aunque deja a salvo la protección que brinda al tercero el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este último inciso supone situar en los justos términos la publicidad registral, de modo que habrá nulidad en todo caso, pero respetando los derechos de los adquirentes de buena fe. Pero cuando aparezca la calificación de indivisibilidad en la finca, el adquirente queda afectado en cuanto que la causa de nulidad resulta del mismo Registro.

El caso es que se corrige de modo radical lo que disponía antes el artículo 47-2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, para el cual la inexactitud de los datos no impedía el ejercicio de los derechos, lo que podría hacerse sin necesidad de anular la inscripción. Ahora sí hay nulidad del acto y ello implica la cancelación o rectificación de la inscripción, según el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, dejando a salvo solo los supuestos de protección especial del artículo 34 de la misma Ley.

F) EXCEPCIONES

Se enumeran en el artículo 25 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, que modifica sustancialmente el texto que tenía el artículo 44-2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Se suprime en buena hora la segregación que antes se autorizaba para los célebres «huertos familiares», recurso fraudulento del que se había abusado tanto, hasta que la Ley del Suelo empezó a poner remedio a estas parcelaciones que casi siempre intentaban «legalizar» construcciones irregulares.

Las excepciones a la regla de la indivisibilidad son ahora las siguientes:

1. Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide o segrega como la colindante no resulten de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. En el precepto modificado de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario se ponía como condición que

no resultase un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo. Ahora se expresa con mayor precisión y la exigencia consiste en que no resulten fincas inferiores en ningún caso.

2. Si la porción segregada se destina de modo efectivo dentro del año siguiente a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario.

Hasta aquí coincide con el antiguo precepto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, pero se añade algo más, para poner el supuesto en concordancia con la legislación del suelo. Así, se condiciona expresamente esa segregación a que se haya obtenido la licencia para construir prevista en la legislación urbanística y a que posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción en el plazo que se haya establecido en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación. El condicionamiento es claro y expreso y por tanto habrá que cumplir los requisitos sobre la licencia y la dirección facultativa, constando después por nota marginal la terminación de la obra, con lo que pondrá colofón a la publicidad que manifieste la legalidad de esa segregación o división. Como la legislación del suelo se remite a su vez a la agraria para poder efectuar sus segregaciones o divisiones sobre suelo no urbanizable, en el último párrafo del artículo 25 b) de la Ley de Modernización se hace la excepción expresa que estamos apuntando para aclarar que en este caso concreto no se vulnera la normativa agraria.

3. Si la segregación es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos.

La excepción se refiere a los casos regulados en los artículos 84 a 99 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, cuando los arrendatarios no lo sean del total de la finca, sino sólo de una parte de ella. Entonces habrá de procederse a la división o segregación que aquí se autoriza de modo excepcional, aunque resulte una parcela inferior a la unidad mínima de cultivo. Parece que con esta excepción expresa del artículo 25 c) de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias se viene a autorizar en adelante la fragmentación de la finca arrendada, en este supuesto concreto, aún debajo de los límites mínimos de cultivo establecidos, en atención a la finalidad de miras sociales de proteger al arrendatario como cultivador directo.

4. Si se produce la división o segregación por causa de expropiación forzosa, de conformidad con su legislación específica.

Por supuesto, lo normal es que solo se expropie la parte necesaria de la finca según los fines que se pretenden, sin tener que expropiar la finca entera si no es necesario. Como además la extensión expropiada se destina casi siempre a obras o instalaciones ajenas al cultivo, la excepción estaría igualmente justificada.

IV. UN RETROCESO INQUIETANTE

Lo constituye el Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio (*Boletín Oficial del Estado* del 23 del mismo mes), por el que se aprueban las normas complementarias del Reglamento Hipotecario para la inscripción de actos de naturaleza urbanística. Para abreviar y entendernos, en adelante le llamaremos simplemente «Reglamento de Urbanismo», aunque en este caso nos afectan tan sólo los artículos 78 a 80 que regulan la inscripción de parcelaciones, por lo que únicamente a ellos nos vamos a referir.

Primero queremos decir que, hasta ahora, siguiendo fielmente el mandato rotundo contenido en las normas legales vigentes que hemos estudiado, la doctrina de la Dirección General ha sido firme al exigir en todo caso la debida licencia para parcelar, con el fin doble de mantener el destino agrícola del suelo no urbanizable como su indivisibilidad por debajo de los límites marcados por las unidades mínimas de cultivo, lo que viene a ser lo mismo, pues cuando se quiere fragmentar una finca rústica, casi siempre se hace tratando de encubrir la realización de construcciones ilegales sobre las parcelas resultantes.

Basta con recordar las siguientes Resoluciones; antes vistas:

En la de 13 de mayo de 1994 se declara que no se pueden segregar parcelas de una finca en cuyo folio registral consta una anotación preventiva de haberse iniciado un procedimiento por los órganos municipales con el fin de que se suspenda la parcelación y urbanización ilegal que se venía realizando en la matriz.

En la de 5 de enero de 1995 se declara no inscribible una estructura de obra nueva si no consta la previa licencia municipal de la segregación del solar de una finca no urbanizable.

En la de 17 de enero de 1995 se declara que no puede inscribirse la división de una finca rústica en 18 parcelas que se dicen destinadas a «huertos familiares», si no se acompaña licencia municipal para la división o la declaración de su innecesariedad.

Y en la de 16 de junio de 1995 se declara igualmente no inscribible una escritura de segregación que puede implicar la existencia de una parcelación urbanística si no hay licencia o declaración de no ser necesaria.

En estas Resoluciones, pues, se veta de modo concluyente el intento de convertir fincas rústicas en núcleos urbanos, desechándose el fallido pretexto de los célebres «huertos familiares» que se alegaba como fraudulenta tapadera. Lo mismo cabe decir de esos intentos de enajenar una finca por cuotas indivisas, con asignación del «uso» sobre determinada porción señalada a cada uno de los adquirentes y también cuando se constituyen asociaciones ficticias en las que se incorpora a la cualidad de socio el uso exclusivo sobre porciones determinadas.

Por esto llamamos la atención sobre las inquietantes interpretaciones que se pueden dar a las nuevas disposiciones contenidas en los artículos 78 a 80 de este Reglamento de Urbanismo en lo referente a los actos de parcelación de fincas rústicas y que no dudamos en calificar como un auténtico retroceso por oponerse a unas claras prohibiciones legales.

Porque tanto las leyes del suelo, la estatal y las autonómicas existentes sobre el particular, exigen siempre la licencia para dividir si esa división tiene tintes urbanísticos; si es una división puramente rústica, el artículo 24 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias es claro y rotundo y no se compagina en modo alguno con dulcificaciones reglamentarias.

¿Qué ocurre cuando es precisa la licencia y no se aporta? Hasta ahora, y con la Ley en la mano, la única solución era denegar la inscripción y así se ha hecho siempre y lo ha venido sosteniendo la Dirección General en las resoluciones que acabamos de citar. Pero el nuevo Reglamento de Urbanismo, que en principio sigue el cauce de las normas legales, parece querer «abrir la mano» admitiendo después una especie de extraño silencio administrativo que no es aceptable en modo alguno.

El punto a discutir se presenta, como dice la cabecera del artículo 79, en el caso de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, cuando de la operación resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, o aun siendo superiores, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o números de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, sugiere duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, en los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable.

En el proyecto o borrador inicial de este precepto el punto uno establecía que los Notarios no debían autorizar las escrituras sin la pertinente licencia en los casos del supuesto visto. Parece que el Consejo de Estado, según se dice en el preámbulo, consideró que el Real Decreto sólo debía hacer referencia a la actuación registral y no a la notarial y por eso se ha suprimido tal párrafo; pero creemos que esto no puede significar, en modo alguno, que los Notarios se consideren por ello exentos de seguir cumpliendo la obligación de abstenerse de otorgar la escritura si no se les aporta la licencia que viene expresamente exigida por el artículo 259 de la Ley del Suelo en su texto de 1992, precepto que sigue vigente.

¿Y cómo deben actuar los Registradores en estos casos? Siguiendo con este artículo 79 y para el supuesto, que no debería darse, de que indebidamente se haya otorgado y autorizado la escritura sin aportación de licencia, dice que remitirán los Registradores copia de los títulos presentados al Ayuntamiento que corresponda con solicitud de que se adopte el acuerdo que sea pertinente en cada caso. La remisión de estos documentos se hará constar al

margen del asiento de presentación, el cual quedará prorrogado hasta 180 días después de la fecha de dicha remisión.

Resulta, en la práctica, que hay una suspensión del asiento, sin necesidad de que los interesados lo soliciten ni de que acudan a la anotación preventiva por defecto subsanable, ya que la nota marginal es más ventajosa en cuanto al plazo y en cuanto a la posibilidad de que el defecto se «subsane» mediante ese extraño silencio administrativo que veremos.

En el punto 2 del mismo artículo 79 se establece que si el Ayuntamiento comunica que del título autorizado no se deriva la existencia de una parcelación ilegal, el Registrador podrá practicar la inscripción solicitada. Sigue todo normal y dentro de la ley, pero no deja de extrañar que los interesados den lugar a tales embrollos cuando hubieran podido evitarlos aportando sin más la licencia para otorgar la escritura.

Es también normal y acorde con las leyes lo dispuesto en el punto 3 de que si el Ayuntamiento comunica que existe el peligro de formación de núcleos urbanos o de parcelación ilegal se denegará la inscripción de las operaciones solicitadas. Hay una denegación en toda regla y con los efectos señalados en la legislación hipotecaria. No nos meteremos a analizar aquí la remisión que se hace al artículo 73 del mismo Reglamento, ya que éste viene a manejar el concepto de simple «publicidad noticia», que con tanto ahínco criticó nuestro recordado compañero José María Chico, a cuya opinión nos unimos.

En el apartado 4 del artículo 79 que venimos estudiando, las cosas ya no permanecen dentro del ámbito de una correcta aplicación de las normas legales. En efecto, se dice que transcurridos cuatro meses de la nota marginal del asiento de presentación, si no se presentara el documento de que se ha incoado expediente de infracción urbanística por parcelación ilegal con efectos de prohibición de disponer, se autoriza, sin más, al Registrador de la Propiedad para practicar la inscripción de las operaciones solicitadas.

La verdad, nos causa sorpresa esta solución, pues significa que si el Ayuntamiento no contesta en ese plazo de los cuatro meses, ya no hay inconveniente para inscribir. El punto 6 del artículo 242 de la Ley del Suelo de 1992, declarado vigente por la sentencia del Tribunal Constitucional establece rotundamente que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico. La doctrina del silencio, tal como se trata en los artículos 42 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 requiere mayores cuidados para ser aplicada sin más a una materia que tanto la legislación del suelo como la de Modernización de Explotaciones Agrarias tratan con una regulación tan imperativa como detallada.

Por eso entendemos que es demasiado presuponer que basta la falta de contestación para considerar que el Ayuntamiento no tiene inconveniente

alguno en que se perpetre una muy probable infracción de normas legales o quizá del planeamiento municipal correspondiente. Consideramos insuficiente la advertencia que se señala en el número 1 y sería conveniente asegurarse de que no existe realmente inconveniente mediante, al menos, una insistencia en el requerimiento a los órganos municipales, para evitar que por simple inercia o porque, como a veces ocurre, haya asuntos más importantes o perentorios en el municipio que impidan conceder a estos la atención que realmente tienen y se descuide su debido curso y despacho.

Poco más o menos cabe decir para comentar el artículo 80 que se refiere concretamente a las fincas de dimensión inferior a la parcela mínima de cultivo y donde se trata el caso con parecidos trámites.

Señalemos en primer lugar que hay un error, simplemente material y disculpable, al remitirse al número 5 del artículo anterior, pues tal número no existe; debería decirse el número 4. Seguramente se habrá originado tal error por la supresión del que era número uno y se refería a los Notarios, suprimido del borrador al Real Decreto, pero se entiende perfectamente la remisión.

Entrando ya en la materia de este artículo 80, aquí se sustituye la comunicación al Ayuntamiento por la Administración agraria correspondiente, ahora en manos autonómicas y de ámbito regional o al menos provincial, demasiado amplio. El cambio puede tener sus inconvenientes, pues aparte el hecho de que normalmente estas administraciones están a cargo de funcionarios técnicos y no juristas, no siempre cuentan con los datos suficientes que les permitan dictaminar sobre la validez o nulidad del acto y menos aún para poder apreciar si concurren algunas de las excepciones que se señalan en la Ley 19/1995 de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, en su artículo 25 (y no los artículos 23 y 24 que erróneamente se citan). Estas excepciones son, como hemos dicho, las disposiciones en favor de colindantes, el destinarse la porción segregada a una edificación concorde con licencia urbanística, cuando es consecuencia del acceso a la propiedad del arrendatario y en los casos de expropiación forzosa. Es evidente que los datos de algunos de estos supuestos no constarán en la Administración agraria por carecer de antecedentes sobre ellos y difícilmente podrá informar a este respecto. Más fácil y normal será que el interesado lo alegue, aportando la documentación correspondiente y sea el Registrador el que califique si se dan tales circunstancias y proceda en consecuencia, sin necesidad de acudir a órganos que seguramente no le informarán de nada.

En este mismo artículo 80 se resumen y repiten los supuestos de que la Administración agraria acepte la división, declare la nulidad o no conteste, con soluciones análogas a las dadas en el artículo 79 y que hemos visto. Nuestro comentario es igualmente negativo: Si el Registrador comprueba que hay excepción a la regla de indivisibilidad por debajo de la unidad mínima, podrá

inscribir; si no hay tal excepción, no podrá inscribir, pasen o no los cuatro meses, pues ese extraño silencio de los órganos administrativos no puede en ningún caso legalizar lo que está expresamente prohibido por la Ley.

En el mismo sentido se expresa el Notario Francisco Javier García Mas en su trabajo sobre el tema, publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de marzo-abril 1998, páginas 349 y 350. Dice que si la sanción de la Ley de Modernización es la nulidad, nos guste más o menos o discrepemos de la dureza de la norma, lo cierto es que el artículo 24 dice que son nulos los negocios jurídicos que contravengan a la norma; el permitir que se inscriba tan solo por el transcurso de cuatro meses no es de recibo y no resiste de verdad un mínimo análisis jurídico.

Reiteramos, pues, que lo único legal y además lo más sencillo en la práctica, como se ha venido haciendo hasta ahora, será obtener y aportar la debida licencia cuando sea procedente o la declaración de que no es necesaria, en los casos de parcelación urbanística, pues tales documentos serán los que realmente pueden y deben propiciar la inscripción sin otros inconvenientes. En las divisiones o segregaciones puramente agrícolas, o se está por encima de la unidad mínima de cultivo o hay alguna excepción de las señaladas en el artículo 25, debidamente acreditados los requisitos que señala tal precepto; de no ser así, ¿qué valor tiene la tortuosa solución que se intenta dar?

Entendemos que hay que suponer que si no se aporta la licencia es porque, casi siempre, debe haber algún inconveniente y, siendo así, creemos que esta flexibilidad que parece concederse, favorece más bien únicamente a los que buscan alternativas con el propósito de orillar la ley y, en cambio, no supondrá facilitar las cosas a los que se encuentran en situación legal. Al contrario, se originan unos trámites y papeleos más dilatorios y que no conducen a nada práctico. En efecto, si la división es ilegal y los organismos consultados responden en tal sentido, la inscripción no será posible y entonces nada se ha arreglado. Y si la división es legal, con conseguir la licencia estamos al cabo de la calle.

Lo único imaginable, como ya hemos dicho es que se trate de eludir el cumplimiento de los mandatos legales por esa vía lateral e insegura del silencio, abrigando la esperanza de que transcurran los cuatro meses sin que se produzca una actuación administrativa expresa. De ser así, habría que considerar esta posibilidad con bastantes reservas, porque si después de hacerse una inscripción en virtud de ese «silencio», aparece patente la ilegalidad de la división y se declara nula, vendrían los pleitos e inseguridades pese a la inscripción, ya que ésta no convalida los actos que sean nulos con arreglo a las leyes, como declara el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

Esto nos hace recordar aquel párrafo del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, derogado en buena hora, que permitía inscribir sin licencia actos

que la necesitaban, advirtiendo expresamente de su falta. Aquí la inscripción de la división sin licencia habría de hacerse expresando en el asiento que se actúa simplemente en virtud de un silencio que solo permite el reglamento pero no la ley, ya que ésta, por el contrario, exige la licencia en todo caso y declara la nulidad de las fragmentaciones por debajo de la unidad mínima.

En cuanto a los Notarios, el mandato legal es clarísimo y a pesar de haberse suprimido en este Reglamento ese inciso inicial del artículo 79, no puede haber dudas sobre el particular. En el trabajo que antes hemos citado del Notario Francisco Javier García Mas, así se declara paladinamente. Nos dice que la postura a adoptar por el Notario debe ser clara, ya que si existen normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo, éste no podrá ni deberá hacer la segregación a las bravas, por debajo de la unidad, salvo que exista alguna de las excepciones marcadas por la Ley, porque estaría autorizando un negocio jurídico que es nulo por Ley. Si lo hace y pasan cuatro meses sin que rechiste la Administración agraria, cuela y se inscribe; ¡Qué inseguridad jurídica! y además, concluye, ¿cómo se puede explicar esto a un compareciente?

Aquí está el quid de la cuestión, en la inseguridad jurídica que se puede plantear si se acepta esta clarísima contradicción al mandato legal. Por eso, terminamos reiterando que nuestro comentario no puede ser favorable a esa permisividad que se pretende conceder en este Reglamento y tenemos la esperanza de que los Notarios sigan absteniéndose de autorizar divisiones o segregaciones que no lleven consigo el cumplimiento de los límites y requisitos legales y no traspasen a los Registradores la papeleta de que sean ellos los que tengan que negar o suspender con todos los trámites y complicaciones que ahora se articulan.

Ahora nos queda esperar a ver cómo transcurre todo en la realidad y cuál será la doctrina de la Dirección General si llegan a presentarse en el futuro los casos que se contemplan en la nueva y extraña normativa que supone un retroceso lamentable.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

La anotación preventiva de querella (Sobre la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)

SUMARIO. 1 INTRODUCCION.—2. EL PROCESO CIVIL ACUMULADO AL PROCESO PENAL.—3 LA NO INICIACION O SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL DURANTE LA TRAMITACION SEPARADA DEL PROCESO PENAL Y LA POSIBILIDAD DE ANOTAR PREVENTIVAMENTE LA DEMANDA.—4. LA NECESARIA POSIBILIDAD DE ANOTACION PREVENTIVA DE QUERELLA SOBRE BIENES DEL QUERELLADO O DEMANDADO CIVIL: 4.1. LA NEGATIVA DE LA DGRN A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA. 4.2. CABE ENTENDER COMPRENDIDAS LAS PRETENSIONES CIVILES QUE PUEDEN CONSTITUIR EL OBJETO DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA EN LA PRETENSIÓN CIVIL ACUMULADA DE RESTITUCIÓN. 4.3 LA QUERELLA SE PODRÁ ANOTAR PREVENTIVAMENTE CUANDO EN EL PROCESO CIVIL ACUMULADO SE EJERCITEN ACCIONES QUE PUEDAN TENER ALGUNA TRASCENDENCIA REGISTRAL. 4.4. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA.

1. INTRODUCCION

Analizando diversas fuentes jurisprudenciales para el estudio de determinados aspectos de la anotación preventiva de demanda, encontré algunas resoluciones sobre la anotación preventiva de querella, a las que en principio, por no tener una aparente vinculación directa con la materia objeto de mi interés, no les presté excesiva atención.

Sin embargo, que la cuestión sea en cierto modo novedosa, es decir, no excesivamente tratada por la doctrina, y, sobre todo, la trascendencia e interés que suscita, por los problemas de orden práctico que plantea, despertaron en mí la curiosidad sobre el referido argumento y me animaron a profundizar en su estudio, siendo fruto de dicho trabajo el presente artículo.

De forma sintética, quisiera destacar que la cuestión principal a tratar es la de si cabe practicar en los libros del Registro de la Propiedad una anotación preventiva sobre un bien inscrito a nombre del imputado o demandado civil, en virtud de la interposición de una querella por determinados delitos de desplazamiento patrimonial (falsedad de documentos con trascendencia registral, estafa, alzamiento de bienes, etc.) (1), en la que se ejercita, junto a la acción penal, la acción civil de restitución y de impugnación del título inscrito y de su correspondiente inscripción.

2. EL PROCESO CIVIL ACUMULADO AL PROCESO PENAL

Según el artículo 100 LECRIM, «de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible». Por su parte, el artículo 1.092 del Código Civil se refiere a las obligaciones civiles que nacen de los delitos y faltas, estableciendo que se regularán por las disposiciones del CP (2).

No obstante el tenor literal de estos preceptos, se ha puesto acertadamente de manifiesto que la responsabilidad civil no nace del delito, cuyo único efecto jurídico solamente puede ser la pena, sino del ilícito civil, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.089 del Código Civil, según el cual son fuentes de las obligaciones la ley, los contratos y cuasicontratos, y *los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier tipo de culpa o negligencia* (3)

(1) A mi juicio, la utilidad de la anotación preventiva de querella se podría manifestar, por ejemplo, en supuestos de hecho como los siguientes.

a) Cuando un heredero falsifica un testamento (arts. 390 y sigs. CP), para adquirir así la propiedad de determinado bien inmueble, que, de no mediar la falsificación, hubiera correspondido a otro coheredero, e inscribe en el Registro dicho bien a su nombre.

b) Cuando a través de un delito de estafa por doble venta (art. 251.2 CP). A enajena un bien inmueble a B e inmediatamente también a C, cómplice de A, quien lo inscribe rápidamente en el Registro para convertirse en titular del mismo en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.473, II del Código Civil,

c) En el supuesto de que el deudor cometa un delito de alzamiento de bienes inmuebles (arts. 257-258 CP), realizando un desplazamiento patrimonial en perjuicio de sus acreedores, y en favor de un tercero, cómplice en el delito, que los inscribe como propietario en el Registro.

(2) Vid. también, en el mismo sentido, el artículo 109 CP, según el cual «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados», y el artículo 110 CP, que enumera los tres tipos de pretensiones comprendidas en la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.

(3) Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Barcelona, Bosch, 1951, págs. 317-793, y en concreto págs. 318 y ss. En el mismo sentido se pronuncia DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal* (con ARAGONESES

Dando, pues, por sentado que un mismo acto puede constituir, por una parte, un delito o falta, del que derivará una responsabilidad penal que podrá exigirse en el correspondiente proceso penal, y, por otra parte, un ilícito civil que da lugar a una obligación y a un derecho de carácter civil, que se podrá hacer valer en un juicio de esta naturaleza, lo que nuestro ordenamiento jurídico permite es que ambos procesos se acumulen en un único procedimiento, atribuyendo la competencia para conocer de uno y otro al órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso penal.

No conviene olvidar que la acumulación del proceso civil al penal no hace perder al primero su naturaleza, razón por la cual estaremos ante un proceso regido por los principios dispositivo y de oportunidad, de modo que «la acumulación lo es entre un proceso penal necesario y un proceso civil oportuno» (4).

La acumulación de ambos procesos en un único procedimiento se posibilita principalmente por razones de economía procesal, resolviéndose así dos objetos interrelacionados en el mismo procedimiento (5), pero presenta el inconveniente de obligar a los órganos jurisdiccionales a aplicar simultáneamente dos ordenamientos jurídicos completamente distintos: el penal y el civil (6).

MARTÍNEZ, S ; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.; y TOMÉ GARCÍA, J. A.), Madrid, Elera, 1997, pág. 244, quien, en lugar de hablar de acciones derivadas del delito, prefiere usar la denominación de acciones civiles ejercitables en el proceso penal.

Véase también la STS (Sala 2.^a), de 4 de noviembre de 1981 (BDA), donde se considera que «la declaración contenida en el artículo 19 del CP, no puede entenderse en el sentido de que todo delito o falta genere responsabilidad civil, ya que, lo que las referidas infracciones criminales producen es un daño criminal y la única sanción establecida por la producción de tal daño es la pena, de suerte, que las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas, en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente producen un daño civil, es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente, que bien puede ejercitarse conjuntamente con la penal, aprovechando la acumulación permitida por la Ley, o bien, en su caso, ejercerse separadamente en el proceso civil correspondiente».

Sobre el proceso civil acumulado al penal, consúltense también, entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil del delito», en *RDPRIV*, 1949, págs. 185-212, y FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, La Ley, 1991.

(4) MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, t. III. Proceso penal (con ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J. L., y MONTÓN REDONDO, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 88.

(5) Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal* . . cit., pág. 247, para quien el ejercicio de la acción civil en el proceso penal obedece a una razón de política legislativa, «que por economía procesal, tiende a extraer del proceso penal la máxima utilidad en beneficio de la justicia, al aprovechar la prueba del hecho con resultados dañosos y la presencia en el proceso de los sujetos jurídicos implicados».

(6) Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional*, t. III. Proceso penal (con MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., y MONTÓN REDONDO, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 106.

Es por ello que los ordenamientos penal y procesal-penal, de todas las consecuencias jurídicas que pueden nacer del daño que deriva de la comisión de un hecho punible en cuanto ilícito civil, únicamente admiten que puedan acumularse las siguientes: la restitución de la cosa, la reparación del daño causado, y la indemnización de los perjuicios derivados de la comisión de tal hecho (arts. 109-115 CP y 100 y 650 LECRIM).

Se debe precisar también que dicha acumulación no es obligatoria, sino potestativa, ya que la acción penal y la civil podrán ejercitarse conjunta o separadamente, y así, aunque con el ejercicio de la acción penal se entiende ejercitada la acción civil, se le concede al dañado o perjudicado la posibilidad de renunciar o reservarse expresamente el ejercicio de la última para ejercitarla finalizado el proceso penal (arts. 108, 111 y 112-1 LECRIM, y 109-2 CP) (7).

3. LA NO INICIACION O SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL DURANTE LA TRAMITACION SEPARADA DEL PROCESO PENAL Y LA POSIBILIDAD DE ANOTAR PREVENTIVAMENTE LA DEMANDA

Iniciado ya un proceso penal en averiguación de un delito o falta, en el caso de que el ofendido se hubiese reservado el ejercicio posterior de la acción civil «no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho», y si, la hubiese ya ejercitado, iniciándose el juicio civil correspondiente, se suspenderá éste hasta que recaiga sentencia firme en la causa penal (art. 114 LECRIM) (8).

En estos supuestos se plantea el problema de determinar respectivamente si, pendiente el proceso penal, se puede interponer una demanda, solicitar su anotación preventiva, resolver sobre la misma, y decretarse a continuación la suspensión del proceso civil, o si, pese a su suspensión, la anotación preventiva de demanda, dada su naturaleza cautelar, puede ser pedida y acordada.

a) El primer caso es el contemplado por el AAP de Barcelona (Sección 11.^a) de 2 de noviembre de 1989 (9).

El actor interpuso una demanda solicitando la validez y autenticidad del testamento ológrafo y otras subsiguientes declaraciones sobre las propiedades de determinadas fincas, haciendo constar el secretario que se estaban siguiendo

(7) Vid. MONTÓN REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional*, t. III. Proceso penal (con MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., y GÓMEZ COLOMER, J. L.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 510.

(8) Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal* ..., cit., pág. 248, quien considera que el artículo 114 LECRIM configura un claro ejemplo de prejudicialidad penal sobre el proceso civil.

(9) AAP de Barcelona (Sección 11.^a) de 2 de noviembre de 1989 (*RJC*, 1990, págs. 418-419).

do diligencias previas por presunto delito de falsificación de documentos atribuido al demandante.

El JPI declaró: «No ha lugar a dar curso a la presente demanda ni a su anotación en el Registro de la Propiedad hasta tanto se resuelva la cuestión penal y efectuado se acordará». La resolución de dicho juez fue recurrida en apelación, solicitando el apelante que se admitiese la demanda, se acordase la anotación, y, a continuación, se suspendiese el curso de los autos.

Por consiguiente, el recurso de apelación se centró en determinar si, durante la tramitación de la causa criminal, procedía la admisión de la demanda y su correspondiente anotación preventiva, o si, en su caso, resultaba correcta la decisión del Juez *a quo* de no dar curso a la demanda y de no ordenar la anotación preventiva en tanto no finalizase el proceso penal preferente.

El fallo de la AP fue el siguiente: «A dichos efectos, el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que: "...no podrá *seguirse pleito*...", lo cual no conduce a concluir que es *causa impeditiva* de admisión de demanda civil, aun cuando sobre los mismos hechos se hallen tramitándose diligencias penales, si bien presentada no podrá seguir sustanciándose, o sea, en definitiva, no puede dejar de admitirse pero tampoco podrá tramitarse, suspendiéndose desde la inicial providencia judicial que se tiene por presentada la demanda y, tras su admisión, en su caso, paralizar las actuaciones hasta la resolución definitiva en vía penal».

Similar fue la solución adoptada por el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994 (10), que, no obstante, la pendencia del proceso civil acumulado al penal y el intento frustrado de anotar preventivamente la querella, admitió la demanda a los solos efectos de posibilitar la práctica de su anotación preventiva.

Para fundamentar tal decisión se argumentó que «no existen razones sólidas para oponerse a tal petición, puesto que un caso similar sería si el proceso civil se hubiera iniciado con anterioridad al penal, se hubiera obtenido la anotación preventiva de la demanda, y, por lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se lograra la suspensión del juicio civil», y que «en todo caso, la admisión de la demanda lo sería, como se ha dicho, a los solos efectos de su anotación preventiva, sin que, por consiguiente, supusiera el comienzo del ejercicio de la acción civil prohibido por el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, por otra parte, se cumpliría con el requisito exigido por el artículo 139 del Reglamento Hipotecario, que requiere que se ordene la anotación al admitirse la demanda».

(10) AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994 (BDA).

b) El segundo supuesto es el examinado y resuelto por el AAT de Barcelona (Sala 2.^a) de 11 de enero de 1973 (11).

El actor recurrió la providencia del JPI por la que se decretaba que, una vez levantada la suspensión, se acordaría la anotación preventiva de demanda solicitada. El recurso de apelación se centró, pues, en dilucidar si pese a la suspensión del proceso civil por pendencia del proceso penal preferente, la anotación preventiva de demanda, dada su naturaleza cautelar, podía efectivamente acordarse.

La AT resolvió el recurso acordando la anotación preventiva de demanda, argumentando que «la suspensión que respecto al seguimiento del pleito principal, sanciona el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede extenderse a esta medida cautelar, que sólo significa un aseguramiento de la efectividad de la sentencia que en su día se dicte, una vez que se haya levantado la suspensión del pleito, pues lo contrario supondría dejar indefensa a la parte actora, para el caso de que al no prosperar la causa criminal, y tenerse que seguir el pleito civil, los demandados pudieran haber efectuado actos de disposición sobre la finca reivindicada a favor de terceros, que harían imposible la ejecución del fallo».

De lo expuesto hasta ahora cabe sentar las siguientes conclusiones:

a) No se planteará ningún problema cuando, adoptada ya una anotación preventiva de demanda, se suspenda el proceso civil al promoverse el penal, ya que, a diferencia de la interrupción, cuando se produce la suspensión del proceso todos los actos procesales realizados con anterioridad conservan íntegramente su validez y eficacia (12).

b) Mayor problemática suscita admitir la demanda a los solos efectos de posibilitar su anotación preventiva estando pendiente el proceso penal preferente, o adoptar tal medida cautelar estando suspendido el proceso civil, pues el artículo 114 LECRIM prohíbe que se siga pleito civil, promovido ya el juicio criminal, y ordena la suspensión de aquél si se hubiera iniciado con anterioridad al penal.

Por una parte, atendiendo al tenor literal del precepto, por *no poder seguirse el juicio civil* debemos entender *no poder iniciarse o continuarse el proceso civil*, por lo que, en principio, sería imposible admitir la demanda y acordar su anotación preventiva.

Tanto si consideramos que el inicio del proceso civil (litispendencia) se produce con la simple presentación de la demanda, como si se entiende que

(11) AAT de Barcelona (Sala 2.^a) de 11 de enero de 1973 (RJC. 1973, págs. 114-115).

(12) Vid. el fundamento de derecho cuarto del AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 17 de noviembre de 1994 (BDA), y GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional*, t. II. Proceso civil (con MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M., y MONTÓN REDONDO, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997. pág. 411

dicho proceso comienza con la presentación de la demanda, pero siempre que ésta sea después admitida, o con la admisión de la demanda, pero con efectos retroactivos al momento de la presentación, lo que no puede desconocerse es que admitir la demanda, para poder acordar su anotación preventiva, implica la continuación o el inicio del proceso civil, y eso es exactamente lo que parece prohibir la mencionada norma (13).

Por otra parte, cuando dicho artículo ordena la suspensión, parece referir tal suspensión a todo el proceso civil, no solamente a sus autos principales, por lo que, a primera vista, no sería admisible iniciar un incidente cautelar para decidir sobre la adopción de la anotación preventiva de demanda.

Sin embargo, atendiendo a la finalidad que persigue el precepto procesal-penal y a razones de justicia material, se debe considerar admisible, en ambos supuestos, poder acordar la medida cautelar de anotación preventiva de demanda.

La finalidad perseguida por el artículo 114 LECRIM es la de garantizar la vinculación sobre los hechos del Juez civil a la sentencia penal, esto es, impedir pronunciamientos contradictorios con relación a la existencia del acto causante del ilícito civil y del delito o falta, para evitar que se pueda condenar al demandado por un acto ilícito declarado inexistente en el proceso penal (argumento *ex art.* 116.1 LECRIM) (14).

Así pues, lo que realmente se trata de prevenir es que se dicte la sentencia civil hasta que recaiga sentencia firme en la causa penal, y no que se puedan adoptar medidas cautelares como la anotación preventiva de demanda.

Por ello hay que entender el artículo 114 LECRIM en el sentido de prohibir o suspender únicamente el desarrollo del pleito principal o el curso de los autos principales, no los incidentes cautelares, pues a través de ellos se posibilita la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión civil (15).

(13) Vid. AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 17 de noviembre de 1994, y, en concreto, su fundamento de derecho segundo, donde se argumenta que «el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace inadmisibile el ejercicio de la acción civil con separación de la penal mientras ésta estuviese pendiente de resolución, por lo que, a primera vista no cabría admitir una demanda civil, cuando, como sucede en el presente caso, ya se acepta por el actor la existencia del proceso penal y su clara incidencia en el civil».

(14) Sobre la eficacia de la sentencia penal en el juicio civil y sobre la naturaleza jurídica y fundamento del vínculo, vid. GÓMEZ ORBANEJA, E. *Comentarios...*, cit., págs. 633-634, 670-671, y 700-728, y FONT SERRA, E., *La acción civil* .. cit., págs. 130-134.

(15) Esta parece ser la postura mantenida por el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 17 de noviembre de 1994 (BDA), que admite a trámite la demanda «a los solos efectos de practicar su anotación preventiva, con suspensión, en consecuencia, de su tramitación una vez expedido el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad».

Partidario de esta solución, en el caso del embargo preventivo, se muestra ORTELLS

c) No será posible, a mi juicio, una vez se haya acumulado la acción civil a la penal e intentada sin éxito la anotación preventiva de querella, acudir a la vía civil, solicitando la admisión de la demanda, a los solos efectos de su anotación preventiva. No sólo porque se atentaría contra el principio de economía procesal, sino porque uno de los efectos propios de la litispendencia consiste en impedir la existencia de un proceso con la plenitud de sus efectos (el proceso civil que se inicia a los solos efectos de anotar preventivamente la demanda) cuando ya existe otro en el que se dan las identidades subjetivas y objetivas propias de la cosa juzgada (el proceso civil acumulado al penal).

Por lo tanto, el citado AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994, aunque por razones de justicia material, infringe o desconoce el presupuesto procesal de litispendencia, pues el órgano jurisdiccional, conociendo la existencia del proceso civil acumulado, permite la iniciación de otro proceso civil con las identidades subjetivas y objetivas propias de la cosa juzgada, a los solos efectos de posibilitar la admisión de la demanda y la práctica de su anotación preventiva. Este problema se podría fácilmente haber evitado, si, previamente, se hubiese admitido la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la querella (16).

4. LA NECESARIA POSIBILIDAD DE ANOTACION PREVENTIVA DE QUERELLA SOBRE BIENES DEL QUERELLADO O DEMANDADO CIVIL

En el supuesto de que el proceso civil se haya acumulado al proceso penal, se plantea la cuestión de si, para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión civil acumulada, se puede solicitar por el querellante y adoptar por órgano jurisdiccional, como medida cautelar, una anotación preventiva de querella sobre bienes inscritos a nombre del querellado, cuando en la querella se ejercite, junto a la acción penal, la civil de impugnación de títulos inscritos y de sus correspondientes inscripciones (17).

La utilidad de la anotación preventiva de querella podría manifestarse en delitos como el de estafa, alzamiento de bienes, falsedad de documentos con

RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, Bosch, 1984, pág. 269, para que no se resienta la efectividad de la tutela jurisdiccional, pero siempre que exista una urgencia concreta.

(16) Vid. AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994 (BDA).

(17) Cuando, para abreviar, utilizo la expresión anotación preventiva de querella, en realidad me estoy refiriendo a la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la propia querella.

trascendencia registral, etc. (18), para evitar que aparezcan terceros de buena fe, que amparados por el principio de fe pública registral, devengan propietarios del bien, situación que llevaría a su irrecuperabilidad, haciendo imposible, por lo tanto, la satisfacción del perjudicado por la acción constitutiva de delito.

Una de las pretensiones civiles que se puede acumular al proceso penal es la relativa a la restitución de la cosa, con el objetivo de poder volver a la situación existente con anterioridad a la comisión del acto punible del desamparamiento (art. 110.1 CP).

Téngase en cuenta además que la restitución «tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable del delito o falta», «salvo que el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable» (art. 111 CP). De ahí la posible utilidad de la anotación preventiva de querella, para, en ciertos supuestos, evitar la adquisición irreivindicable del bien por la aplicación del principio de fe pública registral (19).

Hecha esta introducción, para determinar si es posible anotar preventivamente una querella, debemos plantearnos y esclarecer las siguientes cuestiones (20):

- a) ¿Es contraria la doctrina de la DGRN a la práctica de la anotación preventiva de querella?
- b) ¿Es posible entender comprendidas en la pretensión civil acumulada de restitución las pretensiones civiles que pueden constituir el objeto de la anotación preventiva de querella?
- c) ¿Puede acceder al Registro una anotación de querella, no prevista como tal en nuestro Derecho, a pesar del sistema de *numerus clausus* de anotaciones preventivas?
- d) ¿Qué presupuestos son necesarios para poder anotar preventivamente una querella?

(18) Vid. el supuesto práctico extraído de la realidad forense y registral planteado por BONÉ PINA, «Anotación preventiva de acción civil ejercitada en querella», en *Fiscalía General del Estado* Memoria, Madrid, Arias Montano, 1995, en relación con la oportunidad de la anotación preventiva de querella ante un delito de estafa.

(19) Como señala FONT SERRA, E., *La acción civil*, cit., págs. 54-55, nota 144, uno de los supuestos de tal irreivindicabilidad jurídica es el relativo al tercero hipotecario del artículo 34 LH.

(20) Téngase en cuenta que la constitución como parte en el proceso civil acumulado puede hacerse no solamente mediante querella, sino también por acto de constitución como parte en el proceso ya iniciado y en respuesta a un ofrecimiento de accionar o espontáneamente (arts. 109, I, y 110, I LECRIM). En estos casos se debería poder anotar preventivamente tanto la querella, si en ella se formula la pretensión de restitución; como el acto posterior en que tal pretensión se expresara: como el escrito de «acusación» del actor civil.

4.1. LA NEGATIVA DE LA DGRN A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA

La DGRN desde la Resolución 1 de abril de 1991, en la que decidió negativamente la cuestión de si cabría practicar en los libros del Registro una anotación preventiva sobre los bienes inscritos a nombre de los querellados, en virtud de la interposición de una querella por los delitos de estafa y de alzamiento de bienes, para así asegurar las posibles responsabilidades civiles que pudieran declararse procedentes, se viene mostrando contraria a la práctica de la anotación preventiva de querella (21).

La postura de la DGRN se fundamenta en los siguientes argumentos:

- a) En primer lugar, en el criterio de *numerus clausus* «que en materia de anotaciones preventivas se contiene en nuestra legislación, concretada esencialmente en los casos recogidos en el artículo 42 de la Ley y en los desperdigados en la misma legislación hipotecaria y en otras normas legales, entre los que no aparece regulada la anotación pretendida» (22).
- b) En segundo lugar, se sostiene «que aunque quepa en la querella el ejercicio de la acción penal conjuntamente con el de la civil, no puede equipararse a la demanda en juicio civil de nulidad o ineficacia del título inscrito, por cuanto en esta última, la anotación está reconocida expresamente en la Ley —art. 42.1.º— mientras que en la primera (...) no va implícito el ejercicio de la acción de nulidad de títulos» (23).
- c) En tercer lugar, se apunta que la anotación preventiva de querella «ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el citado artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a saber, que resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, lo que no ha sucedido en el presente caso, en el que el Tribunal se ha limitado a trasladar la petición del interesado de anotarse la querella» (24); y
- d) Por último, se comparte la tesis de que «el carácter perjudicial para los derechos de los querellados de la anotación en esta preliminar

(21) Vid. las RDGRN de 1 de abril de 1991 (BDA); de 9 de diciembre de 1992 (BDA); de 10 de diciembre de 1992 (BDA); y de 11 de diciembre de 1992 (BDA). Previamente la cuestión ya se había planteado ante la DGRN, pero la RDGRN de 27 de febrero de 1980 (BDA) no admitió el recurso al haber adquirido firmeza la resolución correspondiente y, por consiguiente, no entró en el fondo del asunto.

(22) RDGRN de 9 de diciembre de 1992 (BDA). El argumento del *numerus clausus* también es defendido por MARTÍNEZ MORA, E., «Anotación de querella», en *Lunes* 4-30, núm. 122, primera quincena de abril de 1993, pág. 6.

(23) RDGRN de 9 de diciembre de 1992 (BDA).

(24) RDGRN de 9 de diciembre de 1992 (BDA).

fase del proceso, desaconseja que a través de una interpretación expansiva del precepto transcrito se trate de garantizar de modo prematuro las expectativas de resarcimiento que, en una fase ulterior, tras la correspondiente investigación y concreción, a través de los cauces procesales vigentes, la parte querellante podrá obtenerlo» (25).

4.2. CABE ENTENDER COMPRENDIDAS LAS PRETENSIONES CIVILES QUE PUEDEN CONSTITUIR EL OBJETO DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA EN LA PRETENSIÓN CIVIL ACUMULADA DE RESTITUCIÓN.

Uno de los argumentos esgrimidos por la DGRN para no admitir la anotación preventiva de querella se basa en que este acto procesal no puede equipararse a la demanda en juicio civil de nulidad o ineficacia del título inscrito, por cuanto en la primera no va implícito el ejercicio de la acción de nulidad de títulos (26).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, como se ha señalado (27), la DGRN no admitió la práctica de la anotación preventiva de querella al entender que en la misma no iba implícito el ejercicio de la acción de nulidad del título, pero sin manifestarse en contra de su práctica en el supuesto que resulte, tácita o explícitamente, que se está ejercitando tal acción (28).

Cuando consecuencia del delito haya sido el desapoderamiento de un bien, la acción civil podrá versar sobre su restitución (arts. 110.1.º CP, y 100 y 650, II, 2.º LECRIM) (29).

Por restitución debemos entender la acción de «volver una cosa a quien la tenía antes» o de «restablecer una cosa en el estado que antes te-

(25) RDGRN de 1 de abril de 1991 (BDA), que asume el argumento utilizado por AAP de Valencia, que dejó sin efecto la resolución del JPI que había acordado la anotación preventiva de querella.

(26) Vid. RDGRN de 9 de diciembre de 1992 (BDA).

(27) Vid. GÓMEZ GÁLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria*, Madrid, Marcial Pons - Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1994, pág. 66, quien interpreta la RDGRN de 1 de abril de 1991, en el sentido de no admitir la práctica de la anotación de querella «salvo que de ella resultase claramente que se está ejercitando la acción de nulidad de títulos —que no necesariamente va implícita en la querella—». Por contra, BONÉ PINA, *Anotación preventiva...*, cit., pág. 1005, de las RDGRN de 1 de abril de 1991, y 9 de diciembre de 1992, extrae la conclusión de que «la querella no puede equipararse de forma automática a la demanda en juicio civil de nulidad o ineficacia de títulos inscritos», pero sostiene que «la querella en la que vaya implícita una acción de nulidad de títulos pueda ser anotada por la vía del artículo 42.1.º de la LH».

(28) Vid. el supuesto práctico recogido por BONÉ PINA, *Anotación preventiva...*, cit., pág. 1004, en el que el órgano jurisdiccional acordó la anotación de la querella, entendiendo que en ésta se incluía de modo implícito la pretensión de devolución de la vivienda al querellante.

(29) Vid. FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 54.

nía» (30), de modo que el objeto de la pretensión civil acumulada de restitución, a diferencia de las otras pretensiones de resarcimiento, no es el de eliminar o neutralizar el daño causado a través de la prestación de un equivalente o compensación (31), sino el «de dejar las cosas como estaban suprimiendo o borrando el daño causado», restableciendo así el *statu quo* anterior (32).

Más en concreto, la restitución supondrá la devolución de la cosa desposeída a su legítimo propietario, ya que el modo más apropiado de hacer desaparecer los efectos dañosos del acto ilícito consiste «en reponer las cosas en el ser y estado que se hallaban con anterioridad al delito», esto es, en «dejar el patrimonio en el mismo ser y estado anterior al acto dañoso» (33).

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que se interpone una querella, ejercitándose una acción penal por estafa, por alzamiento de bienes o por falsificación de documentos con trascendencia registral, a la que se acumula una acción civil en la que se pide la nulidad e ineficacia del documento o título inscrito y la cancelación de la inscripción correspondiente; que sea declarado el querellante titular de los bienes inmuebles afectados por el delito; y que, en consecuencia, le sean entregados los mismos.

En este caso, el objeto del proceso civil estará constituido por una pretensión meramente declarativa (la declaración de nulidad e ineficacia del documento o título inscrito); por una pretensión declarativa constitutiva (la cancelación de la inscripción registral); y por una pretensión declarativa de condena (la declaración del querellante como propietario de los bienes y la entrega o recuperación de los mismos).

El querellante, para evitar que durante la tramitación del proceso los bienes sean transmitidos a terceros, que los adquieran en la forma y con los requisitos establecidos por la ley para hacerlos irreivindicables (arts. 34 LH y 111 CP), debería poder solicitar la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la querella (34).

(30) Vid. ARANGUENA FANEGO, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, Bosch, 1991, pág. 243, quien consultando el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, observa que el término restitución significa acción y efecto de restituir, teniendo el vocablo restituir los dos significados recogidos en el texto.

(31) Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*..., cit., págs. 348 y sigs., quien estudia las diferencias existentes entre la pretensión de restitución y el resto de pretensiones de resarcimiento.

(32) ARANGUENA FANEGO, C., *Teoría general*..., cit., págs. 244-245, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*..., cit., pág. 348. En el mismo sentido se pronuncia GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional*, t. III., cit., pág. 106.

(33) FONT SERRA, E., *La acción civil*..., cit., pág. 55. En el mismo sentido, vid. STS (Sala 2.ª), de 20 de febrero de 1987 (BDA).

(34) Vid. el supuesto práctico recogido por BONÉ PINA, *Anotación preventiva*..., cit., pág. 1004, en el que el órgano jurisdiccional acordó la anotación de la querella interpuesta en el Registro de la Propiedad «para que así se alcance publicidad frente a terceros».

El problema se plantea a la hora de determinar si pueden formar parte de la responsabilidad civil *ex delicto*, esto es, de la pretensión civil acumulada de restitución, pretensiones en las que se solicita la nulidad, anulación o resolución de actos o negocios jurídicos causados por el delito y la cancelación de inscripciones registrales. Se parte del hecho de que los artículos 142, II, y 742, II LECRIM determinan que en la sentencia penal se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubieren sido objeto del juicio, y ahora se trata de esclarecer si las mencionadas pretensiones pueden formar parte de dicho objeto (35).

Una parte de la doctrina procesal española defiende que no es admisible una interpretación extensiva de las leyes penales, atribuyendo a la pretensión de restitución un contenido no autorizado por la ley, y, en consecuencia, interpreta restrictivamente el concepto de restitución, entendiendo que todas las demás cuestiones civiles que no se refieran directamente a la pretensión de restitución deberán ventilarse en un proceso civil posterior, de modo que, según su opinión, los órganos jurisdiccionales penales no pueden pronunciarse sobre la nulidad, anulación o resolución de los actos o negocios jurídicos realizados en el contexto del delito enjuiciado (36).

es decir, «a los efectos de que se inscriba en el Registro de la Propiedad la querella presentada para así asegurar el bien de cuya negociación la parte querellante deduce la existencia de una estafa, e impedir que el mismo sea transmitido a terceros de buena fe, situación que llevaría a la irrecuperabilidad».

(35) Entiende CASTEJÓN, F., «La declaración de derechos civiles en la sentencia penal», en *RJC*, 1945, pág. 21, que tales pretensiones tienen cabida en la pretensión de restitución del bien, a fin de que «el Tribunal enjuicie la *restitución jurídica*, o sea la “recolocación” de los derechos *ut antea*, es decir, en la forma, situación o disposición en que se encontraban cuando fueron objeto del ataque criminal», añadiendo que también podría invocarse «la reparación del daño causado, y por vía reparatoria acudir a remediar la lesión jurídica, cancelando la inscripción registral, devolviendo el derecho de que se desposeyó al ofendido, aunque esta devolución más tenga carácter restitutorio, y en fin, “recolocando” personas y cosas en la situación anterior al delito», pero no considerando aceptable para dichas pretensiones la vía de la indemnización.

(36) Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, cit., pág. 353, quien considera que la anulación o rescisión de los efectos jurídicos del acto ilícito no pueden entrar en el concepto de restitución, señalando «así, por ejemplo, la de la sentencia recaída en virtud de documentos falsos, falso testimonio o cohecho, en la causa en que se penen tales delitos (. . .), de la nulidad del segundo o ulterior matrimonio, en la causa en que se pene la bigamia, o en general, en los casos de anulación y de resolución de actos jurídicos o de contratos o de privación de derechos provocados por el delito o por alguno de los hechos que lo constituyan» En el mismo sentido se pronuncia en *La acción civil*, cit., pág. 207, y en *Derecho procesal penal* (con HERCE QUEMADA, V.), Madrid, 1986, pág. 100, al indicar que no cualquier acción civil basada en el hecho punible puede integrar el contenido de la acción civil de resarcimiento acumulada, como, por ejemplo, la acción de nulidad.

Por su parte, FENECH, M., *Derecho procesal penal*, t. I, Barcelona-Madrid, Labor, 1960, págs. 427-431, a pesar de indicar que es de dudosa solución determinar si la

En defensa de esta posición se argumenta que:

- a) Los efectos de tales declaraciones exceden en mucho al mero resarcimiento. La admisión de que dichas declaraciones puedan ser contenidas en la pretensión de resarcimiento significa romper la conexión que debe existir entre la pretensión penal y la civil de resarcimiento, ya que «si bien es cierto que la Ley permite que se formule esta última en el proceso penal, no lo es menos que sólo permite que el titular penal de órgano jurisdiccional resuelva sobre aquellas cuestiones que están ligadas íntimamente con el delito» (37). En definitiva, los órganos jurisdiccionales penales «sólo tienen competencia civil, por adhesión, para enjuiciar algunas de las consecuencias civiles del hecho delictivo, pero no todas» (38).
- b) El restablecimiento en este caso puede resultar contrario al principio de seguridad jurídica. La «existencia de los Registros oficiales tiende al logro de la seguridad jurídica, y ésta sólo es admisible que se

declaración penal de que un contrato contiene prestaciones usurarias, o de si ha sido otorgado simuladamente en perjuicio de terceros, o de si se ha producido falsedad documental, etc., pueden llevar aparejadas como resarcimiento el pronunciamiento de nulidad o inexistencia del acto o contrato, o la declaración sobre la titularidad del dominio, o la entrega de la posesión, o la nulidad de inscripciones en Registros públicos, etc., concluye afirmando que en los casos particulares en que se puede pedir la imposición de sanciones específicas diversas a la indemnización (v.g., la pretensión de restitución del bien afectado en los procesos por delitos o faltas contra la propiedad), no pueden confundirse tales sanciones específicas con declaraciones civiles que sólo pueden ser hechas por los órganos jurisdiccionales del orden civil. El mismo autor confirma esta opinión en *El proceso penal*, Madrid, Agesa, 1982, págs. 140-141.

Se muestra partidario de la misma postura, pero de forma más moderada, FONT SERRA, E., *La acción civil...*, cit., pág. 21, según el cual dichas declaraciones no pueden formar parte de la responsabilidad civil derivante del delito, pero no excluye tajantemente que los órganos jurisdiccionales penales se puedan pronunciar sobre las mismas, al señalar que es muy dudoso que aquéllos tengan competencia para realizar tal tipo de declaraciones, pues van más allá de la reparación o restitución, por lo que «aunque se realicen por los tribunales penales, no cabe integrarlas en la responsabilidad civil *ex delicto*, siendo obligado entender que se trata de pronunciamientos sobre otras consecuencias civiles del delito». El propio autor, a pesar de declararse contrario a que el órgano jurisdiccional penal pueda realizar declaraciones de nulidad de actos o negocios jurídicos realizados en el contexto del delito enjuiciado, en las págs. 22-23 de la obra citada, se plantea incluso la eficacia que tendrá, en atención a la cosa juzgada, la sentencia penal cuando contenga tales declaraciones. En un momento posterior de su obra, pág. 50, sostiene que «cuando la sentencia penal contenga otros pronunciamientos de orden civil se está extralimitando, pues declara cuestiones ajenas a la responsabilidad civil. Así, (...), cuando el Tribunal penal se pronuncia sobre anulación o resolución de actos y contratos, está dando a la acción civil *ex delicto* un contenido no autorizado por la Ley, pues se está pronunciando sobre otras consecuencias civiles del delito».

(37) FENECH, M., *Derecho procesal*, cit., pág. 429.

(38) FONT SERRA, E., *La acción civil*, cit., pág. 21.

rompa cuando se pronuncie sobre las cuestiones ofrecidas por ella un titular civil del órgano jurisdiccional» (39).

En caso contrario, podrían quedar desamparados los derechos de terceros, por lo que la determinación de los efectos que respecto de los terceros puedan producir tales declaraciones civiles no puede corresponder al órgano jurisdiccional penal.

- c) Para conseguir el total restablecimiento del orden anterior al delito, al ofendido por el mismo le queda reservado el ejercicio ante la jurisdicción civil de las acciones correspondientes, «sin correr el riesgo de que los terceros legítimamente interesados y la seguridad jurídica sufran perjuicio injusto por ello», señalándose además que la pretensión de restitución no excluye la indemnización de los perjuicios (art. 110.3.º CP) (40).

Por contra, otro sector doctrinal (41) y la reiterada jurisprudencia del TS consideran que los órganos jurisdiccionales penales pueden conocer de todo tipo de cuestiones civiles conexas, es decir, siempre que se deriven, de alguna manera, del hecho delictivo, ya que se considera que el juzgador, al realizar tales declaraciones, está actuando dentro del ámbito marcado por el artículo 110.1.º CP y 100 LECRIM.

La jurisprudencia del TS ha afrontado la cuestión, sobre todo al pronunciarse sobre delitos de alzamiento de bienes, considerando que «los tribunales penales pueden y deben llegar, en algunos casos, a la declaración de nulidad de los negocios jurídicos realizados en el contexto del tipo enjuiciado» (42).

(39) FENECH, M., *Derecho procesal...*, cit., pág. 429, y también FONT SERRA, E., *La acción civil*, cit., pág. 21

(40) FENECH, M., *Derecho procesal...*, cit., pág. 429.

(41) Vid. CASTEJÓN, F., *La declaración*, cit., págs. 19-24, quien defiende que puede formar parte de la pretensión civil de restitución la declaración de nulidad del acto o contrato, y la de los asientos que se hayan producido en los registros públicos, especialmente en los supuestos de falsedad documental (v.g., del documento en el cual se consigna el contrato simulado castigado como delito de estafa y otros casos similares), para conseguir la restitución del derecho o la reparación del daño también en su aspecto jurídico, es decir, cuanto sea necesario para la recolocación de la situación de hecho y de derecho en el estado y forma anterior a los hechos delictivos, CARBONELL SERRANO, V., «Anotación de querella: con motivo de la R. de la DGRN de 1 de abril de 1991», en *Lunes* 4.30. núm. 91, segunda quincena noviembre de 1991, pág. 24, quien sostiene que en los mencionados delitos la reparación a la que tiende la acción de responsabilidad civil consiste en la restauración del orden jurídico alterado, lo que implica la obligación de los órganos jurisdiccionales de declarar la nulidad de los contratos y de las correspondientes inscripciones registrales, siempre «que sean llevados a la causa criminal, como querellados o como demandados civiles, cuantos puedan resultar afectados por la pretendida declaración de nulidad»; y AVILA NAVARRO, P., *Comentarios de jurisprudencia registral (1990-1993)*, Barcelona, Bosch, 1994, págs. 122 y 312

(42) STS (Sala 2.ª) de 25 de junio de 1985 (BDA)

Para fundamentar la admisibilidad de las mencionadas declaraciones se argumenta que las mismas son necesarias e imprescindibles para reparar las consecuencias del delito, en cuanto que sin ellas no se podría reponer o restituir el estado de cosas que existía con anterioridad a la comisión del aquél (43).

Los órganos jurisdiccionales penales fundamentan la absoluta necesidad de tales declaraciones de nulidad e ineficacia para poder reintegrar en el patrimonio del imputado-deudor los bienes que salieron fraudulentamente del mismo. Así las STS (Sala 2.ª) de 14 de diciembre de 1985 (BDA), que entiende que «como el delito de alzamiento de bienes no produce lesión o daño, no cabe hablar de reparación o de restitución, pero esa argumentación no es válida, porque produce un perjuicio real, como es la imposibilidad de la acción pauliana para que los bienes vuelvan al patrimonio del deudor, efecto que no puede conseguirse, si no es con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos que fueron el instrumento válido para consumar el fraude, nulidad que podrá declararse, si se llevaron a efecto con conocimiento de su finalidad fraudulenta»; de 4 de noviembre de 1981 (BDA), según la cual «los Tribunales de lo penal, con el fin indicado de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, pueden y deben declarar la nulidad de los mentados negocios, en cuanto no existan obstáculos jurídicos que lo impidan»; y de 16 de noviembre de 1971 (RJA, m. 5204, pág. 3800), en la que se sostiene que «porque el delito de alzamiento de bienes no es un delito contra la propiedad, como se dijo antes, en el que se haya producido un desplazamiento del patrimonio de los perjudicados al de los inculpa-dos, sino creador de una situación de insolvencia, buscada voluntariamente para no pagar, y de ahí que la sentencia penal no pueda condenar a una reparación de daños todavía inciertos, al menos en su cuantía, sino restablecer el orden jurídico perturbado por el delito que, en este caso, en el aspecto civil, no es otro que el de reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente salidos del mismo, para que la situación de su caudal quede en el mismo estado que tenía antes de perpetrarse el delito, restauración económica que la sentencia lleva a cabo, al declarar nulos los actos de transmisión».

En el mismo sentido se pronuncian también las STS (Sala 2.ª), de 11 de junio de 1984 (BDA), que considera «que lo que corresponde es declarar la nulidad de la escritura de venta de la finca vendida por el procesado a otra persona () y la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad, si se hubiese practicado, reponiendo la finca vendida a la situación jurídica en que se encontrase», y de 25 de mayo de 1983 (BDA), según la cual, «los Tribunales de lo criminal tienen la obligación ineludible, con el fin de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, de declarar la nulidad de todos aquellos negocios o contratos de disposición respecto de los cuales hayan hecho previo pronunciamiento de falsedad, lo mismo que de las inscripciones que en los correspondientes Registros hubiesen producido (...), pues sería un contrasentido tachar de penalmente ilícitos por falsos determinados documentos públicos, y, sin embargo, no hacer pronunciamiento alguno sobre su nulidad y la de las inscripciones que hayan causado», concluyendo en consecuencia que «es claro que no infringe la Ley la Sala sentenciadora cuando hace tal pronunciamiento y ordena la cancelación de las inscripciones causadas por el documento citado, porque a ello venía obligada en estricta observancia de las prescripciones legales ordenadoras de la responsabilidad civil, dentro de la cual caben perfectamente la adopción de aquellas medidas que consistan en restaurar el orden jurídico ilícitamente alterado o perturbado».

Más manifestaciones de esta postura jurisprudencial las podemos encontrar en las STS (Sala 2.ª), de 23 de mayo de 1987 (BDA), de 14 de julio de 1986 (BDA); de 9 de mayo de 1986 (BDA), y de 9 de diciembre de 1978 (RJA, 1978, m. 4121, págs. 3443-3444).

(43) Vid. STS (Sala 2.ª) de 9 de mayo de 1986 (BDA)

Eso sí, en virtud del principio dispositivo, para que proceda la anotación preventiva de querella deberá constar expresamente el ejercicio de las acciones de nulidad o ineficacia de los títulos inscritos y la cancelación de las inscripciones respectivas, precisándose los títulos concretos y los asientos específicos que los registran (44).

Ya hemos visto antes que restituir significa reparar, es decir, reponer las cosas en el ser y estado en que se hallaban con anterioridad a la comisión del delito, y esta reparación se debe considerar tanto desde el punto de vista material como desde el jurídico. La restitución o recolocación además de ser personal o patrimonial, en algunos casos, para poder ser realmente eficaz, debe ser también de derechos. Por lo tanto, las anteriormente mencionadas declaraciones no son otra cosa distinta que restituir o reponer el *statu quo ante* (45).

La solución contraria, «pugna con la necesidad perentoria de destruir la injusticia nacida del delito, que no es compatible sólo con la imposición de la pena, sino también con la restauración de los derechos vulnerados por el criminal». De ahí la necesidad de que la pretensión de restitución deba también quedar cumplida «mediante la *restitución* (restauración) *jurídica* o «recolocación», no sólo personal y patrimonial, sino también de los derechos, tal como se hallaban antes del ataque criminal» (46) (47).

El propio FENECH, M., *Derecho procesal* .. cit., pág. 428, quien, como ya hemos visto, sostiene la postura contraria, reconoce que «en pro de la respuesta afirmativa puede alegarse que el pronunciamiento sobre estos extremos en la sentencia penal restablece de la manera más o menos perfecta el *statu quo ante*, que es a lo que debe tender, en primer lugar, el resarcimiento»

(44) En este sentido, CARBONELL SERRANO, V., *Anotación de querella* .. cit., págs. 26 y 30, y las STS (Sala 2.ª), de 14 de julio de 1986 (BDA), y de 9 de diciembre de 1978 (RJA, 1978, m. 4121, pág. 3444)

En este punto no puedo compartir la postura de FONT SERRA, E., *La acción civil* .. cit., pág. 20, quien, partiendo de las STS (Sala 2.ª) de 14 de marzo de 1985 (BDA), y de 4 de noviembre de 1981 (BDA), según la cual «los delitos de peligro de la naturaleza del que en este proceso fue objeto de enjuiciamiento, sí pueden producir un daño civil, consistente en el que puede derivarse de la delictiva alteración del orden jurídico civil, cuya restauración deben intentar los tribunales de lo penal, en uso de las facultades que les confiere el párrafo 2.º del artículo 742 de la LECr, según el cual, en la sentencia penal se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil objeto del juicio», no sólo reconoce que nuestra jurisprudencia entiende admisible ese tipo de declaraciones como integradas en la responsabilidad civil derivante del delito, sino que además, amparándose en tal precepto, parece sostener que los tribunales penales deben siempre pronunciarse sobre las mismas, independientemente de que la parte acusadora las solicite.

(45) Así, STS (Sala 2.ª) de 9 de mayo de 1986 (BDA)

(46) CASTEJÓN, F., *La declaración* .. cit., págs. 19 y 23.

(47) Vid. el artículo 38. II LH, que dispone que «no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente, a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente».

Además la segunda postura presenta también ventajas de carácter práctico, pues, como se ha señalado, «las propuestas anteriores no contrarían la legislación vigente, sino que, arrancando de ella, aspiran a realizar el ideal de proceso rápido, concentrado y económico (de economía procesal) que es la meta moderna, frente al antiguo procedimiento, lento, múltiple (en singulares y diversos juicios o jurisdicciones) y dispendioso o farragoso» (48).

Independientemente de la postura que se adopte (49), piénsese, por ejemplo, en la paradójica situación que se produciría si la sentencia penal estimase la pretensión de restitución, obteniendo así el querellante la disponibilidad física del bien, pero no se pronunciase sobre la nulidad e ineficacia del documento o título inscrito y no cancelase la inscripción correspondiente, siendo necesario pues, para obtener tal declaración y cancelación, acudir a la vía civil, una vez finalizado el proceso penal.

En este caso se produciría un desajuste y contradicción entre la realidad fáctica y jurídica propiciada por la sentencia y la realidad registral, ya que al querellante le sería reintegrada la disponibilidad material del bien, mientras que en el Registro de la Propiedad el condenado seguiría figurando como titular del bien en cuestión, presumiéndosele la propiedad y posesión del mismo (50).

Si el órgano jurisdiccional penal no se pronunciara sobre la nulidad e ineficacia del documento o título inscrito y sobre la cancelación de la inscripción correspondiente, el titular registral disfrutaría de todas las consecuencias y ventajas que se derivan de la inscripción, y, en concreto, podría entrar en juego el principio de legitimación o de presunción de exactitud y validez de los libros del Registro, según el cual «los asientos del Registro (...) están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud» (art. 3.1 LH).

A su vez, la vigencia de tal principio de legitimación podría posibilitar la aparición del tercero hipotecario del artículo 34 LH, y la aplicación del principio de fe pública registral, que haría irreivindicable la propiedad del bien, con que la sentencia estimatoria de la pretensión civil de restitución quedaría vacía de contenido (51).

(48) CASTEJÓN, F., *La declaración*. . cit. págs 23-24.

(49) Estudiando esta cuestión, el autor anteriormente citado, pág 11, advierte que la misma se enmarca «en una esfera, no legal, ni antilegal, sino estrictamente extralegal, porque se tiende a tratar de una materia que la ley no regula, ni prohíbe».

(50) Vid. el artículo 38, 1 LH, en el que se dispone que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

(51) Vid. el supuesto práctico recogido por BONÉ PINA, *Anotación preventiva* .. cit., pág. 1004, en el que el órgano jurisdiccional acordó la anotación de la querella «para

Para evitar tal situación es necesario que los órganos jurisdiccionales penales se puedan pronunciar también sobre la nulidad del documento o título inscrito y sobre la cancelación del asiento correspondiente. Es decir, en algunos casos, no sólo bastará el restablecimiento de la situación de hecho perturbada, sino que también será necesaria la restauración de la situación de derecho. Para ello la restitución deberá afectar también al Registro, corrigiéndose la inexactitud de sus asientos a través de la declaración de nulidad e ineficacia de los títulos o documentos inscritos y la cancelación de la inscripción correlativa.

Sí es necesario, pues, admitir que pueden formar parte de la pretensión civil de restitución las declaraciones de nulidad de los documentos o títulos inscritos y las cancelaciones de las respectivas inscripciones, resulta patente la posible utilidad de una medida cautelar como la anotación preventiva de querella, o mejor, de la acción civil ejercitada en la querella, para asegurar la efectividad, no sólo fáctica sino principalmente jurídica, de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión civil de restitución (52).

Por otra parte, ya hemos visto que, en contra de la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales penales se pronuncien sobre pretensiones en las que se solicite la nulidad, anulación o resolución de actos o negocios jurídicos causados por el delito, se alega también que tales pronunciamientos podrían atentar contra la seguridad jurídica y perjudicar los derechos de terceros de buena fe.

evitar que aparezcan terceros de buena fe, que amparados por la protección registral, devengan en propietarios, impidiendo la satisfacción del ofendido por el delito».

(52) AVILA NAVARRO, P., *Comentarios*, cit., págs. 122 y 312, comentando la RDGRN de 1 de abril de 1991, considera admisible la anotación preventiva de querella cuando se hubiera solicitado la nulidad de una transmisión inscrita, al sostener que «la querella o, incluso, el procedimiento penal incoado de oficio, hubieran sido anotables si se hubiese pedido o se previese una resolución de nulidad de una enajenación inscrita o de aseguramiento con garantía real, incluso con embargo de la obligación de indemnizar».

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, t. III. Proceso penal (con MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L., y MONTÓN REDONDO, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 470, al estudiar las medidas cautelares patrimoniales o reales del proceso penal y del proceso civil acumulado advierte que respecto a las responsabilidades de tipo pecuniario que en un proceso penal pueden declararse, debe hacerse una distinción entre las que forman parte de la responsabilidad penal (v.g., la pena de multa —art. 50 CP—) y las que integran la responsabilidad civil derivada del delito (art. 109 CP), y, en consecuencia, al considerar las medidas cautelares patrimoniales o reales, las clasifica en: a) Medidas cautelares del proceso penal, «que son aquéllas que aseguran la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia que se dicte y que tengan un contenido patrimonial: es decir, de la pena de multa, de la consecuencia accesoria de comiso y de las costas procesales», y b) Medidas cautelares del proceso civil acumulado, «que garantizan la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte; es decir, la restitución de cosas determinadas y la indemnización de daños y perjuicios», entre la que habría que incluir, a mi entender, la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la querella

Tal inconveniente se puede obviar, por una parte, interponiendo también la pretensión civil de restitución contra los terceros civilmente responsables (arts. 116-122 CP, y 615-621 LECRIM, y, por otro lado, en ciertos supuestos, a través precisamente de la anotación preventiva de querella, que advertiría a los terceros de la posible nulidad o inexactitud de la inscripción registral.

En definitiva, si tenemos en cuenta que la anotación preventiva de querella, al igual que la de demanda, tiende a garantizar la ejecución específica de la sentencia que se pudiera dictar, es decir, trata de mantener el *status quo* registral de un bien inmueble para asegurar el efectivo cumplimiento del eventual fallo estimatorio de la pretensión civil acumulada de restitución, no encuentro obstáculo para que se anote preventivamente una querella siempre que la acción civil acumulada pueda tener alguna trascendencia registral (53).

(53) Vid., la postura favorable a la práctica de la anotación preventiva de querella manifestada por BONÉ PINA, *Anotación preventiva*, cit., págs 1005-1006. Según este autor, el órgano jurisdiccional penal, en lugar de tal medida cautelar, con base en el artículo 26-2.º LH, también podría haber adoptado «mediante Auto motivado, una prohibición de disponer sobre la finca controvertida, resolución esta que podría ser anotada preventivamente de acuerdo con el artículo 42.4.º y que, a diferencia de la del párrafo primero provocaría el cierre registral (art. 145 del RH)».

Sin embargo, por mi parte, considero que es más apropiada una anotación preventiva de querella que una anotación preventiva de prohibición de disponer, ya que esta última presenta un carácter más gravoso, en cuanto provoca el cierre del Registro, mientras que la primera, dada su naturaleza cautelar, aun no impidiendo la transmisión del bien, garantiza satisfactoriamente la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.

Por su parte, MOLINA PASCUAL, E., «El artículo 165 del Reglamento Hipotecario», en *RDJ*, 1964, págs 60-61, hace una breve referencia de las resoluciones judiciales que, a lo largo del proceso penal, pueden anotarse o inscribirse en el Registro de la Propiedad, «en la llamada pieza de responsabilidad civil que deberá formarse a tenor de lo dispuesto en los artículos 589 y 590, y en la de responsabilidad civil subsidiaria, que deberá instruirse a su vez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 619, pues es en dichas actuaciones donde se llevarán a cabo hipotecas y embargos sobre bienes inmuebles», pero obviando cualquier mención sobre la anotación preventiva de querella.

Antes de que fuera suprimida la pena de interdicción civil por la Ley 6/1984, de 31 de marzo, MONTES REYES, A., *Registro y proceso. anotaciones preventivas*, Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal, 1978, págs. 62-63, afrontó el estudio de la anotación preventiva en relación con la existencia de un proceso penal. En concreto, se planteó el modo de hacer constar en el Registro la pendencia de un proceso que pudiera traer como consecuencia la inscripción de la resolución en que se imponga la pena de interdicción civil, al amparo de lo dispuesto por los artículos 42-5.º y 2-4.º LH. Según dicha autora, era necesario que constara en el Registro la existencia de ese proceso para garantizar la efectividad de la eventual sentencia que se pudiera dictar, pero tal constancia no se podía conseguir a través de la anotación preventiva de demanda, pues no existía ninguna, ni por medio de una anotación preventiva de querella, ya que «no es esta anotación una de las diligencias que es posible solicitar en aquélla, según los términos del artículo 277 de la LECrim». Para salvar esta dificultad, acudió al artículo 43, III LH, que admite la posibilidad de que el órgano jurisdiccional decreta de oficio la anotación preventiva de la demanda de incapacidad, «cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juzgador, a su prudente arbitrio, lo estime conveniente para

4.3. LA QUERELLA SE PODRÁ ANOTAR PREVENTIVAMENTE CUANDO EN EL PROCESO CIVIL ACUMULADO SE EJERCITEN ACCIONES QUE PUEDAN TENER ALGUNA TRASCENDENCIA REGISTRAL

En primer lugar, conviene advertir que cuando un órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, además de examinar la concurrencia de los presupuestos necesarios, debe de comprobar que dicha demanda sea el continente de una pretensión o acción real sobre bienes inmuebles registrables, o de una pretensión o acción personal que sea susceptible de conducir a una modificación jurídica de carácter real.

Dicho de otra manera, requisito previo para poder adoptar una anotación preventiva de demanda es que la pretensión contenida en la propia demanda pueda tener alguna trascendencia registral (54).

asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio», concluyendo que tal anotación debería denominarse de procedimiento, ya que, a su entender, no se trataba de una anotación de demanda, ni tampoco de querella.

Por mi parte, no puedo compartir tal opinión, pues, por un lado, aunque la anotación sea decretada de oficio por el órgano jurisdiccional, no por eso deja de ser una anotación preventiva de la demanda de incapacidad interpuesta o de la querella en la que se solicita la imposición de una pena que lleva aparejada la de interdicción civil, y porque, por otro lado, no entiendo que el órgano jurisdiccional pueda acordar de oficio tales anotaciones preventivas, y no, por el contrario, a instancia de los particulares interesados.

En relación con la misma cuestión, CAMPUZANO Y HORMA, F., *Principios generales de derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Madrid, Reus, 1925, págs. 557 y 560, entendió que «esta pena (la de interdicción civil) se obtiene, no en virtud de una demanda civil, sino en virtud de una causa criminal y no puede tener, por lo tanto, aplicación el artículo 42 que habla sólo de demandas, no comprende en su letra las causas criminales en las que no hay demanda, en este caso ¿qué es lo que se anota? Según la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parece que la demanda equivale al escrito de calificación salvo cuando hay querella. Pero este es un extremo oscuro sobre el cual nada puede afirmarse con seguridad», añadiendo que «tratándose de penas de interdicción, se plantea el problema de si el Juez puede, de oficio, ordenar esta anotación. Como en realidad no hay demanda que anotar, ni podría expresarse el nombre del demandante, como ordena en el número 6.º del artículo 141, parece que sólo cuando el fiscal pida que se anote la incapacidad presunta, podrá verificarse así tomando para ello la palabra demanda, más en su concepto gramatical que en su significación jurídica, haciéndola sinónima de petición»

(54) Téngase en cuenta el artículo 7 RH que dispone que «no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales (.), sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique (.) algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», y el artículo 9 de la misma norma, según el cual «no son inscribibles la obligación de restituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble (...), sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento, o se tome anotación, cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley»

En consecuencia, aunque el artículo 42.1.º LH disponga que podrá solicitar la medida cautelar de anotación preventiva de demanda «el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real», tanto la doctrina científica (55) como la de la DGRN (56) y la jurisprudencia (57) son unánimes a la hora de permitir la anotación preventiva de la demanda en la que se ejercite una acción personal, siempre que pueda tener alguna trascendencia registral.

Es por ello que no comparto el parecer de la propia DGRN (58) y de parte de la misma doctrina (59) cuando, por el contrario, no admiten la práctica de una anotación preventiva de querella, o mejor, de la acción civil ejercitada en la querella, cuya estimación podría desembocar en una resolución inscribible de modificación jurídico-real sobre el bien en cuestión, alegando el sistema de *numerus clausus* de anotaciones preventivas que rige nuestro Derecho registral (60).

Si tenemos en cuenta que la demanda es el acto procesal de parte por el que se interpone completamente o se prepara la interposición de una pretensión civil, y que en caso de acumulación del proceso civil al penal, la querella es el continente por medio del cual se puede ejercitar la acción penal y la civil acumulada, no parece que exista ningún obstáculo teórico ni práctico para que se practique la anotación preventiva de querella.

(55) Vid., por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 65-72; ROCA SASTRE, R. M.³-ROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, VI, Barcelona, Bosch, 1997, págs. 362-368. CHICO Y ORTIZ, J. M.³, *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. II, 1994, Madrid, Marcial Pons, 1994, págs. 1106-1112; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, v. 5, Pamplona, Aranzadi, 1983, págs. 768-773; y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria*, cit., págs. 62-63.

(56) Vid., entre otras muchas, las RDGRN de 26 de mayo de 1997 (BCRE, núm. 28, 1997, págs. 1898-1902), y de 24 de junio de 1991 (BDA).

(57) Vid., por ejemplo, el ATSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 10 de septiembre de 1996 (BDAC), el AAP de Castellón de la Plana (Sección 1.ª) de 20 de mayo de 1996 (BDAC); y la STS (Sala 1.ª) de 18 de noviembre de 1993 (BDA).

(58) Vid. las resoluciones citadas en la nota 21.

(59) Vid. ROCA SASTRE R. M.³-ROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, IV, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 294, nota 15, y *Derecho hipotecario*, VI, cit., pág. 368, nota 21, según el cual las resoluciones a que hace referencia la nota anterior «no autorizan, naturalmente, la anotación preventiva de una querella criminal por presunto delito de alzamiento de bienes para el aseguramiento de las responsabilidades civiles», y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria*, cit., págs. 65-66.

(60) Vid. AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., pág. 312, según el cual «hay que concluir que ni la querella ni la demanda pueden anotarse cuando se pretende en ellas la declaración o el cumplimiento de una obligación personal, como el pago de una deuda o la exigencia de una responsabilidad civil; pero sí cuando la acción pretende una modificación jurídico-real, como hubiera sido la nulidad de una enajenación inscrita o el embargo que asegurase la obligación de indemnizar».

Negar la práctica de la anotación preventiva de la acción civil ejercitada en la querella argumentando que dicha anotación no está prevista por el sistema de lista cerrada que establece nuestra legislación, me parece una postura excesivamente formalista y contradictoria.

Formalista, porque lo que realmente importa no es que la acción civil se ejercite a través de una demanda o de una querella, sino el objeto de dicha acción, es decir, que la pretensión civil pueda tener alguna trascendencia jurídico-real. Como acertadamente se ha dicho, con la anotación preventiva de demanda lo que realmente se anota es el ejercicio de una acción que pueda afectar a una titularidad registral, por lo que perfectamente podría denominarse anotación de impugnación de una titularidad registral (61).

La impugnación de una titularidad registral, unida normalmente a una simultánea impugnación del título que la provocó, «tiene lugar normalmente en una demanda y eventualmente en una causa criminal nacida de una querella en la que se ejercita a la vez la acción civil». Por lo tanto, no existe, en puridad, «anotación de demanda ni de querella, hay anotación de una impugnación, verificada por los Tribunales, de una titularidad registral, que puede darse en procedimientos civiles y, en determinados supuestos, en causas criminales» (62).

Contradictoria, porque tanto la jurisprudencia como la doctrina que niegan la anotación preventiva de querella, alegando el sistema de *numerus clausus* de anotaciones preventivas, son las que violan dicho sistema, ya que realizando un importante esfuerzo interpretativo, supliendo así la defectuosa redacción del artículo 42.1.º LH, admiten anotaciones preventivas de demanda en las que se ejercitan acciones personales de trascendencia registral, cuando nuestro sistema de lista cerrada aparentemente sólo admite las anotaciones preventivas de demanda en las que se ejercite una acción real. Por otra parte, si interpretando ampliamente el mencionado precepto, la DGRN permite anotar el ejercicio de acciones de nulidad de un título con trascendencia registral (testamento, contrato, etc.), no se entiende por qué es posible la anotación si dicha pretensión se formula en un proceso civil y no si se hace valer en una causa penal (63).

(61) Vid. CARBONELL SERRANO, V., *Anotación de querella*, cit., pág. 25, y CAMPUZANO Y HORMA, F., *Principios generales...*, cit., pág. 560. el cual, estudiando la posibilidad de hacer constar en el Registro la pendencia de un proceso que pueda dar lugar a una resolución en la que se impusiera la pena de interdicción civil, entendió, a tal efecto, que la anotación podría verificarse. «tomando para ello la palabra demanda, más en su concepto gramatical que en su significación jurídica, haciéndola sinónima de petición».

(62) CARBONELL SERRANO, V., *Anotación de querella...*, cit., págs. 25 y 31. quien añade que «en ambos casos es la misma acción la que se ejercita, iguales los efectos pretendidos y necesariamente igual debe ser la respuesta hipotecaria: admitir la constancia registral de la impugnación formulada para garantizar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte».

(63) Vid. CARBONELL SERRANO, V., *Anotación de querella...*, cit., págs. 30-31.

Es de señalar además que nuestro TC ha adoptado anotaciones preventivas de las demandas de amparo, siempre que pudieran tener trascendencia registral (64), y que, la propia DGRN, inclinándose hacia una interpretación amplia y espiritualista de la anotación preventiva de demanda, ha admitido, al amparo del artículo 42.1.º LH, la anotación preventiva de sentencias, fir-

(64) Vid. ATC de 26 de marzo de 1990 (citado por STC 14/1995 [Sala 1.ª] de 24 de enero de 1995, en BDJC); ATC 148/1990 (Sala 2.ª) de 2 de abril de 1990 (BJC, 1990, pág. 1449); ATC 181/1990 (Sala 1.ª) de 23 de abril de 1990 (BDJC). ATC (Sala 2.ª) de 26 de julio de 1993 (BDJC, ref. 93AC120); ATC (Sala 1.ª) de 19 de septiembre de 1994 (BDJC, ref. 94AC128). ATC 81/1995 (Sala 2.ª) de 6 de marzo de 1995 (*Lunes 4 30*, núm. 171, primera quincena de julio de 1995, págs. 14-15); ATC 114/1996 (Sala 2.ª) de 30 de abril de 1996 (BDJC); y ATC 164/1996 (Sala 2.ª) de 24 de junio de 1996 (BDA). En el último Auto citado se recoge toda la jurisprudencia del TC sobre la anotación preventiva de la demanda de amparo, al disponerse que:

«En nuestro sistema hipotecario los supuestos de anotación preventiva son taxativos, de suerte que sólo procede en los casos expresamente previstos en la Ley. Hemos de examinar, por ello, si la anotación preventiva de la demanda que promueve un proceso constitucional de amparo puede tener encaje en alguno de los casos contemplados en la Ley, pues el artículo 42.1 LH sólo prevé este peculiar asiento registral, que anuncia la pendencia de un proceso cuya decisión final puede implicar la ineficacia o inoperancia jurídica de los títulos inscritos con posterioridad, en el caso de quien demanda en un proceso judicial la propiedad o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier otro derecho real sobre un bien inmueble.

Al respecto ya señalamos en el ATC 81/1995 que si bien en la demanda de amparo no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades fundamentales por razón de los cuales se formula el recurso (art. 41.3 LOTC), la declaración de nulidad del acto o resolución judicial que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos es uno de los pronunciamientos que puede contener la sentencia que otorgue el amparo [art. 55.1 a) LOTC], de lo que se sigue que la sentencia recaída en un recurso de amparo puede producir los mismos efectos sobre la eficacia jurídica de los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad que las resoluciones judiciales, razón por la cual en los supuestos del artículo 42.1 LH han de entenderse incluidos también los relativos a las demandas de amparo, que si no se mencionan es porque en la época en que se dictó el precepto no existía la jurisdicción constitucional. Interpretación a la que, por otra parte, se llega sin dificultad, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma y a la nueva realidad que resulta de la existencia del Tribunal Constitucional, conforme a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del Código Civil.

De este modo, a través de la publicidad registral que garantiza la anotación preventiva, se consigue cautelarmente, frente a los actos posteriores que puedan perjudicarlos, preservar los derechos inscritos del demandante de amparo afectados por la vulneración del derecho fundamental objeto del proceso constitucional

Si el artículo 56 LOTC faculta al Tribunal Constitucional para acordar como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto o resolución recurrida en amparo, con mayor razón podrá acordar una medida cautelar que, como la anotación preventiva de la demanda de amparo, no exige ni presupone la suspensión de la efectividad de la resolución recurrida y, simplemente, anuncia registralmente frente a los terceros, la pendencia del proceso constitucional con sus eventuales consecuencias sobre los derechos inscritos»

Véase también, por el contrario, la PTC (Sección 2.ª) de 21 de enero de 1993 (citada por STC 52/1994 [Pleno] de 24 de febrero de 1994, en BDJC), que acordó que no había

mes o no, en trámite de ejecución (65), cuando dichas anotaciones preventivas no están tampoco normativamente previstas (66).

4.4. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA

En relación con los presupuestos necesarios para poder adoptar la anotación preventiva de querella, se puede plantear la duda de si para su determinación hay que acudir a la aplicación analógica de la normativa registral (arts. 43, I LH y 139, I RH) o, por el contrario, del artículo 589 LECRIM, que regula las medidas cautelares patrimoniales en el proceso penal y en el

lugar a la anotación de la demanda de amparo solicitada por el recurrente, alegando éste que de ser estimada la demanda podría derivarse una modificación jurídico-real, a cuya adopción se había opuesto la parte recurrida, argumentando que al ser aquélla una garantía para la efectividad del derecho material que se deduce en el proceso, era ajena al proceso ante el TC.

(65) Vid. las RDGRN de 19 de septiembre de 1990 (BDA), que acuerda la extensión de la anotación preventiva de una sentencia firme que está en trámite de ejecución, por la que se declara el derecho del demandante a retraer cierta finca y se condena al demandado al otorgamiento de la correspondiente escritura pública, aunque el Registrador se había opuesto a la práctica de tal anotación por no estar contemplada en ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 42 LH, argumentando que «puesto que se trata de un derecho en fase de desenvolvimiento, que ha de agotarse en la adquisición dominical a favor de su titular, y dado que dicho desenvolvimiento tiene lugar en vía judicial, parece más adecuado un asiento provisional, cual la anotación preventiva, cuya admisibilidad viene respaldada por los números 1 y 3 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria pues, en definitiva, se trata de asegurar las resultas de una actuación jurisdiccional que ha de concluir, a falta de cumplimiento voluntario, en la producción de una mutación jurídico-real, sólo que dicho aseguramiento no se solicita en el momento inicial del procedimiento sino en una fase posterior», y de 12 de noviembre de 1990 (AVILA NAVARRO, P., *Comentarios*... cit., pág. 80), que siguiendo una concepción amplia de la anotación preventiva de demanda, admite que la sentencia no firme, en cuanto situación litigiosa que afecta a derechos inscritos, es susceptible de ser anotada preventivamente.

La doctrina también se muestra partidaria de la posibilidad de anotar preventivamente una sentencia no firme, razonando que el artículo 139 RH no sólo admite la solicitud de anotación preventiva de demanda en el momento de interponer la demanda, sino también después, y que si se admite tal anotación preventiva, con mayor razón se debería admitir la anotación de una sentencia no firme pero que en su día puede llegar a serlo. Sobre el particular, véanse CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Comentario a la RDGRN de 30 de junio de 1967», en *RDPRIV*, 1967, págs. 900-905, ROCA SASTRE R. M.^a-ROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, VI, cit., pág. 377, nota 43, y AVILA NAVARRO, P., *Comentarios*... cit., págs. 72-73, 80 y 285-286.

(66) Téngase en cuenta también que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, no solamente admite como medida cautelar «la anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos», sino también «otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución» (art. 726-6.^a y 7.^a).

proceso civil acumulado, y, en concreto, aquéllas que tienden al aseguramiento de la condena al pago de una cantidad de dinero (fianza o embargo). Sin embargo, atendiendo a cada uno de los presupuestos, tal cuestión tiene menos trascendencia práctica de lo que, a primera vista, parece.

a) *Fumus boni iuris*

En el supuesto de que fuese admisible la anotación preventiva de querrela, en relación con el *fumus boni iuris*, la DGRN considera que dicho presupuesto debería venir dado por el resultado de la investigación desarrollada en la instrucción, mediante una aplicación analógica del art. 589 LECRIM (67), al sostener que la anotación preventiva de querrela «ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el citado artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a saber que resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, lo que no ha sucedido en el presente caso, en el que el Tribunal se ha limitado a trasladar la petición del interesado de anotarse la querrela» (68).

Es decir, en su caso, habría que estar a la previsión del artículo 589 LECRIM, para que el Juez penal, una vez resulten indicios racionales de criminalidad contra persona determinada, pudiera adoptar tal medida cautelar, ya que de la mera admisión de la querrela no se derivaría, según tales resoluciones, la posibilidad de ordenar la práctica de la anotación preventiva (69).

Tratándose de anotación preventiva de demanda, en relación con el acreditamiento de la situación jurídica cautelable, el artículo 43.I LH dispone que no podrá concederse la anotación preventiva de demanda sino «en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador». En cuanto a qué se debe entender por documento bastante, la opinión generalmente admitida

(67) Artículo 785-8.ª b), para el proceso penal abreviado, que requiere que sea probable la responsabilidad del imputado.

(68) RDGRN de 1 de abril de 1991 (BDA), de 9 de diciembre de 1992 (BDA); de 10 de diciembre de 1992 (BDA); y de 11 de diciembre de 1992 (BDA).

Vid., el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de noviembre de 1994 (BDA), según el cual también «hay que notar las amplias posibilidades que al Juez penal le ofrece el artículo 13 de la Ley Procesal Penal, que permite tomar cuantas medidas precautorias sean precisas para dar protección a los perjudicados por el presunto delito».

(69) Defiende la doctrina sentada por las citadas RDGRN, BONÉ PINA, *Anotación preventiva...*, cit., págs. 1005-1006. Para GÓMEZ GÁLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria*, cit., pág. 67, la exigencia de indicios de criminalidad en un requisito «quizá menos necesario, en la medida en que el juez, para admitir a trámite la querrela, ya realiza una apreciación previa de que existen indicios de criminalidad, porque de no ser así no la admitiría a trámite».

interpreta el concepto de suficiencia en el sentido de probabilidad cualificada de éxito y alcance de la demanda (70).

En consecuencia, salvando las diferencias, se puede considerar que el régimen del *fumus boni iuris* será idéntico tanto en el caso de la anotación preventiva de demanda como en el de querella, pues en este último supuesto, la existencia de indicios racionales de criminalidad contra persona determinada puede fundar fácilmente un juicio provisional favorable de éxito de la pretensión civil acumulada interpuesta por el querellante, sin que sea necesario, en principio, presentar documento bastante (71).

(70) Vid., entre otros, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con CALDERÓN CUADRADO, M.^º P.), Granada, Comares, 1996, págs. 14 y 75, y RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación*, cit., págs. 128-129.

(71) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*..., cit., pág. 471, para quien el *fumus boni iuris* viene dado por el resultado de la investigación practicada en el procedimiento preliminar. Es decir, «tratándose de medidas dirigidas frente al imputado, el *fumus* está dado cuando "resultan indicios racionales de criminalidad" (art. 589), o sea, de otro modo probable su responsabilidad [art. 785-8.^ºb) para el proceso abreviado ...]». El mismo autor, en «Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal», en *RGLJ*, pág. 1978, págs. 472-473, identifica, en sede penal, el *fumus* con «un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida, y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena», por lo que, según su opinión, el presupuesto del *fumus boni iuris* se formula en el proceso penal de manera esencialmente idéntica a como se hace en el civil.

En el mismo sentido parece manifestarse GIMENO SENDRA, V., *El proceso de «Habeas Corpus»*, Madrid, 1985, págs. 65 y 32, al exigir la «razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible».

ARANGUENA FANEGO, C., *Teoría general*, cit., págs. 25-48, afirma la exigibilidad del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares reales en el proceso penal, pero en un sentido radicalmente opuesto al civil, «no como apariencia del derecho en quien se verá favorecido por la tutela cautelar, es decir, como exigencia de que a su adopción preceda un juicio o razonamiento a través del cual el órgano jurisdiccional pueda prever que la resolución final resultará favorable a aquél que solicita la medida cautelar», por lo que entiende que en lugar de hablar de *fumus boni iuris* habría que hablar de *fumus mali iuris* o de *fumus commissi delicti*.

Por su parte, FONT SERRA, E., *La acción civil*..., cit., págs. 64-65, entiende que el artículo 589 LECRIM establece dos presupuestos distintos: por un lado, la existencia de indicios razonables de criminalidad, que según el autor significan razones de probabilidad para presumir la responsabilidad patrimonial y la imposición de responsabilidades pecuniarias, es decir, «siempre que existan motivos para suponer a una persona responsable criminal, existen igualmente razones para presumir su responsabilidad patrimonial o pecuniaria en el proceso penal»; y, por otro lado, el *fumus boni iuris*, que «supone que existen derechos aparentes que deben protegerse, cuya satisfacción comportará que el patrimonio del imputado quede sujeto a responsabilidad».

b) *Periculum in mora*

De la interpretación del artículo 589 LECRIM se puede deducir que dicho precepto no tipifica tal presupuesto, ni encomienda su apreciación concreta al órgano jurisdiccional, por lo cual no es necesario alegarlo ni probarlo, de manera que tal presupuesto no tiene una influencia concreta para denegar o conceder la medida cautelar (72).

En necesario tener también en cuenta que, para la anotación preventiva de demanda del artículo 42.1.º LH, tampoco se requiere expresamente el presupuesto del *periculum in mora*. Dicho presupuesto simplemente forma parte de la *ratio iuris* de las normas que establecen esta medida cautelar (73). En otras palabras, no se exige que concurra un peligro en el retardo para la concesión de la anotación preventiva de demanda, sino que, en este caso, es suficiente el propio peligro genérico que resulta de la interposición de una demanda que tenga trascendencia registral, a causa de la operatividad de los principios de legitimación registral y de fe pública registral respecto de terceros (74).

Como se ha señalado, «el *periculum in mora*, propio de las medidas cautelares, está también presente en la anotación preventiva de demanda, aunque resulte de una situación meramente objetiva: un proceso judicial con alcance registral» (75), y por ese motivo la norma reguladora «no exige que se dé una concreta posibilidad de que ello ocurra, sino que se conforma con la mera posibilidad» (76).

(72) ASÍ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, cit., pág. 472, para quien el *periculum in mora* «constituye, simplemente, la *ratio* de la norma que establece la medida».

En el mismo sentido se manifiestan PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid, 1985, págs. 96-99, quien considera que, aun sin presentar alguna de las notas que coimplica en el proceso civil, el *periculum in mora* constituye uno de los presupuestos de las medidas cautelares en el proceso penal, y ARANGUENA FANEGO, C., *Teoría general*, cit., págs. 57-62 y 69, quien, siguiendo al anterior autor, sostiene que tal presupuesto «constituye un principio informador de las medidas cautelares reales» aunque con algunas peculiaridades, pues «no se precisa su alegación y demostración, como sucede en el proceso civil, sino que el peligro está presente en la intención del legislador al regular las medidas cautelares. Así ha considerado que el mero transcurso del tiempo necesario para que se llegue a la resolución definitiva, se presume ocasión de peligro suficiente para que deban ser adoptadas medidas cautelares con el fin de hacer posible la efectividad práctica de su futura resolución final».

(73) Razonamiento puesto de manifiesto por ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial*, cit., pág. 15.

(74) Vid. la RDGRN de 6 de julio de 1962 (RJA, m. 3147, págs. 2157-2158).

(75) ASÍ, RAMOS MÉNDEZ, F., *La anotación preventiva*, cit., págs. 122-124, según el cual este carácter objetivo del *periculum in mora* hace que el mismo pierda «el carácter de presupuesto de la anotación preventiva de demanda para convertirse en algo connatural a la medida misma, en su propio fundamento».

(76) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial*, cit., pág. 75.

De lo argumentado deriva que, cuando se solicite la anotación preventiva de demanda o de querella, normalmente no será necesario acreditar tal peligro, ya que éste existe siempre, en la medida que la mecánica registral protege los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.

c) *La caución*

En el ámbito jurisdiccional civil es frecuente que el poder del Juez de adoptar medidas cautelares esté acompañado también del poder de condicionar su concesión a la prestación de una caución, por parte del solicitante de la medida, para asegurar la eventual indemnización que pudiera corresponder al demandado por los daños y perjuicios causados por la adopción de la medida cautelar, en el supuesto de que la demanda fuese finalmente desestimada.

Así ocurre con la anotación preventiva de demanda, para la cual el artículo 139.1 RH prescribe que es exigible al actor el ofrecimiento de indemnizar al demandado los (daños y) perjuicios que la anotación preventiva de demanda le pudiera haber causado, en caso de resultar absuelto, «a cuyo efecto el juez podrá exigir la caución que estime adecuada».

Sin embargo, esta contracautela no está prevista para las medidas cautelares patrimoniales o reales del proceso penal y del proceso civil acumulado, por lo que entiendo que tampoco debe ser exigible para la adopción de la anotación preventiva de querella (77).

Obsérvese además que la DGRN, al pronunciarse sobre la anotación preventiva de querella, entiende que la misma «ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el citado artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», y que en dicho precepto no se prevé la contracautela que representa la caución.

JOSÉ MARTÍN PASTOR
Area de Derecho Procesal.
Universitat de València (Estudi General)

(77) Vid PEDRAZ PENALVA, E. *Las medidas...*, cit., págs. 96 y 99, quien advierte que en el proceso penal no está prevista una contracautela como la caución, atendiendo a la naturaleza y función de dicho proceso, y a la situación en que se hallan los perjudicados por el hecho delictivo, y ARANGUENA FANEGO, C., *Teoría general*, cit., pág. 59.

Planteamientos introductorios a la cofianza

SUMARIO· 1 ASPECTOS HISTORICOS. DERECHO ROMANO.—2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACTUAL FORMULA ESPAÑOLA.—3 EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851.—4 EL ARTICULO 1.837 DEL CODIGO CIVIL.

1. ASPECTOS HISTORICOS. DERECHO ROMANO

La ya de por sí compleja relación surgida de la circunstancia de que junto, pero en un escalón diferente, a la obligación principal garantizada se dé una obligación accesoria de garantía, esto es, que al lado de la pareja jurídica básica y emblemática acreedor-deudor surja el *tertius homo* del fiador, cobra un grado más de complejidad cuando esta tercera categoría de sujeto viene conformada *in casu concreto* por una pluralidad de personas: los cofiadores.

Al margen de las contingencias y exigencias de la vida práctica que determinan que en la posición activa y/o pasiva de una relación obligatoria coexistan varios sujetos, circunstancia que, ya se configure como supuesto de mancomunidad o como situación de solidaridad, produce interesantes consecuencias y es susceptible de servir para el logro de muy convenientes objetivos en el tráfico jurídico, en particular mediante la utilización de la fórmula de la solidaridad pasiva, tal como hemos tenido ocasión de exponer en otro lugar (1), lo cierto es que el hecho de que se contemple que la posición de garante personal del débito ajeno sea ocupada por un conjunto de obligados subsidiarios, también es susceptible de deparar efectos dignos de ser tenidos en cuenta en la vida de relación.

(1) CRISTÓBAL MONTES. *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, pp. 252 y ss.

En efecto, el fiador es el garante por antonomasia, la persona que por uno u otro móvil y con esta o aquella justificación accede a estar presente, sin que importe ahora demasiado en qué plano o con qué nivel de protagonismo, respecto a una relación obligatoria que por definición le es ajena y que, sin embargo, le va a afectar o puede afectarle patrimonialmente. Aunque no es deudor principal, su patrimonio también queda afectado al cumplimiento del débito garantizado (art. 1.911, CC), y, en consecuencia, todas las razones de seguridad y confianza que se esgrimen a la hora de diversificar la presencia de los deudores primarios, pueden utilizarse también, *servata distantia*, en relación a la multiplicidad de deudores secundarios.

Porque resulta obvio que la garantía del débito que está destinada a proporcionar la presencia de un fiador se acrecienta, al menos sobre el papel, cuando son varios, ya que su diversificación va a permitir al acreedor, llegado el caso, agredir patrimonialmente a un conjunto mayor de sujetos que, por otra parte, y en función del específico cometido para que el que fueron contemplados y les incumbe, estarán dotados de ordinario de la adecuada solvencia patrimonial.

No es lo mismo, pues, uno o varios fiadores, si se tiene en cuenta el objetivo y función de la fianza, y si se considera que todo se orienta a que el acreedor, que es quien ha ordenado el juego de garantías y quien disciplina el cuadro obligacional total, obtenga la más amplia, cómoda, segura y comprensiva satisfacción de su derecho. Se explica, por tanto, que, como advierte DELGADO ECHEVERRÍA, dicho acreedor «tenga interés en multiplicar el número de fiadores y, correlativamente, los patrimonios sujetos en garantía» (2).

Por otro lado, desde el ángulo de los diversos fiadores también la hipótesis es susceptible de presentarse como conveniente, habida cuenta el riesgo jurídico-patrimonial que los mismos asumen y la diversificación de dicho riesgo que el juego plural introduce. De la misma manera que el vínculo solidario pasivo, amén de reforzar el derecho del acreedor, genera una situación patrimonialmente conveniente entre los diversos deudores al permitir al que pagó el todo o porción superior de su cuota retornar de los codeudores la parte que en la relación interna les corresponde, asimismo el conjunto de fiadores ve mejorada su situación al posibilitarse el reparto entre los mismos de las consecuencias negativas que acarree el impago del débito garantizado, pues, según reseña el mismo autor recién citado, «el fiador también está interesado en no ser fiador único, ya que, teniendo compañeros, los efectos de la insolvencia del deudor se repartirán entre todos ellos» (3).

(2) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, p. 537.

(3) *Ibid*

No debe extrañar, en consecuencia, que la cofianza sea una vieja figura presente en los ordenamientos históricos más destacados y que haya acompañado siempre al supuesto de fiador único. Su sentido, aplicaciones y utilidad resultan tan normales y justificables que su presencia se aprecia con facilidad allí donde el grado de desarrollo jurídico permite el juego del mecanismo elemental y básico de la garantía personal, algo que, por lo demás, resulta detectable, como revela nítidamente el caso romano, tan pronto como se alcanzan niveles rudimentarios de tráfico jurídico y de despegue socioeconómico.

Lo que no supone, empero, que la figura de la cofianza presente unos perfiles tan claros y meridianos que haga de ella un mecanismo de fácil caracterización y cómodo tratamiento jurídico. Como al comienzo se advertía, siendo ya de por sí compleja la situación a tres bandas en que un nuevo sujeto (el fiador), y en función de garante del débito ajeno, se incorpora al marco delimitado por la relación existente entre acreedor y deudor, el supuesto se enrarece todavía más cuando ese papel resulta asumido por una pluralidad de sujetos. Que un número mayor o menor de personas irrumpa en la esfera de una previa obligación principal con el propósito de asegurar su realización, es algo lo suficiente complejo desde el estricto ángulo jurídico como para dar lugar a un nuevo *status iuris* que ahonda los problemas y genera aspectos oscuros y controvertidos.

GUILARTE ZAPATERO señala en esta dirección que la existencia de varios fiadores garantizando a un mismo deudor y por una misma deuda, determina una mayor complejidad en la situación que de la fianza, como garantía personal de la obligación ajena, surge, ya que a la problemática de los supuestos normales, entendiendo por tales aquellos en que sólo existe un fiador, se suman las cuestiones propias nacidas del vínculo entre cofiadores y de la especial relación entre éstos y el acreedor (4). Y así es ciertamente, porque la básica relación entre acreedor y fiador se expande y diversifica al multiplicarse el número de garantes personales, y, como es natural, surge, como auténtica novedad exclusiva, el supuesto de los lazos e influjos recíprocos que genera el hecho de que en lugar de ser uno sean varios los sujetos contemplados como fiadores.

Este doble juego de relaciones es susceptible de diversificarse casi *ad infinitum* si se consideran las distintas situaciones en que cabe contemplar normativamente o por pacto la relación acreedor-fiadores y la relación fiador-fiador. Sin propósito de entrar ahora en una materia que será explicitada al detalle cuando llegue el momento, basta considerar como anticipo del amplio mapa que se dibuja desde el extremo en que, cual ocurre en el Derecho

(4) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho privado*, 1975, p. 891

italiano vigente, el fiador está obligado solidariamente con el deudor principal (art. 1.944 del *Codice civile*) y los varios fiadores quedan vinculados por la deuda entera (art. 1.946), hasta el otro extremo en que el fiador no puede ser obligado a pagar sin previa excusión de los bienes del deudor (art. 1.830 del Código Civil español) y los diversos fiadores obtienen que «la obligación a responder de ella (la deuda garantizada) se divide entre todos» (art. 1.837).

Y ello sin plantearnos tampoco en este lugar el juego entre los cofiadores de ese especial mecanismo, tan íntimamente ligado a la naturaleza y vicisitudes de la cofianza, que es el beneficio de división, ya que en unas ocasiones el mismo sólo operará cuando expresamente haya sido pactado, mientras en otras para que pueda quedar sin operatividad lo que habrá que pactar será precisamente su exclusión. Variada gama de situaciones que nos revela sin mayores profundizaciones la complejidad y riqueza de la figura en estudio y nos advierte, aunque sea en esquema, las dificultades que encontraremos a la hora de adentrarse en sus recovecos.

Según parece, aunque subsisten amplias zonas nebulosas y el apoyo de las fuentes resulta corto e inseguro, la garantía personal despuntó en Roma a través de dos figuras, la *adiutur* y la *praediutur*, que, sin embargo, parece tuvieron poca o ninguna aplicación en la esfera que nos ocupa de aseguramiento de relaciones obligatorias sustantivas entre particulares.

En efecto, el único empleo seguro que se conoce del contrato verbal de *adiutur* (posiblemente se concertaría mediante el juego de las fórmulas orales *¿vas es?* y *vas sum*) es el referente al aseguramiento o garantía de los deberes procesales de una persona y, en concreto, el de comparecencia en juicio del demandado. El particular sistema procesal romano y el carácter marcadamente convencional que presentaba la presencia en juicio del querellado, llevaban a asegurar mediante un tercero las resultas negativas que supondría para el demandante la negativa de aquél a personarse en el litigio contra él iniciado.

La figura de la caución procesal todavía subsiste en el Derecho clásico bajo el nombre de *adiumonium*, pero con la variante de que ahora la promesa de comparecer en juicio la formula el propio demandado mediante *stipulatio* y con la intervención de *sponsores*. Finalmente, en el Derecho justinianeo el *adiumonium* es reemplazado, a su vez, por la *cantio iudicio sisti*.

También los *praedes* son garantes procesales, interviniendo concretamente en el procedimiento de la *legis actio sacramenti* (para garantizar el cumplimiento de la apuesta convenida por aquella de las partes que vea desestimada su pretensión) y en aseguramiento de la entrega del bien y de sus frutos por parte del poseedor interino de la cosa litigiosa, caso de perder el proceso (*praedes litis y vindiciarum*).

Pero la principal aplicación de la *praediutur* tiene lugar en las esferas tributaria y de obras públicas. Los adjudicatarios de la recaudación de tributos y de realización de trabajos públicos debían asegurar mediante *praedes* el

cumplimiento de los compromisos asumidos, con el señalamiento de que, por la peculiar conformación de la *obligatio* romano antigua, el *obligatus* no era el adjudicatario sino el *praes*, a no ser que, como ocurre ya en la época republicana, dicho adjudicatario se haya hecho *praes* de sí mismo (5).

Según escribe ARANGIO-RUIZ, faltando el adjudicatario (*manceps*) a su promesa, el procedimiento ejecutivo se dirigía no contra él sino contra los *praedes*. Aunque de dicho procedimiento no se tiene noticia cierta, se sabe que las reglas eran algo distintas según que los garantes hubiesen gravado fundos (*subsignatio praediorum*) o se hubiesen pignorado personalmente, y se sabe también que en ambos casos el procedimiento tenía dos fases, respectivamente designadas con los nombres de *venditio ex lege praediatricia* y *venditio in vacuum* (6).

Sin embargo, pese a estos problemáticos antecedentes, la genuina garantía personal romana (la reina de las garantías en un sistema jurídico basado en la *fides*) se constituye mediante estipulación accesoria (*adpromissio*) y asume tres manifestaciones que coexisten en el Derecho republicano clásico: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. En el Derecho justiniano, la última de las tres, la *fideiussio*, que, en opinión de SCHULZ, fue creada por la jurisprudencia en el período tardío de la República o en los inicios del Principado, probablemente por SERVIO SÚLPICIO o por LABEON (7), ha absorbido ya a las dos primeras y no subsiste, por tanto, más que una forma *adpromissoria*.

Aunque más antigua la *sponsio* (negocio de origen religioso para garantizar deudas ajenas y abierto tan sólo a los ciudadanos romanos) que la *fidepromissio* (asequible a los peregrinos), lo cierto es que los efectos de una y otra forma de garantía verbal eran prácticamente los mismos; en cambio, el régimen jurídico de ambas y el de la *fideiussio* presentan sensibles diferencias, aunque, como es natural, aquí nos vamos a limitar a señalar las que hacen referencia al estricto supuesto de la pluralidad de fiadores.

En relación a *sponsores* y *fidepromissores*, la *lex Appuleia* estableció que de ser varios debían considerarse como formando parte de una sociedad y dotados, en consecuencia, de un recíproco derecho de regreso que permitía a aquél que hubiese satisfecho la totalidad de la deuda garantizada dirigirse mediante la *actio pro socio* contra los demás garantes, exigiéndoles el reembolso de la parte que les correspondiera sufragar. Oigamos a GAYO: «A más de lo dicho, la *lex Appuleia* creó cierta manera de sociedad entre los *sponsores* y *fidepromissores*. Por virtud de dicha ley si quien debe sólo ciento, por

(5) Como dirá el gramático Festo en su obra *De verborum significatione*, «qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo quod promisit quam is qui pro eo praes factum est».

(6) ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho romano*, Buenos Aires, 1952, p. 360.

(7) SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p. 477.

ejemplo, paga doscientos, librando así a sus compañeros, tendrá derecho para dirigirse contra ellos y reclamar los ciento» (8).

A su vez, según la *lex Furtia*, caso de ser varios los fiadores, se dispuso que no podrían ser demandados sino por cuotas civiles, sin que influya en nada la circunstancia de que alguno de los mismos resulte insolvente en el momento de la reclamación, ya que como recoge GAYO, «la obligación se divide entre ellos en tantas partes iguales cuanto sea su número al tiempo que pueda exigirse la deuda, y son demandados cada uno en una parte civil..., y si alguno entre los *sponsores* y *fidepromissores* no fuese solvente, su carga no corresponde a los demás» (9).

La *lex Furtia* sólo regía en Italia, por lo que en las provincias se aplicaba en su totalidad la *lex Appuleia*. La diferencia más importante entre ambas leyes es, como resalta ORTIZ MÁRQUEZ, que según la primera la deuda se dividía entre los fiadores por partes iguales, mientras que a tenor de la segunda la división se hacía en proporción a las cuotas, tal como imponía el supuesto contrato de sociedad previsto entre ellos (10).

La *lex Cicereia* ordenó que aquel cuya deuda es respaldada por *sponsores* y *fidepromissores* declare públicamente de qué deuda se trata y cuántos son los garantes, pudiendo éstos pedir investigación judicial y obtener su liberación si transcurren treinta días sin haberse cumplido dicho mandato (11). Finalmente, otra ley de fecha desconocida (la *lex Publilia*) dispuso que los garantes personales que no hubiesen obtenido del deudor principal el reembolso del pago por ellos efectuado en el plazo de seis meses, podían ejercer contra el mismo la *manus iniectio pro iudicato* para reclamarle el doble de lo pagado. En el Derecho clásico, la *manus iniectio* es sustituida por la *actio mandati contraria*, pero los *sponsores* y *fidepromissores* que pagaron mantienen el privilegio de poder reclamar del deudor el doble, acción especial que, como dice GAYO, se llama acción de lo pagado (*actio depensi*) (12).

A fines del siglo I a. de C., quizá por influencia de Labeon, surge una nueva forma de fianza verbal, formalmente menos rigurosa y de consecuencias más favorables, que acabará por desplazar a las dos anteriores: la *fideiussio* (el acreedor preguntaba: *in fide tua esse iubes?*, a lo que el garante contestaba: *fide mea esse iubeo*) (13).

En el Derecho clásico deudor principal y *fideiussor* eran deudores solidarios, circunstancia que determinaba, a su vez, que la responsabilidad del úl-

(8) GAYO, 3, 122.

(9) GAYO, 3, 121.

(10) ORTIZ MÁRQUEZ, *Comentarios a las Instituciones de Gayo*, Bogotá, 1968, pp 382-383.

(11) GAYO, 3, 123.

(12) GAYO, 3, 127.

(13) GAYO, 3, 115 y 116.

timo no fuese subsidiaria sino principal o primaria. Justiniano, después de haber abolido el efecto extintivo de la *litis contestatio* (C.8, 40, 28), concede al fiador el *beneficium excussionis*, en cuya virtud cuando fuere demandado podía aplazar la pretensión del acreedor mientras éste no hubiese agotado previamente las posibilidades de cobro frente al deudor.

Por lo que hace al punto que nos ocupa, caso de ser varios los *fideiussores*, en un principio, quedaban vinculados solidariamente entre sí al cumplimiento de la obligación garantizada, circunstancia que, amén de tornar difícil para los deudores encontrar personas que estuviesen dispuestas a salir garantes, era susceptible de generar fraudes e injusticias. El Derecho imperial aborda esta situación y mediante una *epistula Divi Hadriani* se otorga a los *fideiussores* el *beneficium divisionis*, que permitía a aquel de los mismos que hubiese sido demandado por la totalidad de la deuda reclamar del acreedor que dividiese el importe de su pretensión entre los distintos cofiadores presentes y solventes en el momento de la *litis contestatio*, ya que, como dirá GAYO, «hoy, en virtud de una epístola del divino Adriano, se puede compeler al acreedor a pedir a cada uno, siempre que sean solventes, su parte correspondiente (14).

La diferencia de este régimen con el instaurado en relación a *sponsores* y *fidepromissores* por la *lex Furia* es claro, pues mientras ésta producía la división de pleno derecho entre los diversos garantes de la deuda asegurada, el *beneficium divisionis* había de ser opuesto por el fiador demandado si quería obtener su tuición, de manera tal que si por no haberlo invocado en tiempo y forma era condenado a pagar la totalidad de la deuda, no podía invocar la *condictio indebiti* para obtener la repetición de lo que hubiese pagado en exceso. Circunstancia que determina que mientras en el caso de *sponsores* y *fidepromissores* la vinculación había pasado de solidaria a parciaria, en el caso de los *fideiussores*, los mismos continuaban vinculados de manera solidaria, pero podían evitar sus rigurosos efectos acogiéndose al juego del beneficio de división.

Por otra parte, mientras por la *lex Furia* la obligación asegurada se dividía entre *sponsores* y *fidepromissores* en tantas partes iguales cuanto fuera el número de ellos al tiempo de su reclamación, el *beneficium divisionis* de Adriano divide el débito garantizado tan sólo entre aquellos *fideiussores* que fuesen solventes en el momento de la *litis contestatio*, por lo que la cuota de cada uno de ellos resultará incrementada por el reparto de la que correspondiese al fiador insolvente: «En esto se separa esta epístola de la ley Furia, porque si alguno entre los *sponsores* y *fidepromissores* no fuese solvente, su carga no corresponde a los demás; entre los *fideius-*

(14) GAYO, 3, 121.

sores, incluso si uno solo fuese solvente, le corresponde también a éste la carga de los demás» (15).

En el Derecho justiniano, según se ha dicho, se refunden las distintas formas de garantía personal en la *fideiussio*, por lo que el régimen de responsabilidad solidaria propio de ésta retorna a ser la pauta en todo supuesto de pluralidad de fiadores, pero suavizado porque se mantiene el juego del beneficio de división en los términos de su formulación primigenia. En tal sentido, Justiniano dispone en sus Instituciones: «Si hay varios fiadores todos se obligan por el todo; por consiguiente, puede libremente el acreedor proceder contra el que quiera, por el todo. Pero según una epístola del divino Adriano, el acreedor está obligado a dividir su acción entre todos aquellos que pueden pagar en el tiempo de la *litis contestatio*: de manera que si uno de ellos se halla insolvente en dicho tiempo, grava a los demás en la parte correspondiente. Pero si el acreedor ha obtenido el todo de uno de los fiadores, éste, en caso de insolvencia del deudor principal, sufrirá solo el perjuicio; y debe imputárselo a sí mismo, pues habría podido recurrir a la epístola del divino Adriano y pedir que la acción sólo se diese contra él por su parte» (16).

Aunque el fiador que pagase podía contar para el reembolso del deudor principal con la *actio mandati contraria*, la *actio negotiorum gestorum contraria* o la *actio pro socio*, si demostraba haber pagado de acuerdo a las reglas que norman tales figuras y habiendo observado la diligencia exigible en cada caso (17), siempre corría el riesgo de no obtener el reintegro debido a la insolvencia del deudor, por lo que se hizo corriente la práctica de que, caso de ser varios los fiadores, el que pagase obtuviera del acreedor las acciones que el mismo ostentaba contra los restantes fiadores: «Es costumbre, tratándose de obligaciones garantizadas por varios fiadores, que el acreedor al recibir el pago de uno de ellos ceda al mismo los títulos y acciones que posee contra los demás (18).

Tal recurso, que recibió el nombre de *beneficium cedendarum actionum*, fue ampliado en el sentido de que el fiador que fuese demandado por el acreedor podía obtener de éste la cesión de las acciones que le correspondieran contra el deudor principal y los cofiadores, y es más, semejante cesión fue configurada como forzosa por la jurisprudencia imperial, ya que se consideró que cometía dolo el acreedor que se negaba a transferir dichas acciones que, en realidad, ya no necesitaba: para justificar la subsistencia de tales acciones no obstante el pago realizado por uno de los fiadores, los juristas recurrieron

(15) D. 46, 1, 10 y 26; GAYO, 3; 121.

(16) Inst. 3, 20, 4.

(17) D. 17, 1, 21, 22 y 29

(18) D. 46, 1, 17, 36.

a la ficción de considerar que semejante pago era el precio de una compra que de las referidas acciones hacía el fiador que pagaba.

Justiniano aseguró de manera general el derecho de regreso del fiador que pagó, al establecer que el mismo disponía en todo caso de la *actio mandati contraria* contra el deudor principal (19), acción que le correspondía incluso cuando omitió sin dolo una excepción o cuando pagó ignorando que la deuda había dejado de existir (20).

La formulación romana de la fianza plural no habría de conocer alteraciones de importancia durante el Derecho intermedio. Glosadores y comentaristas aceptan quietamente el régimen justiniano, y a lo máximo que llegan es, al objeto de aumentar la protección de los fiadores solventes, a dotar a los mismos de una acción singular, la *provocatio ex lege si contendat*, que les permitía instar del acreedor que actuase contra aquel de los cofiadores que maniobraba para resultar insolvente (21).

Tampoco POTHIER, como antes DOMAT, formulará nada en contra, limitándose a señalar que, a diferencia de lo que ocurre con los varios deudores principales, que no están obligados sino *pro parte* si la solidaridad no ha sido expresada, los varios fiadores de un deudor principal por la misma deuda se reputan como habiéndose obligado cada uno de ellos por toda la deuda (*si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenetur*), en razón de que es de la naturaleza de la fianza obligarse a todo lo que se obliga el deudor principal, y, en consecuencia, cada fiador se reputa como habiendo contraído dicho compromiso, a menos que declare expresamente que él no se obliga más que por parte, tal como aduce Vinnio. Sin perjuicio de que, a tenor de la excepción de división que introdujo el emperador Adriano, el fiador al que el acreedor le reclame toda la deuda pueda exigirle que proceda a dividir y partir su reclamación entre él y sus cofiadores, cuando sean solventes, y, en consecuencia, que sea recibido a pagar a aquél su parte, dejando a salvo, como es obvio, el derecho del acreedor a acudir por el resto contra los otros. Ese derecho, dice POTHIER, ha sido adoptado por la práctica francesa (22).

(19) Inst. 3, 20, 6

(20) D. 17, 1, 29; CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pp. 708 y ss.

(21) TALAMANCA, «Fideiussione», en *Enciclopedia del Diritto*. XVII, Milán, 1968, p. 342. La *provocatio ex lege si contendat* fue ideada por la Glosa ordinaria en relación a D. 46, 1, 28, y sólo por la doctrina alemana del siglo XVII fue extendida a la insolvencia del deudor principal, para asegurar la actuación práctica del *beneficium excussionis*.

(22) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pp. 268-269

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACTUAL FÓRMULA ESPAÑOLA

El comportamiento de la normativa histórica española en relación al punto que nos ocupa no fue, precisamente, rectilíneo, a pesar de que se parte, aparentemente al menos, de la aceptación del régimen justiniano. En la ley 8 del título 12 de la Partida 5 se advierte que si son varios los fiadores y «obligándose cada uno de ellos en todo de dar» (*in solidum*), cada uno de ellos será tenido a cumplir la totalidad de la deuda principal, pero si los mismos «non se obligasen cada uno por todo, mas dixessen simplemente somos fiadores por fulan de dar o de facer tal cosa» (fiadores simples), entonces no puede el acreedor demandar a uno solo más de «quanto le cupiere de su parte», debiendo responder los presentes por los ausentes (P. 5, 12, 10) y los solventes por los insolventes.

A pesar de que los términos no sean excesivamente claros y enfáticos, la doctrina española ha solido entender que en este precepto se recogía en el Derecho hispano la formulación romana de que los varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, si bien quedaban comprometidos al pago de la totalidad del débito, podían, si querían, evitar tal circunstancia acogiéndose al beneficio de división, que obligaba al acreedor a tener que repartir el monto asegurado entre todos los fiadores solventes. Y digo que semejante conclusión no es del todo segura porque del texto de las Partidas reseñado no se deriva con toda nitidez que la división sólo opere cuando se acoja a ella el fiador demandado por el todo, sino que más bien parece plasmar la tesis de que si se trata de fiadores simples, esto es, de aquellos que no se hayan obligado expresamente por el todo, no puede el acreedor reclamar el monto total aunque pueda ver frustrado semejante propósito de acogerse el demandado al *beneficium divisionis*, sino que ya de entrada ha de limitar su demanda a la parte de deuda que garantice el cofiador demandado, algo que, con toda evidencia, no es el régimen romano de la cofianza, ya que en el mismo sí cabía la posibilidad de reclamación íntegra por parte del acreedor.

En cambio, otra había sido la contemplación de la materia en el Fuero Real, pues en el mismo aunque se distingue también entre fiadores *pro toto* y fiadores *pro parte*, semejante distinción, a diferencia de lo que ocurre en el Código alfonsino, resulta irrelevante, ya que el acreedor puede reclamar la totalidad del crédito, bien al conjunto de los garantes, bien a uno solo de ellos, y en este último supuesto sin reparar se trate de fiador solidario o de fiador simple: «Quando alguno tomare dos fiadores, o más por alguna cosa, quien diga cada uno por todo, quien no, en su voluntad sea de demandar a todos de consuno, o a cualquiera de ellos» (F.R. 3, 18, 4). Claro que parece evidente que en uno y otro supuesto el fiador demandado podía acogerse al *beneficium divisionis*.

Con la Nueva Recopilación (libro 5, título 4, ley 1) se produce otra inflexión en el poco claro y cambiante rumbo de la regulación de la cofianza en nuestro Derecho histórico, pues según entendieron de manera pacífica y general sus comentaristas, si los fiadores se habían obligado solidariamente, el acreedor no sólo podía reclamar de cualquiera de ellos, producido el impago del débito, la totalidad de éste, sino que, además, el fiador demandado no podía acogerse al *beneficium divisionis*, en cambio, de haberse obligado los mismos de manera simple, ni siquiera hacía falta recurrir al auxilio de este recurso benéfico, ya que al establecer directamente la ley que cada uno de ellos sólo quedaba obligado *pro quota*, el acreedor no podía reclamar de uno determinado más que la parte que le correspondiese (23).

Aquí ya no es posible, a diferencia de lo que ocurre con los anteriores textos históricos, considerar que se sigue acogiendo el régimen del Derecho romano justiniano, pues la ruptura es básica y afecta a distintas facetas de la figura de la fianza plural. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el sistema romano, que no distingue entre fiadores solidarios y fiadores mancomunados (no existe más que la vinculación *in solidum* del garante) y a todos otorga la posibilidad de cobijarse bajo el manto protector del beneficio de división, en el sistema previsto en la Nueva Recopilación, primero, debe diferenciarse entre fiadores solidarios y fiadores simples, algo de lo que ya existía precedentes en el Fuero Real y en la Partidas, y segundo, si se trata de la primera categoría de garantes no cabe el recurso al mecanismo divisorio porque el mismo parece reñido con la esencia de la vinculación solidaria, y si se trata de la segunda especie de aseguradores personales resulta innecesario acudir al mismo, ya que, *ex definitione*, el débito garantizado se halla dividido entre los diversos fiadores, y el acreedor no puede reclamar a cualquiera de ellos más que la porción que le esté asignada. «Y en tan gran polvareda perdimos a D. Gonzalo», pues ciertamente el *beneficium divisionis* se nos esfuma, de uno u otro modo, en la hipótesis de pluralidad de fiadores.

El camino abierto por la Nueva Recopilación va a continuar con mayor amplitud, si cabe, en la Novísima, ya que a tenor de la ley 10 del título 1 del libro 10 se dispuso lo siguiente: «Establecemos que si dos personas se obligasen simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dixere que cada uno sea obligado *in solidum*, o entre si en otra manera fuere convenido e igualado; y esto no embargante qualesquiera leyes de Derecho Común que contra esto hablan: y esto sea guardado así en los contratos pasados como en los por venir».

(23) GUTIÉRREZ, *Estudios sobre el Derecho Civil español*, V, Madrid. 1871, p. 54.

Aquí, la rectificación del Derecho romano justiniano es todavía más severa y ni siquiera cabe alegar desconocimiento o ignorancia respecto al régimen anterior que, aunque poco claro y con algunos puntos de dudosa ortodoxia romana, había permitido sin mayor problema el juego del *beneficium divisionis*, pues el legislador reconoce expresamente que otra era la situación en algunas leyes del Derecho común. Con lo cual queda claro que existe la voluntad de derogar cualquier disposición legal anterior que permitiese al fiador demandado por el todo (caso de ser solidario) acogerse al recurso divisorio.

El propósito es tan nítido y determinante que lleva a los autores de la Novísima Recopilación, contra lo que es paradigma en Derecho privado de respeto a los derechos adquiridos, a sancionar la eficacia retroactiva de la disposición que establecen, contemplando que la nueva normativa sea impuesta lo mismo en los negocios venideros que en los que con antelación se hubiesen concluido. Previsión rigurosa e insólita, pero que revela claramente que el legislador había adoptado la idea con absoluta precisión y estaba dispuesto a llevarla hasta sus últimas consecuencias.

Se observará que la ley décima no habla expresamente de fiadores, aunque pocas dudas puede haber de que extiende también a ellos el régimen que sanciona. En efecto, el título primero del que forma parte se denomina «De los contratos y obligaciones en general», algo que significa que las disposiciones en él incluidas valen para cualquiera relaciones obligatorias, salvo que exista alguna excepción legalmente consagrada, y, por tanto, también para la dimanante del contrato de fianza cuando el mismo haya sido concluido por varios fiadores.

El sistema era sencillo y tajante. Si dos o más personas se han obligado de manera conjunta por cualquiera de los medios que en Derecho sirven para generar vinculación, su afección jurídica es, como diríamos con la terminología hoy en uso, mancomunada, esto es, cada uno de ellos no asume más que una parte del débito. Y ello sin necesidad de que se prevea algo al respecto, pues aunque la ley habla de obligarse «simplemente», es obvio que, en cuanto *status* general y ordinario, semejante situación no hace falta contemplarla expresamente, sino que surge de manera espontánea en todo caso de pluralidad de deudores si no se ha previsto en forma clara un modo de afección jurídica diferente. En cambio, «si en el contrato se dixere que cada uno sea obligado *in solidum*», la relación obligatoria en esos términos conforma da permitirá al acreedor reclamar de cada uno de los deudores la integridad de lo debido, en cuanto todos han quedado vinculados solidariamente.

Este es el régimen obligatorio general, y como *ubi lex non distinguit*, no cabe pensar en la aplicación de un criterio diferente cuando se trate de deudores que tengan la condición de fiadores, por cuanto al no existir respecto a ellos previsión legal específica que establezca un régimen singular a apli-

carles, deberán jugar las pautas generales, habida cuenta que, aunque deudores accesorios o secundarios, son ante todo y primariamente deudores, a los que deben aplicarse también las prescripciones legales para el caso de pluralidad de obligados.

Al no distinguirse entre pluralidad de deudores común y pluralidad de fiadores, el planteamiento romano de considerar a los garantes personales de la deuda ajena como una categoría especial de obligados a los que, en razón de los intereses en juego, había que dotar de un régimen especial, se viene abajo y pierde toda significación y sentido. La vieja idea romana, más o menos respetada en nuestro Derecho histórico, de que los varios fiadores quedan obligados de manera solidaria, en cuanto, como dirá POTHIER, se entiende que cada uno de ellos ha asumido el pago de toda la deuda, pero que, al mismo tiempo, queda abierto a los mismos el recurso facultativo de evitar semejante gravosa consecuencia acogiéndose, ante la reclamación íntegra del acreedor, a la facilidad del *beneficium divisionis*, se había difuminado por completo en nuestro ordenamiento civil.

Como ahora la vinculación solidaria de los fiadores no surgía de la sustancia, y función mismas de la fianza plural, sino que hacía falta prestarla expresamente, igual que ocurre en la generalidad de las obligaciones plurales, no quedaba sitio para el juego cómodo del beneficio de división, pues aun dejando aparte la nunca fácil acomodación entre las ideas de solidaridad y divisibilidad, según en su momento tendremos ocasión de exponer, la exigencia de que los fiadores se pronunciasen sobre su afección *in solidum* tornaba particularmente difícil la justificación de que en el momento ulterior de la reclamación *in totum* pretendiesen acogerse al mecanismo divisorio.

Y es que ciertamente no deja de resultar un tanto paradójico que se exija para que el acreedor pueda reclamar a uno de los varios fiadores la totalidad del débito garantizado que el mismo se haya comprometido de manera expresa a la vinculación solidaria, y luego cuando el acreedor pretenda extraer la consecuencia normal de semejante estado de cosas se pueda ver sorprendido con la actitud de que aquel fiador solidario esgrime ahora un insólito e inexplicable *beneficium divisionis*. En cambio, cual ocurría en el Derecho romano, si el carácter solidario de la afección de los varios fiadores brota de la sustancia misma de la fianza, por mor, como argumenta POTHIER, de que «es de la naturaleza de la caución el obligarse a todo lo que se obliga el deudor principal» (24), resulta de más fácil comprensión que todavía quepa a los mismos recurrir al reclamo de la división cuando el acreedor les demande singularizadamente la totalidad de lo adeudado.

De la misma manera, si por no haber expresado la voluntad de quedar afectados *in solidum* los varios fiadores resultan sometidos al régimen general

(24) POTHIER, *Tratado* . op. cit., p. 269

de mancomunidad, se explica también que a la hora de contemplar la reclamación del acreedor se pueda prescindir sin mayores problemas del instituto divisorio, porque la repartición del débito asegurado viene ya establecido por la ley misma y no existe necesidad de que el fiador se acoja al beneficio cuando el acreedor no puede demandarle más que por la parte que le corresponda. Con lo que también ahora, aunque de manera todavía más meridiana y tajante, el *beneficium divisionis* había desaparecido en el Derecho español en la esfera de las obligaciones garantizadas por una pluralidad de fiadores.

El multisecular *beneficium divisionis* desaparecía del Derecho civil español, en cuanto ya no existía razón alguna para su ejercicio, pues, como bien dice GUILARTE ZAPATERO, si los cofiadores se obligaban solidariamente, tal circunstancia impedía su invocación, y si lo hacían simplemente, el beneficio resultaba innecesario, por estar excluidos de cualquier responsabilidad que pudiera resultar de ausencia o insolvencia de los restantes cofiadores (25). En su lugar se retornaba al régimen general de las obligaciones pluripersonales sin matización ni singularidad alguna: si nada se decía, los fiadores quedaban vinculados mancomunadamente; si se plasmaba de manera expresa, resultaban afectados solidariamente, sin que pudiesen dulcificar semejante consecuencia mediante el juego de instrumento divisorio alguno.

Con lo cual el cuadro final resultaba borroso y escasamente conveniente. En efecto, si cuando los fiadores se han vinculado de manera expresa *in solidum* no pueden acudir en forma alguna a que el acreedor reparta entre ellos el monto de la reclamación, se frustran aquellas ventajas que están en la base del histórico *beneficium divisionis*: hacer más fácil a los deudores la búsqueda de personas que estén dispuestas a asumir la condición de fiadoras e intentar evitar algunos de los fraudes, concertos dolosos e injusticias que la práctica demuestra se cometen cuando en virtud de la afección solidaria de los garantes personales el acreedor puede reclamar a cualquiera de ellos la totalidad de la deuda.

Como otros tantos recursos jurídicos romanos, la facultad concedida a los varios fiadores de una misma deuda de poder impetrar que el acreedor proceda a distribuir entre ellos el crédito garantizado no es un recurso ocioso o frívolo, sino que responde al profundo conocimiento de las cosas y de la naturaleza humana, porque éstas nos muestran que a veces queriendo proteger al acreedor mediante el juego de unos mecanismos jurídicos rigurosos (en nuestro caso, la estricta e inexcusable solidaridad) se puede producir el efecto contrario de generar un estado de cosas que torne problemática, más difícil o conflictiva esa misma seguridad buscada.

(25) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XXIII, Madrid, 1979, pp. 183-184.

¿Qué es preferible para el acreedor, poder reclamar a cada uno de los fiadores el débito total garantizado o tener que dividir su reclamación caso de que se haga valer el beneficio de división? Así formulada la pregunta y sobre el papel parece que la respuesta es clara y mecánica: será preferible la primera solución, en cuanto le brinda una posibilidad de actuación que no aparece recogida en la segunda.

Y, sin embargo, aun prescindiendo de que también debe contemplarse la conveniencia de los fiadores y de que el *favor fideiussoris* siempre ha estado presente, por muy sólidas y convenientes razones, en la historia milenaria del instituto de la fianza, lo cierto es que en el orden jurídico como en tantos otros órdenes vitales en ocasiones «lo mejor es enemigo de lo bueno» porque *in casu concreto* dotando al acreedor de una tutela excesiva y exacerbando sus prerrogativas frente a los fiadores, no sólo se desanima a éstos, sino que se puede acabar generando una situación contraria a los intereses de aquél, en cuanto la caución personal quedaría desprovista de la flexibilidad, operatividad y capacidad de adecuación que le han sido tradicionales y han justificado, en buena medida, su amplio empleo y resultados positivos.

Por otro lado, contemplar que si los fiadores no han hecho expresa mención de querer vincularse *in solidum* quedan afectados mancomunadamente y, por ende, no hace falta ni es posible el recurso al beneficio de división, tampoco es la mejor de las soluciones y, desde luego, plantea muy serias interrogantes de cara al adecuado funcionamiento y a la consecución de los fines ordinarios del instituto de la fianza.

Porque, en efecto, ¿qué es lo que busca un acreedor cuando reclama la garantía de su crédito mediante la presencia del fiador y, en particular, a través del compromiso de una pluralidad de fiadores? La respuesta es obvia: hacer más fácil y segura la realización de su crédito. Ahora bien, ¿se consigue semejante objetivo cuando ante la diversidad de fiadores se ve compelido *ipso iure*, caso de impago del débito, a repartir su reclamación en tantas partes cuantos sean los garantes, o resulta más adecuadamente tutelado cuando se le permite reclamar a cada uno la totalidad, por más que el demandado pueda solicitar y obtener el fraccionamiento del *petitum*? También aquí la contestación resulta clara.

Ya hace años que Campogrande, en relación a la normativa del Código Civil italiano de 1.865, argumentaba que establecer el principio de la división del débito entre los cofiadores, aunque pueda ser lógico, no es justo, porque si al reclamar varios fiadores el acreedor ha demostrado que quiere aumentar la garantía de su crédito, parece adecuado que los diversos garantes de una misma persona y de un mismo débito deban reputarse solidarios de pleno derecho. En otro caso, el acreedor no recibiría una verdadera ventaja de la pluralidad de fiadores, sino, al contrario, podría sufrir un daño, en cuanto debería limitarse a reclamar de cada uno de los garantes su parte correspon-

diente, mientras que si sólo existiera un único fiador, podría demandarle el pago del débito entero (26).

Argumentando en esta misma línea, en nuestros días DELGADO ECHEVERRÍA considera que configurar las obligaciones de los cofiadores como mancomunadas no es coherente con la finalidad de reforzamiento de la garantía que el acreedor persigue con la pluralidad de fiadores, ya que, además de no poder exigir a cada uno de ellos sino una parte de la deuda garantizada, con las molestias y gastos que ello conlleva, se encontrará con que la insolvencia de uno de los fiadores recae sobre él, aun cuando todos los demás fiadores fueran solventes. Es decir, mientras que siendo solvente el único fiador cobraría de él íntegramente el acreedor, la presencia junto al solvente de otros fiadores puede perjudicarlo, ya que la parte del insolvente no habrán de cubrirlo los demás. Por lo que, concluye Delgado, es difícil encontrar, de hecho, casos en que así se pacte, o en que la ley lo imponga en los diversos ordenamientos vigentes o históricos (27).

Sólidas y convincentes razones unas y otras, aunque extrañe la afirmación del último de los civilistas citados relativa a que resulta difícil encontrar ordenamientos vigentes o históricos en los que se establezca la vinculación mancomunada de los diversos fiadores, habida cuenta que precisamente la reflexión se está planteando en relación a lo que en España supuso al respecto la normativa de la Novísima Recopilación (sancionadora de ese régimen), y de que, unas líneas más abajo, el mismo autor recuerda que el texto de ese Cuerpo legal que imponía la división de la deuda salvo que se hubiera pactado la solidaridad (Noví. R. 10, 1, 10), por más que los autores más cuidadosos entendían no referido a los cofiadores, acabó aplicándose como norma general en todos los casos, de manera tal que en vísperas de la Codificación era opinión común en los manuales que los cofiadores, lo mismo que los deudores, respondían sólo por su parte, salvo pacto *in solidum* (28).

Porque, en efecto, querer compaginar la función de la fianza plural y el juego de la mancomunidad es empresa harto difícil. Si el acreedor al reclamar la pluralidad de fiadores busca, como no podría ser de otra manera, la mayor seguridad de su derecho, al sancionarse que, salvo pacto en contrario, aquéllos quedan vinculados de manera mancomunada al cumplimiento de la obligación garantizada, puede resultar el auténtico contrasentido de que en numerosas oportunidades el acreedor en cuestión se vea peor tratado cuando concurren varios garantes que cuando se dé un único fiador. El contrasentido, la paradoja en tales casos es tan patente y llamativa que debe forzar la re-

(26) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, pp 413-414.

(27) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, op. cit., p. 538

(28) *Ibid*

flexión sobre la inconveniencia de que en régimen de cofiadores se aplique de manera mecánica el sistema general de vinculación mancomunada automática, cuando exista diversidad de deudores en aquellos ordenamientos, como el nuestro, que sancionan una regla principista de este tenor (arts. 1.137 y 1.138, C.C.) (29), por más que en los mismos, todo debe decirse bien chocante y lleve a interpretaciones un tanto forzadas establecer la vinculación solidaria *ope legis* de los cofiadores cuando, precisamente, rige el principio contrario de la afección mancomunada.

3. EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851

La solución de la Novísima Recopilación, aunque en apariencia acorde con las pautas generales sobre obligaciones plurales, era una muy discutible solución, creaba más problemas que los que resolvía e introducía a la cofianza en una dinámica que podía esterilizarla o, al menos, restarle buena parte de su virtualidad y sentido. Como hizo notar MANRESA, resultaba que con dicha normativa se contrariaba el objeto principal de la fianza, que es asegurar la efectividad de toda deuda garantizada cuando el fiador no ha hecho salvedad alguna en su compromiso; por lo que se imponía armonizar las disposiciones legales (30). GARCÍA GOYENA se impuso esta tarea.

Parte de la idea de que la solidaridad (mancomunidad en su especial terminología) hace falta pactarla, y que esto mismo se hallaba dispuesto en la ley recopilada 10, título 1, libro 10, lo que dio lugar a la discordia de los autores sobre si por ella estaba corregida la ley 8, título 12, Partida 5, que, a imitación del Derecho romano, establecía la solidaridad *ipso iure* y sin necesidad de pacto especial entre los fiadores, ya que en opinión de los que están por la corrección, el beneficio de división es innecesario cuando no hubo solidaridad expresa, y no puede admitirse cuando la hubo.

Aunque reconoce que en el Derecho romano se hallaba establecido por la Novela 99 lo mismo que estableció la ley recopilada y establece el artículo 1.202 del Código Civil francés, igual al artículo 1.058 del Proyecto (la solidaridad no se presume), GARCÍA GOYENA aduce que en todos esos ordenamientos ha sido admitida la solidaridad de los fiadores, «y nosotros la seguimos porque está en la naturaleza de la fianza el sujetarse a todo, lo mismo que el deudor principal, si otra cosa no se expresa» (31).

(29) CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, 1985. pp. 13 y ss También, *La estructura*, op. cit., pp. 215 y ss.

(30) MANRESA, *Comentario al Código Civil español*, XII (quinta edición, revisada por RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE), Madrid, 1951, p. 287

(31) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, p. 910.

En el antiguo Derecho francés no existía el beneficio de división, sino que regía el viejo principio de que cuando varios fiadores se han vinculado con el acreedor por el mismo débito, éste tiene el derecho de actuar por entero contra cualquiera de ellos. La lenta penetración del Derecho romano opera en una doble dirección, primero estableciendo que si bien todos los fiadores quedaban obligados por entero, era posible suprimir semejante responsabilidad global mediante expresa convención en contrario, y luego reconociendo la máxima de que todo cofiador es responsable sólo por su parte, pero se permite pactar que cada uno resulte obligado por entero (*Brach y logus iuris civilis*).

En un ulterior momento, con clara influencia romana, se reconoce el principio de que si varios fiadores habían garantizado el mismo débito, aquél que fuera demandado por la totalidad gozaba del beneficio de división, pero si pagaba la deuda, no contaba con derecho de regreso alguno frente a los otros fiadores, aunque si se le facultaba para reclamar su comparecencia en juicio al objeto de intentar concluir con ellos, en vía amigable, un acuerdo sobre la repartición del débito. Por lo que, aunque la introducción del beneficio de división había disminuido el perjuicio de los fiadores, hasta finales del siglo XVI el fiador que pagaba el débito por entero y renunciaba al beneficio de división no contaba con la posibilidad de reembolso contra los restantes cofiadores (32).

La penetración romana, pues, en el Derecho histórico francés fue profunda y completa, marginando cualquier peculiaridad autóctona. El propio POTHIER reconocerá que el emperador Adriano había introducido una excepción en el régimen de solidaridad de los cofiadores mediante el beneficio de división que se concedía al fiador a quien el acreedor pidiese toda la deuda, y que semejante derecho había sido aceptado pacífica y ampliamente por la práctica francesa (33).

No debe extrañar, en consecuencia, que el *Code Napoléon* siguiera ese mismo camino. El principio de que parte el codificador francés es el de que existiendo varios fiadores, en razón de la naturaleza misma de la fianza, por cuanto el garante personal se obliga a pagar, por regla, todo lo que debe el deudor principal (34), todos quedan vinculados solidariamente o, como gusta decir la doctrina francesa, «como si fueran deudores solidarios» (35), y, en tal sentido el artículo 2.025 del Código Civil dispone que «cuando varias personas se hayan constituido en fiadoras de un mismo deudor y por una misma deuda, cada una está obligada por toda la deuda.

(32) GLASSON, *Histoire du Droit et des institutions de la France*, VII, París, 1896, pp. 655 y ss.

(33) POTHIER, *Tratado ..* op. cit., p. 269.

(34) CAMPOGRANDE, *Trattato ..* op. cit., p. 414.

(35) PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, II, París, 1926, p. 780.

Se rompe, pues, en la esfera de la fianza plural, la regla general francesa en materia de obligaciones plurales de que «la solidaridad no se presume», sino que hace falta que «esté estipulada expresamente», por lo que sólo cesa «en los casos en que la solidaridad tiene lugar de pleno derecho, en virtud de una disposición de la ley» (art. 1.202). Este sería, por tanto, uno de esos casos en que por expresa disposición legal los varios deudores de una misma obligación quedan vinculados solidariamente.

Pero no se trata de una excepción pura, sino de una excepción matizada, porque si bien cada uno de los fiadores queda obligado «por toda la deuda» (obsérvese que el codificador omite *ex professo* el uso del término «solidario», para dejar la puerta abierta a la posibilidad de que no se produzcan todos los efectos de la estricta y genuina solidaridad), puede paliarse esta rigurosa consecuencia mediante el juego del clásico *beneficium divisionis*. En tal sentido establece el artículo 2.026 del *Code*: «No obstante, cada una de ellos puede exigir, a menos que haya renunciado al beneficio de división, que el acreedor divida previamente su acción, y la reduzca a la parte y porción de cada fiador. Cuando hubiera insolventes, al tiempo en que alguno de los fiadores haya hecho que se pronuncie la división, ese fiador está obligado proporcionalmente por esas insolvencias; pero no puede averiguarse ya la razón de las insolvencias sobrevenidas luego de la división».

Estas son las fuentes en las que beberá GARCÍA GOYENA. Por su través, retornarán de nuevo a nosotros los planteamientos del Derecho romano justiniano y reaparecerá el *beneficium divisionis* que había quedado tan desdibujado en el Derecho a la sazón vigente que existían autores que certificaban su defunción, a la manera de MORATO que se expresa en los siguientes términos: «No hay, por tanto, entre nosotros el beneficio de división que habían concedido las leyes romanas, porque habiéndose obligado solidariamente los fiadores es visto que cada uno de ellos ha de pagar el todo si por el todo es reconvenido, y si se obligaron de forma simple, no necesitan pedir como beneficio la división del pago, que es de riguroso derecho. Así que en este supuesto no opondrán la excepción de división, sino la de *plus petitio*, porque el acreedor que pidiera el todo a alguno de ellos en particular pediría más de lo que se le debe» (36).

La reacción de GARCÍA GOYENA contra este estado de cosas será clara y contundente. A tenor del artículo 1.750 de su Proyecto de Código Civil: «Siendo muchos los fiadores de un mismo deudor y por una misma duda, cada uno de ellos responde de toda la deuda. Pero el reconvenido para el pago del todo podrá exigir que el acreedor divida su acción entre los fiadores y la reduzca a la parte y porción de cada uno de ellos. El beneficio de división

(36) MORATO, *Derecho Civil español con las correspondencias del Derecho romano*, Valladolid, 1877, p. 385

contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal».

El párrafo primero del precepto, que transcribe casi literalmente el artículo 2.025 del Código Civil francés, aunque con la incorrección del empleo del término «muchos» que produce la falsa impresión de que la cofianza sólo puede darse cuando los fiadores sean muy numerosos, suponía el retorno al Derecho civil español de la pauta romana *si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur* y al criterio sentado por la ley 8 del título 12 de la Partida 5 al establecer la solidaridad *ministerium legis* entre los varios fiadores. Como se ha señalado anteriormente, GARCÍA GOYENA argumenta que adopta semejante pauta porque «está en la naturaleza de la fianza el sujetarse a todo, lo mismo que el deudor principal, si otra cosa no se expresa» (37).

El párrafo segundo del artículo 1.750 del Proyecto se inspira, a su vez, en el párrafo primero del artículo 2.026 del *Code*. Aquel fiador que sea demandado por la totalidad del débito garantizado (de «reconvenido», también inexactamente, habla GARCÍA GOYENA), puede exigir que el acreedor divida la reclamación y la reduzca a la «parte y porción» que le corresponda.

«Que el acreedor divida su acción entre los fiadores» supone, según resalta GARCÍA GOYENA, reipristinar el beneficio de división que introdujera el emperador Adriano. En base a la solidaridad *ipso iure* que genera la situación de cofianza, el acreedor puede reclamar de cada uno de los cofiadores la totalidad del débito, pero en este punto surge la inflexión de que el demandado puede también, si tal es su voluntad, paralizar semejante reclamación imponiendo al demandante que limite su petición a la «parte y porción» que a él le esté asignada en el total de la deuda. La solidaridad resulta excepcionada y el *beneficium divisionis* irrumpe de nuevo en un campo en el que, al menos desde una estricta consideración dogmática, no parece tener mayor justificación.

Porque, ciertamente, no deja de ser un tanto chocante que la vinculación solidaria de los fiadores que se predica pueda quedar sin efectos a voluntad de aquellos que deberían soportarla, algo que supondrá en una mayoría determinante de supuestos su reducción a mera entelequia y que desdibuja de manera notoria la configuración ordinaria de la solidaridad, ya que si ésta es en nuestro ordenamiento civil una excepción (legal o voluntaria) a la regla general de la mancomunidad en caso de pluralidad de deudores, no parece tener mucho sentido conceptual que, contemplado un caso de solidaridad legal (el de la cofianza), resulte, a su vez, excepcionado mediante la posibilidad reservada a los coobligados de impetrar y obtener la división del débito.

(37) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, op. cit., p. 910

Con lo que la excepción deviene excepcionada, precisamente mediante la vuelta a la regla general, y el conjunto cobra la extraña configuración siguiente: La pauta genérica de la mancomunidad resulta legalmente excepcionada en el supuesto de la pluralidad de fiadores, pero esta excepción puede resultar, a su vez, excepcionada a voluntad de cualquiera de ellos mediante la vuelta al criterio principista de la mancomunidad. La solidaridad como excepción de la mancomunidad y ésta como excepción de aquélla en el caso concreto de la cofianza.

GARCÍA GOYENA es consciente de la anomalía que entraña semejante construcción cuando advierte que, sin duda, el Derecho romano anterior a Adriano era más consecuente con la doctrina y principios de la solidaridad al no admitir el beneficio de división. Pero aduce que la fianza es generalmente un acto de beneficiencia y merece alguna excepción o favor en cuanto sea compatible con los intereses del acreedor, intereses que, en su opinión, quedan suficientemente protegidos con la responsabilidad proporcional de los fiadores por la insolvencia anterior de alguno de ellos, aparte de que «el acreedor puede exigir la renuncia de este beneficio y apenas hay una escritura de fianza que no la contenga» (38).

La argumentación del autor del Proyecto civil de 1851 es un tanto singular y forzada, en primer término, porque no es correcto relacionar el *beneficium divisionis* con un hipotético carácter de acto beneficiencia de la fianza, ya que si así fuera debería restringirse el juego del mismo a las cauciones personales celebradas a título gratuito, algo que nunca ha sucedido y que reduciría la aplicación de dicho mecanismo prácticamente a nada en razón de la neta preponderancia de las fianzas onerosas; y, en segundo lugar, porque GARCÍA GOYENA da con una mano lo que retira con la otra, pues de poco sirve introducir el beneficio de división por razones éticas de protección a los fiadores, si a continuación se reconoce que el acreedor puede exigir la renuncia del beneficio y que tal sucede en la práctica generalidad de las escrituras de fianza, algo que, por lo demás, tampoco casa bien con su afirmación de que la fianza es generalmente un acto de beneficiencia, ya que los fiadores gratuitos no se sentirán especialmente motivados a renunciar del beneficio divisorio que la ley les reconoce.

El párrafo tercero del artículo 1.750 del Proyecto carece de precedentes en el Derecho civil francés y en cualquiera de los Códigos que su autor maneja en relación a dicho precepto. GARCÍA GOYENA se limita a hacer una referencia al *Codex* justiniano y a remitir al artículo 1.744 del Proyecto que recoge los supuestos en que el beneficio de excusión no tiene lugar, aduciendo que «los fundamentos o motivos son iguales en ambos casos»; por lo que le parece razonable preferir en este punto el Derecho romano a los Códigos

(38) *Ibid.*

modernos, que «sólo mencionan el caso de renuncia para excluir este beneficio» (el de división) (39).

El artículo 1.751 del Proyecto, recogiendo en parte lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2.026 del *Code*, establece: «El fiador que reclama el beneficio de división, responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de los otros fiadores, pero no de la posterior a la división. Tampoco responde de la anterior, cuando el acreedor dividió su acción voluntariamente y sin reclamarlo al fiador».

El primer párrafo del precepto transcribe la pauta histórica general de circunscribir el juego del *beneficium divisionis* a aquellos fiadores que fueran solventes en el momento en que alguno de ellos lo hiciere valer, por lo que la insolvencia anterior tenía que ser asumida por los solventes en ese instante, pero no lo posterior. GARCÍA GOYENA argumenta la hipótesis aduciendo que el beneficio de división no tiene efecto retroactivo: «el que se acoge a él, responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de alguno de los fiadores, pero, una vez opuesto, reduce la obligación del oponente a su parte y porción, y le liberta de toda insolvencia posterior» (40).

La explicación de la norma, parece obvio, no descansa en el carácter retroactivo o no del beneficio de división, sino en la voluntad del legislador de reducir al mínimo el perjuicio que pueda sufrir el acreedor una vez que se reconoce que, no obstante la vinculación solidaria de los cofiadores, pueden éstos acogerse al recurso de la división del débito garantizado. Aparte de que tampoco es cierto que por más que, una vez opuesto al beneficio de división, la responsabilidad del oponente no alcance a cubrir la cuota de los fiadores que con posterioridad resulten insolventes, dicha responsabilidad se circunscriba, según dice GARCÍA GOYENA, «a su parte y porción», pues es obligado que éstas se incrementen o puedan resultar incrementadas con la asignación proporcional de aquellas otras partes y porciones que correspondían a los fiadores caídos en insolvencia con anterioridad al ejercicio del beneficio.

El párrafo segundo del artículo 1.751 del Proyecto se inspira en el artículo 2.027 del *Code*. Si el acreedor ha dividido voluntariamente su reclamación, resulta natural que la insolvencia de cualquiera de los fiadores, con indiferencia del momento en que se haya producido, no pueda repercutir en forma alguna sobre los restantes fiadores solventes. La razón es bien clara: la división del crédito no se produce porque alguno de los fiadores se haya acogido al beneficio, sino porque el acreedor, «por sí mismo y voluntariamente», según reza el artículo 2.027 del Código Civil francés, ha procedido a fraccionar su reclamación, en cuyo caso es obvio que el reparto tiene que hacerse entre todos los deudores, con indiferencia de que unos sean solventes y otros

(39) *Ibid.*, pp. 910-911.

(40) *Ibid.*, p. 911.

insolventes, ya que en dicho caso falta el instrumento jurídico oportuno para excluir de los efectos de la división a estos últimos.

En efecto, la cofianza en el sistema romano-francés genera un supuesto de solidaridad pasiva entre los fiadores que como todo supuesto de esa especie determina un beneficio para el acreedor: la posibilidad de que el mismo pueda reclamar de cualquiera de ellos la totalidad del débito garantizado (art. 1.144, CC); por ello mismo, el acreedor favorecido puede prescindir de dicho beneficio y proceder a la reclamación de su crédito *pro parte*, en cuanto nada se opone a que si el mismo lo desee el débito solidario devenga mancomunado y cada uno de los deudores, en lugar de ser demandado por el entero, lo sea tan sólo por la porción que le corresponda en la relación interna con los demás obligados.

GARCÍA GOYENA, a la hora de explicar este precepto, aduce que «el acreedor podrá hacer recaer la insolvencia anterior de uno de los fiadores sobre los otros por la obligación solidaria de todos, y, no habiendo usado esta facultad, se presume que renunció formalmente a ella» (41). Explicación que no es correcta, porque la posibilidad de hacer recaer en los fiadores solventes la insolvencia anterior de alguno de ellos no se debe al carácter solidario de la obligación que los afecta, sino a la circunstancia de que así lo contempla el *beneficium divisionis* que impone la partición del crédito, ya que la solidaridad permitiría al acreedor repercutir en los fiadores solventes tanto la insolvencia anterior como la posterior a cualquier evento y momento de los fiadores insolventes (art. 1.145, CC).

Por tanto, cuando el acreedor en el caso que nos ocupa procede a demandar fraccionadamente su crédito, la división tiene que abarcar a todos los fiadores, solventes e insolventes, ya que la misma no se ha efectuado como consecuencia del beneficio esgrimido por uno de los fiadores; y por ello carece de sentido cualquier referencia a los particulares efectos de él derivados. A lo que ha renunciado el acreedor en el supuesto que contemplamos no es a la facultad de «hacer recaer la insolvencia anterior de uno de los fiadores sobre los otros» (carácter «anterior» que carecería de punto de referencia), pues dicha facultad no es en realidad suya sino en nuestro caso propia de los fiadores que se han acogido al beneficio de división, sino a la más amplia y principal, propia de todo acreedor en la obligación solidaria pasiva, de demandar *in totum* a cualquiera de los deudores. Siendo esto así, como lo realmente renunciado por dicho acreedor es el beneficio genérico que a su favor entraña la solidaridad pasiva, resulta por completo innecesaria cualquier contemplación de la materia en sede de cofianza, y, desde luego, la previsión del párrafo segundo del artículo 1.751 del Proyecto es una norma completamente superflua y fuera de lugar.

(41) *Ibid*

Finalmente, en relación a los efectos de la fianza entre los propios cofiadores, el artículo 1.758 del Proyecto, en clara recepción del artículo 2.033 del *Code Napoléon*, establece: «Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le quepa. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recae sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago a virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de quiebra».

El fiador que pagó cuenta, pues, con un derecho de regreso para reclamar de los restantes fiadores la parte que le corresponda, ya que históricamente el mismo no tenía recurso alguno contra los cofiadores si el acreedor no le cedía expresamente sus acciones antes de efectuarse el pago; situación que se justificaba alegando que la fianza era una convención entre el fiador y el deudor, no entre los mismos fiadores, a lo que GARCÍA GOYENA replica que «como si por ello dejara de ser cierto que el que pagó hizo el negocio de los otros, libertándolos de una obligación, a cuyo cumplimiento podían haber sido compelidos» (42).

Con todo, el artículo 1.758 del Proyecto contiene una previsión que no contempla el modelo francés, por más que la civilística gala la haya admitido siempre sin problemas, la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en todos los demás. Aunque no han faltado autores que han defendido que en la afectación interna la relación entre los diversos deudores solidarios es simple y mera mancomunidad (recuérdese el «círculo de acciones» de que hablaba POTHIER), lo cierto es que, como hemos razonado ampliamente en otro lugar (43), la obligación solidaria funciona también internamente como solidaria; y por ello tiene sentido la inclusión de semejante disposición, resultando razonables las palabras de GARCÍA GOYENA en el sentido de que «se ha añadido esto para mayor claridad, pues aunque no se expresa en ninguno de los Códigos modernos, está, a no dudar, en el espíritu de todos ellos» (44).

4. EL ARTICULO 1.837 DEL CODIGO CIVIL

El juego de apariciones y desapariciones de la solidaridad pasiva en el caso de la cofianza, con su consiguiente efecto en la factura y justificación del *beneficium divisionis*, ya que, de manera obvia, este beneficio ha de conformarse de distinta manera según cuál sea la contemplación de aquélla,

(42) *Ibid*, p. 915.

(43) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura*, op. cit., pp. 314 y ss.

(44) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*.... op. cit., pp. 915-916.

conoce una nueva fase con ocasión de la entrada en vigor del Código Civil español de 1889. El codificador hispano, olvidando en este punto el precedente del Proyecto de GARCÍA GOYENA y la tradición romano-castellana, vuelve de nuevo la vista hacia la pauta que en su día sentara la Novísima Recopilación y establece en el artículo 1.837 de nuestro primer Cuerpo legal: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado precisamente la solidaridad. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal».

Con todo, el precepto produce la impresión de que el codificador español hubiera intentado rectificar de alguna manera los severos efectos divisorios consagrados en su párrafo primero mediante una llamada al beneficio de división y su caducidad en una serie de supuestos, precisamente los mismos que en el artículo 1.831 se contemplan en relación al otro beneficio fideiusorio clásico, el de excusión. Quizá un propósito de no dejar fuera del supuesto normado el pensamiento de GARCÍA GOYENA, si se observa que semejante voluntad conciliatoria se produce mediante la inserción como párrafo segundo del artículo 1.837 del párrafo tercero del artículo 1.750 del Proyecto de Código Civil de dicho jurisconsulto, por más que la justificación de la inserción de dicha norma en uno y otro precepto sea harto diferente y que lo que resulta en el segundo lleno de sentido pueda verse en el segundo como un complemento de difícil ordenación armónica.

El origen del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil es sobradamente conocido. El artículo 2.106 del Anteproyecto de Código Civil belga que confeccionara LAURENT establecía que «cuando varias personas son fiadoras de un mismo deudor por una misma deuda, la obligación de fianza se divide entre ellas: el acreedor no puede actuar contra cada fiador sino por su parte, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad». A través de la vía, como en otras ocasiones, del Anteproyecto de 1882-1888, entraba otra vez en nuestro ordenamiento civil la pauta de la división de la obligación garantizada entre los fiadores, pero no por mor del ejercicio por alguno de ellos del recurso divisorio, sino *ministerio legis*: la propia ley disponía que cada uno de los garantes personales, al margen de su voluntad, quedase vinculado *pro parte*. Con la advertencia, incluso, de que el legislador español, al realizar semejante importación, ni siquiera subsana los defectos de expresión de la fórmula belga («la obligación de fianza se divide»), sino que más bien los acrecienta, al sancionar una frase de tan difícil lectura jurídica y hasta gramatical como la de «la obligación a responder de ella (la deuda) se divide entre todos».

LAURENT sabía perfectamente lo que quería cuando formula en el artículo 2.106 la división *ipso iure* de la obligación afianzada. El ilustre civilista belga

discrepaba del pensamiento clásico de DOMAT y POTHIER de considerar que la obligación contraída de manera conjunta por varios fiadores debía asumir la caracterización de solidaria, al entender que en esta materia, como en cualquier otra de pluralidad de deudores, debe primar la regla del prorrateo o mancomunidad. Si la obligación de los fiadores es una obligación accesoria respecto a la obligación principal garantizada, ¿tiene sentido que jugando en relación a ésta el principio de la vinculación mancomunada de los varios deudores rija en aquélla el contrario principio de la vinculación solidaria de los varios fiadores? La presunción de mancomunidad en las obligaciones plurales en general, ¿debe quedar sustituida por la presunción opuesta de solidaridad en el caso de que la pluralidad se dé en relación a los garantes personales?, ¿existe suficiente justificación para excluir en este específico campo el criterio de prorrateo del débito que ha sido tradicional en los Derechos latinos históricos, recogiendo el contrario de afección *in solideum* que caracteriza a los ordenamientos de estirpe germánica?

La crítica de POTHIER al pensamiento francés tradicional y a la normativa del *Code Napoléon* que lo recoge aparece apoyada en sólidas razones de coherencia y lógica. Si de acuerdo al artículo 1.202 del Código Civil francés, «la solidaridad no se presume», sino que «se precisa que esté estipulada expresamente», no parece tener mucho sentido que cuando los varios deudores sean fiadores, semejante pauta no tenga aplicación al disponer el artículo 2.025 que «cuando varias personas se hayan constituido en fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno está obligado por toda la deuda. Y ello aunque quepa la explicación de que aquí estaríamos ante uno de esos supuestos excepcionales de solidaridad legal que la propia norma recuerda, porque a la hora de justificar el mismo difícilmente cabe recurrir a otro argumento que el repetido aserto de POTHIER de que por la sustancia misma de la fianza cada fiador se obliga a todo lo que se haya obligado el deudor principal.

La situación se presentaría de otra manera en el caso de que la ley establezca como pauta genérica la vinculación solidaria de los varios deudores, salvo que otra cosa se haya pactado o la ley lo disponga, ya que en tal caso no tiene por qué ocurrir algo diferente cuando la pluralidad de obligados revista la forma de cofiadores. Es decir, trasladando la hipótesis a la hora presente, si, por ejemplo, a tenor del artículo 1.294 del *Codice civile* «los codeudores están obligados solidariamente, si de la ley o del título no resulta otra cosa», se puede entender sin mayor esfuerzo que cuando se contemple la hipótesis de la cofianza se diga que «si varias personas han prestado fianza por un mismo deudor y en garantía de una misma deuda, cada una de ellas está obligada por la deuda entera, salvo que se haya pactado el beneficio de división». Y lo mismo cabría observar sobre lo dispuesto en el BGB en relación a estas materias.

Sobre estas bases el pensamiento de LAURENT resulta plenamente coherente: «El Anteproyecto aplica a la fianza el principio general que rige las deudas de varias personas. Cuando varios deudores se han obligado conjuntamente por una deuda, no están obligados cada uno sino por su parte, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. Así, la división entre los deudores de una misma deuda tiene lugar de pleno derecho, mientras que según el Código Civil la división de la fianza entre los fiadores no tiene lugar, sino cuando el fiador lo requiere. Es lo que se llama beneficio de división... El artículo 2.106 (del Anteproyecto) abole el beneficio de división tal como lo consagra el Código Civil». Por lo que hace, en fin, al argumento básico de POTHIER para justificar la solidaridad entre los fiadores, replica LAURENT que eso es contestar una pregunta con otra pregunta, ya que lo que hay que explicar debe ser cuál es la naturaleza especial de la cofianza que determina que la deuda garantizada no se divide entre los cofiadores, cuando toda deuda se divide entre los varios deudores (45).

Con todo, a pesar de la fundada crítica de POTHIER, el sistema del *Code* resultaba, si no globalmente coherente, sí, al menos, parcialmente armónico en relación a la cofianza y al juego en el seno de la misma del histórico recurso romano del *beneficium divisionis*, pues aunque su artículo 2.025 consagraba la vinculación por el todo de cada uno de los plurales fiadores, el siguiente artículo 2.026 establece que, no obstante, cualquiera de los mismos, a menos que haya renunciado al beneficio de división, «puede exigir... que el acreedor divida previamente su acción, y la reduzca a la parte y porción de cada fiador».

Hasta aquí, pues, poco habría que objetar al codificador español. Si el mismo había consagrado en las disposiciones generales sobre las obligaciones el principio de presunción de mancomunidad en el caso de vínculos plurales (arts. 1.137 y 1.138, CC), se puede entender sin mayor forzamiento que al abordar el punto de la variedad de fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda», a pesar de nuestra tradición romano-castellana y del importante punto de referencia que significaba el Proyecto de Código Civil de 1851, considere que ha de mantenerse aquella regla general y consignar que el débito garantizado se fracciona entre los distintos fiadores; al fin y al cabo ya había sucedido algo similar en la Novísima Recopilación, sin que ello hubiese provocado cataclismo jurídico alguno ni la doctrina se sintiese llevada a denunciar que se había quebrado algo sustancial en orden al régimen de los cofiadores.

Lo que sí hacían los autores, según se ha resaltado anteriormente, a la hora de enfrentar el nuevo régimen de la cofianza establecida en la Novísima

(45) LAURENT, *Avant-projet de revision du Code Civil*, VI, Bruselas, 1885, pp 76 y ss

Recopilación era, con toda lógica, considerar que en el sistema español, igual que afirmaba LAURENT en relación al Anteproyecto belga, el beneficio de división de origen romano y recogido de manera fiel en las Partidas se había desvanecido, porque si de manera expresa los fiadores se habían vinculado *in solidum* no tenía sentido su posterior acogimiento al mismo y si, por el contrario, nada dijeron y, en consecuencia, su vinculación era la ordinaria o simple, tampoco hacía falta recurrir al mismo, ya que la propia ley establecía la división automática del débito asegurado. Recordemos, en tal sentido, como, por ejemplo, MORATO advertirá que «no hay entre nosotros el beneficio de división que habían concedido las leyes romanas».

Ahora, en cambio, las cosas van a ocurrir de otra manera. El codificador español se había inclinado en el párrafo primero del artículo 1.837 por el criterio de la división *ope legis* de la deuda afianzada, pero a continuación introduce un párrafo segundo que, transcribiendo literalmente el párrafo tercero del artículo 1.750 del Proyecto de GARCÍA GOYENA, habla con toda claridad de beneficio de división e impide, al menos en una consideración primaria y acrítica, prescindir de la presencia y operatividad de dicho mecanismo divisorio en la esfera de la cofianza.

Además, obsérvese que la forma en que está confeccionado en su conjunto el referido artículo 1.837 del Código Civil supone una nueva dificultad interpretativa, ya que su parte segunda no es que consagre, imponga, defina o caracterice el beneficio de división, algo sin duda alguna grave porque entraría en clara contradicción con lo previsto en la primera parte del precepto, sino que se refiere al mismo de una manera mucho más sibilina, artera y, por ende, peligrosa.

En efecto, al establecer que el beneficio de división (obsérvese que no habla de la división de la deuda sino que utiliza la expresión que histórica, dogmática y comparativamente no cabe referir más que al instituto adrianeo del *beneficium divisionis*) «cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal», puede generarse razonablemente la siguiente duda:

Si cesa es porque antes existía, y si antes existía su recepción no ha podido tener lugar más que en la primera parte del precepto, único artículo de la normativa de la fianza que contempla el fenómeno divisorio. Esto es, cuando el primer párrafo del artículo 1.837 establece que en el caso de ser varios los fiadores su obligación se *divide* entre todos, semejante división debería ser precisamente la que reconoce el beneficio de dicho nombre, y mediante ella, precisamente, tendría lugar el establecimiento de ese mecanismo favorecedor de los fiadores que perderían cuando se produjeran algunos de los eventos que determinan la pérdida, a su vez, del *beneficium excussionis*.

En consecuencia, la división a que alude el párrafo inicial del artículo 1.837 del Código Civil no sería la división automática que operaría aquí por

simple aplicación del principio de mancomunidad consagrado por el artículo 1.137 *eiusdem* en el campo de las relaciones obligatorias (¿para que haría falta repetirlo en este lugar si no se produce modificación alguna del mismo?), sino otra clase de división, la división opcional, facultativa, que se produce cuando alguien la pide y que encontraría instrumentación adecuada a través del clásico y conocido beneficio de división.

De la misma manera, cuando la norma continúa diciendo que «el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer», la construcción sigue teniendo, aparentemente al menos, cierta lógica, porque operada la división por el ejercicio del *beneficium divisionis* es por lo que el acreedor, que *ab initio* podía reclamar el débito entero a cualquiera de los fiadores, ahora sólo puede dirigirse contra el mismo por la parte que le esté asignada.

Y, en fin, al hacer la salvedad última de que semejante cosa no ocurrirá cuando «se haya estipulado expresamente la solidaridad», parece incidirse en la misma línea, ya que semejante referencia no tiene mayor sentido en el plano general de la división automática de la deuda, en cuanto va ínsita en la misma (art. 1.137, CC) y forma parte de la *fattispecie* misma de la figura (existe la mancomunidad siempre que la obligación no se haya constituido *ex lege* o *ex voluntate* como solidaria), y, en cambio, cobra superior relevancia si se la contempla como supuesto de exclusión del beneficio divisorio: la solidaridad pactada impide que se produzcan los efectos propios del beneficio en cuestión.

Los ingredientes para la polémica, en consecuencia, están dispuestos, por lo que no debe causar extrañeza que los civilistas españoles no se pongan de acuerdo a la hora de configurar el mecanismo establecido en el artículo 1.837 del Código Civil. ¿Mancomunidad o solidaridad? ¿Presencia o no del beneficio de división? ¿Operatividad o no de éste en el caso de no haberse estipulado expresamente la solidaridad?

Albaladejo romperá el fuego considerando que el artículo 1.837 del Código Civil «resulta insólito» a tenor de los principios de nuestro Derecho, porque las pautas establecidas en el mismo suponen «tanto como permitir al acreedor obtener de un deudor mancomunado el pago de su parte y la de los otros deudores mancomunados insolventes» (46). Algo, a no dudar, verdaderamente llamativo si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento civil éste es precisamente uno de los puntos clave a la hora de diferenciar el régimen de las obligaciones mancomunadas del de las solidarias: en las primeras la insolvencia de uno de los codeudores la soporta el acreedor (art. 1.139, CC), mientras en las segundas esa misma insolvencia debe ser asumida a prorrata por los restantes obligados (art. 1.145, CC).

(46) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, Barcelona, 1982, p. 445.

Semejante anomalía ya había sido advertida por MUCIUS SCAEVOLA al señalar que por más que el Código Civil había adoptado el criterio de la presunción de solidaridad desde el principio hasta el fin, sin necesidad, por tanto, de que el fiador precise alegar la división para reputarla hecha, respondiendo cada uno tan sólo por su parte civil, al llegar al supuesto de la insolvencia de alguno de los cofiadores, se refiere a lo previsto para el beneficio de excusión. Solución que al comentarista no le parece, empero, excesivamente criticable, pues si bien el Código Civil pudo ceñirse de manera estricta al principio de mancomunidad del artículo 1.137, ha de advertirse que dicho principio «no debe tomarse con la predilección que erróneamente se tomaba en otros tiempos», aparte de que el mismo «resulta en pugna con la realidad de los contratos en que intervienen varios responsables de la deuda, pues si el acreedor pide varios fiadores, los requiere para que le respondan solidariamente» (47).

También MANZANERO SECADER resalta la incongruencia que supone en un sistema como el español hacer recaer la insolvencia de un cofiador en los restantes solventes, pues si ello resulta normal en los ordenamientos que establecen la vinculación solidaria de los cofiadores, no lo es cuando se parte del criterio contrario de la afección mancomunada de los mismos, por lo que «parece claro que la norma del artículo 1.837, 2.º no tiene ningún sentido en un Código como el nuestro, que parte del principio de división de derecho de la deuda entre los distintos cofiadores, de acuerdo con los artículos 1.137 y 1.138» (48).

ALVENTOSA DEL RÍO, por su parte, estima que cuando varios fiadores afianzan de manera conjunta a un mismo deudor y por una misma deuda se establece, de acuerdo al párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil, como estructura interna la mancomunidad, por más que dicha afirmación de carácter general deba matizarse, «pues en la fianza la mancomunidad no produce la totalidad de efectos, sobre todo cuando se plantea alguno de los supuestos señalados en el párrafo segundo del citado artículo» (49).

Pero, quizá, ha sido GUILARTE ZAPATERO quien mejor ha resaltado el juego equívoco que plasma el artículo 1.837 del Código Civil y las paradojas que el mismo es susceptible de deparar. Para dicho civilista parece claro que si en la primera parte del precepto se establece *ex lege* la división de la deuda, sin necesidad de que sea invocada por el fiador, es porque se ha sancionado una responsabilidad mancomunada simple que por sí misma implica aquella división; por lo que no se precisa del juego de ningún beneficio que, por su

(47) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*. XXVIII. Madrid, 1953, pp. 610-611

(48) MANZANARES SECADES, «La cofianza. Análisis de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, p. 753.

(49) ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza. Ambito de responsabilidad*. Granada, 1988, p. 209

naturaleza misma, debe presuponer la existencia de una situación de solidaridad que se atenúa al entrar él en acción, algo que debe conducir a la consideración de que resulta «impropio hablar de beneficio de división si no se ha partido del presupuesto de la solidaridad de los cofiadores».

No debe extrañar, en consecuencia, que a GUILARTE ZAPATERO la fórmula del artículo 1.837 le resulte incongruente, ya que la armonización de las dos partes que lo integran presenta grave dificultad. Ciertamente podrá discutirse qué tipo de responsabilidad se ajusta mejor a la idea de la cofianza, pero para él resulta claro que proclamada la responsabilidad simple de cada fiador, su conversión legal en solidaria en determinados supuestos encuentra difícil justificación y responde a una técnica defectuosa. «Si se juzgó —escribe— que el mantenimiento de una responsabilidad simple del cofiador en todos los casos armonizaba mal con el principio de evitar perjuicios al acreedor, lo que es discutible, debió acudirse a una solución distinta y no a la de sancionar la responsabilidad simple del cofiador cuando menos precisa de ella y derogarla cuando puede resultarle de utilidad» (50).

En su día, MANRESA intentó una vía conciliatoria que, en alguna medida, permitiría el juego del beneficio de división, beneficio que supone «una gracia impuesta por la necesidad y por la lógica» y que responda, al igual que el de orden o de excusión, a la idea de evitar que los cofiadores fueran víctimas de aquellos en cuyo favor se habían obligado. Para el clásico, la obligación de los cofiadores no es solidaria, y por ello el artículo 1.837 del Código Civil determina claramente que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer; pero si a pesar de esta prohibición (*sic*) el acreedor reclama de un solo fiador el todo de la deuda, éste tiene el medio de evitarlo oponiendo el beneficio de división, beneficio que es, sin embargo, renunciable (51).

Por fin, más recientemente, DELGADO ECHEVERRÍA, partiendo de la base de que la contradicción entre el primer párrafo del artículo 1.837 y los demás preceptos que se ocupan de la cofianza es «real, históricamente comprobada y lógicamente irresoluble», por lo que ningún propósito de armonización puede llegar a resultados plenamente satisfactorios, intenta superar el *impasse* mediante el reconocimiento de la especificidad de la cofianza, en lugar de pretender subsumirla en los regímenes genéricos de la mancomunidad y la solidaridad de deudores tal como se presentan en nuestro Código. En su opinión, el esquema sería el siguiente: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda y no habiendo pactado nada en contrario, a cada uno de ellos sólo puede reclamarse una parte alícuota del total, salvo que se den ciertos hechos que habrá de probar el acreedor; en cuyo caso

(50) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XXIII, *op. cit.*, pp. 185-186

(51) MANRESA, *Comentarios*, XII, *op. cit.*, pp. 286-287.

a cada uno de ellos podrá exigirse, además, que contribuya por la parte del fiador o fiadores que se encuentren en aquellas condiciones».

Este esquema no se corresponde con el que es propio de las obligaciones mancomunadas *stricto iuris*, ya que en él las obligaciones no son independientes, sino que están de tal modo relacionadas entre sí que, prescindiendo de la voluntad de los cofiadores, y por hechos externos y posteriores al negocio de constitución, puede verse compelido cualquiera de ellos a pagar en todo o en parte la cuota de sus compañeros (52).

¿*Quid iuris*? Lo primero que debe resaltarse es el poco rigor del codificador español a la hora de plasmar legalmente la materia que nos ocupa, según hemos comentado con anterioridad. Ciertamente los dos párrafos del artículo 1.837 tienen fuentes diferentes, responden a sistemas contrapuestos en orden a la presencia y operatividad en la cofianza del beneficio de división, y plantean una notable dificultad en orden a su engarce o armonización. Pero, ¿quiere decir ello que debe renunciarse a la misma y reconducir lisa y llanamente el régimen sancionado en dicho precepto al sistema establecido en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil en relación a la mancomunidad? No me parece que la entidad de la dificultad advertida deba conducir necesariamente a eludir el problema mediante su traslado al régimen general, aunque sólo fuera, como antes decíamos, por la simple circunstancia de que si así ocurriera no habría hecho falta repetir en sede de pluralidad de fiadores lo que ya está dispuesto genéricamente en relación a las obligaciones plurales.

El *beneficium divisionis* tiene un origen histórico preciso y determinado, responde a un propósito de protección de los fiadores y de facilitar a los acreedores la garantía personal plural (dato éste que con harta frecuencia se olvida) y parte de un apriori escueto e indiscutible: sólo tiene sentido en el supuesto de que los varios fiadores hayan quedado vinculados *in solidum*, como medio, precisamente, de evitar las severas consecuencias de este tipo de afección obligacional.

En nuestra historia jurídico-civil el tratamiento de la materia había sido lineal y constante, salvo el inciso representado por la Novísima Recopilación, aunque con la advertencia respecto a la misma de que el régimen de división *ipso iure* que establece no lo sanciona específicamente en relación a la cofianza, sino genéricamente respecto a toda obligación en que aparezca una pluralidad de deudores («se entienda ser obligados cada uno por la mitad»). Algo que, ciertamente, no elude trasladar dicho criterio al ámbito de los varios fiadores, pero que, sin embargo, permite contemplar la situación con menos rigor y exigencia que cuando tal pauta resulta expresamente impuesta (al menos en apariencia) en dicho campo.

(52) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, op. cit., pp 539-540.

En el Código Civil las cosas ocurren de otra manera, pues si bien es innegable que el régimen genérico establecido en el mismo para las obligaciones con pluralidad de sujetos es el de la mancomunidad, reservando a la ley o al pacto la existencia de situaciones de solidaridad, no lo es menos que en el artículo 1.837 se recoge, *expressis verbis*, el beneficio de división en la cofianza y que los restantes preceptos del Código relativos a la figura (artículos 1.844 y 1.845) tienen clara la idea de que la vinculación de los varios fiadores es de tipo solidaria y no mancomunada.

¿Habrá que prescindir de tales hechos por la simple circunstancia de que la primera parte del artículo 1.837 hable de que la deuda «se divide entre todos», o deberá prescindirse de la textualidad de semejante expresión para intentar la formulación de una interpretación correctora que devuelva las cosas a su lugar natural y evite situaciones de contradicción y antítesis? Pensamos que ésta debe ser la vía y que a su tránsito no se oponen obstáculos insuperables emanados de la dicción misma del precepto en cuestión.

Es muy fuerte sostener que todo el bloque histórico normativo que representan los artículos 1.844, 1.845, 1.850 y el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil entra en quiebra y queda marginado por el solo hecho de que el codificador no haya sido demasiado cuidadoso a la hora de redactar la parte primera de este último precepto. Como lo es también considerar que en el supuesto único y unitario de que varias personas se hayan comprometido conjuntamente como fiadoras de una misma obligación resulten vinculadas frente al acreedor de manera mancomunada e internamente en forma solidaria, máxime cuando lo primero de ese *status* tampoco es tan claro como se pretende desde el momento en que se puede perder con independencia de la voluntad de los obligados.

Ciertamente, si se analiza sin prejuicios el precepto y se prescinde, incluso, de las fuentes concretas de las distintas partes del mismo, ya que este dato histórico sólo tendrá relevancia en la medida que no resulte superado por el sentido lógico-sistemático de la norma, no se acaba de ver cómo puede afirmarse de manera enfática, tal como hacen GUILARTE ZAPATERO y tantos otros civilistas hispanos, que en el artículo 1.837 se establece un claro supuesto de responsabilidad mancomunada simple que por sí misma implica la división de la deuda sin necesidad de invocar beneficio alguno; planteamiento que entraña una cierta petición de principio, porque no se trata de que la división de la deuda entre los fiadores venga dada por el hecho de que estemos frente a un supuesto de mancomunidad, sino de que éste tiene lugar precisamente porque la ley ha impuesto la vinculación *pro parte* de aquéllos.

Ahora bien, aún prescindiendo de que semejante tipo de afección obligatoria en relación a los varios fiadores de una misma deuda no haría falta establecerla, al ser el régimen general español en materia de obligaciones plurales (lo que haría falta establecer específicamente son los distintos casos

excepcionales de solidaridad, algo que ya nos debe dar una pista respecto a la existencia del artículo 1.837), la realidad es que en este precepto sus dos partes hablan del fraccionamiento de la deuda garantizada, la primera mediante la referencia sin más a la división de la misma, la segunda mediante la mención concreta del beneficio de división. ¿Permite ello considerar que estamos ante dos ámbitos diferentes y que una y otra división no son una única y misma cosa? Pienso que no.

¿Qué habría ocurrido si el párrafo segundo del artículo 1.837 en lugar de iniciarse con las palabras «el beneficio de división» hubiese empezado diciendo «este» o «dicho beneficio de división»? Pues probablemente que el problema se habría esfumado de la doctrina española y los autores habrían visto en todo el artículo 1.837 del Código Civil el establecimiento y la actuación del clásico *beneficium divisionis*.

Y, en realidad, eso es lo que ocurre. Cuando el codificador español introduce en el párrafo segundo del artículo 1.837 la mención del beneficio de división, diga lo que diga el párrafo primero y resulte lo que resulte de su estricta literalidad, todo entra a girar en torno al mismo, porque resulta claro que lo que está consagrado es que en nuestro ordenamiento civil subsiste el clásico beneficio divisorio, aunque sólo fuera porque resultaría absurdo contemplar los casos en que cesa si previamente no se ha establecido de manera genérica.

En consecuencia, la división de la deuda a que se refiere la primera parte del precepto no es la división automática o *ex lege*, sino la que resulta cuando se ha opuesto el beneficio de división; la limitación del acreedor de tener que reclamar a cada fiador la parte que le corresponda sólo surge cuando el mismo se haya acogido a la protección que aquél depara, y la referencia a la estipulación expresa de la solidaridad no puede tener otro sentido y entendido que el de renuncia al mecanismo divisorio. No se trataría, pues, que, según pretende GUILARTE ZAPATERO, resulte absurdo, injustificado y de defectuosa técnica, hacer referencia en el párrafo segundo del artículo 1.837 a la cesación de un beneficio, al que no se ha aludido en el apartado primero, sino más bien que la división recogida en esta parte del precepto es precisamente la que resulta del juego del beneficio. De esta manera el conjunto cobra armonía, se evitan las distorsiones, se facilita su encaje con las otras normas de la fianza plural, se brinda al beneficio de división el campo que histórica y conceptualmente le es propio y se somete la norma a las exigencias herméuticas que consagra entre nosotros el nuevo artículo 3.º, 1 del Código Civil.

El beneficio de división está establecido sin duda alguna en el sistema civil español, ya que en otro caso sería de todo punto absurdo que en el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil se haga referencia a las hipótesis que determinan su desaparición; ahora bien, lo que no tiene sentido es admitir su existencia y extinción, y negarle operatividad allí precisamente

donde puede tener plasmación: a la hora en que el acreedor pretenda cobrar de uno de los fiadores el total de la deuda asegurada.

En consecuencia, el «se divide» de la primera parte de dicho precepto hay que entenderlo como el efecto que se produce, no *munisterio legis*, sino por obra del ejercicio con éxito del beneficio de división, ya que, de otra manera, tendríamos en una sola norma y para una misma hipótesis dos tipos de división: la mecánica y la producida a voluntad del demandado.

Claro que también se podría intentar darle la vuelta al razonamiento. Esto es, como el precepto habla primero de una supuesta división *ex lege*, la referencia posterior al beneficio de división habría que entenderla como subsumible en la figura inicial, con lo que, en definitiva, ni siquiera existiría entre nosotros el tradicional recurso divisorio. La explicación, aparte de que supondría la ignorancia de una expresa y tajante referencia legal que habla de «beneficio de división», es tan peregrina (¿cómo renunciar, por ejemplo, a un efecto legal automático?). Incoherente y extravagante que no precisa de mayor esfuerzo ni argumentación para su rechazo.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

La subrogación real en las hipotecas y en el embargo

SUMARIO. I INTRODUCCION.—II. LA HIPOTECA INMOBILIARIA: A. CASOS EN QUE SE EXTINGUE LA HIPOTECA Y NO HAY SUBROGACIÓN REAL. B. SUPUESTOS EN QUE HAY SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA. a) *La extensión de la hipoteca a las indemnizaciones:* 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Evolución legislativa 3 Indemnizaciones procedentes de seguros, de expropiaciones y actos dañosos y culpables de un tercero b) *El sobrante del remate.* c) *El supuesto del artículo 127.2º, inciso final.* C SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN REAL PERFECTA: a) *En el urbanismo: reparcelaciones y sistema de compensación.* b) *En la concentración parcelaria* c) *En las permutas forzosas* d) *En la reconstrucción de la finca asegurada* —III LA HIPOTECA MOBILIARIA A. CASOS EN QUE NO JUEGA LA SUBROGACIÓN REAL B SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA EN LA HIPOTECA MOBILIARIA: a) *Su extensión a las indemnizaciones.* b) *La extensión de la hipoteca del establecimiento mercantil a las mercaderías y materias primas.* c) *La extensión del sobrante* —IV. LA SUBROGACION REAL Y EL EMBARGO: A. EN CASO DE DESTRUCCIÓN DEL BIEN EMBARGADO. B LA DECISIÓN DE SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA A FAVOR DEL EMBARGANTE POR EL SOBRANTE.

I. INTRODUCCION

Este artículo constituye uno de los capítulos de un libro que tengo muy avanzado, *La subrogación real en el Derecho común español*, en el curso del cual expongo mi teoría sobre esta figura. Creo que facilitará la lectura de este capítulo o monografía el concepto que construyo y doy de la subrogación real en el libro desde un doble punto de vista: 1) la figura jurídica creada para conservar un bien inmediatamente a través de otro como objeto sucesivo del mismo derecho subjetivo o mediatamente como objeto de otro derecho subjetivo al que sustituye en el mismo destino o afectación. En esta definición se distinguen las dos clases o modalidades de la subrogación real, la perfecta, inmobiliaria o moderna por la cual un derecho subjetivo sobrevive a pesar del cambio de objeto, de finca, de parcela y que tiene manifestaciones muy ela-

boradas en el urbanismo, concretamente en la reparcelación y en el sistema de compensación y la imperfecta, tradicional o clásica (1) en que el derecho subjetivo cambia de titular y con él su objeto, quedando integrado en el mismo destino o afectación que el de procedencia, la cual tuvo su expresión en la «universitas» y hoy la tiene en los patrimonios separados, como los existentes en nuestro régimen de gananciales con sus patrimonios privativos de cada cónyuge y ganancial de ambos y también en derechos aislados; v.g., la hipoteca en caso de destrucción de la finca asegurada.

2) Esta tipificación funcional de la subrogación real puede completarse con la definición por las notas o requisitos para su nacimiento: La subrogación real es la decisión legal o negocial ante una fluctuación de conservar el contravalor en el mismo derecho subjetivo o su destino o su afectación en otro. Los requisitos de la subrogación real desde la importante aportación de LAURIOL (2) son: La fluctuación patrimonial que implica salida en el patrimonio de un derecho subjetivo y entrada de otro o el reemplazo de un objeto por otro en el mismo derecho y el contravalor que se desdobra en dos elementos: la procedencia, que exige que la entrada y salida en el patrimonio de los derechos sean corresponsivas o que en el reemplazo haya correlatividad entre el antiguo y el nuevo bien y la equivalencia, que, aunque no es rigurosamente requerida, sí exige, al menos, que no sea inicua o desproporcionada.

Por último, la decisión, es decir, que la ley, el testamento o el contrato la establezcan, estos dos últimos cuando no contravengan una ley imperativa, ley imperativa que otra ley puede excepcionar. La decisión de subrogación real es superflua, cuando no hay un patrimonio separado o un derecho singular con un destino especial que deba ocupar el puesto del derecho o del bien salido o desaparecido, porque el ingreso en el patrimonio general se realiza como bien futuro, conforme dispone el artículo 1.911 del Código Civil.

En esta monografía examinaré los supuestos de extinción de la hipoteca inmobiliaria, mobiliaria y el embargo, para ver en cuáles hay subrogación real, si ésta es perfecta o imperfecta y o si no la hay.

El problema que estudiaré con más detenimiento o en el que pretendemos hacer alguna aportación es el de la naturaleza jurídica de la extensión de la

(1) La subrogación real imperfecta a que me refiero, no tiene ninguna relación con la subrogación real imperfecta construida por un sector de la doctrina francesa para explicar las últimas reformas del *Côde* en materia de deuda de valor y que expongo y critico en otro capítulo de este libro, titulado «Deuda de valor y subrogación real imperfecta», pendiente de publicación en *Anuario de Derecho Civil*.

(2) *La subrogation réelle* Librairie du Recueil Sirey, París, 1954 «La fluctuación», págs. 83 y sigs. del T.I. Contravalor, págs. 239 y sigs. del T.I «La decisión», págs. 41 y sigs. del T.II. RANOUIL, *La subrogation réelle en Droit Civil française*. L.G. de D. et J., París, 1985, quien sólo se ocupa específicamente del reemplazo de bienes o fluctuación, págs. 147 y sigs., y del contravalor en sus dos elementos la procedencia, págs. 171 y sigs., y la equivalencia, págs. 195 y sigs.

hipoteca en caso de destrucción o expropiación de la finca objeto del derecho hipotecado, ya que las explicaciones doctrinales no nos satisfacen, ni las de aquéllos que excluyen la subrogación real ni las de quienes quieren encuadrarla en una forzada, por contrariar la técnica jurídica, de una subrogación real perfecta.

II. LA SUBROGACION REAL EN LA HIPOTECA INMOBILIARIA

A. CASOS EN QUE SE EXTINGUE LA HIPOTECA Y NO JUEGA LA SUBROGACIÓN REAL

En la hipoteca la subrogación real no juega, al menos, en estos supuestos. Es claro que en los casos de pago del crédito hipotecario la hipoteca se extingue en razón de su función accesoria y la extinción de un derecho subjetivo es la antítesis de su conservación o sobrevivencia, esencia de la subrogación real perfecta y porque no hay fluctuación en el patrimonio del deudor, ya que sale del mismo el dinero para el pago del crédito hipotecario, pero no ingresa por esta causa nada en él, sólo disminuye el pasivo del deudor y faltando este requisito de la fluctuación no puede operar la subrogación real perfecta ni la imperfecta.

Al pago del crédito hipotecario por el deudor hay que equiparar, a efectos de excluir la subrogación real tanto perfecta como imperfecta, los siguientes supuestos: 1.º El pago por el dueño de la finca hipotecada no deudor, sea tercer poseedor o fiador (art. 126, párr. 2.º y 131.5.º párrafo primero de la Ley Hipotecaria), que extingue también la hipoteca por confusión al jugar el artículo 1.212 del Código Civil, ya que no cabe la subrogación del hipotecante, fiador real o del tercer poseedor, porque como dueño de la finca hipotecada la hipoteca se extingue, no por confusión, sino por el principio *neminem res sua servit*, no cabe en nuestro Derecho civil la hipoteca sobre cosa propia aunque, hay subrogación personal en el crédito solamente (arts. 1.210.3.º y 1.839 y 1.212 del Código Civil). Un supuesto especial, es el caso de venta de finca hipotecada, si no hubo asunción deuda, pero sí hubo retención o descuento del precio y el vendedor paga la obligación garantizada con la hipoteca, que quedará subrogado en el lugar del acreedor, en este caso en el crédito y la hipoteca conforme prevé el artículo 118 de la Ley Hipotecaria no existiendo subrogación real, aunque sí personal (art. 1.210.3 en relación con el 1.212) pues el vendedor ocupa el puesto dejado por el acreedor, el lado activo de la relación, de acuerdo con la teoría de BUCCISANO (3).

(3) *La surrogazione per pagamento*. Giuffrè, Milano, 1958, pág. 39 y sigs

2.º El pago del crédito hipotecario por el titular de algún derecho real sobre la finca constituido con posterioridad a la hipoteca, que prevé el artículo 131.5.^a, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria (4) en cuyo caso, aunque la hipoteca subsiste y hay subrogación en el crédito hipotecario no hay subrogación real, porque cambia el titular y no hay, por tanto, conservación de la hipoteca, sino adquisición de la misma por subrogación personal, por ocupación del puesto del acreedor por el titular del derecho real que paga el crédito garantizado, conforme al artículo 1.210.3.º en relación con el 1.212 del Código Civil.

3.º La dación o adjudicación en pago contemplada en el artículo 131.10.^a y 11.º de la Ley Hipotecaria y 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que extinguen el crédito hipotecario.

4.º Tampoco hay subrogación real en las hipótesis de los artículos 127, párrafo segundo, inciso primero, en relación con el 135, párrafo segundo, y la regla 8.ª del 131, todos de la Ley Hipotecaria, porque subsisten las hipotecas sin cambio de sujeto activo, de derecho subjetivo ni de objeto, sólo cambia el sujeto pasivo, pero no hay fluctuación en el derecho real de hipoteca ni en su objeto.

5.º En el caso del pago del crédito hipotecario con el precio del remate que extingue la hipoteca y el crédito (art. 131.16.^a y 17.^a de la Ley Hipotecaria) y no hay subrogación real, si el precio del remate es igual o inferior al crédito ejecutado, pero si es superior hay otros acreedores no preferentes, el exceso recibe el mismo tratamiento que las indemnizaciones por destrucción o expropiación referidas en los artículos 109 y 110.2.º de la Ley Hipotecaria, habiendo subrogación real imperfecta, como veremos más adelante al estudiar estos supuestos.

Los supuestos 1.º, 3.º y 5.º en que no hay sobrante o si lo hay no hay acreedores preferentes, antes referidos, son consustanciales al derecho real de hipoteca, integran, su estatuto jurídico por el cual «sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» (arts. 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria) y en estos supuestos la obligación se cumple por el pago o por subrogado de él, como es la dación en pago, cumpliendo su función la hipoteca y extinguiéndose por ejercitarse su derecho.

En el supuesto 2.º, la hipoteca subsiste, pero en un titular distinto del acreedor primitivo, cuyo crédito se extinguió, y por tanto, nada se conserva y ningún papel desempeña la subrogación real. En el supuesto 4.º todo sigue inalterado, no hubo fluctuación y no puede haber subrogación real.

(4) El RH en su artículo 225 contempla y amplía a otros titulares que hubiesen pospuesto su rango a la hipoteca del actor o a los de anotaciones posteriores a la inscripción de dicha hipoteca

Como nota común, en ninguno de los casos citados no hay decisión legal ni negocial ni poniendo la subrogación real.

B. SUPUESTOS EN QUE PUEDE HABER SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA

a) *La extensión de la hipoteca a las indemnizaciones*

Casos de subrogación real según la doctrina (5) son los de los artículos 109 y 110.2.º de la Ley Hipotecaria en cuanto a las indemnizaciones por destrucción o expropiación de la finca hipotecada a las que extiende la hipoteca y si el siniestro o expropiación o acto ilícito ocurren antes del vencimiento se depositarían o consignarían.

1. Planteamiento de la cuestión (6)

En caso de destrucción de la finca hipotecada, el derecho subjetivo y real del acreedor hipotecario se extingue por la pérdida de su objeto, si no hay un seguro que indemnice al propietario el daño sufrido o un responsable solvente que esté obligado a resarcir el daño, no se plantea ninguna cuestión de subrogación real y el acreedor hipotecario deviene en un acreedor escriturario que

(5) Casos estudiados como de s.r.p. por LAURIOL, *La subrogation réelle*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1954, vol. II, págs. 393 y sigs. RIVES, «La subrogation réelle a titre particulier et propriété immobilière», *Revue Trimestrielle de Droit civil* de octubre-diciembre de 1968, págs. 621 y 636, y ROCA SASTRE, *Subrogación real RDP* de abril de 1949, págs. 303 y sigs., y especialmente en su Derecho hipotecario. Bosch, Barcelona, 1968, T. IV, vol. 2.º, págs. 488 y sigs., en el que pone de relieve las dificultades que plantea en estos supuestos la destrucción o expropiación de la finca y su reemplazo o sustitución por una indemnización para que la situación o relación jurídica afectante a una cosa o elemento patrimonial subsista, en este caso, sobre el bien reemplazado. Dice que la hipoteca no puede subsistir porque se extingue *ex peremptione rei*, ni que se subroge en la indemnización o en el crédito, que son bienes muebles y propone como remedio, ver un derecho de prenda sobre el crédito indemnizatorio (*pignus nominis*) mientras está pendiente de cobro la indemnización y una prenda de dinero (prenda irregular) una vez hecha efectiva. También resalta, el ilustre jurista, que hay un parentesco entre la indemnización y la realización del valor dinerario de la finca en caso de ejecución. Nosotros, de acuerdo con nuestra postura y como explicaremos en el texto, no admitimos la s.r.p. para explicar esta extensión, pero sí la imperfecta, ya que el derecho de crédito a la indemnización tiene el mismo destino o afectación que la hipoteca, este derecho subjetivo es sustituido por el derecho a la indemnización. También se ocupa de esta cuestión MARÍN PADILLA en una de las cuatro monografías sobre la s.r., en la titulada: «El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y de goce», en *RCDI*, págs. 1149 y sigs.

(6) El planteamiento histórico de la cuestión, con referencia principalmente al Derecho francés, puede verse en MARÍN PADILLA, ob. y lugar cit.

podrá cobrar su crédito embargando otros bienes del patrimonio del deudor y si éste es insolvente, en principio, no podrá cobrar su crédito, sólo si mejora la situación económica del deudor podrá cobrar, como acreedor escriturario sobre los bienes futuros.

Ahora bien, si la finca hipotecada está asegurada contra el daño que le causó la ruina o hay un tercero solvente y responsable de él, se plantea la subrogación real, es decir, que la indemnización sustituya a la hipoteca en beneficio del acreedor hipotecario, pues no se duda que el dueño de la finca tiene derecho a la indemnización, la cuestión que se plantea es la de si ese derecho lo comparte o no con el titular de la hipoteca. Si lo comparte, en los mismos términos que lo compartiría sobre la finca hipotecada, en cuyo caso hay una sustitución en el destino de la indemnización por la finca. Si al extinguirse la hipoteca, la indemnización la recibe solamente el dueño de la finca, el acreedor hipotecario podría cobrar su crédito como un acreedor escriturario, embargando los bienes del patrimonio del deudor, entre ellos la indemnización, pero sin la preferencia que tenía sobre la finca.

En pro de la primera tesis se alega la subrogación real porque la indemnización representa al inmueble y es consecuencia de la obligación de conservar la cosa hipotecada y porque en caso contrario se equipararían acreedor hipotecario y acreedores escriturarios, beneficiándose éstos a costa de aquél, y de la última, que la hipoteca no puede extenderse a las indemnizaciones, porque no es viable una hipoteca cuyo objeto sea dinero o un crédito, eso no es una hipoteca y porque la indemnización del seguro representa a las primas de quien trae causa y, además, éstas disminuyen el patrimonio del deudor que es la garantía de los acreedores quirografarios y escriturarios.

Nosotros creemos más digno de tutela el interés del ex acreedor hipotecario percibiendo la indemnización con carácter exclusivo, que compartiéndolo con los acreedores quirografarios y escriturarios, pero no construimos la s.r. como una subrogación real perfecta sino imperfecta, en estos supuestos, aunque en los casos de reparcelación, sistema de compensación y algún otro, puede operar una subrogación real perfecta o una subrogación real imperfecta.

2. Regulación legal de la extensión de la hipoteca

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861: «Que (entre) las cosas a las que la hipoteca puede extenderse... se encuentran las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario: de ellas puede decirse que reemplazan a la cosa hipotecada...»

Su artículo 110 disponía: «La hipoteca se extiende... al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de

los bienes hipotecados», y el 111 decía: «Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca...»

5.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseguración de éstos o de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca. o bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública».

El artículo 95 del RH regulaba «las indemnizaciones (la del núm. 5 del art. 111 de la Ley) si se hicieren efectivas antes del vencimiento de la deuda hipotecaria, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, si no se convinieren, en el establecimiento público que designare el juez o Tribunal, hasta que la obligación se cancele» (7).

El artículo 1.877 se refirió también a la extensión de la hipoteca en estos términos: «La hipoteca se extiende... al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las limitaciones, ampliaciones y declaraciones establecidas por la Ley...»

La Ley Hipotecaria de 16-12-1909 reproduce el artículo 110 de la de 1861 y recogió el número 5 del artículo 111 de esta Ley en el número 2, en el que únicamente suprimía la extensión de la hipoteca a la indemnización por la aseguración de sus frutos. El artículo 186 del RH aprobado por Ley de 6-8-1915, reguló las indemnizaciones referidas en el número 2 del artículo 111 en el supuesto de que se hicieran efectivas «antes del vencimiento de la deuda hipotecaria (que) se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, y si no se convinieren, se consignarán en la forma establecida por el artículo 1.176 y sigs. del Código Civil».

La Ley Hipotecaria de 8-2-1946 reforma los artículos 110 y 111.2.º El 110 es ahora el 109 y de él modifica el inciso final en el sentido de extender la hipoteca a todas las indemnizaciones «debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados» y no sólo «a las concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados» y que comprende no sólo las derivadas de expropiación por causa de utilidad pública, que ya contemplaba el número 5 del artículo 111 de la Ley de 1861 y después el número 2 del 111 de la Ley de 1909, sino a todas las indemnizaciones, incluidos los derivados del daño causado por culpa civil o penal de un tercero a las indemnizaciones por otro tipo de expropiación.

El 111.2.º es el 110.2.º de la Ley vigente y lo modifica, de un lado, de acuerdo con la reforma que introduce en el 109, disponiendo que «se enten-

(7) GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*. Cuarta edición corregida, aumentada y arreglada al Código Civil, tomo III. Reimpreso en 1903, págs. 214 y sigs., critican en las págs. 227 y sigs., la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones por los frutos perdidos en los años intermedios.

derán hipotecadas juntamente con la finca...» (8). «Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles por razón de éstos» (y no por la aseguración de éstos, como decía el precepto anterior) «siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y...» (agregando la palabra hecho para comprender los actos ilícitos civiles o penales y el responsable o responsables deban resarcir el daño al propietario); y de otro, recoge el sentido del inciso final del artículo 186 del RH de 1915 y lo completa: «Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada, y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, o en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y sigs. del Código Civil». Se trata de obligaciones legales, tanto la que impone la notificación como la que establece la consignación y estas obligaciones no puede crearlas un Reglamento, lo impide el artículo 1.090 del Código Civil, siendo otro acierto de la Ley vigente trasladarlas al artículo 110.2.º

En lo que no acierta la reforma de 1944 ni de 1946, es en seguir hablando de extender la hipoteca a las indemnizaciones, en vez de sustituir o reemplazar la hipoteca extinguida total o parcialmente por las indemnizaciones, lo que es el objeto principal de este artículo.

Los artículos 109 y 110.2.º se inspiran en el mismo principio que el de la extinción de la obligación de entregar cosa determinada «cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor», conforme dispone el artículo 1.182, desarrollado por el 1.186 que dice: «extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra los terceros por razón de ésta» y que para el supuesto de indemnizaciones por razón de un seguro de daños y respecto de acreedores privilegiados, el artículo 40 de la Ley 50 de 8 de octubre de 1980, de Contrato de Seguro, dispone: «El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados sobre los bienes especialmente afectos, se extenderá a las acciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados, pignorados o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio...». Esta Ley prevé en su artículo 42 la reconstrucción de la finca hipotecada (de las cosas siniestradas) con la indemnización y exige para su pago que el asegurado y los acreedores se pongan «de acuerdo sobre las garantías con las que aquéllas han de quedar afectadas a la reconstrucción». Y si no hay acuerdo, dispone el artículo 42 por remisión al 40, que se depositará su importe en la

(8) No debiera decir *juntamente con la finca* porque como bienes futuros no pueden hipotecarse, pero de esto me ocupo más adelante en el texto

forma que convengan los interesados y a falta de convenio, de acuerdo con los artículos 1.176 y sigs. del Código Civil. El artículo 109 de la Ley Hipotecaria extiende la hipoteca «al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados», y el número 2 del siguiente, dice que «se entenderán hipotecadas juntamente con la finca» dichas indemnizaciones. La lectura gramatical de ambos preceptos evidencia el desconcierto del legislador en el tratamiento jurídico de este problema: el 109 extiende la hipoteca a las indemnizaciones, lo que tendrá lugar cuando surja el derecho a las mismas por el siniestro o la expropiación, lo mismo que ocurrirá con las mejoras, que la hipoteca se extenderá cuando se hagan, pero en éstas la accesión lo explica y en aquéllas la hipoteca de un crédito, no se entiende (como ya anticipamos) y en el artículo 110.2 aun es menos inteligible la redacción, la traducción de la realidad, pues entender hipotecados juntamente con la finca el lado activo, del crédito, de una obligación condicional y futura, es admitir algo más que una hipoteca sobre un crédito, ya que conlleva un doble vicio en el objeto: pues, de un lado, el crédito no puede ser objeto de una hipoteca, ni aún mobiliaria, y de otro no hay objeto al constituirse la hipoteca pues el crédito no existe. Por tanto, ver en estos artículos un supuesto de subrogación real perfecta no es aceptable, pues esa técnica, esa subrogación real perfecta no puede presentar la hipoteca como el mismo derecho real inmobiliario y cuando después de destruido o expropiado su objeto es un crédito con la misma afección que la hipoteca, y la decisión de subrogación real contenida en los artículos 109 y 110.2 es de subrogación real imperfecta o clásica y si bien esta decisión de subrogación real imperfecta es legal (también puede ser convencional y en un principio así lo fue). En este sentido deben ser entendidos los preceptos hipotecarios que comentamos, teniendo nuestra postura su apoyo en el aspecto negativo en lo que he dicho y en el positivo en la interpretación legal o auténtica del artículo 40 de la Ley de contrato de seguro.

El artículo 1.186 atribuye al acreedor todas las acciones que el deudor tuviese contra los terceros por razón de la destrucción o pérdida de la cosa debida; ahora bien, el acreedor puede ser de dominio (9), hipotecario, pignoraticio, ya pueden concurrir dos o más respecto del mismo derecho sobre la indemnización que tenía sobre el inmueble hipotecario y esta norma, la del artículo 1.186, está desarrollada, no con carácter general, para todos los supuestos de indemnización de responsabilidad de los terceros, por causa de pérdida de la casa, sino para un caso, el más frecuente de responsabilidad, el del contrato y respecto de los acreedores privilegiados, de seguro de daños,

(9) El acreedor de cosa cierta y determinada es un acreedor de dominio, porque no es propietario, falta de tradición (arts 1.095 del Código Civil) que es uno de los supuestos del artículo 1.186.

cuyo artículo 40 dispone la misma preferencia para los acreedores hipotecarios, sobre la indemnización, claro es, una vez extinguida la hipoteca por destrucción de la finca, que la que tenían sobre el derecho, cuyo objeto es el bien hipotecado, mediante la realización de su valor, mediante el ejercicio del *ius distrahendi*, preferencia que conservan a través del crédito a la indemnización, a la prestación del acreedor y no del derecho de hipoteca, que no puede sobrevivir sobre un crédito como objeto, aunque una lectura literal, no jurídica, de los artículos 109 y 110.2 puede llevar erróneamente a aceptar por imperio de la Ley una hipoteca sobre un crédito.

Queda claro que la lectura jurídica de los artículos 1.186 del Código Civil, 109 y 110.2 de la Ley Hipotecaria, y 40 de la Ley de contrato de seguro, llevan a una decisión de subrogación real imperfecta, es decir, de subrogación de la hipoteca en caso de destrucción física o jurídica de la finca por un derecho de crédito sobre la indemnización con las mismas preferencias. Voy a insistir en esta cuestión de la decisión de subrogación real imperfecta en supuestos que acabo de contemplar.

En los casos en que se extingue la hipoteca por destrucción o expropiación de la finca o por acto ilícito dañoso de un tercero, la subrogación real juega actuando sobre la indemnización, mas como dijimos, no puede plantearse la duda de si es el mismo derecho de hipoteca que ahora cambia su inmueble, como objeto, por dinero, o si es otro derecho el que ha sustituido al de hipoteca, si es un préstamo, un depósito, un crédito simplemente. Para nosotros se trata de un caso de subrogación real imperfecta, no de subrogación real perfecta. La existencia y prerrogativa o contenido del derecho de hipoteca son incompatibles con un objeto pecuniario. Esa irregularidad no es explicable técnicamente por vía de excepción, sino por vía de aniquilamiento del derecho y además es superflua esa construcción. En efecto, al inmueble se le sustituye, no por dinero, única forma de explicar el cambio de objeto en el derecho de hipoteca, sino por un crédito; el ex acreedor hipotecario es ahora acreedor de una suma de dinero o de parte de ella depositada en un establecimiento destinado al efecto. Lo que ha cambiado es el derecho del acreedor, ya que se ha extinguido la hipoteca por extinción de su objeto y con la misma afección ocupa su puesto en el patrimonio del hipotecante el nuevo derecho, que queda afecto al destino del antiguo por decisión legal, como hemos visto. El expropiante, la compañía de seguros, el responsable, el juez o el notario, de acuerdo con los artículos 110.2, 127, párrafo 2.º inciso final (131.16.ª de la Ley Hipotecaria, 236.K del RH y 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), depositarán el dinero en un establecimiento público destinado al efecto en la forma que convengan los interesados o se consignará judicialmente para que sea entregado al acreedor hipotecario, cuya hipoteca se extinguió por destrucción o expropiación al vencimiento del crédito del ahora ex acreedor hipotecario, que se ha convertido en un acreedor quirografario.

Habrá un contrato de depósito en el caso del artículo 110.2.  de la Ley Hipotecaria, cuando el acreedor que fue hipotecario y el deudor de la indemnización se ponen de acuerdo y el acreedor será ahora un acreedor que conserva, respecto de la indemnización, las mismas preferencias que cuando era hipotecario y esto por decisión de subrogación real imperfecta.

En los casos de consignación referidos en el artículo 110.2.  de la Ley Hipotecaria es necesario que la consignación se ajuste «estrictamente a las disposiciones que regulan el pago» (art. 1.177 del Código Civil) y como el crédito no ha vencido aún, el depósito del dinero, que se hará a disposición de la Autoridad judicial, conforme al artículo 1.178, se hará a nombre de ella, del Juzgado pertinente, y el ex acreedor hipotecario estará legitimado para reclamar al Juzgado su importe al vencimiento como titular de ese crédito aplazado y consignado.

En estos supuestos habrá cambiado la naturaleza del derecho del acreedor, cuya hipoteca se extinguió y la subrogación real imperfecta explica la titularidad de este crédito conservando las preferencias, ya que cumplen todos los requisitos de la subrogación real imperfecta: la fluctuación con la salida de la hipoteca del patrimonio del acreedor e ingreso del derecho de crédito, del derecho a la indemnización, con el mismo rango a través de la titularidad, que tenía por el *ius distrahendi* cuando el crédito era hipotecario, crédito que es el contravalor de la hipoteca extinguida, que procede de ella, es equivalente a la misma y todos en cumplimiento de los preceptos legales que ordenan la sustitución en el patrimonio del acreedor del derecho de crédito hipotecario por el derecho de crédito a la indemnización con las mismas preferencias que le confería la hipoteca.

No hay por tanto, subsistencia de la hipoteca con nuevo objeto pecuniario, ni subrogación real perfecta, sino sustitución de la hipoteca por la indemnización o depósito, y siendo las decisiones de estas subrogaciones reales imperfectas, legales, que no extinguen un derecho. el de hipoteca, porque éste se extinguió por la destrucción o pérdida de su objeto inmobiliario y la Ley no puede hacerlo continuar o sobrevivir sobre un objeto dinerario, pues las leyes son, según MONTESQUIEU, «las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas» y no contra la naturaleza de las cosas, por eso esta decisión no es de subrogación real perfecta, sino de subrogación real imperfecta, porque anuda al ex acreedor hipotecario un crédito contra la persona del deudor primitivo o de quien trae causa de él, como el tercer poseedor, la compañía de seguros o el ente expropiante o contra el fiador hipotecario del deudor primitivo (10), que se configura, según los casos, como un depósito

(10) Aunque hablo de deudor primitivo pudo haber una asunción de deuda o ser los herederos del mismo.

o un crédito dinerario. La adquisición *ex lege* del crédito en que consiste la indemnización es clara en los casos de destrucción física o jurídica de la finca, pues sin la decisión legal de subrogación real, el ex acreedor hipotecario no tendría derecho a la indemnización, o lo más lo tendría como acreedor quirografario.

Ahora bien, el hecho de que las decisiones de subrogación real de hipoteca que hemos estudiado, sean decisiones legales, no es obstáculo para que pueda pactarse la exclusión de la subrogación real, ya que el seguro nace del pacto y no de una obligación *ex lege*, y sin él no se asegura la finca de los riesgos de su destrucción fortuita, no habrá indemnización ni será posible la subrogación real, salvo casos de responsabilidad civil de un tercero, como los supuestos de los artículos 1.092, 1.093, 1.902 y concordantes del Código Civil; pero ya no estamos ante una destrucción fortuita, luego si por esta vía podemos excluir la subrogación real al no haber seguro, aunque puede haber indemnización por vía de responsabilidad, si hubiese culpa o negligencia, como acabo de exponer, no es dudoso que la decisión legal de subrogación real imperfecta puede excluirse por pacto y también que pueda contractualmente adoptarse una decisión de subrogación real diversa de las contempladas por la Ley.

Por tanto, la tesis de quienes ven en la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario una subrogación real perfecta, una hipoteca sobre una indemnización, sobre un crédito, no tienen consistencia jurídica ni aún la postura defendida por un jurista como ROCA SASTRE, que plantea estas graves dificultades y trata de resolverlas convirtiendo la hipoteca en el derecho más análogo, la prenda de un crédito o la prenda irregular (11), porque no implican la sobrevivencia del mismo derecho, el de hipoteca y, además, porque esas prendas plantean grandes problemas en su construcción jurídica, pues es, según MORENO, un tipo de negocio irregular con el que se «pretende garantizar realmente un crédito entregando al acreedor del mismo una cierta cantidad de bienes fungibles de valor cierto en el mercado, que pasan a propiedad de éste». En caso de incumplimiento podrá el acreedor «imputar» el valor de dichos bienes al pago del crédito, devolviendo el exceso y en caso de cumplimiento deberá proceder a la íntegra restitución del *tantumdem*. La prenda irregular al transmitir la propiedad no constituye un derecho real en cosa ajena (12). ROCA SASTRE (13) que pretende salvar la subrogación real a pesar de que «la transmutación de la hipoteca en una prenda parece poner en entredicho la tesis de la subrogación real, ya

(11) Véase sobre esto la obra de M.^a CRUZ MORENO, *La prenda irregular*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

(12) Ob. cit., págs. 145 y sigs.

(13) Ob. y vol. ut. cit., págs. 309 y sigs.

que es esencial en ésta la inmutabilidad o identidad de la relación jurídica a pesar del cambio o sustitución de la cosa afectada». No obstante, cree que puede salvarse, «si se tiene en cuenta la identidad de la prenda y la hipoteca en su función general de garantía del cumplimiento de una obligación, demostrada por la nota común de ambas figuras de ser derechos de realización de valor, armadas las dos del *ius distraendi*, ROCA SASTRE centra en la subrogación real perfecta la identidad de la relación jurídica, pretendiendo equiparar la hipoteca inmobiliaria a la prenda irregular, a la prenda sobre dinero, que no nos parece clara en nuestro derecho positivo ni en la doctrina, ya que en ésta se transmite la propiedad antes de vencer la obligación garantizada y después hay que devolver, y en la indemnización como subrogado no se adquiere la propiedad al vencimiento del crédito. Además, como él reconoce, no es lo mismo el derecho real de prenda que de hipoteca, agregando nosotros, no es la misma la afectación de la indemnización que la garantía de la prenda, ni la prenda regular que la irregular.

Nuestra tesis, apoyada en la identidad de la afectación o de destino, finalidad esencial de la subrogación real que se alcanza en la perfecta, porque el derecho sobrevive al cambio de objeto y hay, por tanto, identidad del derecho, porque es el mismo y en la imperfecta se extingue el derecho subjetivo absoluta o relativamente y el que lo sustituye, sea o no de la misma naturaleza, queda sellado jurídicamente con la misma afectación, con el mismo destino que el derecho sustituido; en el primer caso un objeto sucede a otro en el mismo derecho subjetivo y la afectación o destino no cambia, es idéntico, v.g., subrogación real en las reparcelaciones urbanísticas, en el sistema de compensación, en la concentración parcelaria, en las permutas forzosas, en el retorno arrendaticio, etc.; en el segundo, un derecho subjetivo sustituye a otro, que tiene diferente objeto e incluso puede tener distinta naturaleza, pero ambos derechos están sujetos a la misma afectación, al mismo destino y esto es lo que ocurre con la indemnización por destrucción por acto dañoso ilícito civil o penal o expropiación de la finca hipotecada, que es sustituida por la indemnización, como ocurre en el bien privativo adquirido por permuta con otro bien privativo o por compra con dinero privativo, o el usufructo adquirido por permuta con otro bien privativo.

Interesante es la reciente Sentencia del TS de la Sala 1.ª de 3 de marzo de 1997, de la que fue ponente BARCALA Y TRILLO DE FIGEROA.

El supuesto de hecho es el siguiente: Doña Manuela N. L. compra a don Juan Ramón D. P., el prado llamado el Changui en escritura del 27-4-1983, cuya finca, junto con otra, estaban gravadas con una hipoteca a favor del Banco Central, S. A. desde el 10-12-1976 en garantía de una deuda reconocida de 26.333.985 pesetas, respondiendo aquella finca de 8.333.985 de principal, 708.390 de intereses de un año y de 900.000 de costas y gastos, total: 9.942.375 pesetas. Fechas anteriores a la adquisición de la finca en cuestión

por don Juan Ramón D. P., la misma habría sufrido un incendio que destruyó las naves construidas, y la aseguradora, el Banco Vitalicio de España, S. A. pagó al Banco Central 7.634.255 pesetas, que no destinó a la reconstrucción de las naves destruidas. En la escritura de constitución de la hipoteca se obligaba al deudor a concertar un seguro de incendios de las fincas hipotecadas, que respecto a la que se trata había de cubrir la suma de 10.000.000 millones de pesetas, quedando facultado el Banco «para que en caso de siniestro perciba el montante de la indemnización hasta cubrir su crédito». El Banco mantuvo la no aplicación de la indemnización al principal de la hipoteca, sino al pago de los intereses de toda la deuda garantizada y también que la hipoteca seguía vigente en la cuantía por la que fue concertada e inició en 1991 el procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria viéndose obligada la actora a consignar la total cifra de que respondía la finca, 9.942.375, o sea, el principal más intereses, más costas y gastos, pero reservándose la actora las acciones tendentes al resarcimiento de lo indebidamente cobrado, agregando yo, cumpliendo con la regla *solve et repete*, primero pagar y después repetir o reclamar lo pagado, máxima inmoral de la protección del tráfico jurídico y que tiene cobijo en el negocio abstracto.

La pretensión reclamatoria se fijaba en 8.954.259,75 pesetas, diferencia entre lo cobrado por el Banco 9.942.375, y lo debido 997.115,25.

El TS sostiene acertadamente que «la indemnización del Seguro viene a sustituir o reemplazar la cosa hipotecada, cuando ésta, por razón de un siniestro, desaparece total o parcialmente. Se produce, por efectos de los artículos citados (el 109 y el 110.2 de la Ley Hipotecaria), una subrogación real, en virtud de la cual «una determinada situación o relación jurídica afectante a una cosa o elemento patrimonial, continúa subsistiendo sobre la cosa o elemento patrimonial que haya reemplazado o sustituido a aquél por causa de pérdida o enajenación». La garantía hipotecaria se descompone en dos partes: una, que es la que asume el seguro, y otra, que se cifra en la diferencia entre la indemnización pagada por el seguro y el total por el que responde la finca hipotecada» (14).

El criterio de la sentencia respecto de la subrogación real nos parece acertado, la hipoteca recae sobre el objeto de su derecho de propiedad de la finca totalmente, en el caso de siniestro si el Banco aplica la indemnización a reconstruirla o a repararla, y estamos ante un supuesto de subrogación real perfecta lo mismo que en el de los artículos 518, párrafo 2.º y 519 y 1.626, referentes, respectivamente, los dos primeros a los objetos de los derechos de

(14) La responsabilidad del tercer poseedor o adquirente de finca hipotecada se limita a la cantidad que garantiza ésta, incluso en el supuesto de que por ser varias las fincas hipotecadas en garantía de un solo crédito se haya distribuido la responsabilidad hipotecaria entre ellas, conforme al artículo 120 de la LH

usufructo, y el último al objeto de censo, y que para la hipoteca prevé el artículo 42 de la Ley del contrato de seguro a la que antes nos referimos y del que nos ocuparemos más tarde y en el que el derecho de hipoteca, como aquellos otros derechos de usufructo y censo, está en estado de quietud o de yacencia desde la destrucción o expropiación de la finca hasta la reconstrucción y si el acreedor ejecuta la hipoteca después de la reconstrucción la acción ejecutiva recae sobre el mismo derecho subjetivo, aunque su objeto sea otro. Ahora bien, en el caso de siniestro parcial, como es el de la sentencia contemplada, donde el hipotecante no es deudor personal y tiene limitada su responsabilidad a la de la finca hipotecada, si el acreedor hipotecario contra la indemnización del seguro por destrucción parcial del objeto del derecho de hipoteca, la finca, y la cobra porque para ese evento la hipoteca más que extenderse a ella es la indemnización la que sustituye al derecho de hipoteca en esa cuantía, la que se subroga en ella y sería injusto que el acreedor ampliase la garantía a la suma de lo que la finca hipotecada cubriese en la ejecución y la indemnización, si esta suma superase la responsabilidad pactada en la escritura de constitución de la escritura de la finca, pues siendo esta responsabilidad el límite de la responsabilidad del tercer adquirente de la propiedad de la finca hipotecada, se vulneraría ese límite en beneficio del acreedor y en perjuicio del tercer poseedor. En rigor, en el caso de destrucción parcial del objeto del derecho de hipoteca, ésta no se extiende a la indemnización, en el sentido de ampliarse, sino al contrario, se reduce la responsabilidad de la hipoteca en la cuantía de la indemnización cobrada por el acreedor, el derecho de crédito, cuya prestación es la indemnización, sustituye en su importe a la disminución de valor causada por la destrucción de la finca, hay subrogación real, pero subrogación real imperfecta, no hay una hipoteca sobre el derecho de crédito a la indemnización como prolongación de la hipoteca sobre el resto de la finca no destruida, sino dos derechos, el de hipoteca que continúa sobre la finca restante y el derecho de crédito consistente en la indemnización, el cual disminuye, reduce la responsabilidad hipotecaria en la cuantía de esa prestación y que por subrogación real imperfecta y parcial queda sujeta a la misma afección.

La sentencia habla de subrogación real pero no se refiere a la perfecta ni a la imperfecta, habla de «una determinada situación o relación jurídica afectante a una cosa o elemento patrimonial, que haya reemplazado o sustituido a aquél por causa de pérdida o enajenación», no dice que sea el mismo derecho de hipoteca con distinto objeto, o con dos objetos, el resto de la finca no destruido y la indemnización, habla de una cosa o elemento patrimonial que haya sustituido a otro por causa de pérdida o enajenación, pero ¿lo hace como objeto de otro derecho subjetivo? Esta última postura tiene apoyo en la afirmación de que la garantía hipotecaria se descompone en dos partes y una base segura total en nuestra argumentación de que la hipoteca cuyo objeto sea

en parte un inmueble y en parte un crédito no tiene ninguna coherencia jurídica, ni aún con la teoría de la ficción.

La indemnización procedente de la expropiación, como no puede destinarse a la reparación o reconstrucción de la finca, siempre operará la subrogación real imperfecta, la hipoteca continuará sobre el resto de la finca, si la indemnización no cubre los créditos garantizados y la indemnización, sujeta por la decisión de subrogación real imprecisamente formulada por los artículos 109 y 110.2 de la Ley Hipotecaria al mismo tratamiento jurídico, a la misma afectación, que los créditos asegurados con la hipoteca.

Si la expropiación es total, la hipoteca desaparece, se extingue y el crédito, cuya prestación es la indemnización, queda sujeto a la misma afectación o destino que los créditos garantizados con la hipoteca o hipotecas, en virtud de la decisión de subrogación real de los artículos 109 y 110.2 de la Ley Hipotecaria, que sólo puede ser de subrogación real imperfecta por lo que hemos expuesto.

En la subrogación real perfecta se conserva el mismo derecho sobre el nuevo objeto que ha de ser de la misma naturaleza que el anterior, no cambiando la afectación ni el destino derecho que sigue siendo el mismo.

En la subrogación real imperfecta se pierde o extingue el derecho subjetivo ocupando otro su puesto, que es necesariamente distinto del sustituido y el derecho subjetivo sustituto por decisión legal o negocial queda sujeto a la misma afectación o destino que aquél.

b) *El sobrante del remate*

Es un supuesto de subrogación real imperfecta, aunque la doctrina no lo trata como tal.

Al depósito o la consignación del sobrante del remate a favor de los acreedores posteriores, de otras personas con derecho a él o del propietario de la finca hipotecada se refieren las reglas 16.^a y 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en estos términos: «El precio del remate se destinará sin dilación al pago del crédito hipotecario del actor; el sobrante se entregará a los acreedores posteriores o a quienes corresponda, constituyéndose entre tanto en depósito en el establecimiento público destinado al efecto» (regla 16.^a) y en la regla siguiente ordena la cancelación de la hipoteca ejecutada y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, y una vez «verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos...» expresando en el mandamiento que «en el caso de haber superado el valor de lo vendido al importe total del crédito del actor, que se consignó al exceso en el establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores».

Este mismo sistema sigue hoy la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento de apremio, después de la reforma de la Ley 10 de 30 de abril de 1992, que abandona el sistema de purga de las cargas anteriores y preferentes que regulaba el artículo 1.516 derogado y acoge el de subsistencia de las mismas en su nuevo artículo 1.512, cuyo párrafo 1.º dice: «Las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate», precepto que es un calco del inciso final de la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que regula el procedimiento judicial sumario y que antes de la reforma habría que aplicar a las cargas anteriores y preferentes el depósito o consignación para su pago de acuerdo con el artículo 1.516, sin contenido desde la citada Ley 10 del 92. El párrafo 2.º del artículo 1.512 acoge la misma regla que al 16.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y dice: «El precio del remate se destinará, sin dilación al pago del crédito del ejecutante; el sobrante se entregará a los acreedores posteriores o a quien corresponda, depositándose entre tanto en el establecimiento destinado al efecto».

Tanto las reglas 16.ª, 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria como en el artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concurren los requisitos de una subrogación real imperfecta respecto de las hipotecas posteriores y anotaciones preventivas y derechos reales no preferentes, ya que se extinguen, como consecuencia de la ejecución de la hipoteca, que garantizaba el crédito del actor y es sustituida por el exceso del precio del remate en caso de existir, es decir, hay una fluctuación, sale del patrimonio de los acreedores hipotecarios posteriores, titulares de los derechos reales y embargos no preferentes a la hipoteca del actor, el derecho real o embargo de que eran titulares por extinción, y en su lugar, ocupa su puesto el exceso del precio del remate, que es el contravalor de los derechos extinguidos, procede de ellos y tiende a ser su equivalente, que en algunos casos lo será y en otros, no. La decisión legal de subrogación real imperfecta de la sustitución del crédito hipotecario o derecho real o embargo extinguido por el dinero depositado en el establecimiento público destinado al efecto es evidente en las reglas 16.ª y 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y 1.512, párrafo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (15).

Otro supuesto de subrogación real imperfecta de las hipotecas o derechos reales de rango inferior al ejecutado, es el contemplado en el artículo 236.k

(15) No entro en la cuestión del vencimiento anticipado de estos créditos con garantía de rango inferior al ejecutado que presuponen los artículos 131-16.ª y 17.ª de la LH y 1.512 de la LEC, quizá haciendo una interpretación auténtica del artículo 1.129 del Código Civil

de RH cuando éste ejecuta su acción hipotecaria en el procedimiento ejecutivo extrajudicial, al que da carta de naturaleza el párrafo 2.º del artículo 129 de la Ley Hipotecaria. Dispone aquel artículo: «El sobrante (el que queda después de pagado el acreedor hipotecario ejecutante) si hubiese acreedores posteriores, se consignará en el oportuno establecimiento público quedando afecto a las resultas de dichos créditos... Si no hubiese acreedores posteriores, el sobrante se entregará al dueño de la finca». La peculiaridad de este caso en relación con los dos antes estudiados y en lo que se refiere a la subrogación real imperfecta, está en que la decisión de subrogación real no emana de una disposición legal, al menos directamente, sino de un artículo reglamentario y el Reglamento no es disposición idónea para decretar una subrogación real, si es perfecta nunca y si es imperfecta, como es la de nuestro caso, tampoco, aunque tenga un apoyo legal derivado de una remisión en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, porque lo impide el artículo 1.090, que exige que la Ley establezca expresamente la obligación que nace de la Ley. Esta decisión de subrogación real imperfecta tiene un apoyo contractual, pues el artículo 129 citado exige que el procedimiento ejecutivo extrajudicial para que pueda utilizarse, exige que se pacte en la escritura de constitución cumpliéndose el principio jurídico *neminem laedere*, que se vulneraría si el sobrante se atribuyese al dueño de la finca. Es indudable que, si el acreedor no preferente ejecuta la hipoteca, teóricamente el precio de venta sería el sobrante, que él cobraría.

Creemos que esa decisión de subrogación real imperfecta de la hipoteca extinguida y cancelada del acreedor no preferente no es necesario que sea objeto de una declaración legal porque la decisión de subrogación real imperfecta puede ser objeto de declaración negocial, de un contrato normado o normativo como es el que regula el párrafo 2.º del artículo 129 de la Ley Hipotecaria al remitirse al RH, no como delegación legislativa, sino como cláusulas contractuales a que ha de ajustarse el procedimiento.

c) *El supuesto del artículo 127.2.º, inciso final*

Por último voy a referirme a un supuesto de decisión legal de subrogación real imperfecta que tampoco es estudiado como tal por la doctrina y que tiene lugar en la hipótesis de que el comprador rematante no quiera la finca con la hipoteca, garantizando los plazos no satisfechos o todo el capital, si la ejecución fue por impago de intereses, que es el supuesto de hecho del inciso final del párrafo 2.º del artículo 127 de la Ley Hipotecaria. Este precepto ordena depositar el importe del capital adeudado con los intereses para que sea entregado al acreedor a su vencimiento, lo que es una decisión legal de subrogación real imperfecta.

C. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN REAL PERFECTA

En nuestro derecho común hay también casos de decisión de subrogación real perfecta del derecho de hipoteca, en los cuales la hipoteca no se extingue a pesar del cambio de objeto, sino que sobrevive al mismo, y sobrevive porque el objeto es de la misma naturaleza que el desaparecido, es otro inmueble con distinta situación o reconstruido, no dinero u otro bien mueble incompatible con la hipoteca inmobiliaria: así ocurre en la reparcelación, en el sistema de compensación, en la concentración parcelaria, en las permutas forzosas, cuando una parcela es sustituida por otra y en el supuesto del artículo 42 de la Ley de Contrato de Seguro, al que ya aludimos y que después comentaré brevemente.

a) *En el urbanismo* (16)

La desastrada Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1977, número 61, en lo que respecta a la subrogación real perfecta, es necesario aludirla (17). La subrogación real es en esencia una vicisitud del derecho de propiedad, entre otros, una cuestión de derecho de propiedad, primordialmente competencia exclusiva del Estado español, del Estado central, no de las Autonomías, aunque, repito, también es una vicisitud de algunos derechos reales y otros personales, pero primordialmente del derecho de propiedad, que es básico y necesario para que la subrogación real perfecta pueda realizarse respecto de los *iura in re aliena*, entre ellos la hipoteca, pues si no se produce la subrogación real previamente sobre la parcela de origen y de resultado que grava la hipoteca, no puede trasladarse ésta, de aquélla a esta parcela, como dispone con meridiana claridad el artículo 168.1, que mantienen vigente la Sentencia 61 de 20-3-1997, y el proyecto para cumplirla, aunque aquélla ha anulado y este proyecto derogará el artículo 167.b) que proclama «la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas» en un asombroso alarde de contradicción.

¿Cómo puede negarse la competencia al Estado español para regular la subrogación real perfecta respecto de las parcelas del derecho de propiedad y admitir la competencia en cuanto al traslado a ellas de los *iura in re aliena* que lo gravaban?

(16) «La s.r. en el urbanismo» es un capítulo del libro, pendiente, en parte, de publicación en la REDA, en el que se estudia la s.r.p. en los *iura in re aliena* y al que tengo que remitirme: aquí haré una referencia concreta al derecho real de hipoteca.

(17) El raquítico proyecto de Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, apadrinado por las Autonomías y ya aprobado en el Congreso es respetuoso con las contradicciones de la sentencia en esta materia.

La cuestión está regulada por el Real Decreto Legislativo que acabo de citar, por el que se aprobó el TR de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, del que la Sentencia, también citada, 61, de 20-3-1997, anuló total o parcialmente 235 artículos de los 310 que la integraban, todas las Disposiciones transitorias y cuatro de las ocho adicionales; el TR aprobado por Real Decreto 1346, de 9-4-1976, sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; el Reglamento sobre gestión aprobado por el Real Decreto 3288, de 25 de agosto de 1978, y las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, aprobadas por el Real Decreto 1903, de 4-7-1997, primordialmente sus artículos 11, 12, 15 y 16.

Me limitaré a los rasgos generales de la subrogación real en la reparcelación y en el sistema de compensación.

La subrogación real imperfecta respecto del derecho de hipoteca juega en el supuesto de hecho del número 1 del artículo 168, pues si la parcela de origen no puede ser sustituida por una parcela de resultado, por ejemplo, porque su superficie sea inferior a la mínima edificable, la hipoteca no puede trasladarse a la finca de resultado, porque no se adjudica ninguna al propietario gravado, «el acuerdo aprobatorio de reparcelación producirá la extinción de la hipoteca corriendo a cargo del propietario que aportó la indemnización correspondiente, cuyo importe se fijará en el mencionado acuerdo». El propietario a quien no se pueda adjudicar una parcela igual o superior a la mínima edificable, según el artículo 99.d) del TR de 1976, se le adjudicará una cuota *pro indiviso* en una parcela de resultado y si su cuota es inferior al 15 por 100, esta adjudicación puede sustituirse por una indemnización dineraria. El TR del 91 en su artículo 167.1.f), párrafo 2.º, anulado, habla de «compensaciones económicas sustitutivas», frase en la que se pueden comprender los dos supuestos del 99.d). El artículo 96.1 y 3 del RGU dispone lo mismo que el 99.d) del TR del 76 (18).

Si la indemnización se hace en dinero, la hipoteca no puede subsistir con este objeto, como hemos visto en el capítulo anterior, y el propietario debe indemnizar al acreedor hipotecario, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 168.1. Si se sustituye la finca de origen por una cuota en una finca de resultado, entiendo que no hay subrogación real perfecta, que no es lo mismo el derecho de propiedad que el derecho de copropiedad, y me remito a los argumentos que doy en otro lugar de esta obra, y la hipoteca no puede trasladarse de la propiedad de la finca de origen a la copropiedad de la de resultado, el propietario tendrá que indemnizar al acreedor hipotecario. Ahora bien, en ambos supuestos, el derecho del acreedor hipotecario está tutelado por una decisión legal de subrogación real imperfecta, que da al ex acreedor

(18) En cierto sentido, también el artículo 11.1 del Real Decreto 1093 de 1977.

hipotecario una prelación sobre la indemnización o la copropiedad idéntica a la que tenía con la hipoteca sobre la finca hipotecada.

Si la finca de origen hipotecada se la sustituye por una de resultado, la hipoteca se traslada a esta última en virtud de la decisión de subrogación real perfecta contenida en los números 2 y 3 del artículo 168 del TR del 92 y 122 y 123 del RGU y explícitamente acogida en el artículo 11.2 y 3 del Real Decreto 1093 de 1977.

En el supuesto de que al titular de una finca de origen se le adjudicase dos o más de resultado, la hipoteca se trasladará sobre todas ellas con carácter solidario, conforme al artículo 11.4, no pudiendo distribuirse la responsabilidad hipotecaria entre ellas sin el consentimiento del acreedor hipotecario, que es lo que debió añadir el inciso final de dicha regla 4.^a y no lo que agregó: «sin que sea necesario que el proyecto distribuya... la carga o derecho trasladado».

La regla 5.^a del artículo 11 nos parece incorrecta. Cuando sean varias las fincas de origen y se adjudique una de resultado, el precepto reglamentario exige, qué proyecto determine «respecto de ésta la cuota porcentual que corresponda a cada una de las de origen», para trasladar «los derechos o cargas preexistentes (en nuestro caso la hipoteca) sobre cada una de las fincas de origen la cuota porcentual que corresponda a aquélla en la finca de resultado». Esta decisión reglamentaria de subrogación real perfecta no es válida, la decisión tiene que ser legal, porque afecta en este caso a los modos de adquirir, modificar, transmitir y perder el dominio y los demás derechos reales, que regula una ley imperativa, el artículo 609 y concordantes del Código Civil, no se puede dejar en manos de los Reglamentos estas cuestiones trascendentales. Por otra parte, esta agrupación de las fincas de origen que habrá que hacer en el proyecto de reparcelación o de compensación en escritura pública aparte y llevarla al proyecto antes de su aprobación, exige el consentimiento del acreedor hipotecario y el de los demás copropietarios y no puede romperse, es firme e inamovible, a diferencia de lo que ocurre con otras voluntarias, que al ejecutar, por ejemplo, la hipoteca que grava una de las fincas agrupadas después hay que volver a dividirla o segregarla, siendo una agrupación inconsistente jurídicamente. Sin el consentimiento del acreedor hipotecario no puede constituirse la hipoteca sobre una cuota y es extraña al Derecho la subsistencia de una copropiedad de un solo propietario de unas cuotas gravadas y otras libres.

Esta decisión reglamentaria de subrogación real perfecta no es viable y tampoco lo sería si fuese legal, porque no traduce la realidad jurídica. La solución jurídica es la extinción de la hipoteca y por subrogación real imperfecta la afección de la indemnización al mismo fin que aquélla. Pactar, puede pactarse la extinción de la hipoteca y su constitución sobre una cuota de otra, pero no el traslado de la hipoteca por subrogación real perfecta.

La decisión de subrogación real perfecta en el urbanismo y respecto de la hipoteca, exige la previa decisión también de subrogación real perfecta imponiendo la sobrevivencia del derecho de propiedad hipotecado, a pesar del cambio de la parcela de origen por la de resultado.

b) *En la concentración parcelaria*

Me limitaré en este epígrafe únicamente a una breve referencia a la subrogación real de las hipotecas, puesto el estudio de la subrogación real en la concentración parcelaria se hace en el título correspondiente y lo mismo se hace respecto de las permutas forzosas en el epígrafe siguiente.

La concentración parcelaria como medio adecuado de reordenación de la propiedad agraria tuvo un instrumento eficaz en la subrogación real cuya decisión legal fue clara, aunque a causa del menor valor de las fincas rústicas con relación a las urbanas, del carácter voluntario de la inscripción y de las deficiencias en la identificación de las fincas, la regulación de la subrogación real no pudo tener ni tuvo la riqueza que recogieron las Leyes y Reglamentos relativos a la reordenación de la propiedad urbana.

Su regulación está contenida en el T. VI, artículos 171 a 240 del Decreto 118 de 12 de enero de 1973, que aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

La concentración parcelaria tendrá como primordial finalidad la constitución de explotaciones agrarias de estructura y dimensiones adecuadas adjudicando «a cada propietario en coto redondo o en el menor número posible de fincas de reemplazo, una superficie de la misma clase de cultivo y cuyo valor, ...sea igual» (art. 173).

En las bases que deberán ser aprobadas por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, deberá constar la declaración de las parcelas a favor de quienes las posean y determinación de su superficie y clarificación y determinación de los gravámenes que hayan quedado determinados en el período de investigación [art. 184.c) y d)] y como las hipotecas constituyen un derecho real, una carga, un gravamen sin contacto sucesorio para determinarlas, el artículo 192 ordena la investigación de su existencia y con respecto a las cargas, entre las que están las hipotecas, ya acreditadas, el artículo 198 pide a los titulares de las mismas «para que, de acuerdo con los propietarios afectados y dentro del lote de reemplazo señalen la finca, porción de finca o parte alícuota de la misma, según los casos, sobre los que tales cargas, hipotecas han de quedar establecidas en el futuro, apercibiéndose de que si no se acredita su conformidad, dentro de los plazos señalados, la traslación se verificará de oficio por el Instituto. Los acuerdos de los interesados sólo se respetarán cuando la posible ejecución de los derechos trasladados no afecten a la indivisibilidad de la

unidad mínima». Como se lee, el precepto consagra la decisión de subrogación real perfecta que no plantea cuestión cuando la hipoteca que grava la finca original se traslada a la de reemplazo o a una porción de ésta que no afecta a la indivisibilidad de la unidad mínima, pero si se traslada a una parte alícuota a una cuota de la nueva finca se plantean los problemas que hemos visto al estudiar la subrogación real de las hipotecas en la reparcelación.

El artículo 230 contiene la decisión de subrogación real perfecta en estos términos: «El dominio y los demás derechos reales... que tengan por base las parcelas sujetas a concentración parcelaria pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo del modo y con las circunstancias que establece la presente Ley».

Las hipotecas están comprendidas en el supuesto del hecho del artículo 230, pero pueden plantear los mismos problemas que planteaban el traslado en la reordenación urbana y que hemos expuesto, pues, por ejemplo, el artículo 234 dispone que «el Instituto responderá directamente frente a los titulares inscritos o sus causahabientes del importe del dominio u otros derechos reales y de los créditos y cantidades aseguradas en la medida en que hubieran de realizarse sobre las parcelas gravadas y sea el valor de éstas suficiente para cubrir-las...» y entonces la decisión es de subrogación real imperfecta, ya que la hipoteca se extinguió y la Ley la sustituye por la indemnización.

El requisito de la procedencia no es exigido rigurosamente en la concentración parcelaria, al contrario, pues si bien, como hemos visto, las letras c) y d) del artículo 184 exigen que en las Bases se describan las fincas de origen y los gravámenes que pesan sobre ellas, el artículo 222 dice que «el Instituto extenderá y autorizará el Acta de Reorganización de la Propiedad, donde se relacionarán y describirán las fincas resultantes de la concentración... y los derechos distintos del dominio existentes sobre... las parcelas de procedencia que impliquen posesión de las mismas y la finca de reemplazo sobre la que hayan de recaer tales derechos, determinada por los interesados o, en su defecto, por el Instituto, relacionándose asimismo los demás reales y situaciones jurídicas que hayan podido ser determinados en el período de investigación y la finca sobre la que haya de establecerse».

El artículo 235.1.º dice que «las fincas de reemplazo serán inscritas sin hacerse referencia... a las parcelas de procedencia... En la misma inscripción se harán constar las cargas... inscribibles acreditadas... y que por afectar a la finca de que se trate, se hayan consignado en el título relativo a la misma». La referencia de la procedencia de la finca de resultado se excluye de la inscripción, desvirtuándose la subrogación real perfecta al omitirse el título adquisitivo de la finca de reemplazo, que es el mismo título que el de la de procedencia, ya que el derecho de propiedad de ésta sobrevive con el objeto de aquélla y en las cargas, en las hipotecas, el traslado queda desvirtuado, pues se hacen constar en la inscripción de la finca de reemplazo, quedando

en nebulosa la procedencia y debiendo constar en el Registro además por asiento de inscripción independiente, por exigencias de la Ley Hipotecaria.

c) *En las permutas forzosas*

El Título III de la LR y DA se destina a las «Permutas forzosas» y está integrado por los artículos 261 a 269. Si bien el artículo 263.f) exige que la parcela que haya de entregarse en sustitución de la enclavada esté libre de cargas e inscrita en el Registro a nombre de quien pida la permuta, el artículo 267.4 dispone que respecto de la otra parcela, la enclavada, «...los derechos reales, ...pasarán inalterados sobre la parcela dada en sustitución...»

De esto se desprende que, aunque el título y articulado hablen de permuta, no se trata jurídicamente de ese contrato traslativo y oneroso de cosa por cosa, sino de una subrogación real perfecta con una decisión legal evidente respecto de la hipoteca en el artículo 267.4, una fluctuación de la finca que ha de entregarse en sustitución de la enclavada y ésta y el contravalor está claro en la condición a) del artículo 263 en cuanto a la procedencia, si bien la equivalencia, no sólo no es exigida en rigor, sino con una prima de al menos, el 50 por 100 del valor de la enclavada, pero que no desvirtúa la subrogación real perfecta.

d) *La reconstrucción de la finca asegurada en el caso del artículo 42 de la Ley 50 de 8-10-1980 de Contrato de seguro*

La extensión de la hipoteca a las indemnizaciones por razón del seguro o más precisamente la subrogación real imperfecta de las indemnizaciones procedentes del seguro, sufre una excepción en el artículo 42 citado, que tiene su precedente en el artículo 411 del Código de Comercio, derogado por la Ley de Contrato de Seguro, también citada, para el caso de que asegurador y asegurado convinieren «reparar, reedificar... en todo o en parte, los objetos asegurados o destruidos por el incendio...», pues en estos casos de reedificación o reparación del inmueble asegurado, la hipoteca debía subsistir sobre los mismos y la decisión tenía que ser de subrogación real perfecta.

Esta decisión recogida con claridad en el artículo 42 de la citada Ley de contrato de seguro, «en el caso de que la indemnización haya de emplearse en la reconstrucción de las cosas siniestradas», en cuyo supuesto, desde el siniestro hasta la reconstrucción, el derecho de los acreedores hipotecarios está en suspenso, en estado de quiescencia o quietud y una vez reconstruido el inmueble renace la hipoteca sobre el nuevo inmueble reconstruido. Es el mismo caso que para el usufructo y censo enfitéutico contemplan los artículos 518, párra-

fos primero y segundo, 1.626 del Código Civil, respectivamente, en otro lugar estudiados y que son supuestos de decisión de subrogación real perfecta.

III. LA HIPOTECA MOBILIARIA

La hipoteca mobiliaria plantea en materia de subrogación real casi siempre problemas idénticos a los de la hipoteca inmobiliaria, a los que me remitiré, previa referencia al precepto legal pertinente. Esta hipoteca está regulada en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954. Como peculiaridad en relación con la hipoteca inmobiliaria presenta los artículos 2 y 4 que disponen aquél «No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía de precio aplazado». Y éste «El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor».

A. CASOS EN QUE NO JUEGA LA SUBROGACIÓN REAL

Son: el pago del crédito hipotecario, la dación en pago, el pago por el fiador o el tercero poseedor, el pago por el tercero hipotecante con el consentimiento del acreedor, que exige el artículo 4, el pago del crédito hipotecario con el precio del remate referido en la regla 9.^a del artículo 84 que regula el procedimiento judicial sumario y dice que «el precio del remate se destinará sin dilación al pago del crédito del actor». Y si éste es igual o superior se extingue la hipoteca y lo mismo ocurre con la regla 10.^a del artículo 87 que regula el procedimiento ejecutivo extrajudicial, que destina el precio del remate al pago del crédito por principal e intereses, después de pagar los gastos de procedimiento y si no hay sobrante se extingue también la hipoteca no existiendo subrogación real en ninguno de los casos citados, por las mismas razones que las expresadas en la hipoteca inmobiliaria y que no reproduzco.

B. SUPUESTOS DE LA SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA EN LA HIPOTECA MOBILIARIA

a) *Su extensión a las indemnizaciones*

En el artículo 5.º regula esta cuestión disponiendo la sustitución de los bienes hipotecados por las indemnizaciones en virtud de una decisión legal de subrogación real imperfecta calcando el artículo 110.2.º de la Ley Hipoteca-

ria con las adaptaciones necesarias, así: «La hipoteca se extenderá a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca.

Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio se consignará en la forma establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente a la existencia de la hipoteca».

Este artículo contiene una decisión legal de subrogación real imperfecta respecto de la hipoteca mobiliaria, lo mismo que los 109 y 110 de la Ley Hipotecaria la contienen respecto de la hipoteca inmobiliaria. El hecho de recaer la hipoteca sobre bienes muebles determinados, tampoco hace subsistir la hipoteca sobre la indemnización, se extingue la hipoteca por las mismas razones que hemos dado para inmobiliaria y el derecho a la indemnización tiene el mismo destino que tenía el crédito garantizado con la hipoteca mobiliaria. Las disposiciones contenidas en el artículo 40 y 42 de la Ley del contrato de seguro son también aplicables a los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria. Las indemnizaciones pueden proceder, lo mismo que en la extinción de la hipoteca inmobiliaria, de un seguro, de expropiación, aunque ésta es raro que pueda tener lugar o de acto dañoso y culposo de un tercero, ya que todas ellas están comprendidas en la frase «que correspondan al hipotecante... concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados».

b) *La extensión de la hipoteca del establecimiento mercantil a las mercaderías y materias primas*

La extensión de la hipoteca en virtud de pacto a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento está contemplada en el artículo 22 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria (19) que dice: «La hipoteca

(19) De este artículo y de su precedente, el 1.865 bis de la Ley de 5-12-1941 que introdujo los artículos 1.863 bis a 1.873 bis del Código Civil, se ha ocupado VALLET DE GOYTISOLO en varios artículos: «Pignus tabernae», *ADC.* octubre-diciembre de 1953, págs. 832 y sigs. «Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», *RDN*, abril-junio 1955, núm. VIII, págs. 75 y sigs., reproducción del de la conferencia que dio en la A.A.M. del N. y que se publicó en el Tomo XI, Madrid, 1961, págs. 43 y sigs. y también en sus «Estudios sobre garantías reales», Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 360 y sigs., rechazando la doctrina de este artículo y viendo, acertadamente, una obligación

se extenderá, mediante pacto, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurrieran los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo anterior.

Quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio»; se trata de ninguna decisión negocial de subrogación real, porque la reposición de mercancías puede hacerse por producción del establecimiento, por compra con dinero que no se obtuvo vendiendo las que se reponen, sino por un préstamo, faltando el requisito de la procedencia.

c) *El sobrante del remate*

También en la hipoteca mobiliaria hay decisión legal respecto al sobrante del remate, no sólo en el supuesto del procedimiento judicial sumario, sino también y por vía de Ley en el ejecutivo extrajudicial. El artículo 84, reglas 9.^a y 10.^a referentes a aquél, disponen: ...«y el sobrante (del remate) se entregará a quien corresponda...» (9.^a) y en el Auto, aprobando el remate, deberá constar que el valor de lo vendido... en caso de ser superior (al importe del crédito garantizado) que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto o se entregó a quien tuviere derecho» (10.^a). La persona que tendría derecho al sobrante será el titular de una anotación preventiva de embargo por razón de su crédito, en su defecto el propietario. El sobrante no irá a un segundo acreedor hipotecario porque el artículo 2.^o prohíbe las segundas hipotecas.

En el procedimiento ejecutivo extrajudicial el artículo 87.10, párrafo último, contiene una clara decisión legal de subrogación real imperfecta en estos términos: «El exceso se entregará, por el Notario, al hipotecante o al tercer poseedor si no existiesen otras personas que hubieren trabado embargo sobre ellos o interpuso reclamación judicial, y si las hubiere, se depositará a su disposición en un establecimiento público destinado al efecto».

Subrogación real perfecta en la hipoteca mobiliaria en caso de reconstrucción. También hay algún caso de subrogación real perfecta en esta clase de hipoteca, como ya anticipamos, y es el mismo precepto, el 42 de la Ley de Contrato de Seguro, que el estudiado al tratar de la hipoteca inmobiliaria, en caso de reconstrucción del bien hipotecado y destruido el que contiene esta decisión legal de subrogación real perfecta y a cuyo epígrafe nos remitimos.

legal de reponer y no una s.r por faltar la procedencia, ya que se determina la reposición *sub specie universitatem*

IV. LA SUBROGACION REAL Y EL EMBARGO

A. EN CASO DE DESTRUCCIÓN DEL BIEN EMBARGADO

No suele ocuparse la doctrina de esta cuestión (20) y creo que acertadamente, porque no parece dudoso que la subrogación real perfecta ni la subrogación real imperfecta guarden relación con el embargo en los casos de destrucción; no obstante, nosotros vamos a argumentar negando esa relación en estos supuestos, no en otros, quizá pensando en la antigua hipoteca judicial, que no era tal hipoteca, sino un embargo.

Si el deudor entrega al acreedor su débito, si cumple su obligación, no hay cuestión y el otro elemento de la obligación, la responsabilidad, que se proyecta sobre el patrimonio del deudor, no entra en juego; pero si el deudor no cumple, el acreedor no puede entrar en el patrimonio del deudor a tomar lo que éste le debe, tiene que pedir al Estado, a través del órgano judicial, el cumplimiento de la obligación mediante la entrega, si lo que se deba dar está en el patrimonio del deudor; mas si no está, el crédito, que es el lado activo del débito y que puede ser dinerario o de cosa distinta del dinero y como es imposible la ejecución sobre lo que no tiene el deudor en su patrimonio, el crédito se convierte, por vía de resarcimiento o indemnización, en crédito de dinero y si no lo hay en el patrimonio del deudor, es cuestión de obtenerlo, convirtiendo en dinero otros bienes del deudor y, por tanto, a la entrega debe preceder la liquidación; si la deuda es dineraria, la liquidación está ya hecha, si no lo es hay que hacer la evaluación dineraria y después en ambos casos convertir en dinero los bienes en la subasta judicial y con el dinero obtenido pagar al acreedor.

Si el deudor cumple con el débito, el acreedor lo toma de él aceptando el pago; si no cumple, el acreedor lo recibe o toma del juez, del órgano ejecutivo.

Ahora bien, para que la venta forzosa pueda hacerse hay que privar al deudor de la disponibilidad de los bienes que hay que vender, pues de otro modo se pondría en jaque el proceso ejecutivo; para ello, se principia por concretar y apartar los bienes sobre los que se va a ejecutar el débito, después se venden y, por último, se paga con su precio al acreedor (21).

(20) Las dos recientes monografías más amplias sobre el embargo, la de RIVAS TORRALBA, *Anotaciones de embargo*, y SARMIENTO RAMOS: *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Editadas ambas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1992 y 1993, respectivamente, no aluden a ella.

(21) En esta exposición del embargo he seguido a CARNELUTTI. «Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones», publicado entre otros libros en su *Estudio de Derecho Procesal*, t. I, por Ediciones Jurídicas Europa-América Buenos Aires, 1952. Traducción de Sentis Melendo. págs. 372 y sigs., 459 y sigs.

En este apartamiento de las cosas del patrimonio del deudor para su venta forzosa, no hay constitución de ninguna preferencia, puesto que ninguna tenía el acreedor y el juez no puede crearla no hay ningún privilegio sobre ella y no hay ningún precepto legal que disponga una sustitución en caso de destrucción a favor del ejecutante, del embargante, como la hay en el caso del hipotecante en los artículos 109 y 110-2 de la Ley Hipotecaria y 5.º de la Ley Hipotecaria mobiliaria y si la casa embargada se incendia y está asegurada, la indemnización como bien futuro ingresará en el patrimonio del deudor y el acreedor tendrá que ejercitar de nuevo su acción ejecutiva sobre los bienes del patrimonio del deudor, en caso de embargo no hay ninguna decisión legal de subrogación real perfecta ni imperfecta y la contractual es poco pensable, para el supuesto de destrucción o pérdida de la cosa embargada.

B. LA DECISIÓN DE SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA A FAVOR DEL EMBARGANTE RESPECTO AL SOBRANTE

Sin embargo, en materia de embargo hay, al menos, un supuesto en que la subrogación real imperfecta actúa y es el de extinción del mismo y cancelación de la anotación preventiva por la ejecución de un derecho de crédito hipotecario u otro embargo preferente, si hay un sobrante dinerario después de realizado el valor del inmueble y satisfechos los derechos de crédito preferentes. La decisión legal de subrogación real está contenida en el artículo 44 que se remite con carácter general, no sólo para el supuesto de concurso, al artículo 1.923-4.º del Código Civil. En la práctica judicial de los procesos ejecutivos es frecuente que los acreedores, que tienen a su favor anotaciones preventivas de embargo posteriores o no preferentes, insten en la ejecución del derecho preferente, la consignación a su favor del remanente.

Esta decisión legal de subrogación real imperfecta es genérica en las reglas 9.ª y 10.ª del artículo 84 de la Ley Hipotecaria mobiliaria que regula el procedimiento judicial sumario y concreta en el párrafo último de la regla 10.ª del artículo 87, que regula el procedimiento ejecutivo extrajudicial al decir: «El exceso se entregará, por el notario, al hipotecante o al tercer poseedor, si no existiesen otras personas que hubiesen trabado embargo sobre ellos...»

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA
Notario

DICTAMENES Y NOTAS

Análisis y valoración de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos

INTRODUCCION AL TEMA

La actual Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante me referiré a la misma con la dicción LAU) es fruto de la necesaria reforma legislativa, pedida por muchos sectores de nuestro país años atrás, y consolidada gracias al Gobierno socialista. Resulta, pues, obligado hacer referencia, aunque sea someramente, y a modo introductorio, a su trayectoria histórica.

Desde la promulgación del Texto Articulado de la LAU, por Decreto de 24 de diciembre de 1964, han sido varios los proyectos elaborados por el Gobierno para la modificación de la citada Ley. El Proyecto de 1979 fue elaborado como consecuencia de los Pactos de la Moncloa. Se trató de un Proyecto de la Ley de Bases que intentó el mejor equilibrio de las prestaciones entre las partes, suavizando la prórroga forzosa y estableciendo la libertad de estipulación de la renta, así como su actualización.

El Proyecto de 1981 se elaboró bajo el criterio de una modificación sustancial, respetando la prórroga forzosa, matizando las subrogaciones y revisando anualmente la renta. Posteriormente, en 1984, se redactó otro Anteproyecto, que, en esencia, no difería del de 1981. Con anterioridad, a propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, la Mesa del Congreso acordó el 19 de abril de 1983 crear una Comisión Especial para el estudio de la reforma de la legislación de Arrendamientos Urbanos, cuyo informe fue hecho público en el mes de mayo del año siguiente. El *Boletín Oficial del Estado*, de fecha 9 de mayo de 1985, publicó el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, convalidado por el Congreso de los Diputados mediante Acuerdo del día 16 de mayo de 1985, publicado en el *BOE* de 22 de mayo del mismo año, sobre medidas de política económica, cuyo artículo 9 establecía la supresión de la obligatoriedad de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos.

A finales de la década de los ochenta y comienzos de la siguiente, se realizaron diversos trabajos preparatorios, abordando la futura y esperada

reforma. En 1993, el Gobierno presidido por Felipe González presentó ante las Cámaras un Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, fruto, en buena medida, de los estudios preparatorios a que ya ha hecho referencia anteriormente. Tras la constitución de las Cámaras en la quinta legislatura, el citado Proyecto fue objeto de una cierta reelaboración, como consecuencia de los debates y enmiendas de la trunca tramitación parlamentaria de la anterior legislatura. El texto fue aprobado en el Consejo de Ministros celebrado el día 28 de enero de 1994, siendo presentado de inmediato ante el Congreso de los Diputados. A partir de ese momento, dicho texto fue, a pesar de las vacaciones parlamentarias del estío, enmendado, debatido y aprobado por el Congreso y el Senado, convirtiéndose finalmente en Ley.

Tras este breve apunte histórico de nuestra vigente LAU, parece también oportuno referirnos, si bien brevemente, a algunas situaciones que se estaban produciendo con anterioridad a la vigencia del nuevo texto. Antes de la reforma, el Texto Refundido de 1964 y el Real Decreto Legislativo de 1985 no se asentaban sobre bases firmes y sólidas, ya que sus directrices normativas eran claramente contradictorias e incluso antagónicas. Según CARLOS LASARTE ALVAREZ (1), el Texto Refundido de 1964 situaba como estrella polar de su peculiar contemplación de las cosas a la prórroga legal forzosa en favor del arrendatario, generando contratos de duración tendencialmente infinita, cuyas rentas en muchos casos se encontraban muy por debajo de los verdaderos precios de mercado, si es que no eran irrisorias. El Real Decreto-ley dio un giro copernicano a tal situación y suprimió la obligatoriedad de dicha prórroga legal, dando lugar en su breve período de vigencia a contratos de corta duración, generalmente anuales, y rentas muy elevadas.

La alternativa que se le presentaba al legislador se reducía bien a proteger al arrendatario, protección a ultranza que no hay duda le otorgaba la anterior legislación, si bien su posición quedaba más inestable con la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 1985, bien a establecer una política legislativa favorable a los propietarios o arrendadores. La actual Ley, en una posición de carácter intermedio, ofrece ahora una visión economicista, poniendo punto final a unos contratos que, prácticamente, eran normados, concebidos para proteger a los arrendatarios, en detrimento de los arrendadores, que no contaban tan siquiera ni con el apoyo de las Administraciones Públicas. Los Magistrados NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ, EPIFANIO LEGIDO LÓPEZ y MIGUEL ANGEL LOMBARDÍA DEL POZO llegan a afirmar que es posible que nos encontremos ante una legislación de tránsito, pues las novedades que se introducen en la nueva Ley podían haber sido llevadas al Código

(1) LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1995

Civil desde una nueva redacción del contrato de arrendamiento en su conjunto (2).

Desde mi perspectiva, creo que hay que posicionarse en unos criterios que hagan primar, ante todo, el interés social, sin el fácil recurso a la desprotección de una de las partes del contrato. Con esta visión, pasamos al estudio y análisis de conjunto de la actual LAU.

ANÁLISIS DE LA ACTUAL LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Uno de los primeros puntos a tratar en nuestro examen ha de ir referido, como no podía ser menos, por otra parte, a la Exposición de Motivos de nuestra actual LAU. En su Preámbulo, se dice que la finalidad última de la Ley es coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de viviendas orientada por el mandato constitucional contenido en el artículo 47, al expresar dicho precepto que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

Hasta aquí observamos el deseo, por parte del legislador constitucional, de llevar a la práctica un equilibrio adecuado entre las partes, tal como poníamos de manifiesto con anterioridad.

El Preámbulo hace hincapié, asimismo, en la necesidad de establecer una distinción, clara y terminante, entre los arrendamientos de vivienda y aquellos otros destinados a un uso diferente del de vivienda, pues es evidente que son situaciones distintas y la Ley ha de dar respuesta a las mismas, pues es la realidad social la que, en definitiva, ha de prevalecer por encima de otras consideraciones.

En relación con los procesos arrendaticios, la actual LAU contiene modificaciones que han de ser tenidas en cuenta y de las que trataremos en su momento.

Por lo que hace a la duración de los arrendamientos de vivienda, es significativo el plazo de duración de los mismos, plazo mínimo que se articula en cinco años, tiempo este que parece bastante apropiado en orden a la estabilidad del arrendatario, al paso que tampoco es desproporcionado, en su

(2) DÍAZ MÉNDEZ, LEGIDO LÓPEZ y LOMBARDÍA DEL POZO. *Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos Aspectos sustantivos y procesales*. Granada, 1994

duración, para el arrendador. La prórroga tácita da lugar a un nuevo plazo, establecido, sobre períodos anuales, de tres años. No obstante, la duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes, lo cual introduce un amplio campo para la autonomía de la voluntad, siendo, por tanto, el nuevo texto menos intervencionista que el anterior, lo cual es loable a todos los efectos.

El propio Preámbulo de la Ley contempla el reconocimiento de la existencia de situaciones que exigen plazos inferiores de duración, lo que impone vinculado a la exclusiva necesidad, conocida al tiempo de celebración del contrato, de recuperar el uso de la vivienda arrendada para domicilio del arrendador. El instituto de la subrogación se mantiene también, si bien con carácter mitigado, hasta la terminación del plazo contractual. Dicho derecho se extiende al ámbito *mortis causa*, con un amplio margen, pues acoge, con mentalidad progresista, al conviviente *more uxorio*. Me interesa destacar que, efectivamente, el artículo 16 de la actual Ley afirma que, en caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato el cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él, así como la persona que hubiere venido conviviendo con aquél de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. Se establece, como vemos, un matiz importante de progreso en la materia que estamos tratando. Se intenta dar un paso interesante en relación con el reconocimiento de las parejas de hecho o extramatrimoniales, refiriéndose la Ley incluso a aquellas parejas que pertenecen al mismo sexo, es decir, a las parejas de homosexuales. Dicha referencia se indica bajo la terminología de «*con independencia de su orientación sexual*». Esta expresión, que, al parecer fue fruto de un largo consenso, ha sido, sin embargo, objeto de críticas. Así, los Magistrados DÍAZ MÉNDEZ, LEGIDO LÓPEZ y LOMBARDÍA DEL POZO, ya citados anteriormente como autores de un interesante libro sobre la actual LAU, afirman que de una vez por todas se da respuesta a las situaciones de crisis matrimonial en el ámbito del contrato de arrendamiento, que había producido no pocas dificultades en el pasado, pero, por lo que se refiere a las relaciones de hecho, la expresión utilizada por el legislador no puede ser más desafortunada, pues, según estos autores, nada tiene que ver con la de convivencia de personas del mismo sexo, pues sexo o inclinación sexual son conceptos diferentes.

Desde mi punto de vista, la terminología empleada, si bien pudiera ser objeto de críticas desde el ámbito científico, no creo debiera serlo tanto desde el aspecto propiamente jurídico, porque es evidente que, con dicha expresión, se da respuesta y cabida, por fin, a situaciones que, antaño, eran consideradas inmorales, tal como rezaba el apartado 8 del artículo 114 de la ya derogada

LAU de 1964, en sede de resolución del contrato a instancia del arrendador: «*Cuando en el interior de la vivienda o local de negocio tengan lugar actividades que de modo notorio resulten inmorales ...*»

Esta causa resolutoria del contrato de arrendamiento se había venido invocando ante los Tribunales de Justicia por los arrendadores cuando el arrendatario convivía maritalmente con otra persona en la vivienda arrendada y había recibido buena acogida por parte de Jueces y Magistrados. Hay que tener en cuenta en este orden de cosas que la Ley del 64 nació en el seno de un Estado confesional, católico, por lo que la Administración de Justicia, fiel a dichos postulados, resolvía el contrato en base a la declaración de convivencia extramatrimonial de carácter inmoral y antisocial. Así lo entendió la Audiencia de Madrid en Sentencia de 2 de mayo de 1960. Pero con palabras más fuertes lo había sancionado meses antes la citada Audiencia, en Sentencia de 4 de enero de 1960, que transcribimos sintéticamente para su mejor comprensión: «*Que las relaciones íntimas o el vivir amancebado, como dice la sentencia, que en efecto, ocurre, supone un estado crónico subversivo de los principios morales de una sociedad cristiana, el mal ejemplo constitutivo del escándalo, con lo cual puede considerarse que concurre el primer requisito de la causa 8.ª del artículo 114, porque el hecho de tener instruido un expediente para contraer matrimonio canónico no justifica esa conducta desarrollada que escandaliza a los vecinos*»

Me interesa detenerme extensamente en este tema, sobre todo por las implicaciones políticas y sociales que, de cara a lo jurídico, tiene. En este sentido, hay que destacar también la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1960, desestimando la pretensión del arrendador porque no consideró probada la existencia de una convivencia sexual extramatrimonial, en cuyo caso debía presumirse que en el interior de la vivienda solamente se desarrollaba una convivencia paterno-filial. Para ESTRADA ALONSO (3), las consecuencias que en aquellos tiempos se podían deducir de esta sentencia eran muy peligrosas. De un lado, se declara la inmoralidad de la convivencia extramatrimonial, pues, probada por el arrendador su existencia, el inquilino hubiera incurrido en la causa 8.ª del artículo 114 de la derogada LAU, para la resolución del contrato. En este supuesto, además, la presunción de inexistencia de relación extramatrimonial se justificaba en base a convivir con ellos una hija natural de ambos, lo que otorgaba la posibilidad de que la única relación familiar existente fuera exclusivamente la de cada progenitor con el hijo común, salvo que se demostrara lo contrario.

De otro lado, con esta declaración, por incidir precisamente la denegación de la pretensión en el hecho de que no haya resultado probada la ejecución

(3) ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Madrid, 1986.

de relaciones «ilícitas» entre los convivientes, que se presume inexistente por convivir con ellos una hija común menor de edad, se está indirectamente legitimando y, a la vez, induciendo a los arrendadores a indagar y obtener pruebas sobre la vida privada de los arrendatarios. En todo caso, hay que dejar sentado que, en aquellos momentos, poca importancia tenía, a efectos jurídicos, el derecho a la intimidad privada, personal y familiar de los sujetos, derecho este que, en cambio, en la actualidad ha recobrado el valor y la consideración que, a todas luces, se merece en un Estado social y democrático de Derecho.

Hay que recordar, siguiendo el hilo de estos razonamientos, que el artículo 58.1 de la derogada LAU reconocía el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento al cónyuge del inquilino titular fallecido. La actual LAU, si bien establece un nuevo régimen en materia de subrogación *mortis causa* en el artículo 16, no deroga totalmente el artículo 58.1 de la anterior LAU para aquellos contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, para los que se prevé un régimen jurídico con carácter provisional, contenido en la Disposición Transitoria segunda. Con la entrada en vigor de la Constitución, ha sido el Tribunal Constitucional el encargado de poner un poco de orden en tan anquilosados criterios. Así, dicho Alto Tribunal consideró que no se podía justificar la discriminación del artículo 58.1 por la finalidad de estimular el matrimonio frente a las uniones extramatrimoniales, pues *«la radicalidad de la medida supondría coartar y dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y la mujer que deciden convivir "more uxorio"»*.

No obstante, la actual LAU también adolece de defectos en esta materia, que voy a poner de relieve seguidamente. Su artículo 7, referido a la condición de arrendamiento de vivienda, señala que el arrendatario de la misma no perderá esa condición aunque aquél no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habite su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes.

En este artículo citado se contrasta llamativamente la exclusión del compañero/a o cónyuge de hecho, lo que, a primera vista, puede resultar inexplicable y contradictorio con el propio espíritu de la actual LAU, pues el artículo 12.4, en sede de desistimiento del arrendatario, expresa que *«lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia»*.

Queda únicamente, en esta materia, por señalar que el artículo 16 de la actual LAU es la primera norma, el primer precepto de la democracia, tal como

ha expresado NICOLÁS PÉREZ CÁNOVAS (4), en el que se produce un reconocimiento legal tanto de las uniones extramatrimoniales, como de aquellas parejas que, siendo del mismo sexo, conviven juntas, otorgándoseles la misma protección que a las matrimoniales en sede de arrendamiento de vivienda. Si me he detenido en este punto es por la indudable repercusión, de cara al futuro, que este precepto pudiera tener, además de por sus implicaciones sociales, obviamente positivas en lo que a uniones extramatrimoniales se refiere, incluyendo en ellas a las de mismo sexo, cosa impensable hace unos años.

El artículo 17 de la LAU establece la libertad de pacto en orden a la fijación de la renta, lo cual es acorde con un sistema en el que, ante todo, debe prevalecer la autonomía de la voluntad, merced a que la intervención estatal ha de ser lo más respetuosa posible con la libertad de las personas en orden a la configuración de su vida social y jurídica. Por lo que hace al tiempo y lugar de pago de la renta, la Ley remite también a la libertad de pacto, si bien prevé que, a falta del mismo, el pago de la renta será mensual y dentro de los siete primeros días del mes. Se prohíbe al arrendador exigir, en todo caso, el pago anticipado de más de una mensualidad, pues, en armonía con lo preceptuado por el artículo 6, *«son nulas y se tendrán por no puestas las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice»*

En cuanto al lugar de pago de la renta, será en la vivienda arrendada, pero el procedimiento de pago es libre. Hay una obligación importante, que consiste, para el arrendador, en entregar recibo del pago al arrendatario, lo cual es lógico, habida cuenta que va a constituir un medio de prueba para acreditar que, efectivamente, dicho pago se produjo.

No hay inconveniente en fijar el pago por semanas, por días o por trimestres, todo ello según las conveniencias de las partes contratantes, que son, en definitiva, las que, en función del artículo 1.255 del Código Civil, han de tener un amplio ámbito de libertad, como ya he expuesto anteriormente.

El artículo 18 está referido a la actualización de la renta. El precepto distingue dos períodos. Durante los primeros años, la renta podrá ser actualizada por el arrendador o por el arrendatario en la fecha que se cumpla cada año de vigencia del contrato, aplicando a la renta de la anualidad anterior la variación porcentual experimentada por el Índice General Nacional de Precios al Consumo en un período de doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de cada actualización, tomando como referencia para la primera actualización el índice publicado en la fecha de celebración del contrato y, en las sucesivas, el que corresponda al último aplicado.

(4) PÉREZ CÁNOVAS, NICOLÁS, *Homosexualidad Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, 1996

A partir del sexto año de duración del contrato, la actualización se regirá por lo que, al respecto, se haya pactado y, en defecto de pacto, por la regla vista anteriormente.

Tal como expone CARLOS LASARTE ALVAREZ (5), la posible actualización de la renta mediante el índice general nacional del IPC consistía en una previsión normativa de carácter supletorio que, en consecuencia, la hubieran podido sustituir por cualquier otro sistema de actualización. En el texto definitivo de la Ley, la cuestión resultó indiscutible, pues el índice nacional general del IPC constituye el tope máximo de revalorización anual de la renta, regla de *ius cogens*, establecida, sin duda alguna, en favor de los arrendatarios y cuyo *leif motiv* radica en evitar que el incremento de rentas libremente pactado pudiera convertirse en un factor inflacionista de evidente trascendencia general. En tal sentido, tal como expone el autor citado, la regla es razonable y merecedora de elogios, porque somete, simultáneamente, al arrendador y al arrendatario a un parámetro económico de futuro que, en todo caso, reequilibra sus respectivas prestaciones y, al mismo tiempo, resulta indiscutible.

Naturalmente, la renta puede también ser elevada por obras de mejora, tal como dispone el artículo 19, y dicha elevación supone elevar la renta anual en la cuantía que resulte de aplicar al capital invertido en la mejora el tipo de interés legal del dinero en el momento de la terminación de la obra incrementado en tres puntos, sin que el aumento pueda exceder del 20 por 100 de la renta vigente en aquel momento.

Hay que diferenciar entre las reparaciones necesarias para la conservación de la vivienda, reguladas en el artículo 21, y aquéllas que pueden ser consideradas obras de mejora, contempladas en los artículos 19 y 22. Las reparaciones necesarias no dan lugar a elevación de la renta, pues, siguiendo al Código Civil, el arrendador ha de entregar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinado. Pero las obras de mejora revalorizan la vivienda arrendada, posibilitando un mejor aprovechamiento por parte del arrendatario.

El artículo 20 de la Ley permite el pacto, siempre acorde con el respeto a la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades, que no sean susceptibles de individualización y que correspondan a la vivienda arrendada o a sus accesorios, sean puestos a cargo del arrendatario. Si la vivienda arrendada fuere un piso en régimen de propiedad horizontal, tan frecuente hoy en día, esos gastos serán los que correspondan a la vivienda arrendada en virtud de su cuota de participación. Si se tratare de un edificio no sujeto a dicho régimen, los gastos serán los que se hayan asignado a la finca en función de su superficie. Este pacto habrá de realizarse por

(5) LASARTE ALVAREZ, CARLOS, Obra citada en nota 1.

escrito, determinando el importe de tales gastos a la fecha del contrato, sin que dicho acuerdo afecte en nada a la Administración.

Naturalmente, hay que resaltar que, si el arrendatario abona dichos gastos, la renta ha de experimentar una reducción en su cuantía, lo cual establece un sistema de justicia, de equidad.

En sede de derechos y obligaciones de las partes, preceptúa el artículo 21 que el arrendador tiene derecho a realizar, sin elevación de la renta, aquellas reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, en armonía con el propio artículo 2 de la Ley. Pero, si el deterioro producido en la vivienda fuere imputable al arrendatario, será éste responsable de aquéllos. La prueba de que los deterioros se produjeron sin su culpa corresponde al arrendatario. Además está obligado a poner en conocimiento del arrendador, en un plazo breve, la necesidad de efectuar las reparaciones, pudiendo llevar a cabo las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, exigiéndole al arrendador su importe de manera inmediata.

A mi juicio, el elenco de derechos y obligaciones de las partes podría haberse remitido a la regulación que, al respecto, establece el Código Civil en sus artículos 1.554 y siguientes. A dichos preceptos nos remitimos en esta sede, amén de a los artículos de la propia LAU, que omitimos para evitar, en lo posible, la farragosidad en la exposición del tema.

Me interesa destacar el artículo 24 de la Ley, porque contempla la situación en la que el arrendatario, previa notificación escrita, al arrendador, pueda realizar en la vivienda las obras que fueren necesarias para adecuar ésta a su condición de minusválido, o a la de su cónyuge o de la persona con quien conviviere de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de los familiares que con él convivieran.

El párrafo final de dicho artículo 24 expresa que *«el arrendatario estará obligado al término del contrato a reponer la vivienda al estado anterior si así lo exige el arrendador»*

El precepto examinado está en perfecta armonía con lo establecido por el mandato constitucional, ex artículo 49 del Texto Fundamental, que previó estas situaciones de minusvalía, manifestando que *«los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»*.

Obvio resulta decir que, entre esos derechos regulados en el Título I, se encuentra, naturalmente, el de acceder a una vivienda digna y adecuada. Mal podría, pues, cumplirse semejante previsión constitucional, muy loable sin duda, sin este artículo 24 de la LAU actual.

El artículo 25 contempla, respectivamente, los llamados derechos de tanteo y de retracto. Son derechos de adquisición preferente. En el primer supuesto, el derecho de tanteo, sobre el arrendador pesa la obligación de notificar al arrendatario, en forma fehaciente, su decisión de vender la finca arrendada, especificando el precio y demás condiciones de la venta. Es el arrendatario el que, a la vista de dicha notificación, podrá ejercitar el derecho de tanteo en el plazo de treinta días naturales, que empezarán a contar desde la fecha de la recepción de esa notificación. El precepto, además, se encarga de señalar que los efectos de la notificación caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma. De ahí que haya que deducir, en buena lógica, que, si el arrendador no realiza la anunciada venta en dicho plazo, la notificación que, en su día realizó, pierde sus efectos y, como consecuencia, si pretendiera vender transcurrido dicho plazo, habría de efectuar una nueva notificación en las mismas condiciones previstas para la primera.

En cuanto al derecho de retracto, hay que tener en cuenta que si el arrendador vendiere la finca arrendada sin haber realizado la notificación correspondiente —ya examinada— o hubiere omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, o hubiera vendido por precio inferior o en condiciones menos onerosas que las anunciadas, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto, sujetándose a lo estipulado en el artículo 1.518 del Código Civil, que expresa que *«el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además 1. Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2. Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida»*.

Los derechos de tanteo y retracto quedan excluidos cuando existieren en el mismo edificio varias viviendas o locales de negocio que pertenezcan a un mismo propietario y éste los vendiere conjuntamente. Tampoco cuando las distintas viviendas o locales pertenecieran a distintos propietarios y éstos los vendieran conjuntamente a un mismo comprador.

La Ley contempla el supuesto de un pacto de renuncia a los derechos de tanteo y retracto, siempre que los contratos tengan una duración pactada de más de cinco años. Es lógico que los propietarios de fincas urbanas pretendan efectuar contratos de duración superior a los cinco años, pues, de esta manera, se da ámbito libre a la renuncia a los derechos examinados de tanteo y retracto. Es oportuno recordar que la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1991 estimó que el derecho de adquisición preferente, nacido de la Ley, limita la libre disposición del propietario.

Los artículos 26, 27 y 28 de la Ley contemplan los supuestos en que puede producirse la suspensión, resolución o extinción de los contratos de arrendamiento. Si en la vivienda arrendada se realizaren obras de conservación u otras acordadas por la autoridad competente que la hagan inhabitable, le corresponde al arrendatario la opción de suspender el contrato o de desistir

del mismo, sin sujeción a indemnización alguna. Este precepto está en armonía con el artículo 2 de la Ley, ya comentado anteriormente.

El artículo 27 establece el mecanismo de las obligaciones recíprocas, contemplado en el artículo 1.124 de nuestro Código Civil para el supuesto de incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato, otorgando derecho a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato a la parte que hubiere cumplido las suyas. Siguiendo este razonamiento, el propio artículo 27 da derecho al arrendador a resolver el contrato por unas causas tasadas, que son las siguientes: a) *Falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario*; b) *La falta de pago del importe de la fianza o de su actualización*; c) *El subarriendo o la cesión inconsentidos*; d) *La realización de daños causados dolosamente en la finca o de obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de éste sea necesario*; e) *Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*; f) *Cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien, efectivamente, la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.º*

El mismo artículo 27 contempla la posibilidad de resolución del contrato por el arrendatario, de acuerdo con las siguientes causas: a) *La no realización por el arrendador de las reparaciones a que se refiere el artículo 21*; b) *La perturbación de hecho o de derecho que realice el arrendador en la utilización de la vivienda*».

Tengamos en cuenta que la anterior LAU de 1964 contemplaba, en su artículo 114.8, las actividades insalubres y peligrosas, así como las molestas e inmorales. La nueva Ley, de acuerdo con postulados más progresistas, ha suprimido las llamadas inmorales, así como las incómodas. La terminología ahora utilizada —ilícitas y molestas— es más amplia. Se emplea, además, la terminología de «nocivas», que pretende abarcar aquellas actividades que sean perjudiciales, dañosas o perniciosas.

Por fin, el artículo 28 prevé la extinción del contrato de arrendamiento por pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador y por la declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente. Ambos supuestos habían ya sido objeto de regulación en la Ley de 1964.

El Título III de la actual Ley se denomina «De los arrendamientos para uso distinto del de vivienda». Sabemos que cualquier arrendamiento que no tenga por objeto la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario viene englobado por la Ley bajo un concepto negativo de «arrendamientos para uso distinto del de vivienda, tal como expresa su artículo 3. Los artículos 29 a 35 están dedicados, precisamente, a estos arrendamientos. El artículo 4.3 ya delimita que «sin perjuicio de lo dispuesto en el aparta-

do 1, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes; en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil»

Para estos arrendamientos, como vemos, hay una amplia y absoluta libertad de las partes contratantes. Sin embargo, algunos preceptos son de aplicación de *ius cogens*, como las normas relativas al proceso, los preceptos relativos a la fianza y a la formalización del contrato.

El interesante artículo 29 establece la subrogación del adquirente de la finca arrendada en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 30 remite, en sede de conservación, mejora y obras del arrendatario, a lo dispuesto en los artículos 21, 22, 23 y 26 de la Ley, así como al 19. Igualmente, el artículo 31 hace aplicable el derecho de adquisición preferente, ya examinado en el artículo 25, a los arrendamientos contemplados en este Título III.

El artículo 32 admite la facultad de subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento cuando en la misma se ejerza una actividad empresarial o profesional, todo ello sin contar con el consentimiento del arrendador. Admite la Ley tanto el subarriendo parcial como el total. Para el primer caso se concede al arrendador el derecho a elevar la renta en un 10 por 100. En el segundo caso, la elevación de la renta está en un 20 por 100. También en un 20 por 100 podrá elevarse la renta en el supuesto de cesión, no considerándose cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria. Como he dicho, no es preciso el consentimiento del arrendador, pero sí han de notificársele tanto la cesión como el subarriendo de forma fehaciente y en el plazo de un mes desde que aquéllos se hubieren concertado. La actual Ley, simplificando estas cuestiones, elimina el derecho del arrendador a participar en el precio del traspaso, así como los derechos de tanteo y retracto que, en su día, le habían sido reconocidos.

El artículo 33 prevé la subrogación del heredero o legatario del arrendatario, en caso del fallecimiento de éste, en sus derechos y obligaciones, siempre que aquéllos continúen ejerciendo en el local arrendado una actividad profesional o empresarial, debiendo efectuarse la oportuna notificación al arrendador en el plazo de los dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento. Esta subrogación alcanza hasta la extinción del contrato solamente.

El artículo 34 de la Ley viene a introducir una auténtica novedad en el ámbito de los arrendamientos de locales de negocio, concediendo derecho al arrendatario a ser indemnizado por el arrendador cuando se dé la extinción, por el transcurso del término convencional, del arrendamiento de una finca en la que, durante los últimos cinco años, se haya venido desarrollando una

actividad comercial de venta al público, siempre que el arrendatario haya manifestado, con cuatro meses de antelación a la expiración del plazo, su voluntad de renovar el contrato por un mínimo de cinco años más y por una renta de mercado, considerando como tal la que las partes fijen y, en defecto de pacto, la que, al efecto, determine un árbitro designado por las partes. El citado artículo 34 determina, en sus apartados siguientes, la cuantía de dicha indemnización.

Por último, el artículo 35, en sede arrendamiento de locales de negocio, establece la posibilidad de que el arrendador resuelva el contrato en base a las causas siguientes:

- a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario. Recordemos que esta causa es idéntica a la establecida, en sede de arrendamiento de fincas para uso de vivienda, a la letra a) del artículo 27.2.
- b) La falta de pago del importe de la fianza o de su actualización. Es la letra b) del artículo 27.
- c) Cuando en el local arrendado tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Es la letra e) del artículo 27.
- d) La cesión o el subarriendo incumpliendo los requisitos exigidos por el artículo 32, es decir, sin la correspondiente notificación al arrendador en el plazo allí establecido.

Para un sector doctrinal (6) habrán de ser de aplicación las normas sobre resolución de contrato por incumplimiento de las obligaciones de las partes, conforme a lo previsto en el artículo 1.124 del Código Civil, así como las causas de extinción en los términos contemplados para el arrendamiento de viviendas, por lo que el artículo 35, según esta interpretación, no puede entenderse que esté estableciendo un *numerus clausus* de causas de resolución.

No obstante, aunque esta interpretación es correcta desde el punto de vista jurídico, hubiera sido más acertado, a mi juicio, redactar un precepto de alcance abierto que permitiera una valoración amplia y no circunscrita a los supuestos enumerados en dicho artículo 35.

El Título IV de la Ley contiene las llamadas «Disposiciones Comunes», que hay que entender lo son para ambos tipos de contratos de arrendamiento, el de vivienda y el de uso distinto de aquélla. El artículo 36 abre el elenco de estas Disposiciones con una amplia referencia a la fianza. Hay que recordar que la falta de pago del importe de la fianza o de su actualización se

(6) DÍAZ MÉNDEZ, LEGIDO LÓPEZ y LOMBARDÍA DEL POZO. Obra citada en nota 2.

configura en la Ley como causa de resolución del contrato, por lo que fácilmente puede colegirse la extraordinaria importancia que dicha fianza tiene en nuestra actual LAU. Su actualización durante el período de tiempo en que el plazo pactado exceda de cinco años se regirá por lo pactado por las partes y, a falta de pacto, lo acordado sobre actualización de la renta se presumirá también querido para la actualización de la fianza.

El artículo 37 está referido a la formalización del contrato. El principio general es el de libertad de forma para la celebración de éste, aunque las partes podrán compelerse recíprocamente a su formalización por escrito. Parece oportuno recordar que los contratos de arrendamiento tienen acceso al Registro de la Propiedad, habiendo sido modificado el número 5 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria.

Trata el Título V de los Procesos Arrendaticios, materia ésta que entiendo es sumamente importante a la hora de una mejor comprensión de la actual LAU. Comienza estableciendo el artículo 38 que *«el conocimiento de los litigios relativos a los arrendamientos que regule la presente Ley corresponderá al Juez de Primera Instancia del lugar en que se halle la finca sin que sean aplicables las normas sobre sumisión expresa o tácita de la Sección Segunda del Título II del Libro Primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante)»*.

La no remisión que se hace a la LEC lo es a sus artículos 56, 57, 58, 59, 60 y 61, bajo el epígrafe «Reglas para determinar la competencia». Nos encontramos con que la Ley actual ha establecido un fuero territorial único e inderogable y, por tanto, indisponible e improrrogable.

El artículo 39 delimita el ámbito de los procesos judiciales remitiendo, en sede de litigios relativos a los contratos regulados en la presente Ley —que hay que entender referidos a fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda, con las exclusiones contempladas por el artículo 5, pues de su ámbito de aplicación quedan excluidos: a) El uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten; b) El uso de las viviendas militares; c) Los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento; d) El uso de las viviendas universitarias —a las normas procesales comunes con las modificaciones que se deriven de lo dispuesto en la propia Ley que examinamos. Los litigios han de sustanciarse por las normas del juicio de cognición. Esta es la norma general, pero, como toda generalidad, admite y prevé unas excepciones, fundamentadas en aquellas demandas que se interpongan por precario, por extinción del plazo del arriendo o por resolución del mismo por falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades a ella asimiladas y que corresponda al arrendatario. Estos supuestos, que, como

he dicho, constituyen excepciones a la norma general, se remiten al juicio de desahucio, ex artículos 1.570 y siguientes de la LEC, además de las Disposiciones generales contenidas en el Título XVII de la LEC.

El juicio de cognición, que es el proceso tipo para los litigios que se susciten en materia de contratos de arrendamientos urbanos, se regula en el Decreto de 21 de noviembre de 1952. Sus notas esenciales más destacadas son la apreciación de oficio de la existencia de los presupuestos o requisitos procesales; la posibilidad de subsanación de defectos; mayores poderes de control y dirección del Tribunal; mayor concentración y oralidad y especial valoración de la rebeldía.

En el supuesto en que hayan de determinarse rentas o de aquellos importes que correspondan pagar al arrendatario, que habrán de tramitarse por el procedimiento verbal. MANUEL DE COSSÍO y JOSÉ LEÓN CASTRO exponen que, al referirse la Ley a «rentas o cantidades adeudadas», se plantea el problema de «las por vencer», para el caso de que no pudiera ampararse la demanda por haberse ya contestado de contrario. Estos autores opinan que cabe la petición de condena de presente a las prestaciones futuras (7). Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de septiembre de 1984.

Los trámites del juicio verbal se desarrollan en los artículos 715 al 739 de nuestra LEC. En sede de arrendamientos urbanos, se trata de un juicio verbal plenario por razón de la materia, con independencia de la cuantía de la reclamación. Se trata de un juicio que se inicia con una demanda, en la que bastará indicar, de modo sumario, la pretensión del actor y los datos personales de las partes, no siendo precisa la intervención de abogado ni de procurador. Será en el juicio oral que se celebre donde las partes habrán de exponer sus fundamentaciones jurídicas y fácticas, proponiéndose y practicándose las pruebas que sean admitidas en el acto, si ello es posible y, en otro caso, en una sesión ulterior.

Una vez examinados brevemente los tres juicios, cognición, que es el tipo, desahucio y verbal, contemplados por la LAU actual, conviene detenerse también someramente en los recursos que procedan contra las sentencias dictadas en aquéllos.

Contra la sentencia dictada en juicio de cognición podrá interponerse, en término de cinco días, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que se admitirá en ambos efectos. Si se denegare la admisión de la apelación, podrá el apelante, dentro de las veinticuatro horas siguientes, manifestar por escrito su propósito de recurrir en queja ante la Audiencia Provincial, ex artículo 67 del Decreto de 1952.

(7) DE COSSÍO, MANUEL, y LEÓN-CASTRO, JOSÉ, *Práctica procesal y contractual en materia de arrendamientos urbanos: formularios de contratos, requerimientos, procedimientos judiciales y arbitraje*. Granada, 1996.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial podrá interponerse recurso de casación, pero únicamente en los procedimientos iniciados con posterioridad a la vigencia de la actual LAU, solamente cuando la sentencia no fuere conforme con la dictada en primera instancia y siempre que su cuantía alcance la requerida para este tipo de recursos —seis millones de pesetas— o exceda de un millón quinientas mil pesetas, si se tratare de vivienda.

En cuanto al juicio de desahucio, el objetivo primordial del mismo es recuperar la cosa arrendada. Las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en estos juicios son apelables ante la Audiencia Provincial, siguiéndose las mismas normas que ya se han señalado para los recursos contra las sentencias dictadas en juicio de cognición. El recurso de apelación lo será en ambos efectos y se interpondrá dentro del tercer día. En ningún caso habrá lugar al recurso de casación por falta de pago de la renta o en los juicios de desahucio que tengan regulación especial. Algún sector de la doctrina española excluye de la casación el precario, entendiendo por tal aquellas situaciones en que se posee sin título que autorice para retener la cosa contra la voluntad del propietario, ya que en el Pleno de 5 de febrero de 1992 la Sala Primera del Supremo lo excluyó de las controversias arrendaticias. Una especialidad digna de mención, dentro de este tipo de juicio, es que podrá enervarse el desahucio por falta de pago de rentas, de cantidades asimiladas o de aquéllas cuyo pago haya asumido el arrendatario si, en algún momento anterior al señalado para la celebración del juicio, paga al demandante o consigna judicial o notarialmente las cantidades debidas. Sin embargo, tal enervación no tendrá lugar si se hubiera producido otra con anterioridad, ni cuando el arrendador hubiere requerido de pago al arrendatario con cuatro meses de antelación a la demanda y éste no le hubiese pagado al tiempo de dicha presentación.

Por lo que hace respecto a los recursos que pueden interponerse contra las sentencias dictadas en juicio verbal, hay que decir que se admite en ambos efectos recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial. Por la Ley 10/1992, se introdujo la posibilidad de tramitar la apelación sin personarse ante el Tribunal Superior que ha de resolverla. No cabe contra la sentencia dictada por la Audiencia el recurso de casación, cualquiera que fuere su cuantía.

En cuanto al procedimiento de arbitraje, las partes podrán someter cuantas controversias se deriven de los contratos de arrendamientos urbanos a los Tribunales Arbitrales, en función de lo dispuesto en la Ley 36/1988, según la cual *«mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a Derecho.»*

Hay que entender que no cabe arbitraje en aquellas materias en las que las partes, o alguna de ellas, no tengan la libre disposición conforme a Derecho.

De este modo, no es posible en los juicios de desahucio. Así lo había entendido, tiempo atrás, nuestra Jurisprudencia y, en concreto, la sentencia de 3 de mayo de 1961, del Tribunal Supremo, expresando que no pueden ser objeto de la jurisdicción arbitral más que aquellas cuestiones de derecho privado dispositivo, quedando excluidas las de derecho necesario que corresponde a la jurisdicción ordinaria, cuya competencia no pueden derogar las partes en forma de sumisión a Tribunal distinto. La especialidad que se establece consiste en que el laudo, en defecto de pacto, habrá de ser dictado por los árbitros en un plazo máximo de tres meses a contar desde la iniciación del procedimiento arbitral.

Hasta aquí he intentado, de manera apretada, sintetizar unos comentarios a la actual LAU. A partir de este momento hay que fijarse en sus Disposiciones Adicionales, que son diez, pero de las que sólo voy a detenerme en dos de ellas, la 2.^a y la 5.^a

Efectivamente, la DA 2.^a, tal como adelantábamos con anterioridad, está referida a la modificación de la Ley Hipotecaria. El precepto adicional es de gran importancia, estableciendo que *«el artículo 2, número 5 de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, tendrá la siguiente redacción. 5.^a Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos ...»*, poniendo fin a una polémica antigua sobre el carácter real o meramente personal de los contratos de arrendamiento urbano, pues, tal como ha entendido ROCA SASTRE, prevalece el criterio de considerar al derecho arrendaticio como un derecho personal, conforme lo demuestra el mismo hecho de tener el legislador que regular la estabilidad de ciertas circunstancias de aquél y la acentuada necesidad de proteger determinados tipos de arrendamientos en estos últimos tiempos, encaminada siempre, sustancialmente, a procurar tal estabilidad, todo lo cual holgaría perfectamente si el derecho de arrendamiento fuese derecho real, concluyendo su razonamiento el ilustre jurista con la siguiente afirmación: *«Los argumentos en favor del carácter personal del derecho de arrendamiento inscribible en nuestro Registro son tantos y tan evidentes que no queda más remedio que rendirse, sobre todo ante la inanidad de los razonamientos adversos»*.

De ahí que hay que concluir que, efectivamente, el arrendamiento, como contrato que es, a pesar de que tenga acceso al Registro de la Propiedad, no por esta circunstancia deja de tener o pierde carácter personal.

La Disposición Adicional 5.^a está referida a cuestiones procesales de tanto interés como la modificación de nuestra LEC en algunos artículos, en concreto, el 1.563, 1.566, 1.567 y 1.687.3. La reforma de estos preceptos es de oportuna observancia, pues, tal como ha manifestado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia de 19 de septiembre de 1994, el pago o la consignación de las rentas vencidas, antes de interponer la apelación contra

la sentencia de desahucio, que es inexcusable para la admisión del recurso, no puede ser calificado como un mero requisito formal, sino como una exigencia sustantiva o esencial para el acceso a los recursos en este tipo de procesos.

La LAU actual presenta, además, otra innovación en materia de enervación por el arrendatario de la acción de desahucio, consistiendo esta novedad en la facultad a aquél concedida de enervar en una sola ocasión, no procediendo dicha enervación cuando el arrendador, con cuatro meses de antelación a la presentación de la demanda, hubiese requerido, por cualquier medio que permita acreditar su constancia de pago al arrendatario y éste no hubiese pagado las cantidades adeudadas al tiempo de la presentación de la demanda.

Contiene la Ley seis Disposiciones Transitorias, de las que voy a comentar las tres primeras por su importancia e interés práctico.

La Ley prevé un régimen de carácter transitorio para aquellos contratos de arrendamiento anteriores al 9 de mayo de 1985, fecha en la que entró en vigor el Real Decreto-ley 2/1985, conocido como «Decreto Boyer» y popularmente denominado «El Decretazo». Dicho Decreto suprimió la aplicación forzosa del régimen de prórrogas contemplado en el artículo 57 de la LAU de 1964 para todos aquellos contratos que se celebraran a partir del 9 de mayo de 1985. Para aquellos contratos que se hayan celebrado con anterioridad a dicha fecha, la nueva LAU dispone que continuarán rigiéndose por la anterior Ley, pero con algunas modificaciones. Así, en materia de subrogaciones, se establece que el inquilino titular del contrato de arrendamiento no podrá subrogar sino a su cónyuge, en el supuesto de jubilación o fallecimiento de aquél, en sede de arrendamientos de local de negocio. Si no hubieren transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la Ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local.

En sede de arrendamientos de viviendas se establece que la subrogación sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho o, en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento.

Esta Disposición Transitoria segunda, en cumplimiento del mandato constitucional, vuelve a contemplar la situación del minusválido, mereciendo elogios la regulación que para la situación de minusvalía se realiza: *«El contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado, salvo que lo fuera un hijo del arrendatario no afectado por una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en cuyo caso se extinguirá a los dos años o en la fecha en que el subrogado cumpla veinticinco años, si ésta fuese posterior»*.

En sede de arrendamientos de viviendas celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, se establece el aspecto económico del contrato, con la

correspondiente actualización de la renta, aspecto este en que la legislación había quedado desfasada, circunscrita a criterios anticuados y estrechos de miras, porque la antigua Ley, prácticamente, obstaculizaba o impedía incluso en los llamados «contratos de renta antigua» la revisión de la misma, imponiendo al arrendador una estereotipada rigidez que nada bueno podía augurar para su equilibrio patrimonial.

La actual Ley opta, por fin, por unos criterios de actualización, a instancias del arrendador, previo requerimiento fehaciente al arrendatario, en base a una estimación proporcional, partiendo de la renta pactada inicialmente en el contrato que dio origen al arrendamiento, debiendo mantener con la renta actualizada, durante cada una de las anualidades en que se desarrolle la actualización, la misma proporción que el Índice Nacional del Sistema de Índices de Precios de Consumo o que el Índice General Nacional o Índice General Urbano del Sistema de Índices de Costes de la Vida del mes anterior a la fecha del contrato, con respecto al Índice correspondiente al mes anterior a la fecha de actualización.

Esta norma contenida en la Disposición Transitoria segunda de la actual Ley es susceptible de crítica, ya que toma como punto de referencia, en orden a la actualización, una serie de Índices estadísticos distintos, habiendo de elegir entre uno de ellos y sin determinar quién debe hacer uso de la facultad de elección, ni cuál es el más adecuado para equilibrar las prestaciones entre las partes del contrato.

El inquilino puede oponerse a la actualización de la renta mediante comunicación fehaciente al arrendador en el plazo de treinta días naturales siguientes a la recepción del requerimiento. Para este supuesto se dispone que la renta sólo podrá actualizarse anualmente con la variación que experimente el Índice General Nacional del Sistema de Índices de Precios de Consumo en los doce meses anteriores.

Para los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985, el régimen normativo aplicable será el Texto Refundido de 1964 con algunas modificaciones. La actual Ley recoge una distinción entre arrendatarios que sean personas físicas y aquellos que sean personas jurídicas. Para los primeros, establece la extinción del contrato por jubilación o fallecimiento, salvo la posibilidad de subrogación reconocida en favor del cónyuge o, en su defecto, un descendiente del arrendatario.

Respecto de los contratos en que el arrendatario sea una persona jurídica, se determina su extinción conforme a unas reglas muy detalladas, distinguiendo en función de la actividad que se desarrolle y según la cuota del Impuesto sobre Actividades Económicas.

Hubiera sido de desear que las Disposiciones Transitorias de nuestra actual Ley tuvieran un contenido más esquemático, no tan abigarrado y farfoso como el que presentan. Sin embargo, es evidente que aparecen dichas

disposiciones en la Ley con el objeto de regular situaciones que venían de antiguo, con problemas gravísimos, especialmente en lo que a continuación de rentas se refiere, y había que dar respuesta a las mismas. Básicamente, al objeto de esquematizar en pocas palabras lo esencial de su contenido, diremos que la Disposición Transitoria primera, referida tanto a viviendas como a locales de negocio, en contratos celebrados con posterioridad al Decreto Boyer, se garantiza la pervivencia normativa de su regulación hasta que, por extinción del plazo estipulado, se produzca o pueda producirse la tácita reconducción. Será a partir de esa reconducción cuando el contrato, ya renovado, podrá regularse por la actual LAU.

En cuanto a los arrendamientos de vivienda con prórroga legal forzosa, la actual Ley, en su Disposición Transitoria segunda, les garantiza, de manera vitalicia, tal condición, si bien se le permite al arrendador proceder a una paulatina actualización de la renta durante un plazo que, de modo tendencial, llega a los diez años, en función de los ingresos del arrendatario. Este no está obligado a actualizar, pero, en dicho supuesto, la duración del contrato no excederá de ocho años a partir de la publicación de la ley. Al arrendador se le priva de la facultad de elevar la renta cuando los ingresos familiares del arrendatario no superen entre 2,5 y 3,5 veces el salario mínimo interprofesional.

En relación con los locales de negocio, la Disposición Transitoria tercera parte de un esquema similar al ya visto, permitiendo la continuidad del arrendatario hasta su jubilación o fallecimiento, con la posibilidad de traspaso en caso de subrogación temporal, si bien con períodos de continuidad contractual más breves para los arrendatarios que sean personas jurídicas, con un tope máximo general de veinte años. Se faculta al arrendatario para permanecer en el local por un período de cinco años, aunque no acceda a actualizar la renta.

A MODO DE CONCLUSION

Si bien la actual LAU ha suscitado por parte de diferentes sectores doctrinales serias y enconadas críticas, desde mi punto de vista —y con el respeto más absoluto para todos aquellos autores que las han llevado a cabo— creo que la actual Ley merece algunos elogios y a ellos voy a referirme a continuación.

El principio rector que se observa en esta Ley es el de la autonomía de la voluntad, principio que se destaca muy claramente en el régimen de rentas, con la consiguiente libertad de pactos entre las partes contratantes al objeto de la determinación de aquéllas, así como en sede de formalización de los contratos.

El plazo mínimo de duración de los contratos, establecido en cinco años, pero articulado en torno al principio de libertad de pactos entre las partes, posibilita la estabilidad y permanencia de las unidades familiares, favoreciendo, de un lado, al arrendatario que no puede acceder a la propiedad de una vivienda, pero contribuyendo, en similar medida, a proteger al arrendador, pues no se trata de un plazo de tiempo excesivamente largo, lo que permite mitigar la institución de la subrogación. Se intenta, de esta manera, restablecer el adecuado equilibrio entre las partes contratantes.

Hay que elogiar, además, el carácter tuitivo en la regulación de los arrendamientos de viviendas, al paso que en aquéllos destinados a otro uso diferente se opta por una regulación basada en el libre acuerdo de las partes. Muy oportuna resulta la regulación realizada para la subrogación, reconociendo, en línea con una mentalidad progresista —muy actual— este derecho al conviviente *more uxorio*.

En sede de procesos arrendaticios, la reforma parcial efectuada por la actual Ley amplía el acceso a la casación, y, de otro lado, establece un nuevo sistema de enervación de la acción y de la acumulación de acciones.

Por lo que hace al régimen de las rentas, la pretensión de la Ley ha sido desbloquear la situación de las rentas congeladas. Para conseguirlo, se establece un sistema de revisión aplicable a todos aquellos contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, revisión que se produce de modo gradual y no traumática, incrementándose el número de años en que se produce la revisión total en función inversa de la renta del arrendatario. De este modo, se posibilita a los arrendatarios con menor poder adquisitivo para que adapten sus economías a la nueva situación jurídica y social. Para aquellos arrendatarios con un nivel bajo de renta y, en concreto, por debajo de dos veces y media, tres o tres veces y media el Salario Mínimo Interprofesional en función del número de personas que habiten en la vivienda arrendada, se excluye la revisión de las rentas.

Como novedad muy llamativa hay que destacar la figura del derecho preferente de arrendamiento en favor del arrendatario, en sede de arrendamientos de locales de negocio, para continuar en el uso del local en condiciones de mercado.

Por todo lo expuesto, estimo que la actual Ley intenta potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos, salvaguardando los derechos y obligaciones de las partes contratantes y procurando ponderar, de una manera equilibrada y coherente, los intereses contrapuestos de los arrendadores y arrendatarios.

Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ASPECTOS ESENCIALES DE LA REFORMA DEL ARTICULO 16 I RH. 1 EL PLAZO DE DURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE 2 LA REVERSIÓN DE LO EDIFICADO EN FAVOR DEL DUEÑO DEL SUELO 3. EL PLAZO PARA EDIFICAR Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO.

I. INTRODUCCION

En el número anterior de esta Revista publicábamos un estudio bajo el título: *El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual*.

En síntesis, manteníamos una concepción unitaria del derecho de superficie urbano, al que considerábamos sometido a las normas previstas al efecto en el TRLS de 1992 y al Reglamento Hipotecario, en aquellos puntos en que no debiera entenderse derogado por mantener una regulación contraria a la del TRLS.

Por evidentes razones de tiempo, aquel trabajo no pudo tomar en consideración la reforma del Reglamento Hipotecario, operada mediante Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (*BOE* de 29 de septiembre de 1998). Ello justifica que completemos ahora nuestro trabajo con algunas observaciones que nos sugiere la nueva redacción del artículo 16.1 del RH.

Con tal objeto nos vamos a centrar en aquellos puntos que se han visto modificados tras la reforma: el plazo de duración del derecho de superficie y su posible prórroga; la reversión de lo edificado en favor del dueño del suelo y, finalmente, el plazo del que dispone el superficiario para edificar.

II. ASPECTOS ESENCIALES DE LA REFORMA DEL ARTICULO 16.1 DEL RH

1. EL PLAZO DE DURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. El Real Decreto de reforma del Reglamento Hipotecario anuncia en su Preámbulo «una nueva regulación del derecho de superficie, unificando plazos de duración...» Se viene así a subsanar uno de los desajustes normativos que se producían entre la Legislación del Suelo (art. 289.2 del TRLS de 1992, que prevé una duración del derecho de superficie de setenta y cinco años, si se constituye por las Entidades públicas, o de noventa y nueve si se otorga entre particulares) y el anterior artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario (el plazo máximo de duración era de cincuenta años). La solución se acomoda además a la STC 61/97, de 20 de marzo de 1997, en cuyo FJ 38, recordemos, se establece que «la regulación del derecho de superficie se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 1.491.8 CE corresponde al Estado establecer». Hasta aquí, ninguna objeción cabe hacer al nuevo artículo 16.1 RH. No merece, en cambio, el mismo juicio la admisión de prórroga del plazo que se contempla en el actual inciso final del apartado a) del artículo 16.1 RH. En él se establece que: «No obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal». El RH viene a introducir una norma que vulnera el carácter imperativo con que el artículo 289.2 del TRLS señala el plazo de duración del derecho de superficie: «El plazo del derecho de superficie *no podrá exceder* de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares» (1). En este punto consideramos que el RH es un reglamento *contra legem* y, en consecuencia, creemos que el artículo 16.1.a) *in fine* debe considerarse carente de validez.

2. LA REVERSIÓN DE LO EDIFICADO EN FAVOR DEL DUEÑO DEL SUELO

1. El artículo 289.3 del TRLS de 1992 impone la reversión total de lo edificado en favor del dueño del suelo, una vez que haya transcurrido el plazo de duración del derecho de superficie. Tal exigencia llevaba a considerar modificado el anterior artículo 16.1.a) del RH, que imponía la reversión «salvo pacto en contrario» (2).

(1) Nos remitimos al § IV.2 de nuestro anterior trabajo.

(2) Nos remitimos al § IV.3 de nuestro anterior trabajo

Ahora, el artículo 16.1.a) establece que «Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie».

En nuestra opinión, habida cuenta del tenor del artículo 289.3 TRLS (no cabe reversión parcial; en todo caso lo edificado revierte en favor del *dominus soli*), el pacto por el que el superficiario conserva parte de la edificación constituye una obligación a término y, como tal, no producirá efectos hasta tanto no transcurra el plazo de duración del derecho de superficie. El *dominus soli* se obliga a transmitir al superficiario una cuota de su propiedad, convirtiéndose ambos en copropietarios del todo. Hasta que el derecho de superficie no se extinga, el superficiario es, y sólo es, propietario de lo edificado, y el dueño del suelo es, y sólo es, propietario del terreno.

De este modo, el artículo 16.1 se convierte en una excepción más, entre las ya reconocidas en nuestro Derecho, al principio consagrado en la propia Ley y el Reglamento Hipotecario (art. 98 y 9, respectivamente), en virtud del cual, los derechos personales no son inscribibles en el Registro de la Propiedad (3). Vaya nuestro juicio desaprobatorio ante la proliferación de esta práctica, sobre todo si es una norma con rango reglamentario la que viene a consagrarla.

3. EL PLAZO PARA EDIFICAR Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

1. Finalmente, el apartado c) del artículo 16.1 RH ha sufrido otra importante modificación.

El Real Decreto 1867/1998 anuncia como novedad en su Preámbulo, que se aclararán los efectos de la construcción fuera del plazo de edificación inicialmente previsto.

Hasta ahora, el artículo 16 no vinculaba ningún efecto al incumplimiento por parte del superficiario del deber de edificar en el plazo establecido. En cambio, el artículo 289.1 del TRLS de 1992 impone la extinción del derecho de superficie, *si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1*.

Como ya indicamos, el artículo 35.1 del TRLS de 1992 fue declarado inconstitucional por la STC 61/97 (4). Desde entonces, el plazo para edificar

(3) Tales son los casos de contrato de arrendamiento, el contrato de opción de compra (art. 14 del RH), o los Estatutos de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal (art. 5.3 LPH).

(4) Véase el tratamiento de esta cuestión en el § IV.4 de nuestro anterior trabajo

no tiene por qué anudarse al acto de otorgamiento de la licencia. Este puede encontrarse en los Planes, en la legislación de disciplina urbanística, en su caso dictada en la Comunidad Autónoma en cuestión, en las Ordenanzas municipales o, finalmente, en las propias licencias. Por tanto, el plazo al que se refiere el artículo 289.1 TRLS de 1992 será el que se establezca para edificar, de acuerdo con la normativa urbanística aplicable (5).

2. Dicho lo anterior, no queremos perder la oportunidad de dar algún paso más en la interpretación del artículo 289.1 TRLS de 1992.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, la remisión del artículo 289.1 TRLS al artículo 35 TRLS se justificaba en la medida en que el TRLS vinculaba la caducidad de la licencia a la extinción del derecho a edificar. Según el artículo 35.2: «El derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados, mediante su declaración formal, en expediente tramitado con audiencia del interesado» (6). La interpretación del alcance de las normas contenidas en los artículos 30 y siguientes TRLS fue objeto de una importante polémica doctrinal y jurisprudencial (7). Textualmente, la Ley hacía depender el derecho a edificar de la licencia. Una vez transcurridos los plazos en ella establecidos para edificar, el interesado no podía iniciar o reanudar la edificación al amparo de la licencia caducada (art. 36.1 TRLS). Pero, además, según el artículo 36.2 TRLS, declarado inconstitucional por la STC 61/97, la Administración expropiaría los correspondientes terrenos o acordaría su venta forzosa. En este caso, no es el derecho a edificar el que se extingue, sino el derecho de propiedad del dueño del terreno sobre cuya base se asienta el derecho de superficie. Con todo, la doctrina administrativista aclaraba que tales efectos sólo se producían si, a su vez, ya habían transcurrido los plazos

(5) Para un estudio en detalle de la nueva situación, vid. ORTEGA BERNARDO, «La caducidad de las licencias urbanísticas», en *RDU*, 1998, núm. 160, págs. 47 y sigs.

(6) Este precepto permaneció en vigor tras la STC 61/97. En cambio, con la actual Ley del régimen del suelo y valoraciones, de 13 de abril de 1998, desaparece la vinculación del derecho a edificar a la licencia, y que tanta polémica suscitó —vid. a este respecto, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones*, Civitas, 1998, págs. 220 y sigs.—. A tales efectos, el artículo 13 de la LRSV señala que los propietarios de suelo urbano tienen derecho a edificar en las condiciones que en cada caso establezca la legislación urbanística y el planeamiento. A su vez, el artículo 14 de la LRSV impone a los propietarios de suelo urbano el deber de edificarlos en plazo, si se encuentran en ámbitos para los que así se haya establecido por el planeamiento.

(7) Entre otros, vid. MERELO ABELA, *Régimen jurídico del suelo y gestión urbanística*, Praxis, 1995, págs. 179 y sigs.; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, «Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo», en *RCDI*, 1991, núm. 604, págs. 951 y sigs.; SORIANO GARCÍA, «Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo», en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991, págs. 154 y sigs.; CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, 1997, págs. 6 y 7. En la jurisprudencia, con visión contradictoria, STSJ de Navarra, de 14 de abril de 1997, y SSTSJ de Cantabria, de 5 de febrero de 1996, de Cataluña, de 2 de noviembre de 1995.

para solicitar licencia de acuerdo con los artículos 30 y 31 TRL, que también fueron declarados inconstitucionales en la STC 61/97 (8).

La cuestión que debemos plantear es hasta qué punto resulta justificada la extinción del derecho de superficie si, a pesar de haber transcurrido los plazos para edificar establecidos por la normativa urbanística aplicable, es posible solicitar una nueva licencia que legitime la actividad edificatoria proyectada; esto es, si es posible reiniciar la construcción.

3. El efecto originario de la extinción de la licencia (en este caso por su caducidad), es el cese de su eficacia legitimadora para edificar (9). Si el superficiario deja pasar el plazo para edificar —y sus posibles prórrogas—, ya no podrá efectuar la edificación o construcción proyectada al amparo de la licencia. Para ello deberá solicitar una nueva licencia que, como acto reglado, le será concedida si la actuación proyectada se adecua a la normativa aplicable. Ahora bien, si es posible reiniciar la construcción, no entendemos por qué ello debe afectar a la vida misma de un derecho real constituido entre particulares (10). Como sabemos, en virtud del derecho de superficie, el superficiario adquiere el derecho a edificar o construir en suelo ajeno, ganando la propiedad de lo construido o edificado. Si, de forma sobrevenida, ya no se puede edificar en ese terreno, es evidente que el derecho de superficie se extinguirá.

Por ello, creemos que el artículo 289.1 del TRLS de 1992 debería interpretarse del siguiente modo: el derecho del superficiario se extingue si, transcurridos los plazos para edificar, establecidos por la normativa urbanística aplicable, ya no es posible realizar la edificación proyectada.

4. Finalmente, el Real Decreto 1867/1998 introduce como novedad el permitir la inscripción de la declaración de obra nueva, *aunque no se haya edificado en el plazo señalado por las partes, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito*.

a) Para comprender este nuevo apartado del artículo 16.1 RH, debemos tomar en consideración el artículo 22 de la LRSV (que reproduce de modo prácticamente literal el ahora también derogado art. 37.2 del TRLS de 1992), y el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre

(8) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, Civitas, 1993, pág. 304. En virtud de estos preceptos, si no se solicita licencia de edificación en el plazo establecido en el Plan o legislación urbanística aplicable, el aprovechamiento urbanístico se reducirá decidiendo, además, la Administración acerca de la expropiación o venta forzosa de los terrenos.

(9) Vid., en este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, 2ª ed., Abella, 1992, págs. 473 y sigs.

(10) Desde luego, no cabrá obtener licencia cuando se ha extinguido el derecho mismo de propiedad (vgr., conforme a la legislación autonómica, la Administración ha expropiado los terrenos), o la edificación ya no resulta conforme a la normativa aplicable.

inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística —en adelante NCRH—.

De acuerdo con el artículo 22 de la LRSV, para practicar inscripción de una obra nueva terminada o en construcción, se ha de acreditar el otorgamiento de la preceptiva licencia, acompañando además certificación de técnico competente que acredite que la obra terminada o en construcción se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. A este respecto, el artículo 52 de las NCRH establece una serie de requisitos para que el Registrador de la Propiedad pueda inscribir las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas. Entre ellos, nos interesa destacar dos. En primer lugar, es necesario que la fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante (11). En segundo lugar, no debe constar en el Registro la práctica de anotación preventiva por incoacción de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación [apartados *b*) y *c*) del art. 52 NCRH] (12).

De este modo, cuando el artículo 16.1.c) se refiere a la declaración de obra nueva, se presupone que tal declaración tiene acceso al Registro por cumplir los requisitos anteriormente enunciados.

b) Sentado lo anterior, ¿en qué supuestos cobra sentido la aplicación del artículo 16.1.c del RH)?

b.1) Supongamos, en primer lugar, que las partes han pactado un plazo de un año para edificar. En cambio, la legislación urbanística aplicable permite la edificación en un plazo de dos años. Si las partes no han establecido en el título constitutivo que el derecho de superficie se extinguirá transcurrido ese año sin que la edificación se haya realizado, podrá obtener declaración de obra nueva si el superficiario edifica (13). El derecho de superficie está aún vigente (no se ha extinguido) e inscrito (no se ha cancelado la inscripción). Este es el supuesto en que parece estar pensando el artículo 16.1.c) RH.

b.2) Supongamos ahora que las partes señalan un plazo para edificar de tres años, y la legislación urbanística aplicable impone un plazo de dos años. Transcurridos esos dos años, cabe que se incoe expediente de disciplina urbanística, y que éste acceda al Registro mediante una anotación preventiva. En ese caso, no cabrá obtener la declaración de obra nueva. De otro modo, puede suceder que no se anote preventivamente la incoacción del expedien-

(11) En opinión de LÓPEZ FERNÁNDEZ —vid. «Comentario a la RDGRN de 31 de octubre de 1995», en *CCJC*, abril-agosto, 1996, págs. 526 y sigs.—, lo que hay que acreditar es que el plazo para perseguir la infracción urbanística ha prescrito.

(12) Vid., artículos 307.3 y 309.2 del TRLS de 1992, que se mantienen en vigor tras la LRSV.

(13) Nada obsta, en todo caso, que las partes puedan prever en el título constitutivo la extinción del derecho de superficie si no se edifica en un plazo determinado.

te (14), pero si aún no ha prescrito el plazo para perseguir la infracción urbanística que conlleva la caducidad de la licencia, tampoco cabrá inscribir la declaración de obra nueva, de acuerdo con el apartado *b)* del artículo 52 NCRH.

c) En conclusión, y de acuerdo con la interpretación que hasta ahora venimos manteniendo, el artículo 16.1.*c)* debería estar redactado del modo siguiente: «Plazo señalado para realizar la edificación que no podrá exceder de cinco años, o si constase, del previsto para edificar de acuerdo con la legislación urbanística aplicable; sus características generales y el destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito».

MARÍA DEL PILAR CÁMARA AGUILA

Doctora en Derecho.

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universidad Autónoma de Madrid

(14) Cfr. LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario», en *ADC*, julio-septiembre, 1997, pág. 1330.

El registro de bienes inmuebles en la legislación rumana

I. INTRODUCCION

El registro de bienes inmuebles tiene por objeto el conocimiento del estatuto legal de los bienes inmuebles con el fin de garantizar la seguridad de las transacciones, proteger los intereses de terceros y garantizar el crédito.

Actualmente, dos sistemas de registro de bienes inmuebles coexisten dentro de la legislación rumana, el del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil y el del Libro de Bienes Inmuebles (Grundbuch), regido por el Decreto-ley 115/1938.

Mediante la aprobación de la Ley 7/1996 del Catastro y Registro de Bienes Inmuebles, se estableció un sistema único en todo el territorio basado en el libro de bienes inmuebles. Este sistema de registro entrará en vigor paulatinamente, a medida que se completen el catastro y los libros de bienes inmuebles en cada localidad de cada distrito (art. 172).

II. EL SISTEMA DE REGISTRO DE BIENES INMUEBLES DEL CODIGO CIVIL

El Código Civil rumano de 1864, que entró en vigor en 1865 y se inspiraba del Código Civil francés, adoptó el principio de consenso en virtud del cual la transmisión del derecho de propiedad se lleva a cabo por simple acuerdo entre las partes —sólo consensu—; el comprador asume el riesgo aunque no se le haya entregado el bien (art. 971).

En el caso de los contratos de compraventa, la transmisión del derecho de propiedad se lleva a cabo tan pronto como las partes han llegado a un acuerdo sobre el bien y el precio, aun cuando el bien no se haya entregado y el precio no se haya pagado. Al eliminar todo formalismo en caso de transmisión de derechos reales mediante convenios cuyos efectos sólo afectan a las partes

contratantes, los intereses de terceros podrían pasarse por alto, razón por la que el Código Civil establece en el artículo 1.295, apartado 2.º, que los derechos resultantes de la venta plena de bienes inmuebles entre partes no es oponible a terceros que tengan y hayan conservado derechos sobre el bien inmueble vendido antes de la inscripción de la escritura. Por la misma razón, el artículo 818 del Código Civil contempla asimismo la inscripción de las donaciones de bienes inmuebles.

Al mismo tiempo, las hipotecas legales y contractuales, así como los gravámenes, se hacen constar en los registros de bienes inmuebles de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.780-1.787 del Código Civil.

Además, en defensa de los intereses de las partes, la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en su artículo 711 la inscripción de transacciones, órdenes de adjudicación, órdenes de expropiación y cesiones de arrendamientos de al menos tres años.

De conformidad con el artículo 1.802 del Código Civil, la falta de registro implica seguridad para las personas interesadas, es decir, para todos los adquirentes posteriores de derechos sujetos a inscripción sobre el mismo bien inmueble y, más aún, para los acreedores no garantizados y los legatarios del donante con derecho a herencia individual, según lo dispuesto en el artículo 819 del Código Civil.

La inscripción de las operaciones es competencia de los secretarios de los tribunales de primera instancia en cuya jurisdicción se encuentran los bienes inmuebles, por orden de presentación de las solicitudes; los secretarios están asimismo obligados a expedir, a petición de las partes afectadas y a efectos de cumplir con ciertos trámites legales relativos a los bienes inmuebles, listas de cargas en las que deben hacer constar, previa consulta de los registros de bienes inmuebles, la existencia o no de cualquier hipoteca, gravamen u otras garantías que graven el bien inmueble.

No obstante, la inscripción de las cargas se lleva a cabo bajo la supervisión de un juez.

Todas estas disposiciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren a la inscripción de escrituras relativas a bienes inmuebles, dado que en lo referente a los bienes muebles la posesión de los mismos surte el efecto de inscripción, de forma que no es necesaria reglamentación especial alguna (art. 972 y 1.909 del Código Civil).

Resulta de lo que antecede que el sistema de registro de bienes inmuebles regido por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil se basa en los *registros de bienes inmuebles*. Se trata de un «sistema personal» que lleva un registro —a nombre de los titulares de los derechos de propiedad y de los demás derechos reales— y también de un sistema formal, dado que la validez de las escrituras no se comprueba y la inscripción de las operaciones sólo garantiza que puede oponerse a terceros.

La única ventaja de este sistema de registro reside en la sencillez de las operaciones.

Sus inconvenientes son los siguientes: la dificultad de examinar el estatuto legal de los bienes inmuebles en los registros siguiendo las transmisiones de un propietario a otro, así como las cargas que se pueden identificar asimismo sólo a través del nombre del propietario y el acreedor. Para poder identificar al propietario, puede ser necesario examinar los registros de los últimos treinta años y, para poder identificar las cargas —hipotecas y gravámenes— puede ser necesario examinar los registros de los últimos quince años.

Otro grave inconveniente del sistema de registro de bienes inmuebles es el hecho de que sea incompleto, dado que no muestra el estatuto legal completo de los bienes inmuebles. Por lo tanto, las transmisiones *mortis causa*, las sentencias declarativas, los derechos personales relativos a repartos de bienes inmuebles (interdicciones, prohibiciones, embargos, etc...) no se inscriben.

Por lo tanto, la oponibilidad de la inscripción de operaciones que consta en los registros de bienes inmuebles frente a terceros es incompleta y no garantiza el conocimiento exacto del estatuto legal de los bienes inmuebles respecto a los titulares de derechos reales y las cargas que gravan los bienes inmuebles.

La validez de la escritura no se comprueba en el momento de la inscripción; sólo se pretende lograr su oponibilidad frente a terceros. En el caso de que el mismo titular transmita sucesivamente su derecho a varias personas, la escritura del comprador que adquirió en primer lugar puede oponerse frente a otra escritura que, aun habiendo sido formalizada anteriormente, no fue objeto de inscripción. Los casos de fraude quedan excluidos, lo que implica no obstante, la existencia de una coincidencia fraudulenta entre el propietario anterior y el comprador subsiguiente del mismo bien inmueble, según lo dispuesto en el artículo 1.812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III. EL SISTEMA DE REGISTRO DE LIBROS DE BIENES INMUEBLES (GRUNDBUCH)

El sistema de registro de Libros de Bienes Inmuebles, regido por el Decreto-ley 115/1938 es aplicable en Transilvania, Banat y Bucovina.

Dicho Decreto-ley ha contribuido a la mejora del sistema de libros de bienes inmuebles existente en esos territorios. Con este sistema se lleva un registro real de cada bien inmueble inscrito en el libro de bienes inmuebles, identificado mediante un número de terreno topográfico y un número del libro de bienes inmuebles en el que se haya inscrito.

El libro de bienes inmuebles incluye todos los bienes inmuebles de un propietario situados en una localidad, lo que constituye asimismo la teneduría de un registro personal de forma que el libro de bienes inmuebles lleve un registro conjunto, tanto real como personal.

Los libros de bienes inmuebles se establecen y numeran para cada localidad (pueblos, municipios, ciudades) y contienen el estatuto legal completo y preciso de los derechos reales y cargas de cada bien inmueble, así como de los derechos personales relativos a un bien inmueble resultantes de las transacciones legales y de los hechos legalmente importantes por los cuales dichos derechos se transmiten, se crean, se modifican o se extinguen.

La inscripción de derechos reales en los libros de bienes inmuebles es de carácter absoluto en virtud del artículo 17 del Decreto-ley 115/1938, es decir, que tiene efecto de creación.

Dentro del marco de este sistema, el derecho de propiedad y los demás derechos reales sólo se pueden transmitir, crear, modificar o extinguir mediante su inscripción en el libro de bienes inmuebles. Este efecto de creación se logra mediante dos transacciones legales consecutivas:

- la transacción de adquisición —*jus ad rem*—, resultante del convenio entre las partes, y
- la transacción real —*jus in re*—, por la que el titular del derecho inscrito en el libro de bienes inmuebles da su conformidad al registro del derecho que ha transmitido, creado, modificado o extinguido. Su consentimiento puede ser sustituido por una resolución judicial o una decisión administrativa con arreglo a la ley.

Por vía de excepción, el artículo 26 de dicho Decreto-ley dispone que ciertos derechos reales se adquieren independientemente de su inscripción, como resultado de ciertos hechos legalmente importantes o ciertas disposiciones legales tales como: sucesión, accesión, venta obligatoria y expropiación. No obstante, la persona que adquiere un derecho de esta manera sólo puede disponer de su derecho previa inscripción del mismo en el libro de bienes inmuebles.

La corrección del contenido del libro de bienes inmuebles y su fuerza probatoria vienen determinadas por el efecto de creación de la inscripción y se presupone que la persona inscrita es el titular del derecho, presunción que puede ser de carácter absoluto cuando el derecho real se ha adquirido a cambio de una contrapartida valiosa y de buena fe, lo que supone una protección contra el desposeimiento por parte de personas que ejerzan un derecho superior resultante de títulos anteriores —lo que se denomina principio de la inscripción sustantiva.

A tal efecto, el procedimiento de inscripción en el libro de bienes inmuebles —la tabulación provisional o inscripción de un derecho real o la inscrip-

ción de un derecho personal— se rige por el principio de «carácter oficial», dado que le incumbe al juez el deber legal de comprobar la validez de la escritura cuya inscripción se solicita respecto al contenido del libro de bienes inmuebles (arts. 43-59). La solicitud de inscripción sólo se puede admitir contra el último titular inscrito en el libro de bienes inmuebles.

Si varias personas se han cedido sucesivamente su derecho y los asientos no se han efectuado, la última persona con derecho puede inscribir su derecho justificando mediante documentos originales la serie completa de transacciones legales en la que se han basado los asientos.

Aparte de las ventajas del sistema de libros de bienes inmuebles, sus inconvenientes no se podrían eliminar; éstos se deben especialmente al hecho de que los adquirentes no inscriben sus derechos, lo que impide las inscripciones posteriores y genera procedimientos legales complejos y costosos.

IV. LA LEY NUMERO 7/1996 DEL CATASTRO Y REGISTRO DE BIENES INMUEBLES rige un sistema de inscripción real de bienes inmuebles en cada localidad sujetos a identificación catastral e inscritos en un libro de bienes inmuebles para cada propietario.

El objeto de los asientos en el libro de bienes inmuebles son las transacciones legales y los hechos legalmente importantes relativos a un bien inmueble; las operaciones son de la incumbencia de las oficinas de libros de bienes inmuebles de los tribunales de primera instancia en caso de bienes inmuebles situados dentro de su área de actividad.

Un bien inmueble es la parcela de terreno con o sin edificaciones que constituye, junto con el propietario de la misma, la entidad básica de este sistema (art. 1).

El registro de bienes inmuebles se basa en el catastro general que cumple:

- una función técnica, basada en las mediciones de la situación, la configuración y el tamaño de las parcelas de terreno;
- una función económica relativa al establecimiento del uso, la clase de uso y el valor de cada parcela de terreno a efectos del impuesto de bienes inmuebles;
- una función legal que incluye, por una parte, la identificación del propietario, identificación que se lleva a cabo al mismo tiempo que las mediciones técnicas y, por otra parte, el registro de bienes inmuebles.

En el libro de bienes inmuebles se hacen constar todos los derechos personales y reales relativos a un bien inmueble que hayan resultado de transacciones legales y de hechos legalmente importantes acaecidos entre las partes, de forma que se establezca un sistema registral integral al igual que el del sistema de libros de bienes inmuebles regido por el Decreto-ley 115/1938.

Como en el Decreto-ley anteriormente mencionado, el libro de bienes inmuebles consta de tres partes —la primera contiene la descripción de los bienes inmuebles, la segunda está relacionada con la inscripción del derecho de propiedad, y la tercera está dedicada a las cargas que gravan el bien inmueble (atributos de la propiedad, hipotecas, gravámenes, etc...).

En el mismo libro de bienes inmuebles se inscriben los bienes inmuebles situados en una localidad que pertenecen a un único propietario, las parcelas limítrofes que forman un conjunto y varios conjuntos pertenecientes al mismo propietario que estén situados en el territorio de la misma localidad, constituyendo su cuota catastral.

El procedimiento de inscripción de derechos resultantes de transacciones legales o de hechos legalmente importantes relativos a un bien inmueble se lleva a cabo a petición de la parte interesada, una vez que el juez encargado del libro de bienes inmuebles ha comprobado, por iniciativa propia, la validez de la escritura y el contenido del libro de bienes inmuebles con objeto de determinar la existencia de cualquier impedimento para la tabulación y si el derecho pertenecía al propietario registral anterior, dado que el asiento sólo se puede realizar contra el mismo en virtud de los principios de «carácter oficial» y relatividad (arts. 24, 49, 50 de la Ley), principios que han sido recogidos del Decreto-ley 115/1938.

La diferencia consiste en el efecto de la inscripción, que no crea un derecho real a diferencia del sistema regido por el Decreto-ley 115/1938, sino que crea sólo la posibilidad de oponerlo frente a terceros de conformidad con el Código Civil. La inscripción tampoco exige el consentimiento del titular registral.

En virtud de la Ley 7/1996, el adquirente está facultado, en el caso de que el vendedor se niegue a entregarle el documento formalizado entre ellos relativo a la transmisión del derecho de propiedad o la creación de cualquier derecho real, para solicitar del tribunal que ordene la inscripción (art. 29).

Al mismo tiempo, un adquirente previo de un derecho real del mismo propietario anterior puede solicitar del tribunal que otorgue a su inscripción un rango preferente frente al asiento hecho a instancia de un tercero que haya adquirido posteriormente el bien inmueble sin contrapartida o de mala fe. Esta disposición es superior a la del Decreto-ley 115/1938, que exigía una condición añadida en la mayoría de los casos de muy difícil cumplimiento por parte del adquirente previo, a saber que tenía asimismo que estar en posesión del bien inmueble.

De lo que resulta que la persona que ha adquirido el bien inmueble a cambio de una contrapartida valiosa y de buena fe está protegida por estas disposiciones legales frente a los desposeimientos por parte de subadquirentes que han actuado de mala fe o han adquirido el bien inmueble sin contrapartida al mismo propietario anterior (art. 29-30).

Por vía de excepción, los derechos reales adquiridos de otras maneras que no sean por acuerdo entre las partes se pueden oponer a terceros aun cuando no figuren inscritos en el libro de bienes inmuebles pero, al igual que en el caso del sistema regido por el Decreto-ley 115/1938, para poder disponer de sus derechos, los titulares deben inscribir primero los suyos con objeto de que los libros de bienes inmuebles puedan reflejar el estatuto legal del bien inmueble. Esta clase de excepción incluye los derechos reales adquiridos por: sucesión, accesión, venta obligatoria y expropiación a los que cabe añadir, contrariamente al Decreto-ley 115/1938, los adquiridos por efecto de la ley, por usucapión o resolución judicial.

En el caso de que varias personas se hayan transmitido un derecho real sobre un bien inmueble y no se hayan realizado los asientos, la última persona con derecho puede solicitar, al amparo del artículo 25, la inscripción de las adquisiciones subsiguientes, al mismo tiempo que la inscripción de su derecho, justificando mediante documentos válidos la serie completa de las transacciones legales sobre las que se basan los asientos, al igual que en el Decreto-ley 115/1938, asimismo con objeto de llevar un registro preciso y completo del estatuto legal de cada bien inmueble.

Hasta la entrada en vigor del nuevo sistema de registro, tal como se ha dicho anteriormente, el artículo 61 de la Ley dispone que se podrán inscribir en los libros de bienes inmuebles, con carácter provisional, las transacciones legales y los hechos legalmente importantes relativos a bienes inmuebles situados en el ámbito administrativo para el que los documentos catastrales generales no se hayan completado, así como la escritura de propiedad relativa a la nueva creación o creación del derecho de propiedad al amparo de la Ley 18/1991 (que dispone la restitución a los propietarios anteriores de parcelas de terreno en posesión del Estado o las «cooperativas de producción agrícola»).

El sistema de registro real regido por la Ley 7/1996 tiene por objeto desarrollar las ventajas de corrección e integridad del sistema de libros de bienes inmuebles que establece el Decreto-ley 115/1938 y la sencillez del procedimiento del sistema de registro de bienes inmuebles regido por el Código Civil. Su eficacia deberá probarse mediante la práctica.

LA REDACCIÓN

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho Europeo

1. *Fondo Monetario Internacional*.—En el *BOE* del 10 de octubre se publica el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos acuerdos del Fondo Monetario Internacional.

En el artículo 2 de dicho Decreto-ley se dispone que:

...Se aprueba la adhesión del Reino de España, como miembro participante, a los Nuevos Acuerdos para la obtención de préstamos del Fondo Monetario Internacional. Se establece un compromiso máximo de financiación al Fondo Monetario Internacional de 672 millones de derechos especiales de giro de conformidad con lo estipulado en la Decisión aprobada por el Directorio Ejecutivo del Fondo Monetario Internacional en su sesión de 27 de enero de 1997 y cuya traducción figura aneja al presente Real Decreto-ley.

2. *Propuesta modificada de Directiva relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso*.—La Comisión Europea presentó el pasado 19 de mayo una serie de modificaciones a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en la que se regula la libre circulación de los servicios de radiodifusión y de servicios de la sociedad de la información prestados a cambio de una remuneración.

Este derecho a la libre prestación de servicios está recogido en el Tratado como uno de los principios fundamentales de la Unión Europea (arts. 59 y 60), así como en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 10), en el que se engloba dentro del principio de libertad de expresión.

La Directiva trata de proteger a los proveedores de servicios frente a los dispositivos ilícitos (piratas), que permiten el acceso gratuito a los servicios de radiodifusión y de la sociedad de la información. Concretamente se prevé en el artículo 4 de la Directiva que los Estados miembros podrán adoptar medidas para proteger a los proveedores de servicios frente a las actividades infractoras que se lleven a cabo en su territorio. Las medidas previstas en la Directiva son: 1. El planteamiento de una demanda por daños y perjuicios;

2. La solicitud de un mandamiento judicial; 3. La incautación de los dispositivos ilícitos.

B) Leyes nacionales

— Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio de 1998. Reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

— Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio de 1998. Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

— Ley 20/1998, de 1 de julio de 1998. Reforma del Régimen Jurídico y Fiscal de las Instituciones de inversión colectiva de naturaleza inmobiliaria y sobre cesión de determinados derechos de crédito de la Administración General del Estado.

— Ley 25/1998, de 13 de julio de 1998. Modificación del Régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

— Ley 28/1998, de 13 de julio de 1998. Venta a plazos de bienes muebles.

— Ley 29/1998, de 13 de julio de 1998. Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

— Ley 30/1998, de 29 de julio de 1998. Régimen especial de las Illes Balears.

— Real Decreto-ley 8/1998, de 31 de julio de 1998. Medidas urgentes en materia de propiedad industrial.

— Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, modificando el Reglamento hipotecario.

C) Comunidades Autónomas

Canarias.—Ley 7/1998, de 6 de julio de 1998. Caza de Canarias.

Cataluña.—Ley 9/1998, de 15 de julio de 1998. Código de familia.

— Ley 10/1998, de 15 de julio de 1998. Uniones estables de pareja.

Extremadura.—Ley 8/1998, de 26 de junio de 1998. Conservación de la naturaleza y de espacios naturales de Extremadura.

— Ley 9/1998, de 26 de junio de 1998. Impuesto sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas.

La Rioja.—Ley 9/1998, de 2 de julio de 1998. Caza de La Rioja.

— Ley 10/1998, de 2 de julio de 1998. Ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja.

Madrid.—Ley 10/1998, de 9 de julio de 1998. Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.

— Ley 11/1998, de 9 de julio de 1998. Protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid.

Murcia.—Ley 3/1998, de 1 de julio de 1998. Cajas de Ahorros de la Región de Murcia.

País Vasco.—Ley 20/1998, de 29 de junio de 1998. Patrimonios públicos de suelo.

II. Información de actividades

1. *Conferencias sobre el derecho a la información y sus límites.*—Organizadas por la Universidad Autónoma de Madrid, con el patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, han tenido lugar con el siguiente programa:

— «Derecho a la información y derecho a la intimidad», por PABLO SALVADOR CODERCH, Catedrático de Derecho Civil, Universidad Pompeu Fabra.

— «La protección de datos personales reservados en Derecho español», por JAVIER APARICIO SALOM, Jefe del Gabinete Jurídico de la Agencia de Protección de Datos.

— Mesa Redonda: «El derecho de acceso a registros y archivos administrativos. Ficheros fiscales y de la Policía», por JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Alcalá de Henares. ELISA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Subdirectora General de Asuntos Consultivos y Contenciosos, Agencia Estatal de Administración Tributaria. FÉLIX FERNANDO MANZANEDO GONZÁLEZ, Abogado del Estado, Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio del Interior.

— Mesa Redonda: «El derecho a la información en registros y archivos jurídicos: Registro Civil, Oficina de Patentes y Marcas, Protocolo notarial», por JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS, Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado. CARLOS JOSÉ GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, Director General de la Oficina Española de Patentes y Marcas. JOSÉ CARLOS SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Notario adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

— «El concepto constitucional de intimidad en relación con el Registro de la Propiedad y Mercantil», por JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA, Magistrado del Tribunal Constitucional, Catedrático de Derecho Procesal, UAM.

— «Nueva regulación del derecho a la información del Registro de la Propiedad», por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, Abogado y Registrador de la Propiedad (excedente).

— «La publicidad en el Registro de Condiciones Generales de la contratación», por JESÚS ALFARO AGUILA-REAL, Catedrático de Derecho Mercantil, UAM.

— «Publicidad del Registro Mercantil», por JOSÉ MARÍA MÉNDEZ-CASTRI-LLÓN FONTANILLA, Registrador Mercantil.

2. *VII Congreso Nacional de Derecho Agrario*.—Ha tenido lugar en Valencia en los días 28 a 30 de octubre, organizado por la Asociación Española de Derecho Agrario y la Cátedra de Derecho Agrario de la Universidad Politécnica de Valencia.

Las ponencias desarrolladas han sido las siguientes:

— «El futuro de la agricultura en Europa», por don JAIME LAMO DE ESPINOSA.

— «Explotaciones agrarias prioritarias», por don JOSÉ M.^a DE LA CUESTA SANZ.

— «Fiscalidad agraria», por don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL.

— «Especialidades de los contratos agrarios: normativa estatal y autonómica», por don LUIS AMAT ESCANDELL.

— «Aspectos privados de la Ley de las Aguas: Tutela de los intereses particulares de los agricultores en la ordenación de las aguas», por doña DOLORES MÁS BADÍA y don RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ.

— «Modernas manifestaciones del asociacionismo agrario», por don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE.

3. *Jornadas de Derecho Agrario en Logroño*.—Han tenido lugar en los días 13 a 15 de octubre, organizadas por la Universidad de La Rioja, bajo el tema general «*Las cooperativas agrarias. Aspectos de su régimen jurídico*», habiéndose debatido las siguientes ponencias:

— «La Sociedad Agraria de Transformación», por el Profesor Doctor JESÚS ALFARO AGUILA REAL, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de La Rioja.

— «Tributación de las rentas agrarias obtenidas a través de las Cooperativas», por el Profesor Doctor GERMÁN ORÓN MORATAL, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de La Rioja.

— «Las Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra», por el Doctor ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Profesor Asociado de Derecho Civil. Universidad de La Rioja.

— «La agrariedad de las Cooperativas en el Ordenamiento Jurídico italiano», por el Profesor Doctor ALFREDO MASSART, Catedrático de Derecho Agrario Comparado. Escuela Superior Santa Ana. Pisa.

— «Las nuevas cooperativas en Italia tras su reforma legislativa», por el Profesor Doctor ANTONIO PIRAS, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Pisa.

4. *Conferencias sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*.—El ciclo ha estado organizado por el Colegio de Abogados de Valencia y la Fundación Universitaria San Pablo, CEU, de la misma capital, en unión del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, habiéndose desarrollado, durante el día 16 de octubre, las siguientes ponencias:

— «Significado de la Ley en el actual Derecho de contratos», por el Excmo. señor don LUIS DíEZ PICAZO, Catedrático de Derecho Civil. Abogado.

— «Antecedentes y valoración general de la Ley», por el Profesor Doctor don FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, Catedrático de Derecho Mercantil.

— «Concepto y régimen de las condiciones generales de la contratación», por el Profesor Doctor don JESÚS ALFARO AGUILA-REAL, Catedrático de Derecho Mercantil.

— «Las cláusulas abusivas en contratos de consumo», por el Profesor Doctor don IGNACIO QUINTANA CARLO, Catedrático de Derecho Mercantil. Consejero de Cuatrecasas Abogados.

Mesa Redonda

— Excmo. señor don VICENTE CUÑAT EDO, Catedrático de Derecho Mercantil. Miembro del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.

— Profesor Doctor don UBALDO NIETO CAROL, Corredor de Comercio. Director del Servicio de Estudios del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio.

— Don JOAQUÍN BORRELL GARCÍA, Notario. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del CEU San Pablo.

— «Funciones registrales reguladas por la Ley», por el Excmo. señor don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador, Notario, Abogado del Estado. Decano-Presidente del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

— «Acciones individuales de falta de incorporación y de nulidad», por el Profesor Doctor VICENTE MONTÉS PENADÉS, Catedrático de Derecho Civil. Socio de Cuatrecasas Abogados.

— «La interpretación de las cláusulas oscuras y la indemnización de daños y perjuicios», por el Profesor Doctor PAU SALVADOR CODERCH, Catedrático de Derecho Civil. Socio de Cuatrecasas Abogados.

— «Acciones colectivas y su posible impacto en los diversos sectores de la contratación», por el Profesor Doctor FRANCISCO VICENT CHULIÀ, Catedrático de Derecho Mercantil. Socio de Cuatrecasas Abogados.

5. *XXII Congreso Internacional del Notariado Latino* —Se ha celebrado en Buenos Aires del 27 de septiembre al 2 de octubre. Los temas debatidos han sido:

— Tema 1: «El rol del notario frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal».

— Tema 2: «Los derechos fundamentales del hombre y la misión del notario».

— Tema 3: «La deontología notarial frente a los clientes, al colega y al Estado».

— Foro Internacional. Derecho y Economía: «La economía de mercado y la función notarial como garantía de la seguridad jurídica».

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 13 de julio de 1998.—ARRENDAMIENTOS URBANOS.—Resolución del contrato de arrendamiento de vivienda. Valoración del derecho a la igualdad. Subrogación en contrato de arrendamiento del conviviente *more uxorio*.—Ponente: Sr. Vives Pi-Sunyer —Voto particular del Sr. Gabaldón López.

I *Antecedentes*.—1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 16 de agosto de 1995, don Felipe Ramos Arroyo, Procurador de los Tribunales, interpone recurso de amparo en nombre de doña Purificación Cañarte Martínez contra la sentencia de la que se hace mérito en el encabezamiento

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Don José Manuel Pérez Carrera quiso alquilar el piso 7.º izquierda, sito en el número 5 de la Plaza de Olavide, de Madrid, y a tal efecto suscribió el día 12 de septiembre de 1973, el pertinente contrato de arrendamiento de vivienda con don César Fernández Ardavín Ruiz.

b) Don José Manuel Pérez Carrera, que se hallaba casado, y la ahora demandante del amparo, en estado civil de soltera, mantuvieron una relación extramatrimonial desde 1973 hasta 1979. La pareja fijó su domicilio común en la citada vivienda hasta que por las desavenencias surgidas entre ellos, en 1979, el señor Pérez Carrera la abandonó. Desde entonces fue ocupada exclusivamente por doña Purificación Cañarte Martínez.

c) Transcurridos más de ocho años, con fecha de 10 de mayo de 1988, don César Fernández Ardavín Ruiz, en su calidad de copropietario y arrendador de la referida vivienda, presentó demanda de juicio de cognición contra don José Manuel Pérez Carrera y doña Purificación Cañarte Martínez, interesando que se declarase la resolución del contrato arrendaticio que los unía, con fundamento en que el arrendatario había abandonado la vivienda y que su ocupante actual, ahora demandante en amparo, carecía de título válido para permanecer en la misma, por lo que se había producido una situación de cesión o subarriendo inconsentido.

d) Contestada la demanda separadamente por cada uno de los demandados, tras la oportuna tramitación, el Juzgado de Instrucción número 27 de Madrid (cognición 271 bis/88) dictó Sentencia el 2 de diciembre de 1992, en

la que desestimó íntegramente la demanda con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Tercero —Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la equiparación o no equiparación de matrimonio y unión libremente consentida, similar al matrimonio y sobre los diferentes efectos de una y otra situación al amparo de lo previsto en el artículo 39 de la Constitución Española. Así, en Sentencias 177/85; 27/86; 260/88; 184/90 y Autos 156/87, 788/87 y 38/88 nuestro más Alto Tribunal ha ido pergeñando toda una línea jurisprudencial al respecto. En definitiva y recogiendo en especial lo señalado por el Tribunal Constitucional en Sentencia 184/90, de 15 de noviembre, y 268/88, de 22 de diciembre, el legislador tiene potestad para atribuir al matrimonio y a la unión libremente consentida diversos efectos y no es inconstitucional que exista diversidad de tratamiento legislativo a ambas situaciones. También señala el Tribunal Constitucional que de igual modo tampoco atentaría a la Constitución que se equipararan sus efectos. Ahora bien, el propio Tribunal establece una excepción a dicha amplia potestad del legislador y es cuando hace referencia a aquellas uniones de hecho que debían producir efectos antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio (Ley de Divorcio). Tanto es así que la propia Ley 30/1981, en su Disposición Adicional 10.ª, 2.º, equipara a efectos de beneficios de viudedad las uniones de hecho a los matrimonios. Dicha salvedad legal aparece justificada y con toda razón según argumenta nuestro Tribunal Constitucional, en el hecho de la no existencia de posibilidad legal de divorciarse y contraer nuevo matrimonio con anterioridad a la Ley 30/1981. Es decir, sería injusto no equiparar las uniones de hecho a los matrimonios que debieran producir efectos legales antes del año 1981, cuando tal situación de unión de hecho se mantenía así porque los hombres y mujeres no podían divorciarse y contraer matrimonio nuevamente. En suma y tratándose en nuestro caso de una unión de hecho anterior al año 1981, debe ser equiparada total e íntegramente a un matrimonio en todos sus efectos y sobre esta premisa partiremos al analizar la cuestión».

«Cuarto.—Sentada la premisa de equiparar la unión de hecho de los demandados a su matrimonio y el abandono del hogar del “marido”, señor Pérez Carrera, todo ello por imperativo constitucional y por ser la unión y su disolución anterior a 1981, habrá de determinar si se cumplen los supuestos de resolución del contrato previstos en los números 2.º y 5.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (subarriendo o cesión incontinentes). Reiterada jurisprudencia que arranca de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 31 de diciembre de 1957, señala que no hay cesión si el marido abandona el hogar y ello se justifica en el hecho de no existir intención de ceder, intención necesaria para que concurra el supuesto 5.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Obviamente, si no hay cesión, con mucha menor razón puede hablarse de subarriendo al exigirse en este caso la existencia de un precio, estando alejada la cuestión de fondo que nos ocupa de la posibilidad de subarriendo mediante precio. Lo que nuestra jurisprudencia ha venido a establecer es que, en suma, el contrato de arrendamiento, aunque nominalmente se suscriba a nombre de uno de los cónyuges, en realidad tiende a amparar toda una situación familiar de tal modo que si uno de los cónyuges abandona el hogar de hecho o incluso por separación acordada judicialmente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de diciembre de 1976) tampoco existe cesión o subarriendo, ya que el

cónyuge que queda en la vivienda goza de una situación jurídica de coarrendatario y no cesionario o subarrendatario. En consecuencia, y por lo expuesto, procede desestimar íntegramente la demanda interpuesta».

e) Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo 909/93) dictó Sentencia el 6 de junio de 1995, en la que estimó el recurso, y revocando la sentencia apelada estimó la demanda declarando resuelto el contrato de arrendamiento objeto del pleito, condenando al arrendatario, a doña Purificación Cañarte Martínez y a quienes de ellos traigan causa, al oportuno desalojo.

A este fallo se llega mediante el siguiente fundamento de Derecho:

«Segundo.—Para llegar a la conclusión desestimatoria de la demanda en la que se ejercita una pretensión resolutoria de contrato de arrendamiento de vivienda por cesión incontestada, la sentencia del Juzgado arranca, como expone en el inicio del cuarto de sus fundamentos jurídicos, de equiparar la unión de hecho de los demandados don José Manuel Pérez Carrera y doña Purificación Cañarte Martínez con un inexistente vínculo matrimonial entre ellos. Equiparación que la Sala no comparte por considerar que en el ámbito jurídico el conjunto de derechos y obligaciones de toda índole, incluidos los de carácter sucesorio y, por supuesto, los de naturaleza patrimonial, que conforman el régimen matrimonial, atribuyen al estado civil una peculiaridad de la que está ayuna por completo la unión de mero hecho. Y siendo ello así, es obvio que el entramado argumental en que se sustenta el fallo cae por su base. Y aparece pura y llanamente la figura de la ilícita introducción en el vínculo arrendaticio o, lo que es igual, en el goce y disfrute de la vivienda arrendada, de una tercera persona extraña a dicho vínculo que, como tiene declarado una constante, pacífica y uniforme doctrina del Tribunal Supremo, es causa de cesación del arrendamiento, encajable en los supuestos contemplados en las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, llámese a esta situación cesión o subarriendo incontestado. Que es lo que sucede en esta litis en la que está claro que el contrato de arrendamiento se celebró con don José Manuel Pérez Carrera como inquilino o arrendatario y que abandonó la vivienda que ha venido ocupando, sin que conste el consentimiento expreso del arrendador originario o subrogado, por lo que, como se acaba de exponer, concurre la causa de resolución invocada en la demanda (...).

3. La demandante de amparo sostiene que la sentencia dictada por la Audiencia ha vulnerado el artículo 14 CE y contradice la doctrina de la STC 222/1992, pues no tiene en consideración el hecho de que durante los años 1973 a 1979 en que se desarrolló la relación extramatrimonial de la pareja, el señor Pérez Carrera no podía divorciarse ni, por ello, contraer matrimonio con la demandante del amparo.

Sentado que la pareja no tenía otra opción por la imposibilidad legal de contraer matrimonio. Sin embargo, es evidente que esa unión de hecho constituyó una familia que debe ser protegida por mandato del artículo 39.1 CE, pues la Constitución no ha identificado exclusivamente la familia con aquella que procede del matrimonio.

4. Tras abrir el trámite de admisibilidad del artículo 50.3 LOTC y oír a la recurrente y al Ministerio Fiscal sobre la eventual concurrencia de la causa

de inadmisión prevista en el artículo 50.1.c) LOTC, mediante providencia de 4 de julio de 1996, la Sección Cuarta acordó admitir el recurso y requerir al Juzgado de Instrucción número 27 de Madrid y a la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid para que remitiesen testimonio de los autos del juicio de cognición 271-bis/88 y del rollo de apelación 909/93; interesando al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el proceso judicial antecedente, con excepción de la recurrente, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional en el plazo de diez días.

5. Por providencia de 26 de septiembre de 1996, se acordó tener por parte al Procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre de don César Fernández Ardavín Ruiz, y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo común de veinte días, pudieran presentar las alegaciones que estimasen procedentes.

6. Mediante escrito registrado el 30 de octubre de 1996, la recurrente formuló sus alegaciones en las que, en síntesis, sostiene que la sentencia de la Audiencia es contraria al artículo 14 CE, pues desconoce que durante los años en que la demandante y el señor Pérez Carrera formaron una unión de hecho no les era posible contraer matrimonio por la sola circunstancia personal de ser su conviviente casado y no estar aún aprobada la Ley 30/1981 del Divorcio. Una Ley, en cuya Disposición Adicional décima, 2.º, se equiparó, a los efectos de beneficios de viudedad, las uniones de hecho a los matrimonios, salvedad legal que encuentra su justificación en que hasta la aprobación de la citada Ley del Divorcio no existía la posibilidad de divorciarse, por lo que no sería ajustado a la Constitución que se impidiese a mi representada continuar en el disfrute de la vivienda que ocupó la unidad familiar por el hecho de no haber contraído matrimonio con el arrendatario, al no ser posible legalmente por la condición personal de casado de este último.

Sentado que a la demandante y al señor Pérez Carrera no les quedaba otra opción que convivir como una unión de hecho, por mucho que les pesara, es evidente que tal unión de hecho constituía una familia que debe ser protegida por mandato del artículo 39 CE, que no ha equiparado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio.

Por ello, la sentencia recurrida, al establecer que «el conjunto de derechos y obligaciones que conforman el régimen matrimonial atribuyen a este estado civil una peculiaridad de la que está ajena por completo la unión de mero hecho», infringe el artículo 14 CE, dado que la unión formada por la demandante y el señor Pérez Carrera era totalmente equiparable a un matrimonio, al ser el derecho a contraer matrimonio un derecho fundamental del que no pudieron disfrutar en los años en que desarrollaron una vida familiar, y no equiparar sus derechos a los de un matrimonio, si hubieran podido casarse por ser las dos personas solteras, supondría una discriminación por una circunstancia personal de uno de los miembros de la pareja formada por la demandante y el señor Pérez Carrera.

En este sentido, la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley sufrida por la recurrente deriva del hecho de no haber podido contraer matrimonio durante los años 1973 a 1979, en que transcurrió su convivencia por la circunstancia personal de su pareja (estar casado), lo que crea una grave discriminación. Baste para comprobarlo con imaginar lo que hubiera pasado si durante el citado período de convivencia (1973 a 1979), la demandante hubiera contraído matrimonio con el arrendatario y hubiera convivido con él du-

rante unos meses o unos años, abandonando posteriormente el marido a su cónyuge. En este caso, la recurrente hubiera podido subrogarse en el arrendamiento en su calidad de esposa del arrendatario.

Asimismo, se estima que si la STC 222/1992 declaró inconstitucional el artículo 58 LAU de 1964 por no reconocer al conviviente *more uxorio* el derecho a subrogarse que tiene el cónyuge del arrendatario fallecido, con más razón se vulneraría la Constitución cuando el contrato que se suscribió a nombre de una de las personas que constituían la unidad familiar se entiende suscrito únicamente a nombre de ésta y no se considere al otro miembro de la relación como un coarrendatario, por la única razón de no haberle sido posible legalmente contraer matrimonio.

7. Por escrito registrado el 31 de octubre de 1996, la representación de don César Fernández Ardaín Ruiz interesa la desestimación del amparo. Tras exponer diversos razonamientos relacionados con la falta de acreditación de la situación de pareja *more uxorio* de la recurrente y del conocimiento de la relación extramatrimonial por parte del arrendador, así como la falta de los requisitos previstos en la legislación arrendaticia para ocupar la vivienda arrendada una vez abandonada por el arrendatario que concertó el contrato de arrendamiento, se afirma que no se vulneraron los artículos 14 y 39.1 CE, pues la distinta trascendencia jurídica y el conjunto de los derechos que se derivan de la unión de hecho y los que pueden derivarse del vínculo matrimonial, especialmente con relación a los terceros, permite un trato discriminatorio entre las uniones de hecho y el matrimonio.

8. Por escrito registrado el 31 de octubre de 1996, el Fiscal solicita la denegación del amparo. La Audiencia funda su fallo en la no equiparación entre matrimonio y convivencia extramatrimonial por tener el matrimonio una «peculiaridad de la que está ayuna por completo la unión de mero hecho». De la afirmación anterior se pasa a argumentar la estimación de la demanda en el supuesto de cesión o subarriendo inconsciente que, como causa de resolución contemplan los números 2 y 5 del artículo 114 de la antigua LAU. No se trata de que se discrimine a las familias matrimoniales de las extramatrimoniales, sino de una aplicación condicionada de los conceptos convivencia *more uxorio* o de la presunción de afección marital o cuasi marital de los que conviven y convivieron. Tampoco se pueden desconocer los intereses de terceras personas perjudicados por la limitación de su autonomía para contratar o dejar de hacerlo. En el presente caso vienen diluidos por la propia voluntad de los convivientes, lo que separa este caso del de la separación forzosa por el fallecimiento; la razón del mantenimiento del contrato lo era allí la convivencia, mientras que aquí se pretende que subsista aun a pesar de la ruptura. Tampoco hay un interés familiar ostensible digno de protección.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia

1º Declarar que la Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada el 6 de junio de 1995 en el rollo de apelación 909/93, ha vulnerado el derecho a la igualdad de la recurrente.

2º Restablecerle en su derecho y, a tal efecto, anular dicha sentencia para que la Audiencia Provincial de Madrid dicte otra en la que se respete el derecho a la igualdad de la recurrente.

II. *Fundamentos jurídicos.*—1 La cuestión que se plantea en este recurso consiste en determinar si la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que declaró la resolución del arrendamiento por estimar la concurrencia de cesión o subarriendo inconstituido prevista en los números 2 y 5 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Texto refundido aprobado por Decreto 4101/1964), ha vulnerado el derecho a la igualdad jurídica de la recurrente que se garantiza en el artículo 14 CE.

Con cita de la STC 222/1992, la demandante de amparo alega que la lesión del referido derecho fundamental se ha producido porque el Tribunal de apelación le ha impedido continuar en el disfrute de la vivienda que ocupó la unidad familiar con el argumento de que la relación que mantuvo con la persona arrendataria de la vivienda, antes de que ésta abandonara el domicilio, no era una relación matrimonial sino una mera unión de hecho.

De este modo, continúa alegando la actora, la Audiencia le ha dispensado un trato discriminatorio respecto del que hubiera recibido de haber contraído matrimonio con la persona que contrató el arrendamiento de la vivienda. Esta diversidad de tratamiento carecía de justificación habida cuenta de que la relación extramatrimonial que mantuvo entre 1973 y 1979 con el señor Pérez Carrera fue debida a la imposibilidad legal de contraer matrimonio con su pareja por la condición de persona casada de este último y la inexistencia del divorcio en nuestro ordenamiento en aquellas fechas.

2. Para centrar los términos en los que se plantea el presente proceso constitucional conviene traer a colación los siguientes datos.

a) En primer lugar, es un hecho que la sentencia de instancia declara probado el «que los hoy demandados constituyeron pareja o unión estable similar a la matrimonial en el año 1973, permaneciendo en dicha convivencia semejante a la marital hasta el año 1979 en que el demandado señor Pérez Carrera abandona el domicilio familiar al haber cesado la libre unión que mantenían. Vigente su convivencia marital suscriben contrato de arrendamiento del piso sito en la Plaza de Olavide, 6, 7.º izquierda, en el que habitaron desde el año 1973 hasta 1979 y que constituyó en este tiempo su domicilio familiar» (fundamento jurídico 2º).

b) En segundo lugar, es también un dato incontrovertible que, como señala la recurrente, en el tiempo en que se desarrolló la convivencia *more uxorio* no existía en nuestro ordenamiento posibilidad de disolución matrimonial, al margen de la declaración de nulidad del matrimonio. La Constitución de 1978 en su artículo 32.2 establece un mandato al legislador para que regule «las causas de separación y disolución y sus efectos», pero en 1979, cuando se produjo la ruptura de la relación, todavía no se había dictado la referida Ley. Este hecho no se produjo hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

c) En cuanto a la legislación de arrendamientos urbanos vigente en el momento de dictarse las sentencias de las que trae causa el presente recurso de amparo, debe notarse que en ella —especialmente en el mencionado texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964— no se contemplaba explícitamente el supuesto de abandono de la vivienda por parte del arrendatario. Concretamente, nada se preveía en cuanto a la resolución o continuación del contrato en la persona del cónyuge del arrendatario, ni menos toda-

vía, obviamente, en la del conviviente *more uxorio*. El citado texto refundido sí regulaba, en cambio, en su artículo 24, la posibilidad de que el arrendatario cediese o subrogase a su cónyuge en los derechos y obligaciones propios del contrato.

Esta situación cambió con la entrada en vigor de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que reguló expresamente los supuestos de abandono de la vivienda arrendada, reconociendo la posibilidad de que en estos casos el arrendamiento continuara no sólo en beneficio del cónyuge, sino también de «la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual» (art. 12.4) Por su parte, la Disposición Transitoria segunda, A), 2, de esta Ley estableció que el referido artículo 12 sería aplicable a los contratos de arrendamiento celebrados antes del 9 de mayo de 1985. Esta no era, sin embargo, la normativa aplicable al dictarse las sentencias aquí analizadas.

d) Finalmente, respecto de la selección, interpretación y aplicación de la legislación vigente en aquel momento, debe señalarse que el Juzgado de Instrucción, para declarar la continuidad del arrendamiento, no aplicó análogicamente el artículo 24 del texto refundido —que, como se ha señalado, prevé la cesión entre cónyuges—, ni tampoco las causas de extinción establecidas en los números 2 y 5 del artículo 114, relativos a las cesiones y subarriendos incontinentidos —ya que, a su entender, en los supuestos de abandono del domicilio familiar, no existe intención de ceder, ni media precio alguno y éstas son dos condiciones necesarias para que pueda hablarse de cesión o subarriendo—. Consideró, por el contrario, que en estos casos, según reiterada jurisprudencia, «el cónyuge que queda en la vivienda goza de una situación jurídica de coarrendatario» y concluyó que esta condición debería reconocerse también al conviviente *more uxorio* que no hubiera podido contraer matrimonio, ya que así lo exige el artículo 14 CE, interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por el contrario, la Audiencia estimó que al estar, «ayuna por completo la unión de mero hecho» de los derechos que conforman el régimen matrimonial, la recurrente es una «tercera persona» completamente ajena al contrato de arrendamiento y este solo dato bastaba para que en el supuesto enjuiciado el arrendamiento se considerase extinguido en virtud de las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, «llámese a esa situación cesión o subarriendo incontinentido».

La recurrente pide el amparo por vulneración del derecho a la «igualdad ante la Ley». No imputa al legislador la lesión de su derecho, sino a la forma en la que el órgano judicial ha seleccionado, interpretado y aplicado la legislación vigente, ya que esa triple tarea la lleva a cabo, a su juicio, a partir de una distinción previa entre uniones matrimoniales y uniones de hecho contraria al artículo 14 CE.

3. No es ésta la primera vez que este Tribunal tiene que resolver controversias jurídicas derivadas de supuestos en los que, siendo la convivencia marital el elemento determinante para el reconocimiento de ciertos derechos, se constata una diferencia de trato exclusivamente fundada en el carácter no matrimonial de la misma. El examen de esos precedentes jurisprudenciales pone de manifiesto la existencia de una doctrina constitucional consolidada, cuyo punto de partida lo constituye la afirmación de que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes» (ATC 56/1987),

sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el artículo 14 CE.

Concretamente, respecto del legislador la jurisprudencia constitucional ha declarado que le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad. Como se declaró en la STC 222/1992, «las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (fundamento jurídico 6.º).

Respecto de los Jueces y Tribunales, se ha reiterado que el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE exige que al seleccionar, interpretar y aplicar la normativa vigente no se introduzcan distinciones basadas en condiciones o circunstancias personales proscritas por este precepto constitucional.

Pero en la doctrina constitucional no solamente pueden encontrarse esas referencias genéricas, sino que en ella también se han abordado cuestiones que guardan una evidente relación con el problema de fondo aquí planteado, es decir, con la alegada vulneración del artículo 14 CE derivada del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales en lo que atañe a la subrogación en el contrato de arrendamiento del domicilio familiar. Concretamente, en la ya citada STC 222/1992, se apreció la vulneración del derecho a la igualdad por un precepto legal —el entonces vigente art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (texto refundido de 1964)— que excluía del beneficio de la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de la vivienda a quien hubiera convivido extramatrimonialmente con el arrendatario fallecido.

Ciertamente, en el supuesto aquí enjuiciado no estamos en presencia de una subrogación *mortis causa*, sino de una continuación del arrendamiento que trae causa del abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario. En estos casos la ruptura de la relación sentimental deriva de la libre decisión de, al menos, uno de los convivientes y al analizar las consecuencias jurídicas de este hecho puede no ser irrelevante el dato de que la relación *more uxorio* se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos (STC 184/1990, fundamento jurídico 3.º). No obstante, este hecho tampoco es en sí mismo concluyente, ya que para determinar si este elemento diferencial —la voluntariedad de la ruptura— es suficiente para llegar aquí a una conclusión distinta a la alcanzada en las SSTC 222/1992, 6/1993 y 47/1993 deberá analizarse, de ser necesario entrar en el fondo de la cuestión, si esa diferencia justifica ex artículo 14 CE una diversidad de trato en cuanto a la subrogación en el arrendamiento en caso de abandono del domicilio familiar. Para efectuar ese enjuiciamiento deberá tenerse en cuenta, entre otros datos, que la finalidad o,

como se dijo en la STC 222/1992, «el fundamento constitucional de la subrogación que aquí consideramos» [fundamento jurídico 4º a)] es la protección de la familia entendida en sentido amplio y esta condición debe predicarse tanto de la unión matrimonial como la *more uxorio* (STC 222/1992, fundamento jurídico 5º).

Con todo, en la jurisprudencia constitucional se ha establecido una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional ex artículo 14 CE del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio. Así, este Tribunal en varias resoluciones, al enjuiciar la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho, ha partido del dato de que, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legitima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia (por todas, STC 184/1990).

Ciertamente, esta afirmación, como veremos con mayor detenimiento en el siguiente fundamento jurídico, no supone que por exigencias del artículo 14 CE deban reconocerse de forma mecánica y generalizada los mismos derechos y obligaciones que poseen quienes conviven en virtud del vínculo matrimonial a todos aquellos que conviven con otra persona y no pueden contraer matrimonio porque no reúnen los requisitos legalmente establecidos para ello. Lo único que se ha declarado es que antes de proceder al análisis de fondo de la legitimidad constitucional del trato diferenciado a la luz del artículo 14 CE, deberá examinarse si quienes convivían *more uxorio* tenían libertad para contraer matrimonio y si las causas que hipotéticamente lo impedían resultaban constitucionalmente admisibles, ya que de no ser así deberá concluirse que esa ausencia de libertad conlleva ex artículo 14 CE una obligada igualdad de trato.

4. La aplicación al caso de la doctrina expuesta lleva a otorgar el amparo solicitado por la última de las razones apuntadas al final del fundamento jurídico precedente, sin necesidad de adentrarnos en ulteriores consideraciones.

En efecto, en el presente supuesto, como hemos repetido, los convivientes *more uxorio* no pudieron contraer matrimonio mientras duró su relación porque en aquel momento no existía en nuestro ordenamiento posibilidad alguna de que el conviviente arrendatario consiguiese el divorcio. Es cierto que, como también hemos avanzado, no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente. Para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales. Pero esto es cabalmente lo que ocurre en el presente caso en el que la Constitución establece en su artículo 32.2 un mandato explícito al legislador para que regule las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos; mandato al que, como sabemos, no se dio cumplimiento hasta la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio. En estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo, debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que que-

nes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial. En efecto, así como el Tribunal Constitucional ha venido presuponiendo que, salvo prueba en contrario (STC 260/1988), tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, quienes no contraen matrimonio es porque libremente no quieren hacerlo (STC 29/1992), antes de esa fecha debe presumirse, salvo prueba en contrario —que en el proceso aquí enjuiciado no se aporta—, que los convivientes *more uxorio* se vieron jurídicamente impedidos de formalizar ese vínculo matrimonial, por lo que merecen igual trato que los que mantuvieron este tipo de convivencia.

Debe concluirse, pues, que la sentencia objeto del presente recurso, al no fundarse sobre estas bases, vulnera el derecho a la igualdad en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, ya que, en lugar de partir de la necesaria igualdad de trato constitucionalmente exigida en atención a la imposibilidad de contraer matrimonio, funda su decisión única y exclusivamente en la premisa de que la unión de hecho formada por los arrendatarios «está ayuna por completo» de los «derechos y deberes de toda índole, incluidos los de carácter sucesorio y por supuesto de los de naturaleza patrimonial que conforman el régimen matrimonial» y por ello quien ha convivido extramatrimonialmente en el domicilio familiar con el arrendatario de la vivienda, constituye «una persona extraña a dicho vínculo (arrendaticio)», ya que no puede equipararse «la unión de hecho de los demandados (...) con un inexistente vínculo matrimonial entre ellos» (fundamento jurídico 2.º).

No corresponde a este Tribunal determinar las consecuencias jurídicas que, en relación con la continuidad o no del arrendamiento, habrían de vincularse a los supuestos de abandono del domicilio familiar por el arrendatario y, menos todavía, precisar si en el presente supuesto concurrían en la demandante los requisitos que le hubieran sido exigidos si se encontrase legalmente casada para, en su caso, poder subrogarse en el contrato. En este proceso constitucional de amparo basta con constatar que la Sala de apelación mantuvo un criterio no ajustado a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad, para otorgar el amparo y declarar la nulidad de la sentencia recurrida. Con todo, lo que la recurrente nos pide es que «se anule la sentencia dictada por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo 909/93, del juicio de cognición 291 bis/88 del Juzgado de Instrucción número 27 de Madrid, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar la Sentencia de 6 de junio dictada por dicha Audiencia Provincial con el fin de que por la misma se dicte una nueva sentencia, en la que con pleno respeto al principio de igualdad, se decida sobre la resolución del contrato interesado»; a esta petición debemos ajustar nuestro fallo en atención al principio de congruencia y a la existencia de una contraparte en el proceso *a quo*, que ha comparecido también en el presente proceso constitucional de amparo.

Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López respecto de la sentencia dictada en el RA número 3.115/95

Lamento disenter el criterio de la mayoría, como mantuve en las deliberaciones de la Sala, así como del fallo dictado que entiendo debió ser desestimatorio de la petición de amparo.

Estas son las razones en que apoyo mi disenso:

1.º El recurso de amparo tuvo por objeto la sentencia de la Sección Vigesima de la Audiencia Provincial de Madrid, que revocó en apelación la del Juzgado número 27 de la misma ciudad en autos de juicio de cognición sobre resolución de contrato de arrendamiento de la vivienda que viene ocupando quien ha sido demandante ante este Tribunal, por haber convivido en ella maritalmente con el arrendatario.

Se trataba de situación arrendaticia anterior a la vigencia de la LAU 29/1994 y el Juzgado desestimó la pretensión del propietario-arrendador fundándose en la aplicación de la doctrina constitucional acerca de que las uniones de hecho se consideraban equiparables al matrimonio en el beneficio de la prórroga arrendaticia cuando, por tratarse de situaciones anteriores a la Ley 30/1981, de 7 de julio, no existía posibilidad legal de contraer matrimonio si el cónyuge era casado, como en este caso ocurría.

Se daban, sin embargo, aquí unas características diferenciales que debieron determinar en mi opinión una conclusión distinta a la adoptada, sobre todo porque la situación de convivencia de la recurrente con el arrendatario, que se había mantenido entre 1973 y 1979, ya no existía ni cuando el propietario instó la resolución del arrendamiento ni en diciembre de 1992 cuando se dictó la sentencia de instancia.

Mi discrepancia actual no se funda, pues, solamente en la opinión que ya expuse en votos particulares a las SSTC 222/1992 y 48/1993 y la cual me limito a reiterar, sino a la propia situación juzgada ahora que entiendo sustancialmente distinta y por tanto no amparable bajo la invocación del principio de igualdad con la unión conyugal. Se trata en este caso, no ya de que exista una situación de convivencia de hecho, sino de su inexistencia y, por otra parte, de la aplicación extensiva a la misma de los requisitos establecidos en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyas prescripciones tampoco permiten una asimilación a las del caso.

2.º Ciertamente ha de partirse, como la sentencia hace, de la doctrina reiterada de este Tribunal, según la cual «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes sino realidades jurídicamente distintas, por lo que en principio su tratamiento jurídico ha de ser diferenciado y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el artículo 14 CE». Por eso, para que la aplicación del principio de igualdad sea posible a alguna de las consecuencias de la convivencia de hecho, deberá existir, al menos, una identidad en las circunstancias.

Sin embargo, se aplica aquí el criterio de igualdad al derecho de continuación en el arrendamiento como si, en el momento de plantearse la cuestión judicial, la relación de convivencia persistiera y, asimismo, persistieran los efectos de la imposibilidad de contraer matrimonio con anterioridad a la Ley 30/1981, de suerte que, según esa apreciación, la demandada en el proceso civil sufriría discriminación respecto de la esposa en el supuesto de abandono del domicilio conyugal por el marido.

Lo cierto es, sin embargo, que la situación de convivencia había concluido en 1979 por voluntad al menos de una de las partes, lo cual habría de producir (y no consta nada acerca de su posterior reanudación) la cesación de sus efectos e incluso de las derivadas de la anterior circunstancia de la imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la Ley 30/1981, la cual si fue

cierta cuando se inició la convivencia, ya no lo era después de su cesación en cuanto no consta que existiera una ulterior decisión al respecto. Tratábase, pues, de una situación estable en su origen y durante algún tiempo, pero que había dejado de serlo y ni siquiera existía como situación de convivencia cuando se plantea la cuestión sobre la posesión del piso.

Se ha aplicado, pues, la asimilación del abandono del domicilio conyugal a una situación de convivencia estable que ni siquiera permanecía desde varios años antes. No se trataría de una diferencia de trato fundada exclusivamente en el carácter no matrimonial de la unión, sino que al contrario, se habría pretendido (y se aplicó por el Juez de instancia) una igualdad de trato fundada en la asimilación al cese de la convivencia conyugal cuando no subsistía una situación de hecho que permitiera la equiparación por haber sido disuelta años antes. En cierto aspecto, cabría aplicar a dicha pretensión la consideración vertida en los votos particulares a la STC 47/1993, es decir, la de que la asimilación de las uniones de hecho con las matrimoniales han de ser a todos los efectos, tanto los beneficios como los inconvenientes, y no pretendiendo solamente aquéllas con exclusión de las cargas o al menos considerando sólo sus ventajas abstracción hecha de los gravámenes que le son inherentes.

3.º Puesto que la situación de convivencia terminó en 1979 y la sentencia sobre la pretensión de resolución del contrato arrendaticio se dicta en 1992, se trataba, como la sentencia dice, «de una continuación del arrendamiento que trae causa del abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario» mas aplicando a la ruptura el mismo criterio de asimilación que si se tratase del matrimonio, a pesar de la reiterada doctrina del Tribunal acerca de que quienes, pudiendo hacerlo, no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, lo cual legitima el tratamiento diferenciado de esos dos tipos de convivencia. No obstante, a la ruptura y continuación en el arrendamiento no se ha aplicado un criterio de diversidad, sino un criterio de igualdad que lleva, además, a asimilar la ruptura producida en 1979 a la que pudo haber tenido lugar en 1992 y no sólo esto, sino con unas consecuencias que ni siquiera la posterior regulación legal haría posibles, puesto que los requisitos exigidos en el artículo 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos tampoco se daban en el caso enjuiciado. Esta Ley, aunque prescribe para dichas situaciones una regulación absolutamente expansiva (párrafo 4) habrá de ser aplicada al conviviente en las mismas condiciones en que lo sería para el cónyuge a fin de no otorgar a aquél una situación preferente sobre éste, para quien exige «que conviviere» (obviamente, en el momento en que el arrendatario decide no renovar el contrato) para poder «continuar» el arrendamiento, además de la voluntad expresa al efecto, como se establece en los párrafos 2 y 3. Circunstancias de continuidad y permanencia que no se daban en una situación ya rota hacía varios años y por consiguiente voluntariamente extinguida y de cuyas demás consecuencias de hecho no hay constancia.

4.º Por último, y precisamente como resultado de la aplicación de un criterio que establece la igualdad con la convivencia conyugal actual a una situación de hecho rota hacía varios años, se hace abstracción (puesto que ello no es competencia de este Tribunal) de todas las consecuencias jurídicas que el fallo de igualación pueda determinar. Mas también en relación con ello es aplicable la cautela a la que se refería nuestro voto en la STC 47/1993 al señalar que «se trata de la ampliación de un precepto (el de subrogación en

el arrendamiento) que en la ley es excepcional respecto del régimen general de la institución arrendaticia puesto que, además de la prórroga forzosa, aplica ésta a terceros, limitando por consiguiente los derechos del arrendador»; y esta aplicación privilegiada se extiende ahora, junto al cónyuge, al que de hecho pudo ser tenido por tal, aunque ya no lo sea. De ahí que si, como allí se dice «la interpretación de los supuestos tasados de prórroga a favor de terceros debiera ser estricta, con mayor motivo debe serlo el concepto de convivencia de hecho *more uxorio* al que el supuesto conyugal se amplía».

Y en casos como el aquí enjuiciado no sólo concurre esa cautela por razón en general de las consecuencias respecto del arrendador u otros terceros, sino que aquí la situación de éstos podría eventualmente ser de tal naturaleza que, al ser enjuiciadas sus consecuencias por los Tribunales ordinarios, planteasen unos efectos capaces de enervar los sustanciales del pronunciamiento igualatorio por resultar entonces concurrentes otras pruebas, otras pretensiones u otras situaciones que, en el terreno de la legalidad, otorgasen el derecho de permanencia en el piso a otras personas.

Por todo ello es por lo que entiendo que nuestro fallo debió haber sido desestimatorio de la petición de amparo.

Madrid, a 15 de julio de 1998.—*José Gabaldón López* —Firmado y rubricado.

F. C. D

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

*Resolución de 5 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Santander, número 1
(BOE 7-7-98)*

ELEMENTO COMUN DE UN EDIFICIO.

Lo es el patio anejo, según los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, aplicables por imperativo de la Disposición Transitoria 1.ª de esta Ley. La enajenación de algunos pisos no significa que el patio quede como privativo del elemento que se ha reservado el vendedor.

*Resolución de 6 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5
(BOE 7-7-98)*

HIPOTECA FLOTANTE

La simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito entre dos personas carece de virtualidad suficiente para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, por lo que no es susceptible de garantizarse con hipoteca.

*Resolución de 8 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Las Rozas
(BOE 7-7-98).*

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO.

Pueden cancelarse, sin necesidad de la providencia ejecutoria del artículo 83 LH, cuando había una opción de compra anterior que se consuma, cuando se acredite el depósito del precio de la venta a disposición de los titulares de los derechos posteriores que traigan causa del vendedor.

Resolución de 13 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Madrid, número 5
(BOE 18-7-98).

PROPIEDAD HORIZONTAL DESAFECTACION Y VENTA DE PORTERIA.

No es necesario el consentimiento de los acreedores hipotecarios de los pisos para la enajenación del elemento común, pero la hipoteca subsiste sobre ésta en una cuota equivalente a la que correspondía a los pisos sobre tal elemento común.

Resolución de 15 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Madrid, número 23
(BOE 20-7-98).

ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

La renuncia a los derechos que de este negocio hace el arrendatario, especialmente el de opción de compra, no es título adecuado para cancelar el asiento respectivo cuando sobre el derecho de dicho arrendatario financiero pesan determinados embargos.

Resolución de 17 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Puerto de Santa María, número 1
(BOE 21-7-98).

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. CANCELACION DE ASIENTOS.

Resuelto el derecho por renuncia del arrendatario, no se pueden cancelar los asientos posteriores en favor de terceros sin el consentimiento de sus titulares o sentencia en juicio entablado contra los mismos

Resolución de 16 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 1
(BOE 21-7-98).

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. CANCELACION DE ASIENTOS.

Resuelto el arrendamiento por sentencia, no es posible cancelar los asientos posteriores en favor de terceros sin que consientan sus titulares o haya la oportuna sentencia en juicio entablado contra éstos.

Resolución de 23 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Vera
(BOE 23-7-98)

PROPIEDAD HORIZONTAL.

Presupone siempre la previa inscripción del edificio que se divide, sin discrepar de la descripción contenida en el título que se presenta.

Resolución de 25 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11
(BOE 23-7-98)

TRACTO SUCESIVO.

No se puede anotar el uso y disfrute de una vivienda familiar adjudicado en favor de la esposa en un juicio de separación cuando dicha vivienda aparece inscrita en favor de distintas personas que no fueron parte en el procedimiento ni aparecen demandadas en el mismo.

Resolución de 26 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Badalona, número 2
(BOE 23-7-98).

ANOTACION PREVENTIVA. PRORROGA.

No es posible practicar la prórroga una vez haya transcurrido el plazo de vigencia y haya sido cancelada la anotación por caducidad

Resolución de 27 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Badalona, número 2
(BOE 23-7-98).

ANOTACION PREVENTIVA. PRORROGA

No es posible practicar la prórroga una vez haya transcurrido el plazo de vigencia y se haya cancelado la anotación por su caducidad.

Resolución de 29 de junio de 1998
Registro de la Propiedad de Badalona, número 2
(BOE 27-7-98).

ANOTACION DE EMBARGO DURACION. PRORROGA

No es posible prorrogar una anotación preventiva de embargo una vez transcurridos los cuatro años de su vigencia, habiéndose producido su caducidad antes de la presentación del mandamiento que ordena dicha prórroga (art 86 LH).

Resoluciones de 30 de junio y de 1 y 2 de julio de 1998
Registro de la Propiedad de Badalona, número 1
(BOE 27 y 28-7-98).

ANOTACION DE EMBARGO DURACION PRORROGA.

No es posible prorrogar una anotación preventiva de embargo una vez transcurridos los cuatro años de su vigencia, habiéndose producido su caducidad antes de la presentación del mandamiento que ordena dicha prórroga (art. 86 LH)

Resolución de 3 de julio de 1998
Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana, número 2
(BOE 25-7-98).

TRACTO SUCESIVO.

No es posible practicar una anotación preventiva de embargo sobre finca inscrita a favor de persona distinta del demandado.

Resoluciones de 4 y 6 de julio de 1998
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12
(BOE 25 y 28-7-98).

ANOTACION DE EMBARGO PREVENTIVO.

Antes de derivar la acción al responsable subsidiario de un tributo es posible, como medida cautelar, tomar anotación de embargo preventivo sobre bienes de dicha persona, a quien se ha notificado el procedimiento

Resolución de 7 de julio de 1998
Registro de la Propiedad de Játiva
(BOE 31-7-98).

HIPOTECA

No precisa la autorización judicial la hipoteca constituida por la madre en representación de sus hijos menores, cuando el crédito está destinado a atender el pago de la compra de la finca, considerando la naturaleza unitaria que conforma un solo negocio complejo.

Resolución de 8 de julio de 1998
Registro de la Propiedad de Elda
(BOE 27-7-98)

ANOTACION DE EMBARGO SOBRE USUFRUCTO

Cuando el usufructo pertenece a una sociedad de gananciales en la que ha fallecido uno de los cónyuges, es preciso demandar a sus herederos, además de al cónyuge sobreviviente.

Registro Mercantil

Resolución de 3 de junio de 1998
Registro Mercantil de Cantabria
(BOE 7-7-98)

REGISTRO DE BUQUES.

La Disposición Final 2.ª de la Ley 19/1989, de 25 de julio, establece que estos Registros continuarán rigiéndose por las normas de los Registros Mercantiles. Por ello el recurso gubernativo ha de interponerse directamente ante el Registrador, con posible apelación a la Dirección General, quedando al margen el Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

Resolución de 4 de junio de 1998
Registro Mercantil de Madrid, número XIII
(BOE 3-7-98).

S A ADMINISTRADORES.

Su nombramiento surte efectos desde el momento de la aceptación, pues la inscripción en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no como constitutiva en el artículo 125 de la Ley de S.A

Resolución de 9 de junio de 1998
Registro Mercantil de Barcelona, número V
(BOE 14-7-98).

S A. DISOLUCION.

Aprobado el balance final por la Junta General y practicadas las publicaciones debidas, es bastante garantía la afirmación de los liquidadores, junto con la acreditación de la fecha de la publicación, sin perjuicio de depositar en el Registro Mercantil los libros y demás documentos donde constarán las circunstancias relativas al acuerdo de aprobación del balance

Resolución de 10 de junio de 1998
Registro Mercantil de Madrid, número XV
(BOE 14-7-98).

S R.L. ADMINISTRADORES

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se caracteriza por una amplia libertad en materia de determinar los administradores, pues no exige la

especificación estatutaria de su número, ni del máximo y mínimo, salvo para el supuesto del Consejo de Administración (arts. 12, 13 y 57 de dicha Ley).

Resolución de 11 de junio de 1998
Registro Mercantil de Navarra
(BOE 14-7-98).

S.A. UNIPERSONAL

La declaración de unipersonalidad, en los casos de la Disposición Transitoria 8.^a de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, además de una certificación expedida por el secretario, requiere el visto bueno del presidente, que añade una garantía más a la veracidad y exactitud de lo relatado.

Resolución de 12 de junio de 1998
Registro Mercantil de Madrid, número XVII
(BOE 21-7-98).

RECURSO GUBERNATIVO. DESISTIMIENTO.

Se rechaza el desistimiento del recurso pendiente de resolución hasta que se dicte la que proceda

Resolución de 18 de junio de 1998
Registro Mercantil de Murcia
(BOE 18-7-98).

S.A. CONSTITUCION.

Las aportaciones sociales consistentes en una empresa o elementos no dinerarios, requieren su valoración en un informe elaborado por experto independiente (art. 38 de la Ley de S.A.).

Resolución de 19 de junio de 1998
Registro de Ventas a Plazos de Valencia
(BOE 23-7-98).

REGISTRO DE VENTAS A PLAZOS.

Caducada la vigencia temporal del asiento no es posible practicar anotación preventiva de demanda sobre los bienes que fueron transmitidos con precio aplazado, según el artículo 24 de la Orden de 15 de noviembre de 1982.

Resolución de 20 de junio de 1998
Registro Mercantil de Madrid, número XVI
(BOE 23-7-98)

S.A. AUDITOR DE CUENTAS.

Una sociedad que no está legalmente obligada a auditar sus cuentas, según el artículo 203.2 de la Ley de S.A., puede nombrar voluntariamente un auditor sin que se requiera una duración mínima del cargo.

Resolución de 24 de junio de 1998
Registro Mercantil de Madrid, número XIII
(BOE 23-7-98).

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. ESTATUTOS

No es inscribible la cláusula por la que se establece que los socios, cuando así lo acuerde por mayoría ordinaria la Junta General, tendrán la obligación de realizar aportaciones en metálico suplementarias a la de capital, que no altera la cifra de éste, hasta un máximo de veinte veces el valor nominal de las participaciones de que sea titular cada uno de ellos, a fin de cubrir las necesidades de tesorería, siendo estas prestaciones de carácter no retribuido y restituibles cuando la situación de tesorería de la sociedad lo permita y así lo acuerde la Junta General.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR BASILIO J AGUIRRE FERNÁNDEZ Y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

COMENTARIO DE LA RESOLUCION DE 25-6-1997 (SEPARACION DE HECHO Y LEGITIMA VIDUAL: PERSPECTIVA JURIDICO-CIVIL Y PROBLEMAS DE CALIFICACION REGISTRAL)

ABINTESTATO CON PADRES Y CONYUGE SEPARADO DE HECHO.—EN EL PRESENTE CASO, EN EL QUE HA RECAIDO SENTENCIA DE SEPARACION COMUNICADA AL PRESENTANTE DE LA DEMANDA CONSENTIDA POR EL OTRO CONYUGE CUYO FALLECIMIENTO MOTIVA SU ARCHIVO, DADO EL DESFASE ENTRE LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LA MATERIA —LEGITIMA DEL VIUDO Y SEPARACION CONYUGAL— HAY QUE CONCLUIR QUE LA PERDIDA DE LOS DERECHOS LEGITIMARIOS DEL VIUDO HA DE SER CONSECUENCIA DE UNA SENTENCIA, LO QUE OBLIGA A CONFIRMAR LA NOTA DE CALIFICACION QUE RECHAZA LA INSCRIPCION DE LA ESCRITURA DE ADJUDICACION DE LA UNICA FINCA A LOS PADRES AL ENTENDER EL NOTARIO RECURRENTE QUE EXISTE UNA SEPARACION DE HECHO ACORDADA FEHACIENTEMENTE, ARTICULOS 945 Y 834 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL, QUE PRIVA A LA VIUDA DE SU LEGITIMA (RESOLUCIÓN DE 25 DE JUNIO DE 1997. BOE DE 24 DE JULIO DE 1997.)

RESOLUCION de 25 de junio de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Ignacio Fuentes López, Notario de Madrid, contra la negativa de don Juan Antonio Cuadrado Cánovas, Registrador de la Propiedad de Madrid, número 10, a ins-

cribir una escritura de aceptación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don José Ignacio Fuentes López, Notario de Madrid, contra la negativa de don Juan Antonio Cuadrado Cánovas, Registrador de la Propiedad de Madrid, número 10, a inscribir una escritura de aceptación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Don Manuel Bahillo Pereira falleció en Madrid el día 12 de junio de 1994, en estado de casado y sin hijos. En virtud de acta de declaración de herederos autorizada por el Notario de Madrid, don José Ignacio Fuentes López, el 6 de marzo de 1995, se declararon herederos abintestato del causante a sus padres don Fulgencio Nicolás Bahillo Hernández y doña Juana Pereira Navacerrada, por partes iguales.

En dicha acta de notoriedad el Notario tuvo en cuenta, para no reconocer derecho alguno a la esposa del causante, doña Blasa Cañada Herreros, los siguientes extremos: *a)* Justificante de denuncia ante la Comisaría de Policía del distrito de Vallecas (Madrid), por abandono del domicilio conyugal por parte de ésta, de fecha 12 de febrero de 1994, *b)* Carta remitida por doña Blasa a su esposo por conducto notarial el 24 de febrero de 1994, por la que reconoce la situación de separación de hecho que mantienen y le propone las bases de un convenio regulador para aportar en un proceso de separación conyugal, *c)* Auto de fecha 10 de octubre de 1994 del Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, por el que archiva la demanda de separación ratificada por ambos cónyuges el 7 de junio de 1994, por virtud del fallecimiento de don Manuel Bahillo Pereira producido el día 12 del mismo mes.

II En virtud de escritura de aceptación de herencia de 30 de marzo de 1995, autorizada por el mencionado Notario, los padres del causante, don Fulgencio Nicolás Bahillo Hernández y doña Juana Pereira Navacerrada procedieron a aceptar la herencia del causante y a adjudicarse por mitad y pro indiviso el único bien inmueble integrante del caudal hereditario.

III. Presentada dicha escritura de aceptación, junto con el acta de declaración de herederos en el Registro de la Propiedad de Madrid, número 10, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción de la escritura que precede por el defecto insubsanable de que, no constando de dicho título y de la documentación aportada la separación judicial de los cónyuges don Manuel Bahillo Pereira y doña Blasa Cañada Herreros, en la declaración de herederos abintestato del primero de dichos señores no se reconocen los derechos de su cónyuge que le corresponden con arreglo al artículo 837 del Código Civil. Contra esta calificación cabe entablar recurso gubernativo ante el Señor Presidente de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, dentro del plazo de cuatro meses a partir de esta fecha, conforme a lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento Hipotecario Madrid a 12 de febrero de 1996 —El Registrador.—Firmado, Juan Antonio Cuadrado Cánovas».

IV Don José Ignacio Fuentes López, Notario autorizante de la citada escritura, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó entre otros extremos: 1.º Que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario no permite calificar los documentos judiciales en cuanto al fondo de las resoluciones, de manera que tampoco pueden ser calificadas en cuanto al fondo las declaraciones notariales de declaración de herederos, por tener el mismo rango que un auto judicial. 2.º Que la declaración de herederos autorizada por el re-

currente no reconoce al cónyuge sobreviviente la legítima del 837 del Código Civil porque en este supuesto existe una separación de hecho acordada fehacientemente 3.º Que no cabe una interpretación aislada del artículo 837 del Código Civil, sino que procede una interpretación conjunta de los artículos 945 y 834 del citado Código. 4.º Que los derechos sucesorios del cónyuge viudo se apoyan en situaciones de convivencia familiar y que desaparecen en caso de ruptura de la misma. 5.º Que el artículo 945 del Código Civil no establece una reserva en favor de la legítima del viudo y si no lo hace es porque tal legítima choca con la separación judicial o con la de hecho fehaciente 6.º Que tras la reforma del Código Civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, ya no es la separación judicial la única reconocida por el legislador. La interpretación de los artículos 834 y 835 era unívoca. Después de la reforma existen categorías intermedias reconocidas por el legislador con efectos jurídicos, entre ellas la separación de hecho por mutuo acuerdo y fehaciente. 7.º Donde el artículo 834 del Código Civil dice separación, hoy hay que entender que invoca los dos tipos de separación que reciben igualdad de trato a efectos sucesorios en el artículo 945 del Código Civil. 8.º Que la demanda de separación y la propuesta de convenio regulador son documentos auténticos por directa aplicación del artículo 1 227 del Código Civil. El archivo de las actuaciones de separación por fallecimiento del actor no incide en el juicio de notoriedad contenido en la declaración notarial de herederos que es la que acredita la existencia de mutuo acuerdo de manera fehaciente 9.º Que esta es la solución dada en los artículos 331, 334 y 381 de la compilación catalana cuando niegan derechos legítimos y viuales al cónyuge separado judicialmente o de hecho.

V. El Registrador, en defensa de su nota, informó. 1.º Que no estamos ante un supuesto de documento judicial, dado que el Notario no puede ejercer funciones jurisdiccionales, por lo que no es aplicable el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, sino que procede la calificación registral con toda la amplitud que señala el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. 2.º Que no puede equipararse la situación de separación de hecho con la decretada judicialmente. 3.º Que no es aplicable al caso el artículo 945 del Código Civil, previsto para el supuesto de sucesión abintestato del cónyuge sobreviviente en defecto de descendientes y ascendientes, siendo así que el causante falleció con ascendientes. 4.º Que no proceden las referencias a los derechos del cónyuge viudo en las compilaciones forales. 5.º Que el acta de declaración de herederos debería haber reconocido los derechos de la viuda conforme al artículo 837 del Código Civil.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por auto de 14 de mayo de 1996, desestimó el recurso y confirmó la nota de calificación, afirmando: 1.º Que el artículo 945 del Código Civil sólo enerva el llamamiento del cónyuge sobreviviente en los supuestos de separación por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, ninguno de cuyos supuestos concurre en la presente causa. 2.º Que no puede admitirse el imposible argumento de que la declaración de herederos hecha en acta notarial tenga valor equiparable al del auto judicial correspondiente y que no pueda ser objeto de calificación, ya que lo impiden elementales preceptos como es el artículo 119 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85, de 1 de julio.

VII. El Notario autorizante de la escritura calificada recurrió el Auto Presidencial solamente en cuanto a la afirmación de su fundamento primero de que «en la presente causa no hay separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente» aceptándolo en todo lo demás

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 834, 835 y 945 del Código Civil y las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980 y 10 de junio de 1988.

1. El presente recurso se centra en la inscripción de una escritura notarial de aceptación y adjudicación de herencia, por la que los padres del causante se adjudican por mitad y pro indiviso un bien inmueble privado de éste. Previamente, por acta de notoriedad autorizada por Notario, dichos padres habían sido declarados herederos abintestato de su fallecido hijo.

2. En esta situación el Registrador de la Propiedad, en su nota de calificación, aduce el defecto de no haberse tenido en cuenta la legítima que corresponde a la viuda conforme al artículo 837 del Código Civil, por no constar la separación judicial de los cónyuges. Frente a esta nota, la argumentación del Notario recurrente gira en torno a la consideración de que la separación de hecho por mutuo acuerdo, que consta fehacientemente —como aquí sucede— priva al cónyuge viudo de su derecho a la herencia intestada de su cónyuge (cfr. art. 945 del Código Civil, redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo), de modo que, por diversas razones, este tipo de separación ha de estimarse incluido junto con la separación judicial en los supuestos en los que, conforme al artículo 834 del Código Civil (cuya redacción data de la Ley de 24 de abril de 1958), cesa la legítima viudal. Ahora bien, el artículo 945 del Código Civil no ha podido suponer la modificación del artículo 834 del propio Código, toda vez que uno y otro regulan hipótesis distintas. El artículo 945, la sucesión en defecto de voluntad del causante; el 834, la sucesión aun contra la voluntad del causante.

3. En el presente caso se ha presentado por el esposo y con consentimiento de su cónyuge, demanda de separación basada en el artículo 81.1.º del Código Civil, a la que se acompaña el pertinente convenio regulador suscrito por ambos, dicha demanda ha sido ratificada e, incluso, ha recaído sentencia de separación comunicada al cónyuge presentante de la demanda (aunque no al consorte por ser desconocido en el domicilio que constaba en autos), si bien, con posterioridad, el propio Juez dictó auto acordando el archivo de las actuaciones por haberse acreditado el fallecimiento de uno de los cónyuges, el cual ha devenido firme al rechazar la Audiencia el recurso interpuesto por los herederos del difunto.

La cuestión es, por tanto, decidir la relevancia que la admisión de la demanda de separación pedida conjuntamente tiene en sede de legítima viudal cuando uno de los cónyuges fallece durante la tramitación del pleito.

Se trata de una cuestión cuya solución dista de ser sencilla, y ello es debido a que los preceptos relativos a la materia (los arts. 834 y 835 del Código Civil, que provienen de la Ley de 24 de abril de 1958) han permanecido inalterados pese al cambio fundamental operado en la regulación legal de la propia separación conyugal. El tenor literal de esas disposiciones conduce hoy a conclusiones distintas, incluso contradictorias con las que resultaban de su interpretación en el contexto legal precedente. En efecto, valorado en conexión con la regulación precedente de la separación conyugal (que suponía necesariamente la concurrencia de una causa de las tipificadas legalmente, siendo inherente a todas ellas, la culpabilidad de uno de los cónyuges —cfr. arts. 105 del Código Civil en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958—, de modo que en toda separación habría un cónyuge culpable y otro inocente, cuando no los dos culpables) se desprende que su *ratio* es la subsistencia de derechos legitimarios a favor del cónyuge

supérstite, salvo para el cónyuge que sea culpable de la separación (el cónyuge inocente conserva sus derechos legitimarios pese a la separación) al modo en que ocurre con el derecho de alimentos o con la pérdida de las donaciones (cfr. arts. 73.3.º y 5.º del Código Civil, según redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958). En la actualidad, por el contrario, y dado que existen supuestos de separación sin necesidad de concurrencia de causa (art. 81.1.º del Código Civil) o causas de separación que no implican culpa de uno de los cónyuges (cfr. art. 82.4.º, 5.º, 6.º y 7.º del Código Civil), ese mismo tenor literal del artículo 834 conducirá a que la no persistencia de derechos legitimarios a favor del cónyuge supérstite sea efecto de la separación, si bien con la excepción del supuesto de separación imputable a culpa del finado. Ciertamente que podría alegarse que esa finalidad originaria del artículo 834 del Código Civil, adaptada al nuevo esquema legal de la separación, llevaría a la conclusión de que la separación por sí sola no supone la desaparición de los derechos legitimarios del cónyuge supérstite, sino que tal resultado sólo se daría como sanción a la culpabilidad en la separación, al modo en que ocurre hoy, por ejemplo, con el derecho de alimentos (cfr. arts. 144, 152.4.º y 855.1.º del Código Civil), pues, tal alegación tendría a su favor el juego de los antecedentes históricos y legislativos en la interpretación de las disposiciones (art. 3 del Código Civil) que no han sufrido modificación a pesar de ser alteradas las restantes disposiciones relativas a la misma institución jurídica. Ahora bien, lo cierto es que la redacción del artículo 834 del Código Civil vincula la negación de derechos legitimarios al estado legal de separación (salvo la hipótesis excepcional de conservación de los mismos en favor del inocente en caso de culpa del otro), y ello armoniza con el nuevo esquema legal de la separación, de modo que la necesaria interpretación de las normas en relación con el contexto de las nuevas disposiciones y con la realidad social de los tiempos actuales (art. 3 de la Ley Hipotecaria) y la consideración del ordenamiento jurídico como un todo completo y coherente determinan la prevalecida de esta última solución.

Admitido que la separación determina como regla, por sí sola, la no persistencia de derechos legitimarios a favor del cónyuge supérstite salvo en la hipótesis excepcional señalada, surge ahora la cuestión de determinar las consecuencias que en el caso debatido se infieren del artículo 835 (cuya redacción, pese al simple cambio de ubicación en la reforma de 1958, proviene de la redacción originaria del Código Civil).

De nuevo nos encontramos con que la no alteración de su redacción, al variarse el esquema legal de la separación conyugal, determina dificultades de interpretación que es preciso superar atendiendo a los criterios prevenidos en el artículo 3 del Código Civil. En efecto, en el contexto legal precedente, este precepto tenía plena congruencia, pues no resultaba lógico que el fallecimiento del cónyuge demandante durante la tramitación produjera el sobreseimiento de las actuaciones, ya que ello exoneraría al demandado de las consecuencias adversas que su conducta —la que constituía la causa de separación incoada—, si era cierta la imputada —lo que sólo podrá determinar la sentencia—, le habría de comportar desde el momento en que había llevado a su consorte a la petición judicial de separación (pérdida de donaciones, pérdida de la eventual potestad y custodia de los hijos, pérdida de derechos legitimarios, etc.); en tal contexto, la *ratio* del artículo 835 del Código Civil al ordenar estar al resultado del pleito, era garantizar que en la hipótesis contemplada se

continúen las actuaciones iniciadas a fin de que no quedaran sin aplicación los efectos desfavorables de aquella conducta que determina al premuerto a instar la separación; se ratificaba así la idea que subyace en el anterior 834 del Código Civil, según la cual la pérdida de la legítima viudal no es efecto del estado legal de separación conyugal, sino de sanción de la culpabilidad en la producción de tal situación.

El artículo 835 del Código Civil presupone, pues, la sentencia, aunque haya fallecido uno de los cónyuges, pero no porque ésta sea precisa para la constitución del estado civil de separado —ya imposible porque la muerte ha disuelto el matrimonio— que lleva anejo la no existencia de derechos legítimarios, sino porque tal sentencia, de ser estimatoria, desencadena esos otros efectos adversos para una de las partes y favorables para la otra.

Admitida hoy la separación amistosa (cfr. art. 81.1 del Código Civil), en cuyo caso, el Juez debe decretarla, una vez comprobado el requisito del año de matrimonio (cfr. art. 81.1 del Código Civil y Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981), la lógica llevará a entender que hoy la solución legal de haberse contemplado expresamente el supuesto hubiera sido, bien la de anudar a la ratificación de la demanda de separación amistosa, la consecuencia de la pérdida de los derechos legítimarios, sin necesidad de continuación del proceso, bien la de la necesidad de continuación del pleito pero con reconocimiento expreso de tales derechos entre tanto. Ahora bien, a falta de tal pronunciamiento legal específico, el mantenimiento inalterado del artículo 835 del Código Civil, en conexión con la lectura actualizada del artículo 834 del Código Civil, obliga a concluir que la pérdida de estos derechos legítimarios ha de ser consecuencia de una sentencia.

No corresponde a este Centro Directivo decidir si en el presente caso (en que cuando se produce el fallecimiento de un cónyuge existe separación en virtud de demanda presentada con el consentimiento de dos consortes) pueden darse circunstancias que conduzcan a la negación de los derechos legítimarios del supérstite, ya que esta conclusión negativa ha de constituir, conforme al tenor literal del artículo 835 del Código Civil, el resultado de un pleito, es decir, el fallo, bien de la sentencia por la que termina el pleito de separación entablado antes de la muerte del de *cuius* (aunque la separación sea ya improcedente, pues el matrimonio quedó disuelto por la muerte) y que continuara con ese fin, bien de la sentencia por la que termine un pleito entablado, después, con el fin específico de que se declare la inexistencia de derechos legítimarios del cónyuge sobreviviente.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 25 de junio de 1997.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

Esta resolución de nuestro Centro Directivo aborda una serie de cuestiones que en los últimos años habían venido dividiendo a la doctrina científica

española y sobre las que no se había producido un pronunciamiento claro del Tribunal Supremo. De ahí la importancia de la misma, no sólo en lo referente a la actuación de Notarios y Registradores, sino también en el estudio doctrinal y en la aplicación práctica del Derecho civil.

Si nos atenemos exclusivamente a los Fundamentos de Derecho de la resolución, el problema a tratar sería sólo uno: la incidencia de la separación conyugal no decretada por medio de sentencia judicial en los derechos legítimos que nuestro ordenamiento jurídico civil atribuye al cónyuge viudo. No obstante, quiero extender el análisis a una segunda cuestión que el Notario recurrente planteó en una primera instancia, pero que luego no reiteró ante la Dirección General, impidiendo así un pronunciamiento de la misma. Las facultades de calificación registral de las actas notariales y, por derivación, de los autos judiciales de declaración de herederos abintestato.

Pasemos entonces a estudiar ambas cuestiones de forma separada

II. LEGÍTIMA VIDUAL Y SEPARACIÓN CONYUGAL SIN SENTENCIA JUDICIAL

1. *Desajustes internos del Código Civil*

Quizá sea el término «desajuste» (1) el que mejor exprese la situación normativa producida en nuestro Código Civil con alguna de las reformas que se han introducido en los últimos veinte años. En efecto, en la cuestión que motiva este estudio, los dos preceptos claves, los artículos 834 y 835 del Código Civil, mantienen su contenido inalterado, el primero desde la reforma de 24 de abril de 1958, y el segundo prácticamente desde la publicación del mismo Código. Por contra, la Constitución de 1978 y la reforma del Código Civil llevada a cabo por las Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, afectaron profundamente a los preceptos que regulan materias íntimamente ligadas a los mismos, como son todas las relativas a las situaciones de crisis matrimonial o a los llamamientos sucesorios intestados. Así, si comparamos estos dos artículos con otros como el 81, el 82, el 85, el 945..., observamos sustratos sociológicos diferentes y planteamientos legislativos casi opuestos. Siempre se ha dicho que el Derecho va por detrás de la evolución de la sociedad. Siendo esto un grave problema para el jurista, es aún más desconcertante cuando el legislador reforma unas normas y no otras que reclaman idéntica modificación y por iguales razones, pues hace surgir la duda de si la descoordinación obedece a la pura desidia o descuido o, por el contrario, hay una voluntad plenamente consciente de mantener alguno de los criterios tradicionales.

Otra premisa indispensable para poder enjuiciar acertadamente esta resolución de la DGRN es la de tener presente que no corresponde a este Centro Directivo (en puridad pienso que tampoco a los Tribunales) suplir la actuación del legislador, traspasando los límites de la pura interpretación para abordar una tarea de auténtica creación del Derecho. Si no a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe atribuirle en estricto sentido el carácter de fuente del Derecho, menos aún a la emanada de la Dirección General.

(1) Tomado del título del trabajo «Los desajustes de la reforma. sobre legítimas y reservas», que TOMÁS GIMÉNEZ DUART publicó en la *Revista de Derecho Notarial*, núm. 128, año 1985, págs. 133 y sigs.

Estas dos consideraciones previas explican en gran medida la postura que adopta esta resolución.

2. Opiniones doctrinales sobre esta cuestión

No hay unanimidad entre los autores a la hora de enjuiciar el problema de la separación entre los cónyuges, no decretada por sentencia judicial, y su posible incidencia en los derechos legitimarios del viudo. Podemos encuadrar las diferentes opiniones en dos grandes bloques

a) Los que sostienen que sólo la separación judicialmente decretada priva al cónyuge viudo de la legítima de los artículos 834 y siguientes del Código Civil. En este grupo debemos citar a LACRUZ BERDEJO (2), BOLÁS ALFONSO (3), PUIG BRUTAU (4), DE LA CÁMARA (5), VALPUESTA FERNÁNDEZ (6), NÚÑEZ BOLUDA (7), JAIME DE CASTRO GARCÍA (8) y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (9). Entre los argumentos que manejan estos autores hay que destacar los siguientes:

- La separación de hecho constituye causa de desheredación conforme al último inciso del artículo 855 del Código Civil (10) y, por tanto, será este el cauce adecuado para privar al cónyuge viudo de la legítima y no una exclusión directa que el artículo 834 no contempla. La ley ha preferido que sea el testador el que decida si quiere privar o no de la legítima al cónyuge que ya no convive con él

- De una interpretación conjunta de los artículos 834 y 835 del Código Civil resulta con claridad meridiana la necesidad de una sentencia judicial para que la separación conyugal sea causa provocadora de la no subsistencia de los derechos legitimarios del viudo

- La excepcionalidad de los casos en los que la separación de hecho produce efectos.

- La imposibilidad de aplicar analógicamente el artículo 945 del mismo Código por falta de identidad de razón entre los supuestos.

Debemos también hacer mención de otro sector de la doctrina que, siguiendo en esencia también esta línea, introduce algunas dudas, contradiccio-

(2) *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.

(3) «La preterición tras la Reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXV, 1982, págs 177 y sigs.

(4) *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 3.º, 1963, pág 123. Hay que advertir que en la edición de 1983 de la misma obra, este autor no se pronuncia claramente sobre el problema

(5) *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pág 308.

(6) *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Sevilla, 1982, págs 90 y sigs

(7) «El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs 715 y sigs

(8) *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia* Obra dirigida por ALBÁRCAR LÓPEZ. Tomo III, Editorial Trivium, 4ª ed.

(9) *La separación de hecho*, Madrid, 1982, pág. 176

(10) La Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 ha suprimido este último inciso del artículo 855 del Código Civil. Más adelante analizaré las posibles consecuencias de esta novedad legislativa

nes o matices. Así, entre ellos, cabría mencionar a MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA (11), DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (12), RIVERA FERNÁNDEZ (13) o VALLET DE GÖTTISOLO (14)

En resumen, podemos decir que todos estos autores que se encuadran en este primer apartado, con más o menos matices, estiman que la simple separación de hecho, incluso aunque conste el acuerdo fehaciente de los cónyuges, no tiene virtualidad suficiente para privar al sobreviviente de la legítima.

b) Un segundo grupo de autores se inclinan por la solución contraria y defienden que, cuando existe separación de hecho por acuerdo fehaciente de los cónyuges, el viudo pierde la legítima de los artículos 834 y siguientes. Esta orientación empieza a hacerse fuerte en parte de la doctrina a partir de la reforma de 1981, por cuanto con la nueva redacción del artículo 945 del Código, el viudo separado de hecho por mutuo acuerdo que conste de manera fehaciente, resulta excluido del llamamiento a la sucesión abintestato

Dentro de esta línea hay que citar a SÁNCHEZ CALERO (15), ROCA SASTRE MUNCUNILL (16), MASIDE MIRANDA (17), VALLADARES RASCÓN (18), REAL PÉREZ (19), RIVAS MARTÍNEZ (20) y GIMÉNEZ DUART (21). Intentando resumir las

(11) *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, 1996, págs. 136 y sigs. Este autor muestra sus dudas sobre la corrección de esta solución que él defiende en los casos de separación de hecho en la que conste claramente la culpabilidad de uno de los cónyuges —v gr., condena penal por abandono de familia sin separación judicial o separación conyugal decretada por sentencia canónica—.

(12) *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1989, pág. 460. No acaba de sentarse un criterio claro porque, al referirse al problema que analizamos, señalan que «...*parece que estas últimas circunstancias* (relevancia de la separación de hecho en el ámbito de la sucesión intestada) *deberían bastar para negar la legítima...*», aunque «...*la citada Ley no ha modificado los artículos 834 y 835, lo que origina contradicciones dentro del sistema...*».

(13) *La preterición en Derecho civil común español*, Valencia, 1994, págs. 169 y sigs. En su opinión parece claro que ésta es la solución que deriva del sistema legal vigente, aunque la considera poco adecuada.

(14) En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XI, EDESA, Madrid, 1982, págs. 446 y sigs., sostiene que el cónyuge separado de hecho no pierde la legítima, salvo que incurra en causa de indignidad, aunque al comentar el artículo 835 defiende que si a la muerte de uno de los esposos existía presentada demanda de divorcio, se aplique analógicamente el artículo 945 y se prive de legítima al viudo, porque en los supuestos de divorcio no cabe apreciar culpabilidad de ninguno de los cónyuges y, por tanto, no tendría sentido esperar al resultado del pleito. Por otro lado, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2062 y sigs., afirma que a la vista del nuevo artículo 945 y, siendo así que la ley excluye su llamamiento intestado —es decir, *extra tabulas*—, no puede entenderse que imponga forzosamente —*contra tabulas*— la legítima

(15) «Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», en AC, núm. 13, 1992, págs. 183 y sigs.

(16) *Derecho de sucesiones*, tomo II, págs. 317 y sigs., Bosch, 1997.

(17) *Legítima del cónyuge superviviente*, págs. 234 y sigs., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1989.

(18) *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, Madrid, 1982.

(19) *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Madrid, 1989.

(20) *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo II, Madrid, 1987.

(21) Obra antes citada

razones que estos autores alegan para mantener su postura, podemos concretarlas en las siguientes

El último inciso del artículo 855 del Código Civil no puede ser utilizado como base argumental porque es un párrafo desfasado, si se tiene en cuenta la reforma de 1981 que modificó la regla primera de este mismo artículo.

- El artículo 835 del mismo Código hay que interpretarlo en el sentido de restringir su aplicación a los casos de separación conyugal que traen causa en uno de los cónyuges.

- Esta solución debe prevalecer jurisprudencialmente para hacer una interpretación de los artículos 834 y 835 del Código Civil, más acorde con la realidad social del tiempo presente (vid. art. 3 del Código Civil).

- La nueva redacción del artículo 945 del Código Civil implica que si la legítima se recibe por vía de sucesión intestada, el cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente se verá privado de dicha legítima. Ello debe llevar a la conclusión lógica de que tampoco tenga derecho a ella si la sucesión es testamentaria, porque lo contrario supondría que, por el mero hecho de testar, un causante tendría que respetar unos derechos que no existirían si falleciese intestado. El artículo 945 no deja a salvo los derechos legítimos. Siendo así que la Ley excluye el llamamiento intestado —*extra tabulas*—, no puede entenderse que imponga forzosamente —*contra tabulas*— la legítima.

3. Posición mantenida por el Tribunal Supremo

Son varias las sentencias que en los últimos años han tocado de forma más o menos indirecta la cuestión que nos ocupa. Antes de la reforma de 1981 la cuestión era clara. Así, la **Sentencia de 7 de marzo de 1980** (22) deja sentado al interpretar el artículo 834 que «...cuando se refiere a que *el cónyuge no se hallare separado*, evidentemente se está refiriendo a la separación judicial, y no a la meramente de hecho o amistosa .», indicando además que este criterio debe prevalecer «.. porque así lo evidencia la referencia que contiene el párrafo primero del artículo 835 del Código Civil .».

Después de la tan reiterada reforma de 1981, sólo encontramos dos sentencias interesantes al respecto. La primera se mueve en el ámbito del usufructo viudal aragonés, y, por tanto, sus conclusiones no pueden trasladarse de forma automática al derecho común. Ello, no obstante, creo conveniente su cita por lo peculiar e innovador de su argumentación. Se trata de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986** (23). En el supuesto en cuestión encontramos a un hombre que contrajo matrimonio en 1929, y que desde 1934 hasta 1981, fecha de su fallecimiento, vivió separado de hecho de su esposa. Desde 1938 el esposo pasó a vivir con el hijo del matrimonio y con otra mujer distinta de su esposa. Fallece el citado señor y en su testamento declaraba, sin ser cierto, que estaba separado judicialmente, atribuía el usufructo vitalicio de una casa a la mujer con la que convivía extramatrimonialmente e instituía heredero al hijo. La esposa, a los efectos que aquí nos interesan, reclama que se declare que a ella corresponde el usufructo viudal

(22) Referencia Aranzadi 1558/1980

(23) Referencia Aranzadi 3459/1986.

universal sobre los bienes de su difunto marido. El Alto Tribunal considera que si bien la viuda tiene formalmente derecho al usufructo universal, sin embargo debe reconocerse, para este caso y sin generalizar, que la pretensión de la viuda es contraria a la buena fe, suponiendo además, un caso de ejercicio de un derecho aparente más allá de los límites éticos, teleológicos y sociales, ejercicio anormal que los tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.2 del Código Civil.

Como vemos, el Tribunal Supremo maneja los instrumentos de la buena fe y del abuso de derecho para dar trascendencia a la separación de hecho y privar a la viuda del usufructo universal. No creo, sin embargo, que esta sentencia pueda repercutir decisivamente en la interpretación de los artículos 834 y 835 del Código Civil por varias razones. En primer lugar, porque se está refiriendo a un caso de derechos viduales del derecho foral que, tanto en la propia legislación (24), como en la jurisprudencia (25), reciben un tratamiento diferente al que se otorga al usufructo legitimario del cónyuge superviviente del Código Civil. Por otro lado, la singularidad del caso concreto, reconocida expresamente por la misma sentencia, en el que el largo tiempo transcurrido desde la no convivencia de los esposos determina que sea en cierto modo abusivo pretender ejercer el referido derecho por parte de la viuda. Por ello, intentar encontrar en este fallo base para justificar una reinterpretación del artículo 834 del Código Civil es ilógico y llevaría inevitablemente a un aumento de la litigiosidad en una materia tan sensible como ésta.

La segunda sentencia a la que antes hemos hecho alusión es la del **Tribunal Supremo de 10 de junio de 1988** (26). La verdad es que tampoco supone un pronunciamiento claro. Algún autor (27) concluye tajantemente que en esta sentencia el Alto Tribunal niega derechos legitimarios al cónyuge viudo separado de hecho. Sin embargo, en mi opinión, esta apreciación parece un tanto exagerada. De una lectura detenida de esta sentencia creo que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- La defectuosa formulación jurídica del recurso de casación (28) impide al Tribunal Supremo pronunciarse con claridad sobre esta cuestión.
- Es verdad que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Valladolid en apelación, expresamente señalan que «si bien es cierto que al relacionar los artículos 834 y 835 pudiera estimarse que la sepa-

(24) Así, el artículo 108 de la Ley Hipotecaria, en su punto segundo, señala que: «No se podrán hipotecar: ... 2.º Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil», lo cual demuestra la diferente naturaleza del usufructo viudal del Código Civil con respecto al de las regiones forales.

(25) En este sentido puede citarse la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1911, que mantuvo la posibilidad de enajenar los derechos de usufructo viudal del Código Civil, señalando que *la Ley de Bases de 1888 no pretendió copiar en toda su extensión los usufructos forales, sino adaptarlos al régimen familiar castellano*, aclarando que el usufructo legitimario del derecho común no se ha establecido y desenvuelto *con exclusiva atención a la subsistencia y decoro del cónyuge superviviente*. En definitiva, los fundamentos últimos del establecimiento del usufructo viudal son distintos en el derecho foral y en el común, lo cual justifica su distinta naturaleza y tratamiento.

(26) Referencia Aranzadi 4813/1988.

(27) ESPEJO LERDO DE TEJADA, obra antes citada, pág. 138.

(28) El propio Tribunal Supremo así lo reconoce en el Fundamento de Derecho 3.º

ración a que el primero se refiere es solamente la separación judicial, dichos preceptos deben ser actualmente aplicados en el contexto de un ordenamiento jurídico que, a partir de la Ley 30/81, reconoce los efectos de la separación puramente consensual» Esta premisa conduce a que el Tribunal de instancia efectivamente niegue los derechos legítimos a la viuda separada de hecho.

· Sin embargo, el Tribunal Supremo no admite, aunque tampoco rechaza, esta línea argumental. Simplemente se abstiene de pronunciarse, manteniendo la solución dada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial porque no ha sido *impugnada por la interesada tal declaración*. En definitiva, lo que no ha sido planteado en el recurso de casación no puede ser considerado por el Tribunal Supremo en su sentencia

Se puede decir, a la vista de lo hasta ahora expuesto, que todavía no existe una sola sentencia en la que, con posterioridad a la reforma de 1981, el Tribunal Supremo haya abordado de manera directa el problema de la repercusión de la separación de hecho en la legítima viudal del Código Civil.

4. Criterio defendido por la Dirección General en la Resolución de 25-6-1997

El caso que da pie a esta Resolución plantea un supuesto de un matrimonio que estaba en trámite de separación judicial de mutuo acuerdo. La demanda había sido ya presentada con el consentimiento de ambos consortes, cuando sobreviene la defunción de uno de ellos. La cuestión es, como se afirma en el Fundamento de Derecho tercero, *decidir la relevancia que la admisión de la demanda de separación pedida conjuntamente tiene en sede de legítima viudal cuando uno de los cónyuges fallece durante la tramitación del pleito*.

El Registrador sostiene que, de acuerdo con la letra de los artículos 834, 835 y 837 del Código Civil, la viuda conserva la legítima porque no hay separación judicial. El Notario recurrente mantiene la tesis contraria basándose en la reinterpretación de esos mismos preceptos a la luz de la nueva redacción dada al artículo 945 del mismo Código por la reforma de 1981

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma confirma el criterio sostenido por el Registrador en su nota de calificación

El Centro Directivo mantiene el Auto Presidencial y la nota del Registrador, estableciendo las siguientes conclusiones.

El artículo 945 del Código Civil no ha podido suponer la modificación del 834, toda vez que uno y otro regulan hipótesis distintas

· Dada la actual regulación de la separación conyugal en nuestro Ordenamiento, el tenor literal del 834 conducirá a que la no persistencia de derechos legítimos a favor del cónyuge viudo sea efecto exclusivamente de la separación judicialmente decretada, con la excepción de que dicha separación obedezca a culpa del finado.

· Es cierto que la redacción del artículo 835 puede resultar algo desfasada, pero, mientras la misma no sea modificada, no cabe otra solución que exigir para la negación de los derechos legítimos viudales la existencia de una sentencia judicial que declare la separación conyugal, aunque sea a estos solos efectos, o remitir esta cuestión al juicio declarativo correspondiente.

5. *Mi opinión personal*

Por lo que se refiere a la solución que la Resolución de 25 de junio de 1997, da al caso concreto que se le plantea, he de calificarla como impecable. Como trataré de demostrar, una recta interpretación del ordenamiento jurídico, actualmente en vigor, no permitiría otra alternativa. Sólo me cabe hacer un par de reproches o matizaciones. En primer lugar, creo que ha faltado un poco más de desarrollo de alguno de los argumentos que fundamentan el fallo. Por otro lado, considero inadecuado entender, como parece que hace la Dirección General en el último Fundamento de Derecho, que pueda declararse la inexistencia de los referidos derechos legítimos mediante un proceso entablado con ese fin específico. Aunque es cierto que un juicio declarativo tiene un margen más amplio para decidir sobre cuestiones de fondo, un sistema jurídico como el español, de clara raigambre latina, basado en el principio constitucional de legalidad, impide, incluso a los Tribunales de Justicia, crear el Derecho al margen de la normativa vigente.

No ignoro que existe en nuestra España una corriente sociológica (no sé si también jurídica) que pretende equiparar en todo caso, quizá sin reflexionar suficientemente en las consecuencias de ello, lo que es puramente *de hecho* a lo que jurídicamente está perfectamente constituido, olvidando que, en el mundo del Derecho, la forma, en la mayoría de las veces, es sinónimo de garantía de todos los intereses en juego. A pesar de ello, entiendo que sólo una norma jurídica clara y expresa puede determinar la privación de un derecho tan esencial en nuestro esquema sucesorio como es el de la legítima.

Voy, por tanto, a defender la postura acogida en esta Resolución intentando rebatir los argumentos de aquéllos que sostienen la posición contraria. Recordemos que antes he concentrado dichos argumentos en cuatro:

a) *El último párrafo del artículo 855 del Código Civil está desfasado y carece actualmente de sentido.* Podría decirse que este argumento es tan cierto que hasta el propio legislador lo ha atendido, y la Ley Orgánica de 15 enero 1996 ha terminado por suprimir el citado párrafo. En efecto, esta referencia sobraba en la letra y en la finalidad del artículo 855, si se tiene en cuenta la actual regulación de la separación conyugal. En este sentido, es verdad que, como apunta GIMÉNEZ DUART (29), no parece demasiado lógico hacer recaer el peso de una argumentación en una norma que se reconoce obedece más a un olvido o imprecisión técnica del legislador que a auténticas razones de fondo. Pero es que, en mi opinión, no era necesario acudir a este párrafo para fundamentar la posibilidad de que en los casos de separación de hecho cada cónyuge, si la separación es de mutuo acuerdo, o el cónyuge abandonado, si la misma ha sido impuesta por el otro, pueda desheredar a su consorte. Recuérdesse que el punto primero del propio artículo 855 del Código Civil dice que: *Serán justas causas para desheredar al cónyuge 1.º Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales*, y que el artículo 68 del mismo Código señala que *Los cónyuges están obligados a vivir juntos...* En consecuencia, si hay separación de hecho libremente consentida y acordada por el marido y la mujer, ambos esposos estarán respectivamente incurso en esta causa de desheredación. Si, por el contrario, la provoca uno de los dos cón-

(29) Obra antes citada, pág. 150.

yuges abandonando unilateralmente el domicilio conyugal, será éste el que podrá ser desheredado por el otro consorte que no ha incumplido con este deber de convivencia.

Vistas así las cosas, cabe seguir considerando que el artículo 855 permite acudir al expediente de la desheredación para privar al cónyuge de sus derechos legítimos en los casos de separación de hecho y en los términos que hemos expuesto. Por tanto, hay que pensar que si el legislador no ha reformado el artículo 834 (y ha tenido otra buena oportunidad a través de la citada Ley del Menor de 15 enero 1996), es porque quiere que la separación de hecho sólo tenga repercusión en la legítima viudal cuando los cónyuges así lo deseen, utilizando el mecanismo de la desheredación.

b) *El artículo 835 del Código Civil, en su párrafo primero, no presupone que la separación haya de ser siempre judicial, sino que se ocupa sólo del caso concreto de la separación por culpa de uno de los cónyuges.* Esta interpretación implica que el legislador previó esta regla sólo para aquellos casos en los que la separación está motivada por una causa imputable a uno de los esposos. Sin duda, hay que pensar que esta forma de entender el precepto sólo tiene sentido a partir del año 1981, que es cuando se admite que la separación conyugal sea tanto por causa imputable a uno de los consortes como por mutuo acuerdo.

No obstante lo dicho, estimo que en una materia tan trascendente como la conservación de los derechos legítimos, cualquier interpretación que ataque dichos derechos debe ser vista con criterios restrictivos. Y no parece razonable analizar un precepto que fue redactado en 1958 a la luz de unas normas introducidas en 1981, con el fin de obtener una conclusión totalmente distinta a la que el legislador quiso darle. Si el sentido de las últimas reformas del Código hubiera sido ése, se habría retocado el citado artículo para aclararlo. De la actual redacción del 835 sólo resulta que si al morir uno de los esposos está presentada la demanda de separación (ya sea de forma unilateral o de mutuo acuerdo), habrá que continuar el procedimiento para que el Juez declare la separación a los solos efectos de privar al sobreviviente de su legítima. Entender que el artículo 835 del Código Civil conserva como única finalidad y sentido determinar la culpabilidad de uno de los esposos, tampoco encaja en la actual regulación de la separación conyugal, porque puede haber casos en los que la demanda la presente uno de los cónyuges y la causa que justifique la separación no implique ningún tipo de culpa en el otro. Así, puede citarse como ejemplo el caso en que el cónyuge fallecido ha sido legalmente declarado ausente, ausencia que incluso pudo tener su origen en una desaparición accidental absolutamente involuntaria, y el sobreviviente tenía presentada la demanda de separación al amparo del artículo 82.7 del Código Civil al tiempo de la muerte de su consorte. En este caso, no hay separación de mutuo acuerdo, pero es probable que la sentencia que dictase el Juez, de acuerdo con el artículo 83, no impute culpabilidad a ninguno de los consortes. En tal situación, si seguimos la tesis que estoy intentando refutar, habría que entender que no cabe aplicar el artículo 835 porque no hay que declarar la culpabilidad de ninguno de los cónyuges y, por tanto, el viudo del ausente conservaría sus derechos porque, por un lado, no hay separación de mutuo acuerdo que permita analógicamente el artículo 945 del Código Civil y, por otro, tampoco cabe utilizar la vía del 835 para obtener una sentencia judicial que determine, con arreglo al 834, privar de la legítima al viudo.

En definitiva, creo que los preceptos que regulan una institución no pueden interpretarse aisladamente. Por ello, considero que el artículo 835 debe analizarse en íntima conexión con el 834, lo cual debe llevarnos a mantener la tesis de que sólo la separación judicialmente decretada priva al viudo y que el artículo 835 ofrece un cauce procedimental que permite completar el proceso de separación conyugal a efectos de la privación de la legítima.

c) *La interpretación de los artículos 834 y 835 del Código Civil debe hacerse, según el artículo 3 del mismo Código, atendiendo a la realidad social del tiempo presente, lo cual debe llevar a la conclusión de que la separación de hecho por mutuo acuerdo priva a los cónyuges de su legítima viudal.*

Este recurso a la realidad social es quizá, a mi juicio, el menos consistente desde el punto de vista jurídico. Independientemente de la subjetividad que siempre subyace en cualquier análisis sociológico, parece evidente que no se puede, a través de mecanismos interpretativos, obtener conclusiones que se separen abiertamente del espíritu y la letra de la norma. Por otro lado, una norma limitativa de derechos, como lo es la parte del artículo 834 que fija los requisitos para que un cónyuge se vea privado de su derecho a la legítima, reclama una interpretación, cuando menos, estricta (30). Pretender que, por medio de un personal análisis del sentir de una sociedad, pueda deducirse la negación del derecho a la legítima hereditaria a quienes están separados de hecho, sin que una norma jurídica así lo disponga expresamente, constituye un ataque frontal al sistema legitimario previsto en el Derecho español.

d) *La nueva redacción del artículo 945 del Código Civil implica que si la legítima se recibe por vía intestada, el cónyuge viudo separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente carecerá de dicho derecho. Igual solución debe darse al caso de que la legítima se defiera por vía testamentaria.*

En mi opinión, la refutación de este argumento requiere hacer un estudio de los sistemas de atribución de la legítima en el ordenamiento jurídico español para aclarar errores que subyacen en esta línea doctrinal.

En primer lugar hay que reseñar que en la doctrina moderna española (31) se viene distinguiendo entre el concepto de *vocación* (ofrecimiento o convocatoria general a todos los posibles sucesores en el momento del fallecimiento del causante) y *delación* (ofrecimiento concreto que permite al heredero llamado aceptar o repudiar). Se admite también de forma generalizada que hay una vocación testamentaria y otra intestada.

Los problemas surgen cuando se intenta encajar el llamamiento de los legitimarios en este esquema. La cuestión es compleja y dista mucho de ser pacífica entre los autores. Tratando de sintetizar, GARCÍA GARCÍA (32) apunta dos grandes orientaciones. Por un lado, VALLET DE GOYTISOLO, que en diferentes

(30) Como ejemplo, puede citarse un caso que guarda mucha relación con lo que aquí estoy tratando. Me refiero a la desheredación, materia en la cual, aplicando el principio *odiosa sunt restringenda*, el Tribunal Supremo, en sentencias como la de 28 junio de 1993 (RA 4792/93), señala que ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución que proclama abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la sucesión legitimaria, no admitiéndose ni la analogía ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación *minoris ad maiorem*.

(31) A este respecto, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en su extraordinaria monografía *La sucesión por derecho de transmisión*, CIVITAS, Madrid, 1996, pág. 153, cita a ALBALADEJO y a LACRUZ y SANCHO REBULLIDA.

(32) Obra antes citada, pág. 398.

trabajos (33) viene a considerar la legítima como una mera limitación a la facultad de disponer del testador, y no como un derecho positivo del legitimario que provenga de una vocación legal y forzosa. Frente a esta opinión, otros autores como LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (34) estiman que, al menos en tres casos (acción de suplemento de legítima, desheredación injusta y preterición intencional), la legítima implica una vocación legal o forzosa distinta de la testamentaria y de la intestada. Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (35) entiende que la legítima es una *pars hereditatis* que implica una vocación forzosa *ex lege* distinta de la testamentaria y de la intestada. Más recientemente, GARCÍA GARCÍA (36) afirma con carácter general que esa vocación legal específica también se manifiesta «...en todos los casos de atribución de la legítima, pues parte de que la atribución de la legítima por cualquier título, ya sea de heredero, legatario o donatario, no supone la eliminación del título de legitimario, ni su absorción por los otros títulos, sino que en tales supuestos, junto al título de heredero, legatario o donatario, existe, hasta la porción de bienes correspondiente, el título de legitimario, conforme a la teoría de la superposición o yuxtaposición de títulos, y que se manifiesta especialmente en las normas de protección de la legítima...»

A mi juicio, sin entrar a estudiar el contenido material que en cada caso tenga, parece más correcto considerar que la legítima como tal genera una *vocación legal específica que puede coexistir solapada, pero no anulada por ello, a través del llamamiento testado o del intestado, o funcionar con autonomía*. Intentaré justificar esta afirmación:

- Considerar la legítima sólo como una institución que sirve de freno o límite a la libre disposición del causante, supone una visión incompleta de la misma. En este sentido, es conveniente citar a ESPEJO LERDO DE TEJADA (37), que da un gran número de razones al respecto. Particularmente convincente es su idea de que esta orientación de la legítima como simple freno a la libre disposición del causante olvida la posición jurídica del legitimario. Señala el citado autor que «...es más acertado, probablemente, configurar la legítima como un derecho de los legitimarios sobre el patrimonio del causante. De esta configuración se deducirá naturalmente la existencia de límites para el propio causante, como derivaría de cualquier otro derecho que gravitara sobre su patrimonio...». Esta perspectiva positiva exige la autonomía e independencia del llamamiento legitimario, a la vez que explica que la posición del legitimario no deba confundirse, aunque puedan a veces coincidir, con la del heredero intestado o el testamentario.

- La peculiaridad del llamamiento legitimario se pone de manifiesto, de forma muy clara, en el caso del cónyuge viudo, si comparamos su situación como

(33) Así, por ejemplo, «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», en *ADC*, tomo XXXIX, fascículo I, 1986, págs. 3 y sigs., o *Comentarios del Código Civil*, tomo I, publicados por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1967 y sigs.

(34) *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1973, págs. 35 a 37. También en *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, págs. 435 y 436.

(35) Pueden verse su trabajo «La naturaleza de la legítima», en *ADC*, tomo XXXVIII, fascículo IV, 1985, págs. 849 y sigs., y en el mismo Anuario, fascículo II, 1986, págs. 571 y sigs.

(36) Obra antes citada, págs. 399 y 400.

(37) Obra antes citada, págs. 58 y sigs.

legitimario y como heredero intestado. Mientras que en el caso de los descendientes y ascendientes, tanto en la legítima (vid. art. 807 del Código Civil) como en la sucesión intestada (vid. arts. 930 y siguientes del mismo Código), sus llamamientos son excluyentes, de tal manera que si hay descendientes no resultan llamados los ascendientes, no ocurre lo mismo con el cónyuge viudo. A la sucesión intestada se le llama sólo en defecto de descendientes y ascendientes (vid. arts. 944 y 945 del Código Civil), pero su derecho a la legítima es compatible con la concurrencia de dichos parientes del causante (vid. arts. 834 y siguientes del Código). Como afirma ESPEJO LERDO DE TEJADA (38) estas diferencias están justificadas por los distintos intereses que el legislador quiere proteger en la sucesión intestada y en la legitimaria. En aquélla, se trata de hacer valer la voluntad presunta del causante, mientras que en ésta la ley impone el llamamiento incluso frente a la voluntad expresa del testador.

Desde un punto de vista práctico, la solución que propugnamos ofrece mejor salida a casos como el recogido en la **Resolución de la DGRN de 10 de mayo de 1950**. Se trataba de un supuesto de preterición de descendientes que, sin embargo, se había salvado en la escritura particional mediante el pleno acuerdo de los preteridos y no preteridos. El Centro Directivo estima que *son inscribibles las operaciones divisorias en que los instituidos herederos reconoczan a los descendientes preteridos el mismo derecho que si, por declaración judicial de nulidad de la institución, se hubiere abierto total o parcialmente la sucesión intestada, con lo cual . . . no se vulneran los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos*. Detrás de esta postura tan pragmática debe esconderse una consideración más profunda que implique reconocer autonomía al llamamiento legitimario, porque, de lo contrario, habría sido inevitable acudir a la cobertura de la vocación sucesoria intestada.

En definitiva, todas estas razones, brevemente expuestas, nos conducen a sostener que el llamamiento legitimario es autónomo. Incluso cuando coincide con el testamentario o el intestado, se mantiene vivo e independiente, gozando de normas específicas de cálculo y protección.

Si esto es así, carece de sentido sostener que cuando *la legítima se recibe por vía intestada* debe aplicarse el artículo 945 del Código Civil, porque el viudo, en cuanto que legitimario, ostenta un llamamiento específico a la legítima, que está sujeto únicamente a los requisitos que para disfrutar de este derecho se prefijan en los artículos 834 y siguientes y que, como tal derecho autónomo, se verá protegido frente a las incidencias propias y exclusivas de otros llamamientos distintos, como son el testamentario y el intestado. Esa y no otra es la razón que cimenta la afirmación contenida en el segundo Fundamento de Derecho de la Resolución que estoy comentando: *...el artículo 945 del Código Civil no ha podido suponer la modificación del artículo 834 del propio Código, toda vez que uno y otro regulan hipótesis distintas: El artículo 945, la sucesión en defecto de voluntad del causante; el 834, la sucesión contra la voluntad del causante...*

6 Conclusión final

Después de todo lo visto, no parece posible sostener otra opinión que la de considerar que el cónyuge sobreviviente sólo se verá privado de su legítima

(38) Obra citada, pág. 124

vidual como consecuencia de una sentencia judicial de separación, en los términos previstos en los artículos 834 y 835 del Código Civil. La simple separación de hecho, aunque lo sea de mutuo acuerdo que conste fehacientemente, no tendrá repercusión alguna en el ámbito de la legítima, si no es a través del mecanismo de la desheredación, según lo señalado en el artículo 855 I.º del mismo Código.

Esta, como espero haber demostrado, es la conclusión que puede obtenerse de la actual redacción de los preceptos legales que regulan la materia. Cualquier otra solución que en el futuro pretenda aplicarse, debe pasar por una reforma de nuestro ordenamiento jurídico, que sólo el legislador, con la legitimación que la Constitución le atribuye, está facultado para llevar a efecto.

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS ACTAS NOTARIALES Y AUTOS JUDICIALES DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO

Como ya apuntaba al comienzo de estas notas, la Resolución que estoy comentando no toca este problema porque el Notario recurrente no planteó la cuestión en la apelación ante la Dirección General, a pesar de que fue uno de los argumentos que había utilizado para impugnar la nota de calificación en su escrito inicial de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia. No obstante, creo que se trata de una materia sumamente vidriosa en la que se han vertido opiniones contrapuestas y que merece unas breves consideraciones.

1 *Planteamiento general de la cuestión*

Fue en 1992 cuando, tras un debate doctrinal de muchos años que ahora me ahorro, el legislador se decide a dar competencias a los Notarios en materia de declaración de herederos intestados. Concretamente la Ley 10/92, de 30 de abril, modifica el texto del artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 14 de la Ley Hipotecaria, disponiendo que cuando los herederos intestados sean descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, la determinación de los mismos deberá hacerse por acta notarial de notoriedad, mientras que para los colaterales se sigue manteniendo la necesidad del auto judicial. Posteriormente el Real Decreto 1368/92, de 13 de noviembre, introduce el artículo 209.bis del Reglamento notarial para desarrollar el aspecto procedimental de tales actas.

A partir de esta reforma empiezan a surgir dudas importantes en la práctica: posibilidad de asimilación de las actas notariales y de los autos judiciales a efectos de calificación registral, extremos a que debe extenderse dicha calificación... Yo voy a tratar de forma concisa algunas de estas dudas.

2 *Posibilidad de equiparar el acta notarial y el auto judicial*

Esta es la postura sostenida por el Notario recurrente en primera instancia, defendiendo la aplicación del artículo 100 del Reglamento Hipotecario a efectos de calificación. Esta solución la ha patrocinado doctrinalmente MARÍN

SÁNCHEZ (39). Los principales argumentos que maneja este autor pueden resumirse así:

· La declaración que contiene el acta no es una mera fijación de hechos notorios, sino que supone además la subsunción de esos hechos en una norma jurídica. Se declaran derechos sobre la base de los hechos previamente declarados notorios. El juicio, que en este sentido realiza el Notario, ha de quedar fuera de la calificación registral.

Aunque formalmente es un documento notarial, no debe asimilarse a éstos a los efectos de la calificación. El las equipara a las actas de protocolización de laudos arbitrales, a las antiguas escrituras de venta judicial en procedimientos de ejecución o a las escrituras de adjudicación dimanantes de procedimiento de ejecución extrajudicial de hipotecas, casos todos en que, a su juicio, el Registrador no puede entrar en el análisis del fondo en forma análoga a la prevista en el artículo 100 del RH.

· Nos hallamos en sede de jurisdicción voluntaria que no imprescindiblemente ha de ser desempeñada por un juez, si bien sus efectos sí que han de ser idénticos a los que se derivarían de ser éste el juzgador si no se quiere ver reducida la función de esta clase de jurisdicción.

Siguiendo a MEZQUITA DEL CACHO (40) entiende que en el fondo de la decisión del legislador hay razones de carácter económico y de efectividad práctica, admitiendo como suficientes las garantías de la intervención notarial y, por tanto, no queriendo añadir mayores controles registrales que los que ya existían cuando esta función la ejercían los jueces.

En mi opinión esta postura supone una desvirtuación de la función notarial. Coincido en este criterio con VENTOSO ESCRIBANO (41) cuando afirma que «...que a pesar de la atribución al Notariado de una función desempeñada durante largo tiempo por los Tribunales, ello no puede cambiar, ni siquiera empañar la esencia de la función notarial. ». Es cierto que estamos en el campo de la jurisdicción voluntaria y que los efectos del acta y del auto de declaración de herederos deben ser los mismos, dado que la distinción que el legislador ha hecho entre descendientes, ascendientes y cónyuge por un lado, y colaterales por otro, no tienen que conducir a consecuencias jurídicas diferentes. Pero es que esta no es la cuestión, puesto que los efectos son los mismos. En ambos casos se obtiene un título sucesorio que determina y concreta quiénes son los herederos intestados de una persona. Sin embargo, nuestra legislación estima con carácter general que existen mayores medios para fundar la decisión en el caso del auto judicial (por eso mismo le reserva el supuesto de los colaterales que normalmente suele ser más complejo) que en el del acta notarial. Por eso la facultad de calificación del Registrador debe ser la misma que se le atribuye en los restantes documentos notariales. Sos-

(39) JOSÉ ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ, «Extensión de la función calificadora del Registrador respecto de las actas de declaración de herederos abintestato», en *Lunes* 4'30, núm. 119, segunda quincena de febrero de 1993, págs. 32 a 34.

(40) Cita, en este sentido, su trabajo «Apéndice al tema del control notarial de la subasta hipotecaria», publicado en *La Notaría*, abril de 1992, págs. 19 y sigs.

(41) ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO, «Acta notarial de notoriedad de declaración de herederos abintestato», *Libro Homenaje a José María Chico Ortiz*, Marcial Pons, 1995, págs. 425 y sigs.

tener que hay una total equiparación entre la actuación del Juez y la del Notario en los casos en los que la ley les encomiende a estos últimos funciones en materias tradicionalmente atribuidas a la Judicatura, supone desconocer la diferente naturaleza y el distinto funcionamiento de ambas instituciones (42).

Aclarada esta cuestión, pasaré a concretar los extremos que pueden ser objeto de calificación tanto en las actas como en los autos de declaración de herederos.

3. *Calificación de las actas de notoriedad de declaración de herederos*

Como afirmábamos antes, se deben seguir los mismos criterios que en cualquier otro documento notarial. Lo primero que hay que destacar es la necesidad de que la copia del acta comprenda la tramitación íntegra del expediente, sin que baste una transcripción parcial o resumida cubierta por una dación de fe general de que se han cumplido los requisitos reglamentarios. Esto es, a mi juicio, requisito imprescindible para que pueda el Registrador llevar a cabo su labor de calificación de una forma correcta. No obstante, me remito a lo que más adelante diré sobre este mismo problema al estudiar los autos judiciales de declaración de herederos abintestato.

Los extremos a que debe extenderse dicha calificación registral son todos los atinentes al documento, tanto en su aspecto formal como en el sustantivo o de fondo. En cuanto a los primeros, merecen especial relieve dos cuestiones, aparte de la debida observancia de todos los requisitos de carácter general propios de este tipo de documentos notariales. En primer lugar, la competencia del Notario autorizante, puesto que estamos en presencia de uno de los casos de excepción al derecho a la libre elección de Notario. Debe quedar claro en el contenido del acta dicha competencia, mediante la acreditación del último domicilio del causante o, en su defecto, lugar de su fallecimiento o de radicación de una parte considerable de sus bienes o cuentas bancarias (vid art. 209.1.º del Reglamento Notarial). Igualmente, con esta misma finalidad de acreditar la correcta intervención de Notario competente, la copia del acta debe haberse expedido al menos veinte días después de la comunicación al Decanato que prevé el artículo 209.3.º del RN. En segundo término, debe también recogerse incorporados al acta los documentos que justifiquen la apertura del abintestato y el parentesco de los declarados herederos, a que se refiere la regla 4.ª del mismo precepto.

Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo, la calificación registral abarca todo aquello que no sea pura apreciación de los hechos y de su notoriedad. En concreto, son calificables por el Registrador todas las circunstancias relativas a la valoración jurídica hecha por el Notario sobre la procedencia de la apertura de la sucesión intestada, la ley personal del causante, el orden de llamamientos, la posible exclusión de algún heredero intestado, . Quedarán, sin embargo, fuera del ámbito de dicha calificación cuestiones como la apreciación del interés legítimo del requirente del acta, la identidad

(42) Al respecto puede analizarse la argumentación que fundamenta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, en la que se aborda el encuadre constitucional del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

y el carácter de tales de los parientes llamados o la valoración de las declaraciones de los testigos intervinientes.

4. Calificación de los autos judiciales de declaración de herederos

A diferencia de lo que ocurría en el caso anterior, aquí sí que estamos en presencia de un documento judicial y, por tanto, se toca de pleno el complejo asunto de la interpretación del artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Antes de entrar a estudiar los extremos que son susceptibles de calificación, hay que resolver una cuestión previa: ¿debe acompañarse con la escritura de herencia el testimonio judicial del auto? En mi opinión, así debería ser, pues se trata del título sucesorio que fundamenta las adjudicaciones recogidas en la propia escritura y es la única forma de que el Registrador pueda realizar su función calificadora de una manera adecuada. Sin embargo, la **Resolución de 3 de abril de 1995** parece mantener una posición contraria. Se trataba de un caso en el que en una escritura de partición hereditaria el Notario autorizante se limita a recoger en la misma los particulares que, a su juicio, eran los más significativos de la declaración de herederos contenida en un auto judicial que ha tenido a la vista. El Registrador exige que se acompañe el testimonio del auto, y la Dirección General se alinea con la opinión del Notario, señalando en el Fundamento de Derecho 4.º que *... la actuación del Notario ... se ha ajustado a lo previsto en el artículo 251 de Reglamento Notarial que le faculta para expedir en relación testimonios por exhibición de documentos que tiene a la vista. No se trata, pues, de un testimonio literal parcial, que exigiría añadir —lo mismo que ocurre en los poderes (cfr. art. 166 RN)— la indicación de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inscrito, porque no se trata de una inserción, sino de una relación de particulares del documento, precisamente de los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria*. La lectura de estas líneas hace que se enciendan las luces de alarma en la misma estructura del sistema hipotecario español. Si la calificación registral respecto al título sucesorio fundamental va a limitarse a los extremos que en cada caso estime oportuno relacionar el Notario, es evidente que el control de legalidad que nuestra legislación encomienda al Registrador queda sin sentido. Es muy interesante y repleto de lucidez el comentario que CARMEN DE GRADO SANZ (43) hace a esta Resolución. Lleva a cabo un estudio de las Resoluciones del Centro Directivo que hasta ese momento habían recaído en la materia, desde las más antiguas, como la de **28 de octubre de 1863**, hasta otras más recientes, como la de **15 de enero de 1960**, resumiendo el contenido de la doctrina recogida en ellas, en el sentido de que «para la calificación e inscripción de una partición hereditaria es necesario aportar el título sucesorio o bien, al menos y excepcionalmente, que el Registrador conozca bajo fe del Notario la literalidad de su contenido». Siguiendo esta misma orientación, la autora citada critica duramente la postura de la Dirección General y señala que no se trata de negar la importancia

(43) RCDI, núm. 634 de 1996, págs. 1135 y sigs.

de la fe notarial, sino de recordar que Notario y Registrador actúan en ámbitos distintos, y a este último el artículo 18 de la LH le encomienda la esencial función de calificar, *bajo su responsabilidad*, la legalidad del documento que pretende acceder al Registro y la validez del acto que dicho documento contiene. Resulta difícil imaginar cómo va a realizar esa misión si no puede analizar el referido documento en su integridad, sino sólo en aquellos extremos que una interpretación previa del mismo ha considerado oportuno relacionar. Por todo ello, opino con la mencionada autora que esta Resolución debemos considerarla un caso aislado que no puede vincular a otros Registradores que al del caso concreto y que no puede alterar la doctrina hasta entonces mantenida por el mismo Centro Directivo.

Vista esta cuestión previa, me centro ya en ver qué aspectos del auto y con qué extensión pueden ser objeto de calificación registral. Para ello, como ya he señalado antes, hay que seguir el camino que marca el artículo 100 del RH. Según este precepto, la calificación del Registrador podría extenderse a los siguientes extremos:

Competencia del Juzgado. de acuerdo con el artículo 63.5.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, le corresponde dicha competencia al del lugar donde el finado hubiere tenido su último domicilio y si lo hubiere tenido fuera de España, se atenderá al último domicilio en nuestro país o, en su defecto, al lugar en que estuvieren la mayor parte de sus bienes. Aunque la calificación de este extremo referente a la competencia del Juzgado o Tribunal ha sido muy discutido en la doctrina y la jurisprudencia (44), entiendo que los estrictos términos en que se pronuncia el artículo 63.5.^a de la LEC permiten que, en la medida en que al Registrador le conste de una forma clara, por los documentos aportados o por los Libros del Registro, que se han incumplido estas reglas competenciales, podrá oponerse a la inscripción. También en este apartado de la calificación de la competencia del Juez hay que incluir los casos en los que el auto exceda los límites que para este tipo de procedimiento, desde la reforma de 1992, vienen ceñidos a los casos en los que el causante no tuviera ni descendientes, ni ascendientes ni cónyuge, supuestos todos que quedan reservados al ámbito del acta notarial de declaración de herederos abintestato.

Formalidades extrínsecas del documento: el Registrador calificará si el testimonio del auto reúne los requisitos generales propios de este tipo de documentos (identificación del juez que lo dicta, firma del actuario que lo expide...). Particular interés tiene la necesidad de que el testimonio presentado exprese que el auto es firme. Sin pretender ahora profundizar en este discutido asunto, me adhiero a la posición mantenida por DE LA RICA (45) en el sentido de que cuando, como ocurre en este caso (46), la resolución judi-

(44) Para una aproximación al problema, basta citar la Resolución de la DGRN de 17 de julio de 1989, en la que el Centro Directivo adopta una postura bastante estricta permitiendo sólo la calificación de la competencia objetiva y funcional, pero no de la territorial, cuyos posibles vicios han de ser denunciados por las partes en el procedimiento. En la misma línea RIVAS TORRALVA, *Anotaciones de embargo*, II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 109.

(45) En su trabajo «Los mandamientos judiciales para la práctica de anotaciones preventivas de embargo», en *BCR*, núm. 64, 1971.

(46) El artículo 981 de la LEC señala expresamente en su párrafo segundo que: *Este auto será apelable en ambos efectos.*

cial es de aquéllas que admite recursos con efectos suspensivos, ha de contener la mención de que es firme

· Obstáculos que surgen del Registro sin perjuicio de otros posibles problemas que puedan generarse derivados directamente de la escritura particional, en lo que afecta exclusivamente al auto de declaración de herederos, el caso que podría darse con más probabilidad es el de que en alguna otra inscripción del Registro apareciera la referencia a un testamento del causante, o que de los datos obrantes en alguna inscripción previa resultase la existencia de algún legitimario o heredero intestado que no haya sido tenido en cuenta en el auto, supuestos que supondrían la imposibilidad de despachar la herencia.

Congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado: he dejado para el final este aspecto porque quizá sea el que mayores dudas ofrezca, aunque también el que más juego puede dar en la práctica. Debemos partir de una premisa fundamental, como es la de que el auto de declaración de herederos intestados es fruto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria con un objeto muy concreto predeterminado por la ley. Sin pretender ahora hacer un estudio profundo del concepto de congruencia, sí que debo advertir que, a mi juicio, no se trata tanto de la perfecta adecuación entre el *petitum* de la demanda y el fallo contenido en la resolución judicial, cuanto de que dicha resolución no exceda los límites del tipo de procedimiento en que ha recaído (47). Un ejemplo claro de esa extralimitación puede ser el de un proceso interdictal en el que el Juez termina haciendo un pronunciamiento sobre la titularidad dominical. Vistas así las cosas, es mucho el rendimiento que el Registrador puede sacar a esta referencia del artículo 100 del RH. Sin embargo, la Dirección General no ha estado afortunada en algunas ocasiones al tocar el problema de la calificación de documentos judiciales. El caso, en mi opinión, más flagrante de los últimos años lo encontramos en la Resolución de 13 de febrero de 1992 (48), en la cual se llega a admitir la práctica de una anotación de embargo sobre un bien patrimonial de la Administración a la que se había opuesto el Registrador, sobre la base de la aplicación del artículo 100 del RH y la imposibilidad de que a través de la calificación registral se revise el contenido o fondo del fallo. En mi opinión, el Centro Directivo hace en este caso una interpretación sumamente restrictiva del artículo 100 que limita hasta el extremo el sentido y la finalidad de la calificación registral. Si se tiene en cuenta el objeto estricto que la ley encomienda al procedimiento de ejecución, podríamos tachar de incongruente con dicho objeto aquella resolución judicial que ordena la traba y la correspondiente anotación registral de un embargo sobre bienes que por directo mandato de la ley no pueden ser objeto de procedimientos de ejecución forzosa. Queda fuera del ámbito del procedimiento ejecutivo la posibilidad de embargar bienes patrimoniales de la Administración que son en principio inembargables, siendo este extremo susceptible de calificación a la luz de una correcta interpretación del artículo 100 del RH, por cuanto la resolución judicial no sería congruente con el procedimiento en que se ha dictado, lo cual entra

(47) Muy acertada es, en este sentido, la Resolución de la DGRN de 12 de febrero de 1996, cuando afirma que la incongruencia a que alude el artículo 100 del RH debe ser entendida como la idoneidad o habilidad del procedimiento seguido para obtener el tipo de resolución cuya inscripción se pretende.

(48) Reiterada por otra Resolución de 21 de octubre de 1992.

dentro de las facultades que nuestra legislación ha querido atribuir al Registrador para la salvaguardia del principio de legalidad que fundamenta el sistema hipotecario español (49). En una línea más acertada, coherente con este último planteamiento, se mueven otras Resoluciones del mismo Centro Directivo. Así, se considera inadecuado el procedimiento ejecutivo para alterar o destruir la presunción de que las deudas que cada cónyuge contrae en la sociedad de gananciales son privativas del mismo (50), es improcedente utilizar el expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo cuando el mismo titular registral es el que transmitió la finca al promotor del expediente (51); o, en el campo de los documentos administrativos, se estima incongruente el acto administrativo de aprobación de un proyecto de compensación urbanística seguido por los trámites previstos para el caso de que exista un propietario único de las fincas afectadas por el mismo, cuando del Registro resulta la existencia de un segundo titular (52) .. Haciendo aplicación de esta más correcta doctrina al supuesto de los autos judiciales de declaración de herederos, entiendo que la resolución del Juez, para ser congruente con la naturaleza y el objeto del procedimiento, ha de limitarse a determinar el fallecimiento del causante, la procedencia de la apertura del abintestato, la identidad de los parientes llamados y el cumplimiento del orden que para esos llamamientos fija el Código Civil. Vistas así las cosas, puede el Registrador negarse a la inscripción cuando, por ejemplo, el juego de la sustitución vulgar o del derecho de acrecer impida la apertura de la sucesión intestada, o se declaren herederos a parientes no llamados por la ley o con un llamamiento de peor derecho. No caben tampoco pronunciamientos sobre la posible privación de la legítima de alguno de los herederos forzosos, porque se estaría entrando en el campo de los llamamientos legitimarios que, como vimos en páginas anteriores, tienen distinto origen, desenvolvimiento y regulación que los intestados. Concretamente, pensando en un caso parecido al de la Resolución de 25 de junio de 1997, que motiva este comentario, no resultaría inscribible una escritura de herencia en la que, por ejemplo, interviniera exclusivamente el hermano del causante que ha sido declarado por auto judicial su único heredero, determinándose en dicho auto que la viuda del referido causante quedaba excluida, por existir separación de hecho de mutuo acuerdo que constaba fehacientemente, no sólo del llamamiento intestado, cuestión propia y característica de estos procedimientos, sino también de la legítima. Este auto resultaría incongruente con la naturaleza y finalidad del procedimiento, puesto que abordaría cuestiones diferentes de la mera determinación de los herederos intestados, entrando de lleno en un campo vedado al mismo,

(49) Muy crítico con esta Resolución se muestra también JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en el comentario que se publicó en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1994, núm. 624, págs. 2079 y sigs., sosteniendo que el Registrador en este caso tenía la posibilidad de denegar la práctica de la anotación porque existía un obstáculo . *que surge directamente de la Ley y del propio asiento registral (obstáculo del Registro: art. 100 del RH), pues cuando se inscribe un bien inmueble es con el contenido típico del derecho marcado por el título y por la Ley, que los declara membargables...* Como se ve, este autor defiende la ampliación de la facultad calificadora del Registrador del caso contemplado en la Resolución que comenta, aunque por caminos distintos de los que yo apunto

(50) Resolución de 6 de noviembre de 1987.

(51) Resolución de 30 de mayo de 1988

(52) Resolución de 13 de enero de 1988

cual es el de la atribución o negación de los derechos a la legítima. El defecto, no obstante, y de acuerdo con la doctrina recogida en la Resolución de la DGRN de 10 de mayo de 1950 (53), podría subsanarse con la intervención de la viuda en la escritura a los efectos de darse por pagada de sus derechos legitimarios. Corroborando esta solución favorable a que el Registrador pueda calificar con rigor la congruencia del auto de declaración de herederos, podemos citar la **Resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 1945**, que consideró inadecuado el procedimiento de jurisdicción voluntaria para declarar la pérdida del testamento cerrado, único que otorgó el causante según la certificación del Registro General de Últimas Voluntades, y la consecuente apertura del abintestato, manteniendo la nota de calificación del Registrador que había exigido la tramitación del oportuno juicio declarativo. También habría que hacer mención del importante **Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 1993**, que tachó de la misma manera de incongruente con el objeto del procedimiento en el que había recaído, admitiendo que la calificación registral se extienda a este extremo, el auto de declaración de herederos abintestatos dictado en un caso en el que el causante había otorgado un testamento que contenía una cláusula previendo la sustitución vulgar que, debidamente interpretada, impedía la apertura de la sucesión intestada. Expresamente señala este Auto Presidencial que *... el artículo 100 del Reglamento Hipotecario ampara la actividad calificadora del Registrador de la Propiedad en relación al auto de declaración de herederos acompañado con la escritura que se pretende inscribir. El auto discutido es incongruente con el procedimiento seguido...*

5 Conclusiones finales

A modo de resumen de esta segunda parte del trabajo, podríamos establecer las siguientes conclusiones:

- No es posible hacer una equiparación a efectos de calificación registral entre las actas notariales y los autos judiciales de declaración de herederos abintestato, dada la diferente naturaleza de la función notarial y la judicial.
- En las actas notariales, por tanto, se ha de seguir el mismo criterio que en la calificación de los restantes documentos notariales de su propia índole.
- En cuanto a los autos judiciales, ha de observarse lo previsto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, pero haciendo una correcta interpretación de este artículo que permita desarrollar de una manera adecuada la función calificadora del Registrador, principal instrumento para la garantía del principio de legalidad en el sistema inmobiliario registral español.

BASILIO J. AGUIRRE FERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad

(53) Su contenido se expone en el apartado II, punto 5, de este comentario

SOCIEDAD ANONIMA LABORAL.—TRANSFORMACION EN SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES. AUMENTO DE CAPITAL Y DESEMBOLSO PARCIAL.—CON ARREGLO A LA LEY, LA SOCIEDAD ANONIMA LABORAL NO SE HALLABA DISUELTA EL 23-7-96, FECHA DE LA CALIFICACION IMPUGNADA, POR CUANTO PUESTAS EN CONEXION LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LSA, RESULTA QUE LA DISOLUCION DE PLENO DERECHO DE LAS SOCIEDADES DE TAL CLASE SOLO PODRA PRODUCIRSE A PARTIR DEL 1-1-97. (RESOLUCIONES DE 27 Y 28 DE MAYO DE 1998 BOE DE 30 DE JUNIO)

RESOLUCION de 27 de mayo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Dolores Olmo Ferrer, en nombre y representación de la sociedad «Samago, Sociedad Anónima Laboral», contra la negativa de don José Luis San Román Ferreiro, Registrador Mercantil de Barcelona, número IV, a inscribir una escritura de transformación en sociedad limitada, cese y nombramiento de administradores

En el recurso gubernativo interpuesto por doña Dolores Olmo Ferrer, en nombre y representación de la sociedad «Samago, Sociedad Anónima Laboral», contra la negativa de don José Luis San Román Ferreiro, Registrador Mercantil de Barcelona, número IV, a inscribir una escritura de transformación en sociedad limitada, cese y nombramiento de administradores.

Hechos.—I. El día 30 de abril de 1996, la sociedad «Samago, Sociedad Anónima Laboral», otorgó ante el Notario de Barcelona don Teófilo Prieto Castañeda, una escritura de transformación de dicha sociedad en una de responsabilidad limitada, así como cese y nombramiento de administradores.

II. La anterior escritura fue presentada en el Registro Mercantil de Barcelona, el día 4 de julio de 1996, y fue calificada en lo que aquí interesa con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 1.297 del diario 667, se deniega su inscripción por observarse el defecto de estar la sociedad disuelta, de pleno derecho, y cancelados sus asientos, según nota marginal extendida en la hoja de la sociedad por aplicación de la Disposición Transitoria A, 2, de la Ley de Sociedades Anónimas. Contra la precedente calificación puede interponerse recurso gubernativo en el plazo de dos meses, a contar desde hoy, conforme a los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Barcelona, a 23 de julio de 1996 —El Registrador.—Firmado —Firma ilegible, José Luis San Román Ferreiro».

III. Doña Dolores Olmo Ferrer, en nombre de la sociedad de referencia, interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, en base a las siguientes alegaciones. 1) En primer lugar, afirma el recurrente que dado que es una sociedad anónima laboral hasta su transformación la norma legal aplicable no es la Ley de Sociedades Anónimas, sino que la que afecta en concreto a las sociedades anónimas laborales y esa se contiene en la Disposición Transitoria 3.ª-3, de la Ley 19/1989, de 25 de julio, y que como consecuencia, habiendo superado el capital de 4.000 000 de pesetas, en cuatro años, dispone de un plazo que termina el 31 de diciembre de 1996, para aumentar la cifra al capital mínimo legal. 2) En segundo lugar entiende que en virtud del principio jurídico de no distinguir allí donde la Ley no distingue, y por aplicación del criterio general de interpretación de las normas legales conte-

nido en el artículo 3 del Código Civil, y de la simple lectura de la Disposición Transitoria 3^a-3, de la Ley 19/1989, las sociedades anónimas laborales tienen un régimen claramente diferenciado de las demás, por lo que también tienen un plazo diferente para adaptarse, que termina el 31 de diciembre de 1996. 3) En tercer lugar alega que la Disposición Transitoria 6^a-2, aludida en la nota de calificación, establece la disolución de las sociedades a 31 de diciembre de 1995, pero sólo de las anónimas y comanditarias por acciones, pero no afecta a las anónimas laborales. 4) La sociedad formuló su adaptación a la Ley 19/1989, mediante la redacción de sus Estatutos por escritura de 18 de marzo de 1993, que dio lugar el 1 de agosto de 1994 a la inscripción tercera, y que como consecuencia el Registrador, en aquel momento, dio por válidos unos Estatutos adecuados al nuevo régimen, por cuanto todavía no había vencido el plazo, ya que de otro modo no hubiera podido inscribir más que los cambios de administrador o liquidación. 5) Por otro lado, el espíritu de la Ley es que aquellas sociedades que han devenido carentes de actividad y no se adapten a la nueva legislación sean disueltas, pero esto no es de aplicación para aquellas sociedades que continúan con su actividad mercantil, que adecúan sus Estatutos y optan por su transformación, como es el caso de la sociedad de referencia.

IV El Registrador Mercantil número IV de los de Barcelona desestimó el recurso de reforma y mantuvo su nota de calificación en todos sus extremos e informó: La sociedad recurrente no puede acogerse a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 3^a de la Ley 19/1989, de 25 de julio, pues claramente se deduce del texto de esta disposición al referirse únicamente a las sociedades anónimas laborales cuyo capital sea inferior a 4.000.000 de pesetas. Aquellas sociedades, como la recurrente, que a la fecha de publicación de la Ley 19/1989, de 25 de julio, disponían de un capital social superior a 4.000.000 de pesetas, les será de aplicación el régimen general previsto en la Disposición Transitoria 6^a-2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

V Don Joaquín Vidiella Cano, en nombre de la sociedad recurrente, se alzó contra el anterior acuerdo del Registrador Mercantil reiterando lo alegado en el recurso de reforma.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 4.2 del Código Civil; 20 del Código de Comercio; Disposiciones Transitorias 3^a-3 y 6^a-2 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y 7 y 40 del Reglamento del Registro Mercantil.

Primero. Se pretende en el presente recurso la inscripción de una escritura de aumento de capital, cese de cargo y desembolso parcial de acciones de una sociedad anónima laboral, que el Registrador rechaza por el defecto de estar la sociedad disuelta de pleno derecho y cancelados sus asientos según nota marginal extendida en la hoja de la escritura de la sociedad por aplicación de la Disposición Transitoria 6^a de la Ley de Sociedades Anónimas. La escritura de constitución de la sociedad en cuestión se otorgó el 3 de julio de 1989, con un capital de 5 000.000 de pesetas.

Segundo. Debe señalarse, en primer lugar, que con arreglo a la Ley la sociedad en cuestión no se hallaba disuelta de pleno derecho en la fecha en que se produjo la nota de calificación impugnada (el 23 de julio de 1996). La Disposición Transitoria 6^a-2 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, en cuanto dispone la disolución de pleno derecho de una sociedad anónima preexistente

que no hubiere presentado en el Registro Mercantil, antes del 31 de diciembre de 1995, los documentos justificativos del aumento de capital por encima del mínimo legal debe ser puesta en conexión con la Disposición Transitoria 3.^a-3 de la misma Ley que, respecto de las sociedades anónimas laborales, confiere un plazo superior para dicha adaptación, de modo que tratándose de estas últimas sociedades, la disolución de pleno derecho sólo podría producirse a partir del 1 de enero de 1997. Así lo impone también la necesidad de interpretación estricta de esta norma sancionadora (cfr. art. 4.2 del Código Civil). Por lo demás, no puede estimarse la alegación del Registrador que contrae el ámbito de la Disposición Transitoria 3.^a-2 de la Ley 19/1989, a las sociedades anónimas laborales preexistentes cuyo capital sea inferior a 4.000.000 de pesetas, y remite a la Disposición Transitoria 6.^a-2 a las sociedades anónimas laborales, que el 27 de julio de 1989 tuvieran ya un capital superior a esta cifra, pero inferior a 10.000.000 de pesetas.

Tercero. El objeto de la Disposición Transitoria 3.^a-3 de la Ley 19/1989, es claro: Posponer al 31 de diciembre de 1996 la adecuación del capital social de todas las sociedades anónimas laborales al nuevo mínimo legal, y ello no debe quedar enturbiado por el hecho de que además se facilite esa adecuación mediante el establecimiento de un proceso en dos escalones; en consecuencia, respecto de las sociedades anónimas laborales preexistentes con capital superior a 4.000.000 de pesetas e inferior a 10.000.000 de pesetas, lo único que cabe inferir de tal Disposición Transitoria es la evidente inaplicación de este proceso gradual de adaptación, pero la fecha determinante para la adecuación definitiva de su capital social será, en cualquier caso, el 31 de diciembre de 1996.

Cuarto. Cuestión distinta es que en el caso debatido se ha practicado ya la nota marginal de cierre registral promovida en la Disposición Transitoria 6.^a-2 de la Ley 19/1989, que goza de la presunción de validez y, en consecuencia, mientras ésta persista, no puede accederse a la práctica de asientos incompatibles, sin que en el estrecho cauce del recurso gubernativo pueda removerse tal obstáculo (cfr. arts. 20 del Código de Comercio, 7.40 del Reglamento del Registro Mercantil y 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria).

Por todo ello, esta Dirección General acuerda estimar parcialmente el recurso interpuesto en los términos de los anteriores considerandos, confirmando en cuanto al resto la nota impugnada.

Madrid, 27 de mayo de 1997 —El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha* Señor Registrador Mercantil de Barcelona, número IV.

RESOLUCION de 28 de mayo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Román Bonilla Pino como Presidente del Consejo de Administración de «Centre Publicacions D'Abast, Sociedad Anónima Laboral», contra la negativa de don José Utrera Gómez, Registrador Mercantil número VII de Barcelona, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Román Bonilla Pino como Presidente del Consejo de Administración de «Centre Publicacions D'Abast, Sociedad Anónima Laboral», contra la negativa de don José Utrera Gómez, Registrador Mercantil número VII de Barcelona, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos.—I. El 27 de noviembre de 1995, la entidad mercantil «Centre de Publicacions D'Abast, Sociedad Anónima Laboral», otorgó ante el Notario de Barcelona, don José Eloy Valencia Docasar, una escritura por la que elevaron a público acuerdos sociales, de aumento de capital, cese de cargo y desembolso parcial de acciones, adoptados por la Junta General Extraordinaria de Accionistas de 22 de abril de 1995.

II. Presentada la escritura por primera vez el 11 de diciembre de 1995 en el Registro Mercantil número VII de Barcelona, y suspendida su inscripción fue nuevamente presentada el 7 de octubre de 1996, junto con otras escrituras públicas referentes a la adaptación de los Estatutos sociales a la nueva Ley de Sociedades Anónimas, así como las subsanatorias de los defectos de las mismas. La mencionada escritura pública fue calificada con la siguiente nota: «Registro Mercantil de Barcelona. Presentado el documento que antecede, según el asiento 2.451 del Diario 672, en unión de la escritura de fecha 24 de julio de 1996, Notario señor Rovira Perea, número 1.826 de Protocolo, presentada según el asiento 2 452 del Diario 672 No se practica la inscripción del presente documento por observarse el defecto de estar la Sociedad disuelta de pleno derecho y cancelados sus asientos, según nota marginal extendida en la hoja de la sociedad, por aplicación de la Disposición Transitoria 6.ª-2 de la Ley de Sociedades Anónimas Y, además, del contenido de la hoja registral que constaba antes de la cancelación, se observa: Debe inscribirse simultáneamente junto con las escrituras, números 1616/1992, 2553/1995, 1827/1996 de Protocolo, Notarios señores Mateos Arroyo, Valencia Docasar y Rovira Perea, respectivamente. Barcelona, a 25 de octubre de 1996.—El Registrador: José A. Utrera Gómez».

III. Don Román Bonilla Pino interpuso recurso de reforma contra la calificación del Registrador en base a las siguientes consideraciones jurídicas. 1.º La nota de calificación que se impugna fundamenta la causa de disolución de la sociedad en lo dispuesto en la Disposición Transitoria 6ª-2 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2º En el caso que nos ocupa, no es cierto que se incumpliera la obligación de haber presentado ante el Registro Mercantil la escritura de ampliación de capital, ya que se llevó a cabo el día 11 de diciembre de 1995, es decir, veinte días antes de la finalización del plazo fijado en la Disposición Transitoria de la Ley. Dicha escritura fue devuelta por el Registro Mercantil, junto con el resto de las ya citadas, con numerosos defectos, que hicieron imposible la subsanación de los mismos en el plazo de vigencia del asiento conforme disponía el artículo 64 del anterior Reglamento del Registro Mercantil; subsanación que sí, en cambio, se ha practicado en la posibilidad real de plazos que la dificultad entrañaba y que ha sido claramente demostrativa de la voluntad societaria de continuidad de la compañía, continuidad que, por otro lado, no se ha quebrado en momento alguno, ya que siempre se ha considerado la vigencia total de la sociedad, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 3.ª-3 de la Ley 19/1989. No cabe, en consecuencia, negar que la voluntad societaria de la recurrente fue la ampliación de capital en los plazos legalmente previstos (si entendemos los mismos de aplicación a las Sociedades Anónimas Laborales) y que la simple caducidad de la vigencia del asiento no puede enervar dicha voluntad, ya que el legislador no proveyó este extremo, sino única y exclusivamente, el hecho de tener que presentarse antes del 31 de diciembre de 1995, no debiendo el Registrador Mercantil interpretar restrictivamente las propias disposiciones legales, convirtiendo su actuación en una actividad meramente sancionadora, acogiéndose más a un mero problema formal de vigencia de los asientos, que

a la voluntad de la sociedad, doblemente expresada en su momento, al ampliar el capital y ahora al subsanar los defectos observados en los Estatutos. 3.º El perjuicio causado por la descalificación y disolución de una sociedad que por su propia definición laboral no podía estar inoperante al haber hecho la ampliación del capital por sus propios trabajadores, debería llevar al Registrador a lo que esta parte entiende correcta valoración de la Disposición Transitoria 3.ª-3 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, o al menos a su interpretación amplia y no restrictiva, en el sentido de reconocer a los recurrentes que al tener más de 4.000 000 de pesetas, al finalizar el primer plazo, concedido por la misma el 26 de julio de 1993 (la sociedad se constituyó el día 3 de julio de 1989, con 5.000 000 de pesetas), debería tener un segundo plazo para la total ampliación de 10.000.000 de pesetas (por otro lado ya realizada) que finalizará el día 31 de diciembre de 1996.

IV El Registrador Mercantil número VII de Barcelona resolvió el recurso de reforma desestimando la pretensión del recurrente y confirmando la nota de calificación en todos sus extremos e informó: Teniendo en cuenta las Disposiciones Transitorias 1.ª y 3.ª-3 de la Ley 19/1989, y 6.ª-2 de la Ley de Sociedades Anónimas: 1.º Que para cumplir con los requisitos exigidos por la legislación vigente en la formalización de las operaciones reseñadas, es necesario, no sólo la presentación de los títulos sino el cumplimiento de todas las formalidades en la Ley y por tanto han sido calificados en cuanto a su legalidad por lo que resultaba de ellos y el contenido del Registro (art 6 del Reglamento del Registro Mercantil). 2.º Siendo la función del Registrador la aplicación objetiva de las disposiciones legales mencionadas de las que resulta que las Sociedades Anónimas Laborales constituidas antes del 27 de julio de 1989 y cuyo capital en dicha fecha fuera inferior a 4.000.000 de pesetas y en 31 de diciembre de 1993 igual o superior a 4.000.000 de pesetas, pero inferior a 10.000.000 de pesetas, dispondrán de un plazo que terminará el 31 de diciembre de 1996 para ampliar su capital hasta 10.000.000 de pesetas o más. Pero las Sociedades Anónimas Laborales constituidas antes del 27 de julio de 1989, si su capital en la referida fecha era igual o superior a 4.000 000 de pesetas y el 31 de diciembre de 1995 su capital no alcanzara los 10.000.000 de pesetas entra en juego la Disposición Transitoria 6.ª-2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en méritos de la cual la sociedad ha quedado disuelta de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la Sociedad disuelta.

V. Don Román Bonilla Pino se alzó contra la anterior resolución reiterando los argumentos alegados en el recurso de reforma.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 4.2 del Código Civil, 20 del Código de Comercio, Disposiciones Transitorias 3.ª-3 y 6.ª-2 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y 7 y 40 del Reglamento del Registro Mercantil

1. Se pretende en el presente recurso la inscripción de una escritura de aumento de capital, cese de cargo y desembolso parcial de acciones de una sociedad anónima laboral, que el Registrador rechaza por el defecto de estar la sociedad disuelta de pleno derecho y cancelados sus asientos según nota marginal extendida en la hoja de la escritura de la sociedad por aplicación de la Disposición Transitoria 6.ª de la Ley de Sociedades Anónimas. La escritura de constitución de la sociedad en cuestión se otorgó el 3 de julio de 1989 con un capital de 5.000 000 de pesetas.

2. Debe señalarse, en primer lugar, que con arreglo a la Ley, la sociedad en cuestión no se hallaba disuelta de pleno derecho en la fecha en que se produjo la nota de calificación impugnada (el 25 de octubre de 1996). La Disposición Transitoria 6.^a-2 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, en cuanto dispone la disolución de pleno derecho de una sociedad anónima preexistente que no hubiere presentado en el Registro Mercantil, antes del 31 de diciembre de 1995, los documentos justificativos del aumento de capital por encima del mínimo legal, debe ser puesta en conexión con la Disposición Transitoria 3.^a-3 de la misma ley que, respecto de las sociedades anónimas laborales, confiere un plazo superior para dicha adaptación, de modo que tratándose de estas últimas sociedades, la disolución de pleno derecho sólo podría producirse a partir del 1 de enero de 1997. Así lo impone también la necesidad de interpretación estricta de esta norma sancionadora (cfr. art. 4.2 del Código Civil). Por lo demás, no puede estimarse la alegación del Registrador que contrae el ámbito de la Disposición Transitoria 3.^a-2 de la Ley 19/1989, a las Sociedades Anónimas Laborales preexistentes cuyo capital sea inferior a 4.000.000 de pesetas y remite a la Disposición Transitoria 6.^a-2 a las sociedades anónimas laborales que el 27 de julio de 1989 tuvieran ya un capital superior a esta cifra pero inferior a 10.000.000 de pesetas.

3. El objeto de la Disposición Transitoria 3.^a-3 de la Ley 19/1989, es claro: Posponer al 31 de diciembre de 1996 la adecuación del capital social de todas las sociedades anónimas laborales al nuevo mínimo legal; y ello no debe quedar enturbiado por el hecho de que además se facilite esa adecuación mediante el establecimiento de un proceso en dos escalones en consecuencia, respecto de las sociedades anónimas laborales preexistentes con capital superior a 4.000.000 de pesetas e inferior a 10.000.000 de pesetas, lo único que cabe inferir de tal Disposición Transitoria es la evidente inaplicación de este proceso gradual de adaptación, pero la fecha determinante para la adecuación definitiva de su capital social será, en cualquier caso, el 31 de diciembre de 1996.

4. Cuestión distinta es que en el caso debatido se ha practicado ya la nota marginal de cierre registral promovida en la Disposición Transitoria 6.^a-2 de la Ley 19/1989, que goza de la presunción de validez (cfr. art. 20 del Código de Comercio), y, en consecuencia, mientras ésta persista, no puede accederse a la práctica de asientos incompatibles sin que en el estrecho cauce del recurso gubernativo pueda removerse tal obstáculo (cfr. art. 20 del Código de Comercio; 7, 40 del Reglamento del Registro Mercantil, y 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria).

Por todo ello, esta Dirección General acuerda estimar parcialmente el recurso interpuesto en los términos de los anteriores considerandos, confirmando en cuanto al resto la nota impugnada.

Madrid, 28 de mayo de 1997.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos v Mancha*. Señor Registrador Mercantil número VII de Barcelona.

COMENTARIO

Según lo dispuesto por la Disposición Transitoria 3.^a-3 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, el plazo de que gozan las sociedades anónimas laborales —constituidas con anterioridad al 1 de enero de 1990, fecha de entrada en vigor de las leyes de reforma y adecuación de nuestra legislación mercantil a

las Directivas de la CEE— para adaptar su capital al mínimo legal de diez millones de pesetas, impuesto por dichas leyes, no expiraba hasta el 31 de diciembre de 1996, siempre que previamente tuvieran un capital mínimo de cuatro millones de pesetas.

Según la Disposición Transitoria citada, las anónimas laborales constituidas antes de la entrada en vigor de esta ley, y que tuvieran un capital inferior a los cuatro millones de pesetas, gozaban de la posibilidad de adaptar su capital social en dos tramos o escalones:

— Primeramente, hasta cuatro millones, dentro de un plazo de cuatro años a contar desde la publicación de esta Ley en el *BOE* (1).

— Una vez cumplido lo anterior, el plazo que se les concedía para aumentarlo hasta los diez millones se prolongaba hasta el 31 de diciembre de 1996, es decir, un año más que para las anónimas ordinarias.

Es evidente que si la sociedad no cumplía su obligación de aumento en plazo respecto del primer tramo, perdía la posibilidad de beneficiarse del segundo; pero lo que plantean las resoluciones comentadas es el caso de aquellas anónimas laborales que, habiendo sido constituidas antes del 1 de enero de 1990 (2) con un capital superior a los cuatro millones, no necesitan usar de ese primer tramo. La duda, naturalmente, consiste en determinar si estas sociedades tenían derecho a beneficiarse del segundo plazo previsto para llegar a los diez millones. Verdaderamente no existen razones que justifiquen un trato peor para estas sociedades que para aquéllas que partían de un capital fundacional inferior a dicha cifra.

Lo cierto, y no vamos a repetir aquí toda la argumentación del recurso, es que no otra cosa se desprende de la tantas veces citada Disposición Transitoria 3.ª (3) de la Ley 19/1989, de 25 de julio, sobre todo si se tiene en cuenta que por el juego de la Transitoria 6.ª de la Ley de Sociedades Anónimas ambas disposiciones se convierten —en conjunto— en una norma sancionadora, por lo que deben ser objeto de interpretación estricta, restrictiva y no extensiva:

1. Antes del 30 de junio de 1992, las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones deberán adaptar sus estatutos o su escritura social a lo dispuesto en esta Ley si estuvieran en contradicción con sus preceptos.

2. Las sociedades anónimas y comanditarias por acciones que tengan un capital inferior a diez millones de pesetas deberán, en el plazo señalado en el párrafo anterior, haber aumentado efectivamente su capital hasta, al menos, esa cifra o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada. Las sociedades de responsabilidad limitada que tengan un capital inferior a quinientas mil pesetas deberán, en el mismo plazo, aumentar su capital hasta esa cifra, como mínimo, o transformarse.

(1) La fecha de publicación de la Ley 19/1989 en el *BOE* fue el 27 de julio de 1989.

(2) Fecha en que entra en vigor el nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que recoge esas reformas de la Ley 19/1989.

(3) Los dos primeros apartados de esta disposición han sido recogidos para formar la Transitoria 3.ª del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; pero no así el que nos ocupa, lógicamente, por estar referido a un tipo social distinto, la anónima laboral.

3 No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las **sociedades anónimas laborales** a que se refiere la Ley 15/1986, de 25 de abril, constituidas con anterioridad a la publicación de esta Ley en el *Boletín Oficial del Estado*, cuyo capital social sea inferior a cuatro millones de pesetas, gozarán de un plazo de cuatro años para aumentar su capital social hasta esa cifra. Las que en dicho plazo hayan efectuado la adaptación dispondrán de un nuevo plazo, que expirará el 31 de diciembre de 1996, para aumentar su capital hasta la cifra de diez millones de pesetas..

Si «*las que en dicho plazo han efectuado la adaptación* (a cuatro millones) *dispondrán de un nuevo plazo.* » no hay razón para privar de ese mismo plazo—hasta el 31 de diciembre de 1996— a las que no precisan de tal adaptación por partir de un capital fundacional igual o superior a los cuatro millones de pesetas.

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
Registrador Mercantil

S.A.: RENUNCIA Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES POR LA JUNTA GENERAL.—LA RENUNCIA DE LOS ADMINISTRADORES, ACEPTADA POR LA JUNTA GENERAL, ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL AUNQUE LOS NOMBRADOS PARA EL CARGO EN LA PROPIA JUNTA NO HAYAN ACEPTADO, PUES ES EVIDENTE LA DIVERSIDAD SUSTANCIAL ENTRE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD DE DIMISION Y LAS DE ACEPTACION DE LAS NUEVAS DESIGNACIONES (RESOLUCIÓN DE 27 DE MAYO DE 1997 BOE DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

RESOLUCION de 23 de mayo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Benito Manuel Perelló González-Moreno, como Consejero y Presidente del Consejo de Administración de «Aspro Promociones Inmobiliarias, Sociedad Anónima», contra la negativa de doña Isabel Adoración Antoniano González, Registradora Mercantil de Madrid, número I, a inscribir una certificación de los acuerdos adoptados en la Junta General extraordinaria de accionistas de una sociedad anónima.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Benito Manuel Perelló González-Moreno, como Consejero y Presidente del Consejo de Administración de «Aspro Promociones Inmobiliarias, Sociedad Anónima», contra la negativa de doña Isabel Adoración Antoniano González, Registradora Mercantil de Madrid, número I, a inscribir una certificación de los acuerdos adoptados en la Junta General extraordinaria de accionistas de una sociedad anónima.

Hechos.—I. El día 29 de junio de 1994, se celebró Junta General extraordinaria de accionistas de «Aspro Promociones Inmobiliarias, Sociedad Anónima», previa convocatoria del Presidente del Consejo de Administración, cuyo anuncio fue publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» del día 9 de junio de 1994 y en el diario «El Mundo» del mismo día. En la certificación de la Junta expedida y firmada por el Secretario de la misma, con el visto

bueno del Presidente, cuyas firmas están legitimadas por el Notario de Madrid, don Manuel Serrano García, se transcriben los acuerdos adoptados, entre los que figura el siguiente: «Segundo Aceptar la renuncia al cargo de los Consejeros, presentada por doña María Jesús Montoya Sánchez, doña Amalia y doña María José Domínguez Bustabad, según escrituras otorgadas ante los Notarios de Madrid, don Isidoro Lora Tamayo Rodríguez, el día 11 de octubre de 1991, y don Angel Pérez Fernández, el 13 de noviembre del mismo año, respectivamente, y así como la de don Juan Rodríguez de la Rúa, presentada en el Consejo de Administración de 6 de junio de 1994, y las de don Benito Perelló y don Fernando Perelló, presentadas en esta Junta, manteniéndose estos dos últimos en sus cargos durante sesenta días para seguir representando a la sociedad durante ese período en las actuaciones necesarias para la misma, y nombrar miembros del Consejo de Administración a doña Amalia Domínguez Bustabad, doña María José Domínguez Bustabad y doña María Jesús Montoya Sánchez, facultando al Secretario del Consejo, don Fernando Perelló González-Moreno, para que les comunique su nombramiento».

II. Presentada la anterior certificación en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18 2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Defectos: Acompañese los anuncios de convocatoria de la Junta de referencia. Ha de constar la aceptación de los nombramientos. Artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil. Se advierte que, como consecuencia de los expresados acuerdos de cese y nombramiento, la sociedad no ha efectuado designación de cargos, por cuanto carece la misma de órgano de administración social. En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 28 de julio de 1995 —El Registrador.—Firmado.—Firma ilegible, *Doña Isabel Adoración Antoniano González*».

III. Don Benito Manuel Perelló González-Moreno, como Consejero y Presidente del Consejo de Administración de «Aspro Promociones Inmobiliarias, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra lo referente a la inscripción del cese de administradores, y alegó: I. Que la obligación de inscribir en la hoja abierta a cada sociedad el cese de administradores, que incumbe tanto a la sociedad como a los Registradores, está establecida en el artículo 94.4 del Reglamento del Registro Mercantil. Que el documento presentado en el Registro Mercantil cumple todos los requisitos del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil para que el cese de los administradores pueda ser inscrito en el Registro Mercantil. II. Que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, independientemente de la facultad que corresponde a los administradores de desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido, y han aceptado, no cabe desconocer que el mínimo de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo, cuando como consecuencia de su renuncia quede el mismo totalmente vacante o devenga inoperante, obliga a los renunciantes a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer dicha situación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.737 del Código Civil. Que dichas medidas no han de ir más allá de la convocatoria de la Junta General extraor-

dinaria, en cuyo orden figure «nombramiento de nuevos administradores» En este sentido es significativa la Resolución de 24 de marzo de 1994. Que conforme a dicha Resolución, no cabe duda que en el presente caso procede la inscripción del cese de los administradores, ya que si, según la misma, es suficiente con que el administrador o administradores cesantes convoquen Junta General de accionistas para proveer los cargos vacantes, es evidente que queda cumplido con creces el deber de diligencia de los administradores, cuando, no sólo convocan Junta, sino que ésta se celebra y, en ella, se toma el acuerdo de nombrar nuevos administradores. Supeditar la inscripción del cese de unos administradores a que los nombrados en su lugar hayan aceptado sus respectivos cargos, es aplicar un castigo innecesario a quienes han actuado con toda diligencia legalmente exigible.

IV. La Registradora Mercantil de Madrid, número I, acordó mantener la nota de calificación, a excepción del primer defecto que ha sido subsanado, e informó: Que del documento presentado a despacho, resultaría la no legitimación activa para interponer el recurso, ya que el recurrente habría cesado en su cargo el día 29 de agosto de 1994. Pero, en base al principio de legitimación (art. 7 del Reglamento del Registro Mercantil) se admite el recurso, siendo una consecuencia práctica de no haberse practicado la inscripción de su cese en el Registro. Que igualmente hay que consignar que, según el artículo 66 del Reglamento del Registro Mercantil, no procede la interposición del recurso gubernativo, ya que en el escrito presentado no se recurre contra ninguno de los defectos de la nota, sino que se considera procedente la inscripción del acuerdo de cese de administradores, aunque no se inscriba el acuerdo de nombramiento de nuevos consejeros. Que, por razones de economía procesal, se estudia el problema que se plantea que es, si existe o no independencia entre ambos acuerdos (art. 62 2 del Reglamento del Registro Mercantil). Que la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones ha considerado la posibilidad de inscripción del cese, aun cuando no se inscribieran los nombramientos y quedase la sociedad transitoriamente en una situación anómala, cuando la voluntad de los administradores cesados fuese ajena a los problemas que impidieran la inscripción de los nombramientos (Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992; 8 y 9 de junio de 1993; 24 de marzo de 1994 y 17 de julio de 1995). Que en el supuesto objeto de este recurso, tres de los consejeros que han dimitido han sido reelegidos, el acuerdo se adoptó el día 29 de junio de 1994, sin que hasta la fecha se haya producido la aceptación de sus nombramientos, la voluntad de los dimitidos no es ajena, ni se ha cumplido con el mínimo deber de diligencia para que la sociedad no quede en una situación anómala (Resolución de 24 de marzo de 1994 y arts. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y arts. 1 737 del Código Civil). Que se considera que, dadas las circunstancias del caso, sí existe interdependencia entre los dos acuerdos y no se considera procedente lo solicitado.

V. El recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: I. Que la decisión de la Registradora adolece de falta de claridad y precisión, que son exigibles conforme a lo dispuesto en el artículo 70.3 del Reglamento del Registro Mercantil II. Que el mínimo deber de diligencia exigible a todo administrador queda cumplido con creces cuando los administradores de «Aspro Promociones Inmobiliarias, Sociedad Anónima», no sólo convocan Junta, sino que se celebra y en ella se toma el acuerdo de nombrar nuevos administradores. III. Que la Registradora deniega la inscripción de los ceses sobre la base de que tres de los consejeros

cesados han sido reelegidos y no han aceptado su nombramiento, y si entiende que la actitud de esos tres consejeros no es diligente, porque no inscribe el cese de los otros tres consejeros no reelegidos.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.732 y 1.737 del Código Civil; 127, 133 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas; 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre; y las Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992, 8 y 9 de junio de 1993; 22 de marzo y 24 de junio de 1994 y 17 de julio de 1995.

1. En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil la renuncia de seis administradores, formulada y aceptada en la misma Junta, en la que se reelige a tres de ellos, habida cuenta de que no consta la aceptación de los reelegidos.

Entiende el Registrador Mercantil que no procede la inscripción del cese porque en el supuesto, los administradores reelegidos, al no haber aceptado todavía sus nombramientos, han incumplido con el deber de diligencia mínimo, a fin de evitar que la sociedad quede en una situación anómala que la conduzca a una situación de inoperancia que, de prolongarse, pudiera determinar la paralización de su funcionamiento.

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992; 8 y 9 de junio de 1993 y 24 de marzo de 1994), y en ella se apoya la nota recurrida, que, sin prejuzgar la facultad que corresponde a los administradores de desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y han aceptado, por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (arts. 1.732 del Código Civil y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas), no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo cuando como consecuencia de su renuncia quede el órgano de administración vacante o devenga inoperante —renuncia de un administrador mancomunado o de un número de administradores que impida la válida constitución del Consejo de Administración—, obliga a los renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a esa situación (art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.737 del Código Civil).

En el supuesto debatido, de la certificación de los acuerdos se desprende que consta la aceptación del cese por parte de la Junta General de la sociedad; en consecuencia la aplicación de la doctrina anterior no sólo no impide sino que obliga a inscribir el cese de los administradores dimitidos, éstos han agotado todos los medios a su alcance para evitar que la sociedad quede paralizada en su funcionamiento por vacante de su órgano gestor y, además, carecen ya de legitimación para cualquier actuación posterior en nombre de la sociedad.

La circunstancia de que tres de los administradores dimitidos hayan sido reelegidos y no conste su aceptación, no puede menoscabar las anteriores conclusiones, y ello no sólo en cuanto a la inscripción del cese de los administradores dimitidos y no reelegidos, sino también en cuanto a la del cese de los reelegidos, pues, es evidente la diversidad sustancial y la absoluta de desconexión causal entre las declaraciones de voluntad de dimisión y las de aceptación de las nuevas designaciones. Podría producirse, ciertamente, una hipótesis de inoperancia del órgano gestor; pero lo que obviamente no puede pretenderse es resolverla por las mismas vías que las hipótesis de inoperancia derivada de la renuncia de los miembros del órgano gestor. Se trata de su-

puestos claramente diferenciados así en su origen como en la naturaleza de la solución a adoptar.

Esta Dirección General acuerda estimar el recurso revocando la decisión y la nota del Registrador.

Madrid, 23 de mayo de 1997.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Señor Registrador Mercantil de Madrid, número I.

COMENTARIO

La cuestión discutida en el presente recurso, según afirma el primer Fundamento de Derecho de la Resolución que vamos a glosar, consiste en la posibilidad de inscribir la renuncia de los seis miembros que componen el Consejo de Administración de una sociedad, habida cuenta de que dicha renuncia ha sido formulada y aceptada en la misma Junta en la que se reelige a tres de estos miembros para formar el nuevo Consejo, pero sin que se haya producido todavía la aceptación del cargo por parte de los mismos.

Como advierte la nota del Registrador, como consecuencia de estas renunciaciones y de la reelección no aceptada, la sociedad se encuentra acéfala, en situación de «carecer de órgano de administración». Lo cierto es que con ello se está condicionando la inscripción de la renuncia a la previa aceptación de su cargo por los que son reelegidos, vulnerando la reiterada doctrina de la Dirección General en torno a la inscribibilidad de estas renunciaciones, que solamente exige la convocatoria de la Junta, no el efectivo nombramiento de nuevos administradores, de modo que las presentes renunciaciones son perfectamente inscribibles, y no solamente con relación a los tres miembros que no son reelegidos, sino con relación a todos ellos, y por supuesto, sin necesidad de que conste la aceptación por parte de los reelegidos.

El problema de la aceptación de las renunciaciones de los administradores de las sociedades mercantiles ya ha sido resuelta en numerosas ocasiones por anteriores Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (**26 y 27 de mayo de 1992, 8 y 9 de junio de 1993, 24 de marzo y 22 y 23 de junio de 1994; 17 de julio y 27 de noviembre de 1995 y 14 de febrero de 1997**) en las que se establece una doctrina que podemos sintetizar del siguiente modo:

«Sin prejuzgar la facultad que corresponde a los administradores para desvincularse unilateralmente del cargo por más que la sociedad pretenda oponerse a ello.. no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia a que están sujetos en el ejercicio de ese cargo obliga a los renunciantes, cuando su decisión pueda traducirse en la vacante total o inoperancia del órgano de administración, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación . lo que impone subordinar la inscripción de tales renunciaciones hasta que haya podido celebrarse Junta General —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda resolverse la situación planteada, evitando así una paralización de la vida social, inconveniente y perjudicial, de la que ellos habrían de responder (arts. 127.1.º y 133.1.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) »

Pero, como advierten las **Resoluciones de fechas 24 de marzo y 23 de junio de 1994**, una vez que el administrador o administradores renunciante han cumplido con su deber de diligencia convocando la Junta, resulta inscribible su renuncia —aunque la sociedad quede acéfala— debido a que la Junta en cuestión no pueda o no quiera cubrir su vacante por cualquier causa, ya que la falta de provisión de la vacante no determina necesariamente la disolución de la sociedad, ni puede condicionarse la inscripción de dicha renuncia a la efectiva provisión de la vacante creada

« En el presente caso el administrador dimisionario ha convocado una Junta General extraordinaria, en cuyo orden del día hizo figurar expresamente... "el nombramiento de un nuevo administrador por la renuncia al cargo del anterior". Ha llevado, pues, hasta donde las atribuciones de su cargo le imponían, aquel deber de diligencia que le era exigible, no pudiendo, a partir de entonces, entenderse que su facultad de dimitir quede condicionada a contingencias que, como la falta de válida constitución de la Junta o, tal y como ha ocurrido, la ausencia de acuerdo sobre el nuevo nombramiento, quedan totalmente al margen de su voluntad y posibilidades de actuación... Ante tal situación, máxime habida cuenta de la aceptación de la renuncia, no hay obstáculo que impida la inscripción pretendida. . La falta de provisión de la vacante no determina necesariamente la disolución de la sociedad, de suerte que la inscripción de la renuncia (no necesita) ser simultánea a la del acuerdo de cese...»

En definitiva, son ya tantas las Resoluciones que han tratado de este tema, siempre en los mismos términos, que podemos formular las siguientes conclusiones generales:

1.ª El administrador tiene derecho a desvincularse unilateralmente de la sociedad en cualquier momento (arts. 127 1.º y 133 1.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), y no es preciso, para la efectividad de su renuncia, la aceptación por parte de la Junta de socios, que sería «obligada y meramente formularia», dicen las resoluciones citadas; ahora bien, no puede dejar acéfala a la sociedad, de modo que debe convocar una Junta para que ésta pueda proveer la vacante

2.ª No puede condicionarse en ningún caso la inscripción de su renuncia a la efectiva provisión de la vacante, ni siquiera es necesario que la Junta llegue a celebrarse, bastando para dar por cumplido ese deber de diligencia que posibilita la inscripción registral con que se acredite que se ha realizado la convocatoria (Resolución citada de 24 de marzo de 1994) o incluso que se ha celebrado la Junta, pero con resultado infructuoso; **Resolución de 23 de junio de 1994**: *«...En el presente caso, reunida la Junta General y aceptada la renuncia presentada por uno de los administradores mancomunados, ningún obstáculo existe para su inscripción, siendo un problema totalmente al margen de esa posibilidad el que pueda plantear la inoperancia del órgano de administración si por la propia Junta no se toman las medidas que puedan solucionarlo. »*

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

POR ELENA MUGICA ALCORTA

HIPOTECA. NULIDAD EX ARTICULO 878, PARRAFO 2.º DEL CODIGO DE COMERCIO. APLICABILIDAD DE LA LEGISLACION REGULADORA DEL MERCADO HIPOTECARIO (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1997)

Hechos.—Acción de nulidad de una hipoteca constituida por el quebrado durante el período de retroacción de la quiebra.

Doctrina de la sentencia—La multiplicidad de actos y contratos realizados por el quebrado que pueden quedar afectados por la declaración de nulidad que previene el artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio, hace necesario y conveniente que las oportunas acciones de nulidad deban ventilarse en el juicio declarativo que corresponda, sobre todo cuando los procesos de tal naturaleza permiten dilucidar las cuestiones de la más variada índole, a no ser que las ejercitadas para reintegrar a la masa el numerario y los bienes pertinentes tengan establecido un trámite procedimental específico, como así ocurre, por ejemplo, con los supuestos reseñados en los artículos 1.371 y 1.375 LEC, para los cuales se establecen, de modo respectivo, el incidental y el del interdicto de recobrar. Por otro lado, la idea de reservar al proceso concursal las cuestiones específicamente propias del mismo se aprecia en preceptos de distinta clase, así, en el artículo 166 LEC y en el artículo 132 LH, al disponerse en ellos que no procederá la acumulación de los juicios ejecutivos entre sí, ni a un juicio universal, cuando sólo se persigan los bienes hipotecados, y que el procedimiento judicial sumario no se suspenderá por la declaración de quiebra o concurso, ventilándose todas las demás reclamaciones diferentes a las de los casos que relaciona en el juicio declarativo que corresponda.

La aplicabilidad del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, se encuentra condicionada a la finalidad de las operaciones de préstamo a que la misma se refiere y que aparecen relacionadas en su artículo 4, y aunque las actividades que en él se contemplan no respondan a una enunciación casuística o cerrada, pues abarca a

«cualquier otra obra o actividad», ello debe interpretarse de una manera restringida en razón a la especialidad del precepto, y entenderse que, en todo caso, esa otra actividad debe asemejarse a las determinadas normativamente y, por supuesto en este aspecto, por tratarse de una cuestión fáctica, ha de respetarse el criterio mantenido por la Sala de instancia

COMENTARIO

La importante STS de 11 de octubre declaró también la no acumulación de los autos del procedimiento judicial sumario al juicio universal de quiebra, con el argumento de que el carácter constitutivo de la inscripción y el principio de legitimación registral determinan la subsistencia de la hipoteca mientras no se declare en el proceso adecuado la nulidad de la inscripción; lo que significa, según destacan FERRÁNDIZ GABRIEL en «El procedimiento judicial en relación con las quiebras. Problemas derivados del privilegio de ejecución aislada», en *Práctica Hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario. Artículo 131 LH (Jornadas sobre ejecución hipotecaria)*, y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, que la ineficacia negocial impuesta por el artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio ha de ser provocada a medio de una acción, sin consistir en un efecto automático o *ipso iure* de la norma legal declarado en el auto de quiebra. Asimismo, la DGRN (RR de 20 de enero de 1986 y 29 de julio de 1988) ha venido destacando que no cabe cancelar de modo automático, en virtud de mandamiento del juez de la quiebra, las inscripciones de titulares registrales, sino por resolución firme dictada en proceso que haya sido debidamente entablado contra los titulares afectados, dándose así satisfacción tanto al principio registral de salvaguarda judicial de los asientos como al principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos (arts. 24 CE, 1, 40 y 82 LH y 174 RH).

Junto a los preceptos citados en la sentencia que nos ocupa para afirmar la reserva al procedimiento de quiebra de las cuestiones específicamente propias del mismo, y que la doctrina considera como protectores de la facultad de ejecución separada que corresponde al acreedor hipotecario, cabría señalar el propio artículo 1.173.3 LEC, en relación con el artículo 1.319 LEC; el artículo 900 del Código de Comercio, o el artículo 135, párrafo 3.º LH.

La regla especial establecida en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, ordena que las hipotecas inscritas a favor de las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario sólo podrán ser impugnadas al amparo del artículo 878 del Código de Comercio mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél. El artículo 25.5 del Real Decreto de 17 de marzo de 1982, por el que se desarrolla la Ley 2/1981, refiere esa regla a los préstamos hipotecarios que sirvan de cobertura a las emisiones de bonos y cédulas hipotecarias.

ADQUISICION DEL DOMINIO: TITULO Y MODO. TRADICION INSTRUMENTAL. TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: EL TITULAR NO TIENE LA CONDICION DE TERCERO HIPOTECARIO LEGITIMACION REGISTRAL LA PRESUNCION DE EXACTITUD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1997.)

Hechos.—Con anterioridad al embargo, los bienes trabados habían sido enajenados en escritura pública de compraventa por la sociedad anónima ejecutada, en cuya representación había intervenido un apoderado en virtud de poder no inscrito en el Registro Mercantil

Doctrina de la sentencia.—La publicidad mediante la inscripción en el Registro Mercantil a que se refería el antiguo artículo 29 del Código de Comercio, en su redacción anterior a la modificación operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, supone una carga para el poderdante en cuanto no puede utilizar tal poder no inscrito en perjuicio de tercero, y una protección para el tercero que contrató con el mandatario actuando de buena fe por desconocer los términos del poder, pero sin que la falta de inscripción afecte a la validez de los actos o contratos realizados, ni suponga defecto de capacidad en el transmitente, puesto que la inscripción no completa falta de capacidad alguna, ni en el poderdante ni en el apoderado.

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, si bien es cierto que, de acuerdo con la llamada teoría del título y el modo, imperante en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 609 y 1.095 del Código Civil), para la adquisición dominical por contrato no basta la mera existencia o perfección del negocio jurídico contractual (título), que sólo genera obligaciones para los contratantes, sino que el mismo ha de ser inexcusablemente acompañado o seguido de la tradición o entrega de la cosa (modo), no lo es menos que este segundo requisito, constitutivo o consumidor de la transmisión dominical, se entiende cumplido no sólo cuando se produce una entrega física o material de la cosa (tradición real), sino también, a virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición, cuando medien cualesquiera otros actos jurídicos que de manera patente entrañen la misma significación de entrega, cuyos actos, integradores de la llamada *traditio ficta*, no sólo son los que aparecen relacionados en los artículos 1.462, párrafo 2.º a 1.464 del Código Civil.

Producida la compraventa en escritura pública sin que de la misma resulte o se deduzca claramente lo contrario, concurren a favor del comprador los dos requisitos (título y modo) determinantes de la adquisición por él del dominio del inmueble vendido, adquisición anterior al embargo, por lo que este embargo no puede recaer sobre la parcela adquirida, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial según la que el embargo sólo puede realizarse sobre bienes que pertenezcan al deudor. Si estos bienes han sido objeto de disposición con anterioridad, cumplida la *traditio*, haya tenido o no acceso al Registro la transmisión, no pueden ser objeto de agresión, debiéndose levantar el embargo indebidamente decretado

El acreedor embargante no goza de la protección del artículo 34 LH, porque nada adquiere del titular registral, al no modificar el embargo la naturaleza de su derecho convirtiéndolo en derecho real

La presunción de exactitud registral que sienta el artículo 38 LH no es más que una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario y la anotación preventiva de embargo traslada la carga de éste al nuevo adquirente cuando el deudor embargado le transmite el bien, pero no cuando antes de la anotación ha efectuado la disposición mediante título y modo

DOBLE INMATRICULACION: SE APLICA EL DERECHO CIVIL PURO. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1997.)

Siendo hecho probado que dos fincas registrales son una sola y la misma, se está ante un caso de doble inscripción que enerva la fe pública registral y la presunción de legitimación y da lugar a los problemas que sobre la propiedad deben resolverse con apoyo en las normas de Derecho civil puro (art 313 RH y SSTs de 4 de octubre de 1993 y 3 de febrero de 1991).

PUBLICIDAD REGISTRAL. FE PUBLICA REGISTRAL: PROTEGE AL TITULAR DE HIPOTECA FRENTE A LA FALTA DE PODER DE DISPOSICION DEL HIPOTECANTE. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El problema jurídico que da origen a la controversia objeto de litigio es el de si el titular de un inmueble que lo ha enajenado por escritura pública, realiza un acto nulo radicalmente, por falta de poder de disposición, cuando a los pocos días lo hipoteca, estando todavía vigente la inscripción de su dominio en el Registro de la Propiedad, en garantía de la devolución de la cantidad prestada que reconoce haber recibido de los acreedores hipotecarios. El primer adquirente de dominio, entendiendo que es absolutamente nula la hipoteca constituida, insta que así se declare judicialmente y que se cancele la inscripción de la garantía hipotecaria.

El artículo 34 LH protege, en las circunstancias que indica, al que adquiere de quien en el Registro de la Propiedad figura con facultades para transmitir (o para constituir, desde luego, derechos menores), aunque se anule o resuelva el derecho del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro. Si después de la enajenación, cuya validez no se discute, la vendedora hipotecó como si fuera verdadera propietaria civil, siendo así que sólo lo era para el Registro de la Propiedad porque todavía figuraba inscrita a su favor esa propiedad, el tercero goza de la protección registral.

La alegación del recurrente en casación de que el acreedor hipotecario no es un adquirente a título oneroso se desestima por el ostensible olvido que se padece de los principios en que se asienta toda la legislación hipotecaria desde la primera Ley de 1861, que son los de hacer seguras las adquisiciones de inmuebles y garantizar a los acreedores que prestan sobre los mismos. Estos últimos no deben ser excluidos de la protección registral, según doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como no podía ser menos desde el momento que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercuten por su necesaria accesoriidad. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipo-

tecara nazca, entre otras cosas, para proteger y favorecer la seguridad de los préstamos, es jurídicamente su causa y la que estructura en consecuencia toda la normativa sobre la hipoteca, por lo que puede decirse que si se cumple, el negocio de constitución de la misma tiene causa y está protegido por la Ley

COMENTARIO

La STS de 15 de junio de 1966 declaró que debe estimarse como tercero hipotecario el que, con posterioridad a la celebración de un contrato sobre una cosa inmueble o derecho real inmobiliario, adquiere a su vez el dominio u otro derecho real registrable. La STS de 17 de octubre de 1989, afirmó que el artículo 34 LH es aplicable no sólo a los actos de adquisición del dominio, sino también a los de constitución de derechos reales limitados y, entre ellos y de modo señalado, a los créditos hipotecarios cuya inscripción es constitutiva. Según ROCA SASTRE, el tercero ha de ser tercer adquirente, por negocio jurídico, de un derecho real inscrito. Para JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA se trata del titular que adquiere cualquier derecho real inscribible, sin que tenga que ser necesariamente un adquirente o subadquirente. Por lo tanto, el acreedor hipotecario puede tener la condición de tercero hipotecario, siempre que, como matizan los autores citados, sea adquirente a título oneroso, es decir, haya realizado una contraprestación por razón de la hipoteca.

USUCAPION· REQUISITOS. REQUISITO DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1997.)

La usucapión extraordinaria precisa simplemente de los requisitos comunes, sin necesidad de justo título ni de buena fe, y tales requisitos son la posesión, con los caracteres que enumera el artículo 1.941 del Código Civil, y el tiempo, que es de mayor duración que en la usucapión ordinaria. La posesión, a los efectos de la usucapión, debe ser en concepto de dueño (o titular del derecho de que se trate), pública, pacífica y no interrumpida.

La jurisprudencia ha insistido reiteradamente en que es imprescindible el carácter de posesión en concepto de dueño para que se produzca la usucapión. Es doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que, como dice de manera expresa el artículo 447 del Código Civil y reitera el 1.941 del Código Civil, sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio; y tan terminantes son estos preceptos que el Tribunal Supremo al aplicarlos hubo de declarar que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el artículo 1.941 del Código Civil, sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño; que la posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente objetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio de otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en su concepto y pasar al *animus domini*; y, finalmente, que para que pueda originarse la prescripción adquisitiva se requiere, no sólo el transcurso de los treinta años

sin interrupción de la posesión, sino que sea la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer suya la cosa, en concepto de dueño.

COMUNIDAD DE BIENES: DIVISION DE LA COSA COMUN. INDIVISIBILIDAD. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1997.)

Declarada por sentencia la indivisibilidad de la finca y la inexistencia de pacto sobre su atribución a uno de los comuneros, es adecuada al artículo 400 del Código Civil la forma de disolución de la comunidad establecida en dicha sentencia de venta en pública subasta y distribución por partes iguales del precio obtenido, sin perjuicio de los acuerdos a que pueden llegar las partes.

El artículo 1.062, párrafo 1.º del Código Civil no contiene sino una norma que permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos abonando a los otros el exceso en dinero, pero tal precepto no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquéllos de que el bien sea vendido en pública subasta como se establece en el párrafo 2.º de dicho artículo 1.062 del Código Civil. Aparte de la inaplicabilidad de aquel párrafo 1.º en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible, habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria, supuesto que no es el contemplado en el artículo 1.062 del Código Civil citado.

TERCERIA DE DOMINIO. OBJETO NO PROSPERA SI EL TERCERISTA ES EL VERDADERO DEUDOR (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1997.)

Lo realmente decisivo en el caso debatido es si el tercerista es o no tercero en la ejecución, siendo deudor. Si se le tiene por deudor, no es ajeno al litigio de que trae causa la tercería. No hay razón para estimar la demanda de tercería, que tiene por objeto no la reivindicación de la finca, sino la paralización de la vía de apremio, sin perjuicio de que ejecutado y tercerista puedan en otra vía aclarar respectivas responsabilidades internas.

ACCION DE DESLINDE: OBJETO. DIFERENCIA CON LA ACCION REIVINDICATORIA. USUCAPION: REQUISITO DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1997)

El deslinde excluye contienda sobre la propiedad. No desvirtúa la naturaleza de la acción de deslinde el hecho de que su práctica y consiguiente amojonamiento de las fincas en confrontación represente componer físicamente las mismas, al delimitarlas material y extensamente mediante el trazado de línea perimetral divisoria, precisándose de esta forma los derechos que corresponden a los titulares interesados, sin que ello suponga el ejercicio de acción reivindicatoria alguna.

La posesión a título de dueño es uno de los requisitos esenciales que condicionan positivamente la eficacia de la prescripción alegada, cuya concurrencia impone necesaria prueba de que el poseedor no es un mero detentador y sí

precisa un plus de la actividad de tenencia material —en cuanto los actos posesorios no han de ser equívocos, sino que han de manifestarse externamente al tráfico como efectivos actos de dominio *in nomine proprio*— para lo que no es suficiente la mera intención ni el acto volitivo interno de querer o creer. No hay precepto alguno que autorice a presumir la posesión en concepto de dueño

DERECHO DE OPCION. CARACTER DE DERECHO PERSONAL. FE PUBLICA REGISTRAL. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia —Al no haberse inscrito en el Registro de la Propiedad la opción, se configura como efectivo derecho personal y no real (Sentencia de 9 de octubre de 1987), tal como pone de manifiesto el propio artículo 14 RH, al exigir los requisitos complementarios que establece para su inscripción, lo que produce, una vez practicada, consecuentes efectos reales

En el caso de autos, la opción fue ejercitada válida y eficazmente con la correspondiente comunicación por el optante dentro del plazo pactado, con lo que se extinguió la oferta de venta al consumarse la opción y surgir y perfeccionarse automáticamente la compraventa proyectada por la concurrencia de consentimientos que exige la ley, alcanzando así estado de ejecución obligatoria para el concedente.

La protección pública registral descansa en la concurrencia de buena fe en el adquirente. Buena fe registral equivale, al igual que en los artículos 433 y 1 950 del Código Civil, a ignorar el que adquiere, con base en la legitimación dispositiva de quien aparece como titular en el Registro, que la titularidad del causante no existe, está viciada o sometida a limitaciones la plena libertad de disponer, como sucede cuando concurre un derecho de opción, válidamente otorgado y que conserva su eficacia y vigencia.

El artículo 34 LH sólo establece una presunción de exactitud registral, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario, y lo mismo sucede respecto a la presunción de buena fe, que es de naturaleza *iuris tantum*. La apreciación de buena fe es cuestión de hecho y por tanto de la libre apreciación de los juzgadores de instancia y ha de ser mantenida en casación, en tanto no resulte convenientemente desvirtuada.

COMENTARIO

Respecto de la *naturaleza del derecho de opción*, la STS de 9 de octubre de 1987 citada, señaló que «la naturaleza predicable de esta figura es la de un contrato y no la de un derecho real, tratándose, en puridad de doctrina, de un derecho personal que puede tener efectos frente a terceros mediante la inscripción, pero sin que ésta tenga la virtud de transmutar, convirtiendo a los personales en reales, la naturaleza de los derechos, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación, y buena prueba de ello la suministra el propio artículo 14 RH, pues si fuera un derecho real sería inscribible sin necesidad de requisitos complementarios». La STS de 6 de noviembre de 1989 reiteró que «el derecho de opción no pierde su naturaleza de derecho personal por la circunstancia de permitirse su inscripción, pues ello sólo representa el reco-

nocimiento de su aspecto registral para el caso de que accediera al Registro» La STS de 9 de junio de 1990 añadió que «con la inscripción y por efecto de la publicidad registral el derecho de opción se impone *erga omnes*, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior al derecho de opción de compra, pero sin que tal inscripción opere el cierre del Registro, por lo que el propietario de una finca concedente de un derecho de opción de compra, aun después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa, ya que tal derecho no implica prohibición de enajenar o disponer y si tan sólo una facultad preferente de adquirir a favor del optante, si bien cuando un tercer comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, ésta surte efecto contra el comprador, esto es, el derecho de opción de compra registrado opera contra el subadquirente como derechohabiente que es del que concedió la opción; en consecuencia, el derecho de opción de compra inscrito en el Registro al amparo del artículo 14 RH no confiere a su titular derecho dominical alguno que impida ulteriores enajenaciones del inmueble, sin perjuicio de que el titular del derecho de opción pueda exigir de todo propietario del inmueble afectado, sea el concedente, sean posteriores adquirentes del mismo, la venta de la cosa afectada».

Sin embargo, la Resolución DGRN de 6 de mayo de 1998 admite el *derecho real* de opción de compra y declara que «inscrito el derecho real de opción de compra, la transmisión que en ejercicio del mismo se produzca prevalece sobre los actos dispositivos posteriores realizados por el concedente», procediendo la cancelación del asiento de dominio intermedio, «sin que quepa ahora debatir si tal conclusión puede ser alterada por el hecho de que en el procedimiento seguido no haya sido parte el titular de ese asiento intermedio a cancelar».

Por otra parte, la declaración de la presente sentencia de que el artículo 34 LH sólo establece una presunción de exactitud registral de naturaleza *iuris tantum*, es contraria a reiterada jurisprudencia, por todas, puede citarse la STS de 7 de diciembre de 1987, que habla de presunción *iuris et de iure* de que el Registro para el adquirente es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad extrarregistral. Como puntualiza la STS de 22 de noviembre de 1989, «el principio de fe pública registral ampara y protege en sus adquisiciones a los terceros adquirentes a que se refiere el artículo 34 LH, sobre la base indeclinable de la posibilidad de la aplicación de la fuerza de la presunción del Registro establecida en el artículo 38, párrafo 1.º LH, elevando la inicial presunción *iuris tantum* que ese precepto establece el carácter *iuris et de iure* para el tercero». En el mismo sentido la doctrina distingue una doble presunción en la publicidad material del Registro: presunción *iuris tantum* de veracidad, mientras no se pruebe la inexactitud registral (es el principio de legitimación, arts. 1, párr. 3º y 98 LH), y presunción *iuris et de iure* de exactitud e integridad, sin admitirse prueba en contrario a favor del tercero hipotecario (es el principio de fe pública registral, art. 34 LH)

HIPOTECA: EXTENSION RESPECTO DE LOS INTERESES. INTERESES MORATORIOS Y REMUNERATORIOS. CLAUSULAS DE ESTABILIZACION DE VALOR. CARACTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCION CANCELACION. (SENTENCIAS DE 15 DE FEBRERO Y 8 DE MARZO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El interés convencional de todo préstamo oneroso tiene la función fundamental de ser la retribución o precio que el mutua-

tario ha de pagar por la utilización y disfrute de un capital en dinero que le presta el mutuante, pero puede también (cuando su tasa es elevada) utilizarse como medio de compensar la depreciación monetaria. Pese al principio nominalista que en nuestro ordenamiento jurídico preside el pago de las deudas dinerarias para compensar la devaluación monetaria en las épocas de inflación está doctrinal y jurisprudencialmente admitida la posibilidad de que las partes estipulen las llamadas «cláusulas de estabilización», una de las cuales (aparte de las «valor oro o plata» o «valor moneda extranjera») es la denominada «cláusula de escala móvil» o «cláusula índice», en la que, como módulo regulador de la depreciación (o revalorización) monetaria producida, se atiende a los índices generales del costo de la vida, establecidos por el Instituto Nacional de Estadística. Cuando el interés pactado en un concreto préstamo (por la baja tasa estipulada para el mismo) no cumple más que la primera función anteriormente indicada (retribución o precio por la utilización y disfrute de un capital ajeno), dicho interés es plenamente compatible con la cláusula de estabilización, pues, en este caso, aquél y ésta desempeñan funciones totalmente distintas. Pero cuando, por la más elevada tasa estipulada para el interés convencional, ha de entenderse que éste, además de la primera, cumple también la segunda de las expresadas finalidades (compensación de la devaluación monetaria producida por la inflación), no puede admitirse su compatibilidad con una cláusula de estabilización que cubra la totalidad de la depreciación monetaria producida, pues entonces se daría una injustificada duplicidad compensatoria, que haría (o podría hacer) surgir la figura del interés usurario encubierto bajo otra forma contractual (art. 9 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908), siendo ésta la razón (o una de las razones) por las que el artículo 219 RH señala un límite máximo a la operabilidad revalorizadora de la cláusula de estabilización.

Si, además de pactarse un primer interés, de tasa notablemente baja (por lo que ha de atribuirse únicamente la primera de las funciones antes indicadas: retribución o precio por la utilización y disfrute de un dinero ajeno), se estipula también un segundo interés, de tasa significativamente muy superior a la del primero, para el supuesto de que el prestatario incumpla lo pactado en el contrato de préstamo, ha de entenderse, indudablemente, que dicho interés superior tiene también como finalidad la de compensar la devaluación monetaria producida por la inflación durante el mayor plazo de duración del contrato, por lo que resulta, ética y jurídicamente, incompatible con una cláusula de estabilización específica estipulada con esa misma finalidad, que ha de tenerse por nula e ineficaz.

La expresada cláusula de estabilización es nula; pero, aunque no lo fuera, el importe resultante de la misma no se hallaría en ningún caso garantizado con la hipoteca, desde el momento en que el Registrador de la Propiedad denegó la inscripción de dicha cláusula de estabilización, por no reunir los requisitos exigidos por el número 3.º del artículo 219 RH. Apareciendo probado que los prestatarios, deudores hipotecarios, han pagado extrajudicialmente al acreedor la totalidad de lo garantizado con la hipoteca (el principal prestado y todos los intereses devengados por el mismo), el referido acreedor hipotecario debe otorgar la correspondiente escritura pública y cancelar la mencionada hipoteca, conforme a lo preceptuado en los artículos 79.2.º y 82, párrafo 1.º LH y 174, párrafo 3.º RH

COMENTARIO

Las cláusulas de estabilización de valor convierten la hipoteca de que se trate en una hipoteca de máximo, sólo en cuanto al capital, por expresa disposición del artículo 219.2.º RH, redactado por la reforma del Real Decreto de 17 de marzo de 1959. La DGRN se había mostrado hostil a la figura en Resoluciones de 5 de abril de 1903, 3 y 4 de marzo de 1952; la Resolución de 17 de marzo de 1959 hubo de reconocerla formalmente, pero rechazándola en el caso concreto por tratarse de un préstamo de ahorro vivienda y no compaginarse con las finalidades previstas en la legislación especial. ROCA SASTRE fue en nuestro país uno de los defensores más entusiastas de las cláusulas estabilizadoras y estimó tarada de timidez su regulación, HERNÁNDEZ GIL se mantuvo en una posición mucho más cauta; según TIRSO CARRETERO GARCÍA, la reforma reglamentaria trató de reducir los inconvenientes de tales cláusulas, cuyo triunfo se dio por inevitable.

Dentro del marco restrictivo del artículo 219.2.º RH, PEDRO AVILA NAVARRO destaca el carácter esencial de sus requisitos, que han de concurrir todos, y la condición de *numerus clausus* de los módulos de estabilización enumerados, de los que prácticamente sólo resulta operativo el índice del costo de la vida.

Los pronunciamientos de esta sentencia coinciden con lo señalado por LACRUZ, en el sentido de que una cláusula de estabilización en un préstamo civil que sobrepase los límites del citado artículo, no podrá ser garantizada con hipoteca (cuya inscripción, vedada, es constitutiva), añadiendo el autor que el préstamo tampoco podrá ser atacado sin más, como usurario; en este plano, una adecuada exégesis del precepto no puede concederle más valor que el meramente indiciario, orientador. PEDRO AVILA NAVARRO indica que, aunque no baste la cláusula antirreglamentaria para tachar al préstamo de usurario, debe tenerse en cuenta que el interés puede ser desproporcionado (art. 1 de la Ley Azcárate o de Represión de Usura de 23 de julio de 1908) por sí solo o sumado al rendimiento complementario que suponga la revalorización en que ordinariamente se traduce toda estabilización.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: NOTIFICACION DE LA SUBASTA AL DEUDOR (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1997.)

La notificación al deudor del posterior señalamiento de fecha para la subasta se ha de practicar conforme exige el artículo 131, regla 7.ª LH, que contiene reglas procesales específicas, tales como las señaladas en su párrafo último, según la cual el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor con la misma antelación (veinte días) en la finca o fincas hipotecadas. Este precepto no tiene el mismo alcance que el contenido en el artículo 130 sobre lugar y forma de los requerimientos de pago, sino que ordena hacer las notificaciones al deudor en el lugar de ubicación de la finca, no alterable por convenio alguno al constituirse la hipoteca. Cuando el lugar de la finca no está en la jurisdicción territorial del Juzgado, ha de acudir al auxilio judicial por el cauce del exhorto. Cuando no es hallado el que debe ser notificado, se sigue el cauce del artículo 266 LEC, que es el de la notificación por cédula, pero en este caso el lugar ha de ser el de la propia finca por disponerlo así la LH.

HIPOTECA: PACTO COMISORIO. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1997)

Hechos.—En la misma fecha de otorgamiento de una escritura de hipoteca, las partes celebran un contrato privado en el que se pacta una compraventa del inmueble gravado por el precio del importe de la deuda insatisfecha

Doctrina de la sentencia.—Esa opción entraña un pacto comisorio (arts. 1.858 y 1.859 del Código Civil) porque el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente: apropiarse de la cosa dada en garantía de la satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley, porque, al amparo del texto de una norma que lo permite (art. 1.445 del Código Civil), resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio; por lo que, descubierto el fraude, hay que aplicar ésta por ordenarlo el artículo 64 del Código Civil.

Tratándose de una norma legal imperativa como es la de la prohibición del pacto comisorio (arts. 1.858 y 1.859 del Código Civil), dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los Tribunales. No se trata de la defensa de ningún interés privado, sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas.

PROPIEDAD HORIZONTAL: URBANIZACION. CONTRIBUCION A LOS GASTOS COMUNES. OBLIGACION «PROPTER REM». (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1997)

En toda situación de comunidad, el concurso de los partícipes será proporcional a sus respectivas cuotas, tal como ordena el artículo 393 del Código Civil y, según tal criterio de proporcionalidad, los copropietarios pueden exigirse entre sí la contribución a los gastos que se produzcan, como prevé el artículo 395 del mismo cuerpo legal. A su vez, a una comunidad de propietarios, en forma de urbanización, se aplican por analogía las normas de la LPH, cuyo artículo 9, apartado 5.º, impone a los copropietarios la obligación de contribución a los gastos generales con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido. Por último, el artículo 392, párrafo 2.º del Código Civil prevé que la autonomía de la voluntad de las partes establezca reglas de la comunidad; así, en forma de estatutos.

En todo caso, es algo indiscutible y evidente que los copropietarios contribuyen, con arreglo a su participación, a los gastos generales de la comunidad, verdadero supuesto de *obligatio propter rem*, obligación en la que el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario de la cosa; es deudor quien en cada momento es propietario; la obligación se constituye en función de la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa

PROPIEDAD HORIZONTAL. RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ELEMENTO PRIVATIVO A INSTANCIA DE LA COMUNIDAD. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1997.)

Hechos.—La comunidad de propietarios de un edificio promueve juicio especial de desahucio y solicita que se declaren resueltos los contratos de

arrendamiento concertados por el propietario de unos locales comerciales porque los arrendatarios los destinan a bar, actividad no permitida en los estatutos

Doctrina de la sentencia.—La acción resolutoria ejercitada se fundamenta en las disposiciones reguladoras de la propiedad horizontal, concretamente en los artículos 7, párrafo 3.º y 19 LPH, con independencia de que la causa resolutoria 8.ª del artículo 114 LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964, que limita su ámbito de aplicación a las relaciones entre arrendadores y arrendatarios y agota su observancia a las derivadas de los contratos de arrendamiento, de tal manera que las causas resolutorias previstas en la ley arrendaticia no coinciden plenamente con las admitidas en aquélla, y así, en la de 1960 se admite como tal la dedicación del local a una actividad no permitida en los estatutos (art. 7, pár. 3.º, en relación con el art. 19), la cual, incluso, puede no ser «inmoral», «peligrosa», «incómoda» o «insalubre», que son las descritas en la expresada causa 8.ª

Por más que se interprete el artículo 7, párrafo 3.º LPH con arreglo a las pautas marcadas en el artículo 3 del Código Civil, no cabe apreciar que la prohibición concerniente a actividades no permitidas en los estatutos presuponga necesariamente que las mismas hubieren de ser dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres.

PRENDA: DERECHO DE RETENCION PROHIBICION DE REALIZACION DE LA PRENDA POR EL ACREEDOR. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1997)

Hechos.—En garantía de un préstamo, avalado por varios fiadores solidarios, el deudor constituyó prenda sobre un depósito en libreta de ahorros concertado con la entidad bancaria acreedora. Esta dispone del depósito para el pago de otras deudas contraídas por el deudor, que no habían sido garantizadas con la prenda, y sin consentimiento de dicho deudor.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.866 del Código Civil da al acreedor el derecho a retener en su poder la cosa recibida en garantía, a través de la figura de la prenda, hasta que el deudor no satisfaga la deuda principal. Es más, el párrafo 2.º del mismo permite extender los efectos garantistas de dicha prenda a otra deuda, entre las mismas personas, que no se tuvo en cuenta en el momento de acordarse la referida garantía.

Sobre esta cuestión hay que tener, ineludiblemente, en cuenta la emblemática Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941, que ha sido desarrollada por importante doctrina civilista en el sentido de exigir a esta figura de garantía dos requisitos esenciales, como son:

- a) que entre el acreedor pignoraticio y el deudor principal existan dos o más deudas, de las que la primera de ellas esté garantizada con prenda, mientras que sobre la segunda no se ha pactado garantía alguna, y
- b) que la segunda deuda, que carece de garantía, tenga vencimiento anterior a la primera que se constituyó y que está garantizada con la prenda.

En resumen, que lo que se pretende en el artículo 1.866 del Código Civil es otorgar al acreedor la facultad de prorrogar la retención de la cosa dada

en prenda a otras deudas, en principio no garantizadas con tal prenda; pero ello no significa que dicha prenda pueda ser realizada en caso de incumplimiento de esas otras deudas para su satisfacción y, ni mucho menos, que con ello pueda perjudicarse a terceros afectados por la deuda principal garantizada.

El artículo 1 866 del Código Civil en ningún caso permite la realización de la prenda, sino únicamente la extensión de su efecto de garantía; ni tampoco permite el perjuicio de terceros, como así ha ocurrido en el caso litigioso para los fiadores. Con la pérdida del depósito irregular, pérdida imputable, única y exclusivamente, al Banco, se ha perjudicado irremisiblemente la posibilidad de subrogación del fiador que paga con las mismas garantías que adornaban al acreedor para el caso de repetición hacia otros fiadores solidarios.

COMENTARIO

DÍEZ PICAZO, en sus *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, califica la citada STS de 24 de junio de 1941, como «quizá una de las sentencias más completas de nuestra jurisprudencia civil, tanto por el vigor de los razonamientos que en ella se van jalonando como por la profundidad de la erudición en el manejo de los antecedentes históricos y del derecho comparado de que hace gala». Y señala con precisión los elementos del supuesto de hecho del artículo 1 866, párrafo 2.º del Código Civil, en los términos que el Tribunal Supremo recoge en la resolución reseñada. Ambas sentencias declaran que la facultad que al acreedor reconoce el precepto es un puro derecho de retención, no eficaz frente a los demás acreedores. En el mismo sentido, la mayor parte de la doctrina niega el carácter prendario de la facultad reconocida al acreedor en el artículo 1.866 del Código Civil (MANRESA y NAVARRO, GARRIGUES, GUILARTE ZAPATERO, SERRANO ALONSO), frente a la opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, para quien se trata de una presunción de una nueva prenda, sin perjuicio de los derechos adquiridos sobre la cosa en el tiempo intermedio.

DOBLE INMATRICULACION: PREVALECE EL TERCERO PROTEGIDO POR LA FE PUBLICA REGISTRAL TERCERO HIPOTECARIO· REQUISITOS (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1997)

Hechos —Acción reivindicatoria sobre una finca que el actor identifica con otra inscrita a su favor, debido a que los linderos se determinan con relación a un río que ha sufrido sucesivas modificaciones en su cauce.

Doctrina de la sentencia.—Caracterizado el fenómeno de la llamada doble inmatriculación por el hecho de que una misma finca (o parte de ella) figure inscrita a nombre de personas distintas, éste no es el caso contemplado en la sentencia, en la que se trata de dos fincas independientes, aunque colindantes entre sí.

El adquirente tiene la clara e indudable condición de tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral, pues adquirió la finca de buena fe y a título oneroso de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitir la finca y la inscribió a su nombre (art. 34 LH), por lo que su titularidad dominical resulta jurídicamente inatacable.

Pero aún cuando, a efectos meramente dialécticos, se admitiera que se trata de un supuesto de doble inmatriculación, ha de llegarse a la misma conclusión, por las razones que seguidamente se exponen. Si ante el referido supuesto de doble inmatriculación, uno de los titulares reúne la condición de tercero hipotecario y el otro no, el conflicto ha de resolverse, conforme a los principios hipotecarios, a favor del tercero protegido por la fe pública registral, y sólo en el caso de que ninguno de los dos titulares registrales reúna la expresada condición habrá de resolverse el conflicto conforme a las normas de derecho civil puro.

HIPOTECA SOBRE VARIAS FINCAS: EXTENSION OBJETIVA RESPECTO DE LAS INDEMNIZACIONES (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1997.)

Hechos.—Constituida una hipoteca sobre varias fincas, un incendio destruye las naves edificadas sobre una de ellas. La compañía aseguradora paga al banco acreedor el importe de la indemnización, según se pactó en la escritura de constitución de la hipoteca.

Doctrina de la sentencia.—Al estarse en presencia de una deuda cuyo pago se encuentra garantizado por hipoteca constituida sobre determinadas fincas, los preceptos a tener en cuenta en orden a la efectividad del crédito son los contenidos en la legislación hipotecaria que, dada su especialidad, son de preferente aplicación, como así se reconoce en el artículo 1.880 del Código Civil. En esta materia, el artículo 104 LH que encabeza la regulación de las hipotecas previene, de igual modo que lo hace el precitado Código Civil en el artículo 1.876, que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación que aseguraba, pero, a tenor del artículo 105 LH, sin alterar la responsabilidad personal ilimitada del deudor establecida en el artículo 1.911 del Código Civil. Tales preceptos fundamentales deben complementarse, para el caso concreto de autos, con el artículo 119 LH, con arreglo al cual si se hipotecan varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la parte de gravamen de que cada una deba responder, puntualizándose en el siguiente artículo 120 LH, en armonía con el artículo 1.860, párrafo 4.º del Código Civil, que fijada en la inscripción la parte de crédito a responder por cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, hasta el punto de que, como se matiza en el artículo 121 LH, si la hipoteca no alcanzase a cubrir la totalidad del crédito, puede el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder; pero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas; y semejante limitación se refleja en términos parecidos en el artículo 140 LH y en el artículo 221 RH. A esta relación de preceptos hipotecarios es de añadir la integrada por los artículos 109 y 110.2.º LH, a cuyo tenor la hipoteca se extiende al importe de las indemnizaciones satisfechas al propietario por razón de los bienes hipotecados.

Las consecuencias jurídicas a extraer de los preceptos relacionados en el caso enjuiciado son, de un lado, que la indemnización percibida por el incendio de las naves situadas en una finca, ha de aplicarse a la hipoteca constituida

sobre la misma y en punto a su efectividad, en función de la regla extensiva beneficiadora de las hipotecas; y, de otro lado, que esa afección o atribución de la indemnización a la concreta hipoteca garantizada por la finca no puede hacerse de manera indiscriminada y discrecional por el originario propietario y deudor hipotecario, ni por el acreedor hipotecario, sino ateniéndose al débito estricto garantizado por la hipoteca, es decir, a la cantidad máxima a responder por la finca hipotecada. Conforme a lo dicho, la atribución de la indemnización recibida de la compañía aseguradora ha de ser destinada, en primer lugar, al pago de los intereses de la deuda hipotecaria, pero únicamente hasta el límite que garantizaba la hipoteca, al no regir sobre tal particular las prescripciones del artículo 1.173 del Código Civil, y en segundo término, al capital; y por lo que respecta al tema de los intereses, si los devengados fuesen en cuantía superior a los cubiertos por la hipoteca, el exceso tendría que reclamarse al deudor personal por la entidad acreedora hipotecaria.

COMUNIDAD DE BIENES: ADMINISTRACION (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1997.)

Es criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo el mantenimiento de la eficacia de lo hecho, desde un punto de vista de administración, por el condueño que represente por sí solo la mayoría de los intereses, sobre todo cuando aquella diligencia administrativa es conocida por el otro condueño y dicha actividad no afecta a la indivisibilidad de la cosa común; todo ello de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 398, párrafo 2º del Código Civil

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS ACCION REIVINDICATORIA. REQUISITO DE POSESION DEL DEMANDADO (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1997.)

El titular registral reúne la condición de tercero hipotecario protegido por la fe pública registral (art 34 LH), pues adquirió el inmueble de buena fe y a título oneroso de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo e inscribió su referida adquisición en el Registro de la Propiedad.

Declarado probado que el demandado no es arrendatario del inmueble litigioso, sino que ha venido ocupando el mismo en concepto de mero precarista, sin ningún otro título que le legitime o habilite para ello, debe prosperar la acción reivindicatoria

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRAS NECESARIAS NO MODIFICATIVAS EN ELEMENTOS COMUNES. ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU CONVALIDACION. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1997.)

Hechos.—Obras de reparación de la fachada de un edificio para evitar desprendimientos de plaquetas de revestimiento, sin suponer alteración esencial en la estructura o fábrica del edificio ni menoscabo de su seguridad

Doctrina de la sentencia.—En estos casos basta que el acuerdo se hubiera tomado conforme a las previsiones del artículo 16, norma 2.ª, en relación al

13 3.º LPH, pues dichas obrars se han de calificar de necesarias no modificativas y extraordinarias, y por ello no incardinables en el artículo 11 LPH, que sí precisa acuerdo unánime.

Se declara la legalidad del acuerdo adoptado por haber devenido firme y no proceder la nulidad radical del mismo, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, que se refiere necesariamente a normas imperativas o prohibitivas, pues conforme a reiterada jurisprudencia, se trata de acuerdo sometido a la normativa del artículo 16 LPH.

SERVIDUMBRE NATURAL DE AGUAS. PRESUPUESTOS (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1997)

Doctrina de la sentencia —La llamada servidumbre natural de aguas está definida y regulada en nuestro Derecho en el artículo 552 del Código Civil, en el artículo 45 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y en el artículo 16 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, de Dominio Público Hidráulico, debiéndose decir que estos dos últimos preceptos se limitan a copiar literalmente lo que dice el del Código Civil. Pues bien, con arreglo a dicha normativa, los presupuestos para que surja dicha servidumbre de aguas son los siguientes.

- a) las fincas afectadas deben estar situadas en línea descendente las unas de las otras,
- b) a tenor de lo que dice la STS de 12 de enero de 1906, las fincas en cuestión han de ser de naturaleza rústica, nunca urbana,
- c) el discurrir de las aguas debe estar constituido por un curso natural de las mismas, sin intervención, en poco o en mucho, de la mano del hombre.

En el caso analizado, faltan los dos últimos presupuestos. Las fincas en cuestión tienen naturaleza urbana, las parcelas son parte de una urbanización y están consideradas en un Plan Parcial de Urbanismo. Las aguas vierten en la parcela inferior gracias a unas determinadas obras de instalación de pequeños tubos que atraviesan la acera de la calle o vía urbana. Por lo tanto, al faltar los dos mencionados requisitos, no se puede hablar de servidumbre natural de aguas que produzca como consecuencias lógicas unas limitaciones de dominio, que supondrían de inmediato el establecimiento de una serie de deberes para la finca sirviente, por lo que se puede afirmar que el dueño del predio inferior no debe ser afectado por la posición geográfica de su parcela, respecto a la colindante.

COMENTARIO

El artículo 45.1 de la vigente Ley de Aguas, transcripción literal del artículo 552 del Código Civil, recoge esta limitación al dominio de los predios con fórmula general y omnicomprendiva, frente al mayor casuismo de la Ley anterior, de 13 de junio de 1879, que la denominaba «servidumbre natural de aguas». El Código francés, el italiano de 1865, y el venezolano hablan de «servidumbre nacida de la situación de los lugares o de los predios», y el portugués de 1867 la consideraba «servidumbre constituida por la naturaleza de las cosas». La presente sentencia señala los presupuestos para su existencia.

TERCERIA DE DOMINIO OBJETO (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1997.)

En los juicios de tercera de dominio es plenamente admisible la reconvencción que se enderece a obtener la declaración de nulidad del título esgrimido por el tercerista. Distinto es el caso de que la postulada declaración de nulidad no pueda prosperar respecto de aquella persona que, habiendo intervenido en el título, no haya sido parte en el proceso de tercera y acerca de la cual y en lo que a ella pueda afectarle, no pueda hacerse dicha declaración de nulidad.

PROPIEDAD HORIZONTAL. URBANIZACION. CONTRIBUCION A LOS GASTOS COMUNES. OBLIGACION «PROPTER REM» (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1997.)

Se califica la situación litigiosa como comunidad ajena a la LPH, formada por varios edificios, con el sistema que se conoce doctrinal y usualmente con el nombre de propiedad horizontal acostada y que fue contemplada expresamente en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia de diciembre de 1991.

Entre los múltiples problemas que plantea la propiedad horizontal se halla el de la contribución a los gastos que contempla el artículo 9.5.^a y sanciona el artículo 20 LPH, como *obligatio propter rem*. Sin embargo, hay que distinguir los gastos generales que dan lugar a la obligación de contribuir a los mismos, según las cuotas de participación, y los gastos particulares, que se satisfarán de acuerdo con lo previsto en los estatutos de la comunidad o, en su defecto, según lo pactado.

Por otra parte, tampoco puede confundirse el concepto de gastos acordados o aprobados por la Junta de Propietarios, según prevé el artículo 13.2.^o LPH, con la distribución del importe de los mismos, entre todos los copropietarios si es gasto general, o de forma distinta (según estatutos o acuerdo de la Junta) si no lo es. El plan de gastos necesita aprobación mayoritaria y la distribución de los mismos se debe realizar conforme a lo estatuido.

En concreto, no pueden ser considerados y distribuidos como gastos generales los siguientes:

a) los gastos por equipo de traductores y sobreprecio de alquiler de sala de juntas dotada de equipo de traducción simultánea, que deben ser imputados únicamente a aquellos propietarios que requieran tales servicios;

b) las comunicaciones al extranjero de asuntos relativos a las comunidades, tanto más por la vigente redacción del artículo 15 LPH dada por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, que impone la designación de domicilio en España, o, en su defecto, la entrega de las citaciones en el piso o local que forma parte de la comunidad, a efectos de convocatoria para la celebración de la Junta.

PRENDA: CONCEPTO. CONSTITUCION. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1997.)

El derecho de prenda es un derecho real de garantía que para asegurar el cumplimiento de una obligación otorga a su titular el poder sobre una cosa mueble que le permite poseerla y, si se incumple aquél, realizarla. Se constitu-

ye, además de otros medios, por contrato. Siendo todo derecho real oponible *erga omnes*, sin embargo, el artículo 1.865 del Código Civil dispone que la prenda sólo lo será desde que conste por instrumento público la certeza de la fecha.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE,
ISABEL MORATILLA GALÁN
y M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

CONGRUENCIA. EXIGE NO ALTERAR LAS PRESTACIONES SUSTANCIALES DE LAS PARTES. DAÑOS Y PERJUICIOS: REQUIEREN QUE ESTE ACREDITADA SU EXISTENCIA (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La congruencia exige únicamente no alterar las peticiones sustanciales formuladas por las partes, nunca la literal sumisión del fallo a aquéllas, y así el principio *iura novit curia* autoriza al Juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta del principio *da mihi factum, ego dabo tibi ius*, y no adolece de incongruencia el fallo que atiende a lo pedido en la demanda y reconvención. Supone pronunciarse en términos de congruencia al decidir sobre lo alegado, aplicando los pertinentes preceptos legales, aunque no se hubieran invocado.

No existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación comprende tanto la esfera contractual como la extracontractual. La indemnización de daños y perjuicios que el artículo 1.101 del Código Civil establece, requiere para su aplicación la base fáctica de la realidad de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende, siendo indispensable para que tal obligación de indemnizar exista y sea exigible que esté acreditada la real existencia de aquéllos y que los mismos fueran originados por el acto ejecutado u omitido, aunque la determinación de su cuantía quede diferida al trámite de ejecución de la sentencia.

DONACION ENCUBIERTA BAJO COMPRAVENTA. HAN DE CONCURRIR LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 633 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando en bastantes ocasiones, como bien señala la Sentencia de 28 de mayo de 1996, la jurisprudencia ha admitido una donación bajo la forma de compraventa, ello ha sido generalmente en supuestos de donaciones remuneratorias, pero no en las puras y simples, para las cuales es rigurosa la doctrina jurisprudencial que para su existencia han de concurrir los requisitos del artículo 633 del Código Civil. Semejantes requisi-

tos, relacionándoles a su vez con los que se infieren del artículo 618, se refieren sustancialmente a la causa de la liberalidad, al *animus donandi* y a la aceptación del donatario

EL ARTICULO 1.322 DEL CODIGO CIVIL NO ES APLICABLE AL MATRIMONIO EN REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El primero de los capítulos del título III del libro IV del Código Civil, dedicado al régimen económico matrimonial, con la expresión «disposiciones generales» agrupa un conjunto de normas inconexas que se ha dado en llamar, por alguna parte de la doctrina, «régimen matrimonial primario», pero no hay duda que no todas las normas se aplican a todo matrimonio. El artículo 1.322 es un claro supuesto. este artículo es aplicable exclusivamente al régimen de gananciales y además es reiterativo de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.375 y reitera, para los actos de disposición a título oneroso, lo que dispone el artículo 1.377 y para los actos de disposición a título gratuito, lo que dispone el artículo 1.378. No es aplicable al matrimonio en régimen de separación de bienes, en el que la ley no requiere nunca que, para un acto de administración o disposición de bienes, uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro

RUINA DEL EDIFICIO. RESPONSABILIDAD DE ARQUITECTOS Y CONSTRUCTORES. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Las responsabilidades derivadas del artículo 1.591 del Código Civil pueden atribuirse a arquitectos y a constructores, según el origen de las mismas, delimitado por el propio texto (vicios de dirección, del suelo, de construcción o de infracción de condiciones del contrato).

El concepto de arquitectos puede comprender a otros técnicos directores de las obras y el de constructor abarcar incluso al promotor.

Atribuidos a técnicos y promotor hechos subsumibles en el artículo 1.591 y declarada su responsabilidad solidaria por el todo o con atribución de cuotas, puede cualquiera de los condenados recurrir ante esta Sala de casación por los motivos establecidos en el artículo 1.692, y con los requisitos legales.

Lo que no puede un condenado es pedir en casación que se condene por el todo a otro codemandado, pues está fuera de sus facultades procesales, pudiendo sólo tratar de demostrar que su propia condena ha sido producida con infracción de ley sustantiva o procesal

INCONGRUENCIA: LA SALA PUEDE APLICAR UN PRECEPTO NO CITADO EN LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—El hecho de que la Sala de apelación aplique un precepto no citado entre los fundamentos jurídicos de la demanda, tampoco puede, por sí solo, determinar incongruencia alguna, toda vez que los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius* facultan al juzgador para tener en cuenta el precepto jurídico que considere correctamente aplicable al

caso debatido, siempre que, como es obvio, dicha aplicación no entrañe una alteración de la *causa petendi*

FIANZA: DEBE INTERPRETARSE EN BENEFICIO DEL FIADOR. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Reiteradísimamente ha declarado esta Sala que los artículos 1.089 y 1.091 en relación con el 1.255 del Código Civil, precisamente por su genericidad y amplitud, no pueden ser motivo específico de un recurso de casación

Es obvio que la entidad recurrente trata de cobijar con ellos una impugnación de la interpretación de la póliza litigiosa que efectúa la sentencia recurrida, lo cual no es tema de dichos artículos.

La fianza debe interpretarse siempre en beneficio del fiador, y por ello ha de interpretarse en sentido restrictivo en los casos dudosos (Sentencia de 1-6-1964).

ACCION PAULIANA: REQUISITOS (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Es reiterada jurisprudencia de esta Sala la de que el ejercicio eficaz de la acción pauliana o rescisoria, regulada en los artículos 1.111 y 1.291 y siguientes del Código Civil, en lo relativo a las enajenaciones en fraude de acreedores exige la concurrencia de las siguientes circunstancias la existencia de un crédito por parte del accionante contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta del patrimonio del que la enajena (a lo que ha de equipararse la constitución de un derecho real que merma la garantía patrimonial del deudor); el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa; y la ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de ésta para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor.

Procede desestimar el cuarto motivo en que se alega infracción de la jurisprudencia según la cual la acción revocatoria sólo puede ejercerse en defensa de un crédito anterior al acto de disposición impugnado. Respecto al requisito de la preexistencia del crédito, si bien la doctrina jurisprudencial exige que el crédito en que se funda la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, ello ha de entenderse en términos generales, siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente, especialmente en aquellos supuestos en que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura exigencia posterior del crédito.

El artículo 1.297 del Código Civil presume celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

La hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercute por su necesaria accesoriedad. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad jurídica de los préstamos, es jurídicamente su causa y la que estructura en consecuencia toda normativa sobre la hipoteca, por lo que puede decirse que, si se cumple, el negocio de constitución de la misma tiene causa y está protegido por la ley. El

contrato de creación del préstamo hipotecario es oneroso, no gratuito. Así lo demuestra el hecho de que el prestatario debe pagar intereses del capital prestado con otras compensaciones económicas (comisiones, etc.), constituyendo operación habitual de una entidad financiera que obtiene beneficios económicos mediante el ejercicio de esa actividad empresarial. En consecuencia, la constitución de hipoteca sobre bienes propios del deudor no tiene su causa en la mera liberalidad del bienhechor, por lo que no cabe aplicar en este caso la presunción de fraude del artículo 1.297, párrafo primero del Código Civil.

LA CLAUSULA PENAL MORATORIA NO PUEDE SER MODERADA POR EL JUEZ. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—En las obligaciones con cláusula penal, como norma general, la pena estipulada sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento de la obligación, si otra cosa no se hubiera pactado (art. 1.152 del Código Civil), o sea, que la aplicación de la pena procede cuando el deudor incumple totalmente la obligación. En función de ello, viene establecido el artículo 1.154 del mismo Cuerpo legal, con arreglo al cual el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, o sea, que dicha facultad moderadora ha de actuar cuando, prevenida la pena para el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento es parcial o irregular. Pero junto a dicha cláusula penal, cuya aplicación presupone el incumplimiento (total o parcial) de la obligación, se halla la llamada cláusula penal moratoria, la cual está estipulada exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación. A dicha cláusula moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo y exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1.15 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación, pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial e irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1.154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total.

EL PLAZO DE CUATRO AÑOS PARA PEDIR LA RESCISION POR FRAUDE DE ACREEDORES EMPIEZA A CONTAR DESDE QUE LA VICTIMA COMPRUEBA LA FALTA DE BIENES PARA SATISFACER SU CREDITO. (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El plazo de cuatro años que establece el artículo 1.299 del Código Civil para pedir la rescisión de cualquier acto jurídico es un plazo de caducidad, por la simple razón de que la acción de rescisión que

puede ejercitarse durante dicho plazo, trata de modificar la situación creada por un contrato torticero que puede producir efectos lesivos a terceros.

Ahora bien, dicho precepto no establece la forma de empezar a computar dicho período de caducidad, cuando la base de la acción rescisoria es un fraude de acreedores.

Una parte de la actual doctrina civilista con base al artículo 37 de la Ley Hipotecaria establece como punto de partida para el referido plazo de cuatro años, el instante mismo en que se produjo la enajenación fraudulenta. Pero puede ocurrir, de seguirse dicha teoría, que el plazo para ejercitar tal acción de caducidad haya transcurrido en su totalidad cuando el actor-acreedor esté en condiciones o con posibilidad de acreditar la insolvencia del demandado-deudor, y por lo tanto de constatar la insolvencia de dicho deudor y los efectos dañinos que dicha situación le ocasiona.

Por ello sin duda, la actual jurisprudencia de esta Sala y con base a lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código Civil, trata y consigue soslayar la antedicha injusta situación de otra manera, y así la Sentencia de 29 de octubre de 1990, establece que el inicio del cómputo de la acción rescisoria será a partir de la comprobación de falta de bienes con que satisfacer el crédito. Pero la que da la pauta emblemática es la Sentencia de 16 de febrero de 1993, que rechaza la fecha de la transmisión de los bienes como punto de partida para el cómputo de plazo, y argumenta que ha de acogerse el criterio que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil, por lo que estima que debe tomarse como día inicial aquel en que se pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y fraudulento que le produce el daño patrimonial.

La rescisión por fraude de acreedores, que es la figura que determina el número 3 del artículo 1.291 del Código Civil, necesita para su plena vigencia y para que pueda ser objeto de una determinada pretensión judicial, que recaiga sobre actos o negocios rescindibles, además que exista una intención fraudulenta —*consilium fraudis*— por parte del deudor y, por último, que de todo ello surja un concreto perjuicio.

NO ES NECESARIO QUE LOS VICIOS OCULTOS DE LA COSA VENDIDA PRODUZCAN «INHABILIDAD TOTAL». (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia —Se estará en la hipótesis de entrega de una cosa por otra, *aliud pro alio*, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y concurrido absoluta insatisfacción a la parte compradora, permitiendo ello al perjudicado acudir a la protección que dispensan los artículos 1.101, 1.106 y 1.124 del Código Civil, como así viene manteniéndose en reiterada jurisprudencia de la Sala, pero las aludidas «inhabilidad absoluta» e «insatisfacción total» no tiene por qué concurrir necesariamente en los supuestos de «defectos ocultos» que posibilitan la acción específica que conceden los artículos 1.484, 1.485 y 1.486 del mismo texto legal.

LA JURISPRUDENCIA HA ATENUADO LA APLICACION DEL PRINCIPIO «ILLIQUIDIS NON FIT MORA». (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—El brocardo *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos muy variados en su tipología, pero referentes sustancialmente a aquéllos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial.

RESPONSABILIDAD DE BIENES GANANCIALES. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El régimen económico-matrimonial que regía el matrimonio de los demandados era el de gananciales. Este régimen fue modificado y sustituido por el de separación de bienes, las capitulaciones matrimoniales no se inscribieron en registro público alguno. Podrían aplicarse al caso los artículos 1.317 y 1.333 del Código Civil. Estos artículos se refieren a la responsabilidad de bienes gananciales, es la protección al tercero respecto a la modificación del régimen económico-matrimonial, que no puede verse perjudicado por razón de ser ilusoria la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil al resultar que no responde con su patrimonio ganancial por la sustitución de este régimen por el de separación de bienes. Pero este no es el caso de autos, no se ha reclamado en la demanda la responsabilidad del patrimonio ganancial, sino que se ha interesado que se condene a ambos esposos a pagar el precio de unas compraventas en las que la demandada no fue parte compradora.

El artículo 1.365 del Código Civil dispone que en la responsabilidad de los bienes gananciales, si el marido o la mujer fueren comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio; es decir, se ocupa de los bienes que quedan obligados frente al acreedor por los actos realizados por el cónyuge comerciante; no se plantea que quede obligado el cónyuge como deudor, sino la responsabilidad de los bienes gananciales. Responden los bienes propios del cónyuge comerciante y los adquiridos a resultas del comercio y también los comunes si media el consentimiento del cónyuge que se presume e incluso los propios del otro cónyuge, si éste consiente expresamente. Es, pues, un tema de responsabilidad de bienes, no de la obligación de la que sea deudor el cónyuge del comerciante que no contrajo obligación alguna.

CONTRATO DE OPCION CONCEPTO Y REQUISITOS PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO QUE LA ACEPTACION SEA COMUNICADA AL OPTATARIO DENTRO DEL PLAZO (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia—El contrato de opción que se puede clasificar como enclavado dentro de los conocidos con el nombre de contratos atípicos, es una creación genuinamente atribuible a la doctrina y a la jurisprudencia de esta Sala, y que con arreglo a ello puede definirse como aquél que atribuye al beneficiario un derecho que le permite decidir, dentro de un período de tiempo concreto, en punto a la conclusión de un determinado contrato.

Por lo tanto, y como consecuencia lógica de la atipicidad de dicho contrato, en el mismo será imprescindible tener en cuenta para determinar su contenido el principio de la libre autonomía de la voluntad, cuya emblemática normativa está constituida por los artículos 1.255 y 1.261, ambos del Código Civil. Sin embargo, como principio, se puede decir que los requisitos esenciales para la existencia del contrato de opción, están constituidos principalmente por la aceptación del optante y por la determinación del plazo durante el cual puede ejercitarse la opción.

Para que la compraventa quede perfeccionada es necesario que llegue a conocimiento del optatario la declaración de voluntad por la que el optante hace uso de la opción, dentro de un plazo, dado el carácter recepticio que tiene dicha declaración de voluntad.

CONTRATO DE OPCION CONCEPTO, NATURALEZA Y REQUISITOS. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El contrato de opción de compra que ha sido también denominado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala como derecho de opción, se puede estimar como un contrato atípico en el sentido de que no tiene cobertura legal en el Código Civil, aunque bien es cierto que su aspecto registral está reconocido en el Reglamento Hipotecario, concretamente en su artículo 14.

Partiendo de esa idea, se puede definir dicho contrato de opción, como aquella compraventa conclusa que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases convenidas contenidas en el acuerdo, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actuaciones.

Los requisitos del contrato de opción han sido también configurados por la jurisprudencia, la cual establece tres específicos:

- a) La aceptación expresa del optante.
- b) La determinación del plazo durante el cual se puede ejercitar el derecho de opción.
- c) La determinación exacta del precio y del objeto, así como el de perfección.

Este contrato de opción puede ir incorporado a uno de arrendamiento de bienes inmuebles, lo cual parte de la doctrina lo califica como contrato atípico complejo. En tal caso, dicho derecho de opción supone una especie de plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en la facultad de adquirir la propiedad del bien arrendado, por lo que la onerosidad del contrato de arrendamiento también embebe la onerosidad del contrato de opción en él recogido.

PAGO EFECTUADO POR UN TERCERO. SISTEMA DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—El Código Civil ha establecido el siguiente sistema respecto a las secuelas derivadas del pago de un tercero: 1.º 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. 1.209 y 1.159), 2.º subrogación legal: cuando paga un tercero y así lo ordena algún precepto (art. 1.209), 3.º 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.º subrogación legal: cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (arts. 1.210.2 y 1.159); 5.º reembolso por lo pagado: cuando lo hace un tercero no interesado y el deudor lo ignora (art. 1.158); y 6.º repetición por la utilidad producida: cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (art. 1.158).

PRESTAMO: CUANDO ES REAL, EL CONTRATO ES UNILATERAL, Y SOLO PRODUCE OBLIGACIONES PARA EL PRESTATARIO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—En nuestro Derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos, y en el de autos tiene este carácter, puesto que se perfeccionó con la entrega del dinero. Surgido el contrato con la entrega, éste no produce obligaciones más que para el prestatario y en consecuencia es contrato unilateral, y por ello mal puede aplicarse el artículo 1 124 del Código Civil, que tiene como ámbito el de las obligaciones recíprocas.

Que no sea aplicable al préstamo el artículo 1 124 del Código Civil, no significa que no pueda anticiparse el vencimiento del préstamo por incumplimiento del pacto o de pagar los intereses.

En el presente caso, el incumplimiento es evidente, puesto que el prestatario revoca el poder que concedió al prestamista con la facultad de constituir a su favor una hipoteca que garantizara el pago del principal e intereses. Se está, en consecuencia, en el supuesto del artículo 1.129, que produce el anticipo del vencimiento y la pérdida por el deudor del derecho a utilizar el plazo, entre otros casos, cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.

«LEVANTAMIENTO DEL VELO»: INTERPRETACION RESTRICTIVA. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—La aplicación de la llamada doctrina del «levantamiento del velo», de la que ha de hacerse un uso restrictivo, solamente está justificada en aquellos supuestos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica

NO CABE ALEGAR LA INCOMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA ABOGACIA EN RELACION CON EL EJERCICIO DE UN SEGUNDO EMPLEO PUBLICO PARA NEGAR EL PAGO DE LOS HONORARIOS POR LOS SERVICIOS PRESTADOS. (STS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1997)

En primera instancia se declara que los honorarios del abogado constituyen la retribución de los servicios profesionales prestados por éste al Banco actor en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios entre ellos concertado, sin que tal declaración resulte desvirtuada en este recurso, la alegada incompatibilidad nacería, no del desempeño del abogado de un segundo empleo público, sino del ejercicio de una actividad privada, el ejercicio profesional de la Abogacía a que se refiere el Capítulo IV de la Ley 53/1984. De acuerdo con el artículo 14.1.º de esta Ley, tal ejercicio requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad, reconocimiento que deberá ser otorgado por la autoridad administrativa que se establece en el párrafo 2º de este artículo 14.

Conocido por el Banco que el abogado ejercía privadamente su profesión de abogado compatibilizando con su trabajo como empleado del Banco sin que, en ningún momento durante el período que duraron sus relaciones, exigiere a éste la obtención de la correspondiente autorización, es contrario a la buena fe que debe presidir el desarrollo de las relaciones contractuales el alegar esa incompatibilidad para negar el pago de los servicios prestados, sobre todo si se tiene en cuenta que ese ejercicio profesional por el demandado al mismo tiempo que prestaba sus servicios al Banco actor no impediría o menoscabaría el estricto cumplimiento de sus deberes ni comprometía su imparcialidad o independencia, únicas razones, según la introducción de la Ley 53/1984, que justificarían la denegación de autorización para compatibilizar el ejercicio de esa actividad privada con sus tareas como empleado del Banco.

CABE EXIGIR EL RECARGO DEL 20 POR 100 A LA ASEGURADORA SOBRE LA INDEMNIZACION CORRESPONDIENTE A PARTIR DE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA, CUANDO LA SEGUNDA INSTANCIA HA DECLARADO Y FIJADO LA CANTIDAD A INDEMNIZAR. (STS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El interés del 20 por 100 deberá ser pagado a partir de la fecha de dicha resolución, esto es, de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial cuando sea definitiva, lo cual tendrá lugar sólo a partir de que se dicte la sentencia del TC, que es sólo cuando la anterior recurrida deviene firme.

La aplicación del 20 por 100 de recargo será a partir de la presente sentencia, como ya dice este Tribunal, o sea, cuando es justamente el Tribunal *ad quem* el que determina con su decisión no sólo la procedencia de ese recargo del 20 por 100, así como la fecha a partir del cual deberá iniciarse ese recargo, lo cual no puede entenderse, sino cuando la sentencia que así lo declare sea firme al haberse dictado por parte del TS.

NO CABE LA APLICACION DEL PRINCIPIO OBJETIVO «VICTUS VICTORI» CUANDO SE HACE UNA ESTIMACION PARCIAL DE LA DEMANDA SIENDO IMPROCEDENTE LA IMPOSICION DE COSTAS (STS DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El principio objetivo (*victus victori*), que tiene su aplicación cuando son desestimados todos los pedimentos de la demanda y no se aprecian circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (523-1.º LEC), experimenta una quiebra cuando se hace una estimación parcial de la misma, pues para ese supuesto el párrafo 2.º de dicho precepto prescribe que «si la estimación o desestimación fueren parciales cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad». Como en el presente caso litigioso que se somete a esta revisión casacional, hubo una estimación parcial de la demanda y las sentencias (ni la de primera instancia, ni la de apelación) no razonan absolutamente nada acerca de la apreciación de temeridad en la conducta procesal del demandante, es evidente que no procedía imponerle las costas de primera instancia, por lo que el motivo ha de ser estimado en lo referente a esa indebida condena que se ha hecho al actor al pago de dichas costas.

Por lo que atañe a las costas del recurso de apelación, el sentido de la resolución de este motivo ha de ser claramente desestimatorio, ya que al haber sido totalmente desestimado dicho recurso de apelación que interpuso el demandante y, por tanto, la sentencia que resolvió el mismo fue totalmente confirmatorio de la de primera instancia, las costas del repetido recurso de apelación han de imponerse expresamente al apelante (art. 750 LEC), al no haber la Sala de apelación estimado motivadamente que concurrieran circunstancias excepcionales que justificaran otro pronunciamiento.

NO CABE REALIZAR EN CASACION UNA NUEVA VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL PRACTICADA (STS DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997)

No cabe alegar la existencia de responsabilidad médica en este trámite de casación tras haber realizado el recurrente una nueva valoración de la prueba practicada, especialmente la pericial que es ajena al recurso de casación y que no permite apreciar un incumplimiento contractual del que se deriva la estimación de culpa en el sujeto incumplidor. Por lo cual no cabe considerar la infracción del artículo 1.101 del Código Civil. Por otra parte, el artículo 1.214 del Código Civil que ha dado lugar a la doctrina de la carga de la prueba, mal enunciada legalmente, profusamente desarrollada en la doctrina y reiteradamente expuesta en la jurisprudencia, se aplica en cuanto hay hechos que no han sido probados y se imputa su falta de prueba a una u otra de las partes litigantes, lo que se resume en la frase «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba». Pero éste no es el caso de autos, en que la sentencia de instancia no plantea en ningún momento la falta de prueba sino todo lo contrario, afirma rotundamente unos hechos como probados y de éstos no cabe deducir responsabilidad médica alguna.

SE CONSIDERA CUANTIA LITIGIOSA INDETERMINADA LOS LITIGIOS DIRIGIDOS A OBTENER LA REPARACION «IN NATURA» DE DESPERFECTOS EN LA EDIFICACION (STS DE 15 DE DICIEMBRE DE 1997)

La cuantía litigiosa es inestimable o indeterminada, pues la demanda se dirige a obtener la reparación *in natura* de los defectos aparecidos en la

edificación actora debido a vicios de la construcción o de la dirección. Según las reglas del artículo 1.687.1.º b) LEC es aplicable la causa de inadmisibilidad del recurso al concurrir el requisito de conformidad entre las sentencias de primero y segundo grado Causa de inadmisión que se convierte en causa de desestimación del recurso

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA AL NO CENTRAR EL FALLO EN EL OBJETO DEL DEBATE (STS DE 16 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Es incongruente el fallo de la sentencia de segunda instancia con las peticiones deducidas en la demanda, pues frente a la sentencia de primera instancia que sí centró el debate y falló estimando en parte la demanda, condenando a los demandados hoy recurrentes al pago de cierta cantidad, la Audiencia, en grado de apelación, revocó aquella sentencia en el sentido de condenar al pago del precio que la vivienda de cada uno de los demandados tuviera de acuerdo con la calificación definitiva de viviendas de protección oficial practicada por la Diputación General de Aragón. El TS entiende que es de una evidencia cegadora que la sociedad actora no pidió en su demanda el precio de una compraventa insatisfecho por los demandados, sino lo que creía que tenía derecho a cobrar como gestora y mandataria de los demandados para los fines que ya han expuesto, sin que éstos en su contestación a la demanda formularsen reconvencción alguna, limitándose en su suplico a solicitar que se acogiesen las excepciones dilatorias expuestas y, si se entraba en el fondo del asunto se desestimase la demanda. Por tanto, la Audiencia ha fallado sobre una controversia distinta de la que nace de la demanda y contestación con sus correspondientes suplicos.

EN LA COFIANZA EXISTE UNA OBLIGACION DE LOS DEMAS COFIADORES DE RESPONDER AL COFIADOR QUE LA SATISFACE AUN CUANDO SE EJERCITA HIPOTECARIAMENTE POR LA VIA DE LA ACCION REAL HIPOTECARIA, AL COEXISTIR LA FIANZA PERSONAL CON LA REAL HIPOTECARIA. (STS DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El artículo 1 844 del Código Civil contiene una notoria especialidad, consistente en la posibilidad de que un cofiador puede dirigirse contra los otros cootorgantes, sin necesidad de demandar al deudor principal, ya que el pago de la deuda avalada entraña un interés común que beneficia a todos los obligados, lo que resultan así liberados de la carga deuditoria asumida.

En el caso de autos la fianza personal que prestaron los siete avalistas coexistió, como especifica, con la real hipotecaria a cargo del demandante, la que fue ejercitada judicialmente. No se excluyen ni ésta se sobrepone a aquélla, pues no se constituyeron en forma subsidiaria ni subordinada. Al contrario, se estableció que los fiadores garantizaban el préstamo de forma solidaria e ilimitada, en los mismos términos que el deudor principal. Habiéndose efectuado el pago efectivo de la totalidad de deuda mediante la adjudicación de la finca hipotecada, de cuya titularidad consecuentemente se desposeyó al recurrido, a quien le asiste el derecho de reintegro que postula, pero no extingue las obligaciones contraídas por los otros cofiadores cuando se ha producido el efectivo pago, como aquí acontece

La cofianza prestada en el contrato configura una obligación de garantía pluripersonal que descansa en intereses coincidentes, de lo que surge el deber de atender la deuda y la consiguiente obligación de los demás de responder frente al cofiador que la satisface, incluyéndose cuando se ejercita hipotecariamente, pues en otro caso se quebrantaría la cofianza solidaria que se estableció en el contrato de préstamo, sobre todo cuando el pago llevado a cabo ni ha sido malicioso, imprudente o prematuro y tampoco obedece a maniobras torcidas, buscando propio beneficio y perjudicando a los demás garantes.

El cofiador que paga la obligación principal en su totalidad, y con mayor razón cuando media reclamación judicial del acreedor, aún por la vía del ejercicio de acción real hipotecaria, está legitimado para reclamar la cuota que corresponde a los restantes avalistas en virtud de la solidaridad asumida, conforme al artículo 1.145 en relación al 1.822 2.º, ambos del Código Civil, y que una interpretación adecuada a la realidad social del artículo 1.844 autoriza admitir la acción de repetición a quien pagó justificadamente por verse constreñido a ello, y han de evitarse siempre situaciones de enriquecimiento injusto, que se producirían si quien, afrontando con sus bienes la satisfacción de la deuda, en beneficio de todos los obligados, no pudiera resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente.

LA RESOLUCION EN CASO DE VENTA DE INMUEBLES REQUIERE QUE SE PATENTICE DE FORMA INDUBITADA EL INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR, NO EXIGIENDOSE UNA ACTITUD DOLOSA SINO SIMPLEMENTE QUE SE FRUSTRE EL FIN DEL CONTRATO PARA LA CONTRAPARTE.
(STS DE 5 DE DICIEMBRE DE 1997)

Los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil no se excluyen sino que incluso se complementan, y que la acción resolutoria contractual que establece el último precepto mencionado determina un «plus» —la existencia de un firme requerimiento— en relación a la acción contemplada en el primer artículo.

La facultad resolutoria del artículo 1.504 en el especial supuesto de venta de inmuebles, como la genérica del artículo 1.124, requiere no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el denunciado como incumplidor, sino que es preciso que patentice de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y que éste sea imputable al comprador, ahora bien, dicho incumplimiento no supone ni mucho menos, una actitud dolosa del incumplidor, sino que simplemente es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, y que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, así como que se dé el dato de un impago prolongado, duradero e injustificado, o que quede sin conseguir el fin económico-jurídico que implica el contrato de compraventa.

En resumen, que para el éxito de la especial acción resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil han de concurrir los siguientes requisitos: precio aplazado, impago del precio, voluntad rebelde al cumplimiento, requerimiento judicial o notarial y vendedor cumplidor.

No cabe señalar que falta la voluntad rebelde al cumplimiento contractual, puesto que el requerimiento notarial resolutorio que sirve para cumplir el requisito del requerimiento judicial o notarial quedaba absolutamente invalidado por los anteriores, en los que simplemente se le conminaba al pago de las can-

tidades adeudadas como parte del precio. Tesis ésta inaceptable, pues al tratar de encontrar una dependencia de tracto entre los referidos requerimientos, en el sentido de hacer depender la eficacia resolutoria del último de la indicación de la necesidad de cumplimiento del contrato de compraventa en cuestión, iría contra el voluntarismo esencial que debe predominar en todo el *iter* contractual. Lo que ocurre aquí es que la parte recurrente confunde dichas manifestaciones de voluntad, sólo, se dice sólo, aparentemente contradictorias con la doctrina de la incompatibilidad de ejercicio de la acción de cumplimiento con la acción resolutoria, pero en el presente, la parte recurrida no ha ejercitado en sus requerimientos acción alguna, solamente ha dado a entender su posición, en distintos momentos de la evolución contractual, posiciones —hubo tres requerimientos— perfectamente compatibles y que se deben interpretar en el sentido de estimar las dos primeras, como sendas oportunidades otorgadas a la parte compradora para evitar llegar al contenido del último, verdaderamente traumático para el desarrollo normal del contrato de compraventa de un bien inmueble que ligaba a las partes de la presente litis

I I. M.

DACION EN PAGO (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid en Sentencia de 20-9-1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13^a) en Sentencia de 12-4-1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto del litigio.—Nos encontramos ante una deuda de valor que se ha de apreciar en el momento del pago. El contrato no resultó ser nunca cesión de bienes para pago porque no se cedieron para venderlos, cobrar el crédito y restituir el dinero sobrante. Se asemejó más a la pura dación en pago, en la dación en pago coinciden deuda y precio dado a los objetos transmitidos que efectivamente tiene analogía con la compraventa, pero con caracteres propios por su finalidad extintiva de la obligación. En el caso de autos se está ante una novación objetiva de la obligación de pagar la antigua deuda de dinero y la libertad de pacto, a través de cesión de bienes en cantidad equivalente, con derecho de la cedente a recuperar el sobrante si lo hubiere. De tal manera que la imposibilidad de devolver genera el deber de indemnizar tal y como ha dispuesto la Audiencia y cuyo criterio se ratifica por la Sala

Doctrina de la sentencia.—En realidad, y dada la no viabilidad del recurso de casación, la apoyatura de los motivos que se denuncian, cae por sí misma. Se caracteriza el estudio jurisprudencial que hace la Sala, en tomar cauce en tres sentencias clara y significativamente estudiadas y analizadas y que ahora citamos: STS 11-6-1991, STS 6-11-92, STS 10-11-1992. En las dos primeras se habla de un litisconsorcio pasivo necesario de creación —dice la misma Sala— jurisprudencial, en el que se exige demandar, no ser demandante, a todos los que por tener un vínculo con el derecho material han de quedar necesariamente afectados por la sentencia que se dicte y ello sin haber sido oídos ni darles oportunidad de defensa, pues mantiene que el litisconsorcio necesario

ha de buscarse en la relación jurídico material controvertida en el pleito, debiendo reclamarse la presencia de todos los interesados en ella para impedir en unos casos que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el pleito. Y también se afirma que la excepción de litisconsorcio necesario se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico-material, objeto del pleito, se produce como consecuencia de que la sentencia necesariamente se ha de afectar, lo que exige la presencia de todos los que debieron ser parte

Por lo que respecta a la última, lo que afirma es que el litisconsorcio activo necesario no existe, aunque en ocasiones se denomine así, que para demandar han de concurrir todos los que conjuntamente son titulares del derecho de disposición sobre el objeto litigioso, pero tal supuesto no genera que la sentencia sea absolutoria en la instancia como sucede con el litisconsorcio pasivo necesario sino que tendrá que ser desestimatoria porque al fondo pertenece la llamada *legitimatio ad causam*.

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE BIENES EMBARGADOS QUE FUERON PROPIOS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y MAS TARDE ADJUDICADOS A UNO DE LOS CONYUGES PRESUPUESTOS DE LA MISMA.
(SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid en Sentencia de 28-11-1990 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª) en Sentencia de 7-7-1992 estima el recurso de apelación

Objeto del litigio—Uno de los cónyuges contrae deudas por impago a la Tesorería General de la Seguridad Social durante un período de cuatro años (1984 a 1988), otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales con fecha 1-7-1988 y se lleva a cabo la adjudicación del bien litigioso en el Registro de la Propiedad el 19-10-1988. Y es que en la presente contienda judicial lo único que se discute y supone problema, es hasta qué punto la parte recurrente está vinculada con la deuda del causante del procedimiento de apremio efectuado por la entidad pública recurrida. Toda modificación de régimen económico matrimonial implica que los bienes han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por éste contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución de la sociedad, pueden accionar los acreedores contra los bienes gananciales, incluso que hubieren sido adjudicados al cónyuge deudor y ello por exacta aplicación del artículo 1.401 del Código Civil, que concede a los acreedores poderes especiales sobre el patrimonio ganancial, que trasciende y permanece incluso con posterioridad a la crisis que para la sociedad de gananciales implica unas capitulaciones matrimoniales que supongan la disolución de dicha sociedad. Además de mantener que la responsabilidad de los bienes gananciales no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados a cualquiera de los cónyuges

Doctrina de la sentencia.—Por lo que ahora respecta al caso del que nos ocupamos, resulta ser doctrina consolidada de la Sala el destacar que no se

identifica la acción de tercería de dominio con la acción reivindicatoria, y ello porque la finalidad primordial de la primera no es la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, sustrayéndolo de un procedimiento de apremio. Por eso, hecha esa delimitación sobre la naturaleza jurídica de la tercería de dominio, jurisprudencialmente se ha concretado para el ejercicio con éxito de la misma, la llamada a varios requisitos que son los siguientes:

- en un procedimiento de ejecución o apremio se constituya un embargo sobre un bien cuya titularidad se atribuya al deudor sin ostentarla,
- quien ejercite el dominio exclusivo y excluyente sobre aquél con anterioridad a la constitución de la traba;
- que no esté vinculado de algún modo como sujeto pasivo al pago del crédito para cuya efectividad se realizó el embargo, es decir, que por su enajenación a la deuda reclamada ostente respecto a ella la condición de tercero, y
- que la acción de liberación se ejercite antes de otorgarse escritura o consumarse la venta de los bienes.

Se pretende, en base al objeto litigioso al comienzo mencionado, conseguir el medio de satisfacción de los acreedores en el supuesto de modificación de las capitulaciones matrimoniales mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad y lograr con ello una conjunción perfecta entre lo dispuesto en el artículo 1.317 y su concatenación con los artículos 1.401 y 1.402, todos ellos del Código Civil.

TERCERIA DE DOMINIO PROMOVIDA POR LA ESPOSA RESPECTO A FINCAS GANANCIALES (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sevilla en Sentencia de 23-7-1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª) en Sentencia de 19-4-1993 desestima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Doña Filomena Muñoz Rodríguez promueve tercería de dominio contra la Entidad Banco Español de Crédito, S. A., y don Miguel Higuera Niño, pretendiendo que la sentencia a dictar declare que las fincas embargadas son propiedad de la sociedad de gananciales y que la deuda de su esposo, señor Higuera Niño, era de carácter privativo.

Doctrina de la sentencia.—Sienta de nuevo la Sala el concepto de tercería de dominio, cuya configuración dice viene dada por su objeto, lo que hace que sólo se permita discutir dentro de su ámbito los errores en la atribución de la titularidad del bien embargado sin que quepa discutir cualquier otro tipo de cuestiones. En la instancia resultó acreditado el carácter ganancial de los bienes embargados en el juicio ejecutivo, en cambio, no constó probado que la esposa actora conociera todos los hechos en que se fundó el procedimiento de tercería, la cual plantea el problema del alcance y significación que deba concederse a la diligencia de requerimiento y embargo que en el ejecutivo se llevó a cabo en la persona del marido-ejecutado.

Cuando determinada doctrina jurisprudencial mantiene que en razón a la naturaleza ganancial de los bienes embargados la esposa no puede ser considerada tercero a los efectos del procedimiento de tercería, pues no podemos olvidar que, a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes trabados por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero, como así viene declarado en diversas sentencias. Además sigue sentando la doctrina, que la situación de tercero ha de admitirse que concurre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del ejecutivo en el que se embargan bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado, le fuese notificada ni siquiera la pendencia del procedimiento contra su consorte.

De todo ello resultó que la tercería de dominio promovida por la esposa respecto a las fincas gananciales prosperó al entenderse acreditado que a la esposa no le fue notificado el embargo practicado en la persona del marido.

DENUNCIA UNILATERAL DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 27 de Barcelona en Sentencia de 23-12-1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) en Sentencia de 27-2-1993 desestima los recursos de apelación interpuestos.

No triunfa el recurso de casación

Hechos.—Hispano Olivetti, S. A., por contrato de 30-9-1984 concede a don Luis Gamarra Fuentes, con el afianzamiento de su esposa, la venta en exclusiva de sus productos para una determinada zona (Jaén). Dicha concesión se efectúa **en exclusiva**.

Doctrina de la sentencia—Se parte de la premisa general de que los daños y perjuicios han de ser probados, pues no siempre son consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, pero, declarado éste, por regla general es generante *per se* de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral. Así, la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, pero también mantiene que tal doctrina no es de aplicación tan absoluta que, en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, sea preciso acreditar su realidad, además de la de los hechos que inexcusablemente los han causado, aparte de que su existencia o no es cuestión de hecho de la libre apreciación del Tribunal de instancia, de tal manera que la afirmación de que los daños y perjuicios no son consecuencia forzosa del incumplimiento ha de matizarse en el sentido de que **no siempre** o de que hay casos en los que sí ocurre.

En el presente litigio, la rescisión, no lo fue de la concesión, sino de la exclusiva y sobre la prueba de los daños y perjuicios sólo existió el dictamen

pericial, que no se tomó en cuenta y que devino en vulnerador del precepto imperativo, ilógico, absurdo y contrario de las reglas de la sana crítica, buen criterio y máximas de experiencia. De tal forma que la pretendida infracción a los artículos 1.101 y 1.214 del Código Civil a la que se alude, perece, no conteniendo los mismos normas valorativas de prueba.

EL EJERCICIO DE LA ACCION DE REPETICION O RETORNO AL AMPARO DEL ARTICULO 43 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO. EXCEPCION DE INCOMPETENCIA TERRITORIAL. SU RECHAZO (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lérida en Sentencia de 31-12-1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.ª) en Sentencia de 6-7-1993 no estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Con fecha 6-7-1990, el demandado transporta en un camión frigorífico de su propiedad una partida de pescado congelado desde la provincia de Huelva y para depositarla en las cámaras frigoríficas de una firma en Barcelona. La mercancía, en el momento de la carga, se halla en perfecto estado de conservación, resultando posteriormente afectada de forma grave por metanosis, como consecuencia de la descongelación causada por avería mecánica en el sistema frigorífico del camión, causando una serie de daños, cuya suma asciende a una cantidad satisfecha en virtud de la póliza aseguradora de transporte.

Doctrina de la sentencia.—La Sala aseguradora parte de la consideración de auténtico tercero, y no de asegurado del demandado y, por lo tanto, aplica la citada ya en nuestro título dado, de la acción de regreso o de repetición del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, al sancionar que el asegurado, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar sus derechos y las acciones que por razón del siniestro emprendiera el asegurado frente a la persona responsable del mismo, sin que por lo demás, el hecho de que se hubiere acreditado que el transportista abonase en parte la prima de seguro al contratante, tenga trascendencia para elevarle a la categoría de asegurado, en vez de tercero, por cuanto que, como dice la Sala, esa eventualidad sólo funcionaría como un factor de reajuste económico incluido entre la relación del transportista y el otro contratante o asegurado. Y es que nos encontramos ante un claro supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor en el que ninguna culpa o responsabilidad tiene el transportista y, por consiguiente, al mismo no se le puede exigir responsabilidad alguna, se pretende demostrar que el deterioro de las mercancías fue debido a caso fortuito o fuerza mayor, prevaleciendo junto a esto los argumentos de imputabilidad por falta de diligencia del recurrente, que valen para excluir una supuesta inversión de la carga de la prueba, que no se puede aplicar a la acción de repetición que ejercita la aseguradora.

Paralelamente a esto, el legislador, atendiendo al principio general de disposición en materia de competencia territorial y coherente con la finalidad perseguida de que el proceso, una vez establecido, concluyera por resolución que tratase el fondo de la cuestión litigiosa, suprimido el tratamiento dilatorio de la cuestión de la competencia territorial, a los efectos que una vez iniciado

el procedimiento, éste no pudiera verse afectado en su desarrollo, por circunstancias que bien pudieran haberse resuelto con carácter previo. Desde tal perspectiva, la doctrina del Tribunal Supremo ha considerado como único medio hábil para el planeamiento de cuestiones de competencia territorial acudir a los incidentes de inhibitoria o declinatoria previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de tal manera que la introducción de tal cuestión en la propia contestación a la demanda, en su atención a su inadecuación procesal, ha de reputarse como un supuesto de sumisión tácita.

LA ACCION REIVINDICATORIA. LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. LA DOCTRINA DE QUE NADIE PUEDE IR CONTRA SUS PROPIOS ACTOS. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 37 de los de Madrid en Sentencia de 30-9-1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª) en Sentencia de 23-6-1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos —En fecha 31-3-81, la empresa «Construcciones Bigar, S. A.» contrata con la entidad «Agromán Empresa Constructora, S. A.», la ejecución de la estructura metálica del edificio «Gran Casino de Madrid», en Torreldones, y acuerdan literalmente que en concepto de garantía de pago «Construcciones Bigar, S. A.» entregará un depósito durante los meses de abril, mayo, junio y julio de 1981 y a partes iguales, letras de compradores de pisos terminados, aceptadas por los mismos y endosadas a «Agromán».

Doctrina de la sentencia —En la presente litis, entre lo reconocido como cobrado por el propio demandado y lo admitido como adeudado por él se viabiliza porque la argumentación de la resolución de la Audiencia respecto a las letras de cambio se giraron a la orden de «Agromán, S. A.», que adquirió la propiedad de las mismas según el tenor de las normas del Código de Comercio vigente cuando fueron libradas y, por ende, las negoció como consideró oportuno y el ejercicio de las acciones derivadas del artículo 516 del Código de Comercio contra cualquiera de los obligados al pago en vía directa o en vía de regreso, no obstaculiza la necesidad de considerar la diferencia entre lo admitido por el litigante como recibido mediante dichas cambiales, y la recurrida al recibir un valor económico superior al importe del débito, estará obligado a entregar la diferencia entre uno y otro.

La operación jurídica debatida en nuestro caso no constituye un depósito ni una garantía de pago, y es que la interpretación de los contratos está reservada —mantiene la Sala— a los órganos judiciales de instancia, de manera que no es susceptible de casación, salvo que se demuestre que es ilógica, arbitraria o vulneradora de las normas legales, y la efectuada en la resolución traída a casación no adolece de ninguno de estos defectos, pues, para concluir, las letras objeto de la presente litis no formaban parte de ninguna operación de crédito, sino que su entrega constituía realmente el pago de la obra ejecutada, así como la consideración de que las cambiales fueron giradas a la orden de «Agromán Empresa Constructora, S. A.», de donde deriva que ésta no sólo resultaba tenedora legítima de las mismas, sino que las había

adquirido de manera ajustada a la normativa del Código de Comercio vigente en el momento de su libramiento.

Cuando aludimos en el título que da nombre al comentario de esta sentencia de la aplicación ahora de la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos, deseamos reiterar el carácter de entrega de las cambiales en garantía y no de cesión para pago.

LA OBLIGACION INCUMPLIDA DE ENTREGA DE UN INMUEBLE GENERA COMO DAÑO MINIMO LA PERDIDA DE LA RENTA QUE DEL MISMO PODRIA OBTENER EL ACREEDOR. (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Soria en Sentencia de 6-5-1990 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Soria (Sala de lo Civil) en Sentencia de 2-7-1993 admite en parte el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Hechos.—Se establece y no discute la existencia de un **contrato de permuta** y desarrolla el presente litigio la necesidad de determinar las contraprestaciones de las partes. La única duda viene determinada en fijar la cuestión accidental, concretada en el interrogante de que se obligaron a entregar los demandados además de vivienda, cochera y cuarto trastero.

Doctrina de la sentencia —En la presente litis, la entrega de la vivienda, cochera y trastero estaba ya realizada, únicamente faltaba por otorgar la escritura pública. En este orden de cosas, y como ya se ha dicho en numerosas ocasiones, es doctrina reiterada de la Sala la de que la interpretación de los contratos corresponde a la soberanía de los jueces y Tribunales de instancia, cuyo resultado ha de permanecer incólume en casación mientras no se demuestre que es ilógica o vulneradora de las reglas legales y en la que se juzga ahora, se dice, que lo han sido el principio general del Derecho que prohíbe ir contra los actos propios. Dicho principio porque, en acto de conciliación, el demandado reconoció la obligación que contrajo de entregar una serie de elementos de los que construyó en el solar. En esa alusión a elementos hace residir que se trataba de cuotas de propiedad y no de valor. Pero se tiene en cuenta, sin embargo, que si bien el principio que prohíbe ir contra los actos propios, derivación del de buena fe, ha sido recogido y aceptado en innumerables sentencias de la Sala, y ha exigido ciertos presupuestos para su eficacia, entre ellos y muy principalmente, que se trate de actor o declaraciones de significación concluyente e indubitada, no ambiguo o inconcreto.

La posible infracción al artículo 1.101 del Código Civil desestima la petición de indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del demandado al no haberse probado aquéllos. En contra, argumenta el recurrente que la tardanza en la entrega fueron la causa de aquéllos y que la base está determinada en el valor en la renta de los diferentes elementos se evidencia que los actores probaron en la demanda lo que manifestaron acerca de los daños y perjuicios causados por la falta de entrega de la vivienda, trastero y garaje. Y es obvio que esa falta de entrega implica que, en el peor de los supuestos dejaron de percibir las rentas correspondientes, y siendo el objeto de la entrega viviendas de protección oficial, la renta de la misma está fijada legalmente, y es que ha de tener-

se en cuenta que el incumplimiento de una obligación, cuando no sea dolosa, obliga a indemnizar los daños y perjuicios previstos o que fueran previsibles al constituirse una obligación. La falta de entrega de un inmueble produce de suyo un daño mínimo al acreedor, cual es el representado por su valor de uso, en un daño *in re ipsa*, que obliga a su indemnización

**CONTRATO DE COMPRAVENTA: EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES
CONCEPTO DE INCONGRUENCIA. SUPUESTOS. LA MISMA NO SE DA
EN NUESTRO CASO. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1997.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Málaga en Sentencia de 8-2-1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) en Sentencia de 23-9-1993 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación

Hechos.—La demandante «Kenny Limited» celebra como parte compradora el 30-11-1987, y en documento privado, contrato de compraventa, siendo parte vendedora «Inmobiliaria Fontanilla Azul, S. A.», el pago del precio se pacta en tres plazos. Se efectúan los dos primeros y el tercero a la entrega de las llaves del piso, pero no se hace entrega ni el pago del último plazo citados.

Doctrina de la sentencia.—Se parte en este caso de un contrato de compraventa perfeccionado con el consentimiento de las partes. Lo que sucede realmente en la litis no se puede tachar de incongruencia sino de que no se tiene en cuenta un hecho concreto ni se menciona en la sentencia un medio de prueba determinado y que conduce a lo que se debatió en la Sala.

Como ya hemos aludido, la incongruencia no se da en nuestro caso, pues para decretar si una sentencia es incongruente o no, se ha de atender a si concede más de lo pedido o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes, siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita, exigiéndose para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda, en el de contestación y en la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión que no ampara el principio *iura novit curia*.

**NOVACION MODIFICATIVA EN LA QUE NO EXISTE INTENCIONALIDAD
EXTINTIVA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1997.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Huelva en Sentencia de 16-10-1992 estima esencialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Huelva en Sentencia de 31-5-1993 estima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos —Con fecha 25-2-87, las Compañías Mercantiles «Marpe, S. A.» y «Sociedad Colombina de Promociones Inmobiliarias, S. A.», suscriben con-

trato por el que la primera entrega a la segunda una finca urbana y a cambio de dicha entrega recibe un local de negocio y siete plazas de garaje a construir en el solar resultante del derribo del edificio antes citado. En fecha posterior, deciden ambas ampliar los acuerdos y suscribir un documento en el que proceden a una nueva venta en la que se deciden otros acuerdos.

Doctrina de la sentencia.—Es necesario, y así se mantiene por la Sala, precisar la diferencia entre **la novación propiamente dicha** y **la significación económica de la alteración producida**, pues en nuestro litigio se amplía el objeto, el valor de la operación y el plazo, pero se ratifican los demás compromisos sin propósito extintivo alguno.

ACCION REIVINDICATORIA CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Vitoria en Sentencia de 20-1-1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Vitoria en Sentencia de 30-7-1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra el principio de congruencia de las sentencias, exigiendo que haya una correspondencia o adecuación sustanciales entre el **fallo** de la sentencia respectiva y el *petitum* de la demanda, en relación con la *causa petendi* de la misma, pero no impone en modo alguno que el **fallo** haya de ajustarse rigurosamente a los términos literales en que aparece redactado el *petitum* de la demanda. Las expresadas adecuación o correspondencia sustanciales existen indudablemente en el presente caso, pues habiéndose pedido sustancialmente en la demanda, como consecuencia de la acción reivindicatoria ejercitada, que se declare que los actores son los propietarios de las fincas litigiosas y que se condene a los demandados a restituirles la posesión de las mismas, que indebidamente las ocupan y a indemnizarles de los daños y perjuicios causados por esa indebida ocupación, la sentencia aquí recurrida realiza estrictamente los adecuados pronunciamientos acerca de esos pedimentos sustanciales de la demanda y nada más que acerca de ellos.

LA OBLIGACION DE PAGO. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Málaga en Sentencia de 11-11-1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) en Sentencia de 24-9-1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Doña Esther Barrionuevo Redondo interpone demanda contra la empresa «López Hermanos, S. A.», en donde reclama el pago de las cantidades correspondientes a la renta vitalicia remuneratoria que le fue reconocida en su día por dicha entidad en base a un acuerdo de la Junta General de 24-6-1974, y a la que dicha Junta denomina pensión vitalicia de viudedad.

Doctrina de la sentencia.—Parte ahora la Sala de la licitud del acuerdo concediendo la pensión controvertida a la actora, la califica como una renta vitalicia recompensatoria a título gratuito que es vinculante, por cuanto existe una aceptación tácita. Y se tienen en cuenta los artículos 1.802 y siguientes del Código Civil, en cuanto a la consideración de una renta vitalicia cuyo contenido ha de cumplirse por parte del obligado, lo que doblega el motivo que postula la existencia de una acción de impugnación de un acuerdo de una Junta. Se denuncia la infracción en que incurre la sentencia de varias decisiones del Tribunal Supremo, puesto que la propia recurrida dice «que si el acto procesal efectuado no tiene carácter de requisito legal, previo al ejercicio de la acción, carece de eficacia interruptiva de la caducidad», que en el supuesto de autos se inicia con una reclamación y se persiste en ella, en jurisdicción equivocada, en relación con el seguimiento por la actora en el reconocimiento del orden laboral como el competente. La cuestión que se plantea estriba en si el ejercicio de la acción en un procedimiento inadecuado supone un acto impeditivo de la caducidad que suspenda el plazo de la misma. Y es que la calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico.

Por último decir, que resulta absolutamente inoperante e intrascendente el basar en falta de provisionamiento de fondos la obligación de pago de la citada renta, y ello porque se establece de forma lícita una obligación de pago en atención a los méritos del marido muerto de la actora, la falta de medios o no estar previamente respaldada con la cobertura de recursos para la satisfacción de su importe, es algo que no puede repercutir en demérito o perjuicio del legítimo acreedor a la satisfacción del crédito correspondiente.

RETRACTO. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Granada en Sentencia de 7-1-1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª) en Sentencia de 12-7-1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación se estima parcialmente.

Doctrina de la sentencia.—Se mantiene por la Sala el hecho de que la obligación de consignar se refiere únicamente al precio de la venta y no al de los gastos del contrato y demás pagos legítimos que se pueden abonar con posterioridad cuando sean conocidos. En el presente caso el actor presentó su demanda consignando las cantidades adeudadas por el concepto de la venta y las restantes cuando fueron conocidas, lo que se produjo cuando el demandado las pone de manifiesto en su escrito de contestación a la demanda, sin que se pueda estimar la alegación de que el actor era conocedor de los mismos con anterioridad a la interposición de la demanda. Se deduce, en el devenir de la Sala, que los únicos pagos legítimos que el actor estaba obligado a abonar los efectuó, por lo que cumpliendo los requisitos del artículo 1.518 del Código Civil, procede acceder al retracto, pero no concede plenamente la cantidad a abonar, pues la modifica, rechazando sumas que el actor reclamaba como gastos legítimos, por lo que no cabe entender que sean estimados todos los pedimentos, lo que implica inexistencia de un vencimiento objetivo

pleno debiendo, en consecuencia, abstenerse de la imposición de costas, a no ser que, lo que no sucede en el presente supuesto, se razone su imposición en base a la temeridad procesal de los demandados.

En realidad, la parte actora entró a conocer si dentro de los ya aludidos «gastos legítimos» debían entrar y considerarse incluidos también los de corredor, abogado y préstamo bancario. Respecto a los primeros (los de corredor), no porque los mismos provienen de un contrato de agencia entre el vendedor del inmueble y la persona llamada como mediador, por lo que entre ellos producirá efectos. En lo que respecta a los del abogado, que el demandado considera necesarios por las especiales circunstancias del local, en cuanto a titularidad y embargos, sin negarlos, no se pueden imputar al actor porque no se entiende la razón por que el adquirente del bien deba hacer investigación respecto a la titularidad y cargas que soporta el mismo, pues el vendedor es el único responsable del objeto vendido. Y, por último, en lo que respecta a los del préstamo pedido por la demandada, pues no es cuestión que le afecte los medios tenidos que utilizar para hacerse con liquidez suficiente para adquirir el inmueble.

LOS LIMITES DE LA CUANTIA INDEMNIZATORIA. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Calahorra en Sentencia de 20-11-1992 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Logroño en Sentencia de 15-9-1993 desestima el recurso de apelación. Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La cuestión litigiosa surge como consecuencia de las incidencias que surgen en las relaciones contractuales entre la Compañía «Allianz Industrial, S. A.» y la sociedad «Ardes», Corredor de Seguros, encargada del cobro de recibos a los asegurados, cuando la aseguradora deja de entregar a la sociedad «Ardes» nuevos recibos para su cobro.

Doctrina de la sentencia.—Trata el presente caso, no de controversia sobre la cuantía indemnizatoria a satisfacer por el asegurador, sino que la negativa de ésta a asumir las consecuencias del siniestro se basó en no reconocer la vigencia de la póliza por impago de la prima correspondiente al período en que se produjo el siniestro, atendidas las circunstancias concurrentes al caso queda justificada la negativa de la aseguradora a asumir el siniestro al haber sido necesario acudir a la vía judicial para determinar la corrección y eficacia del pago de la prima por el asegurado en la forma en que se hizo, en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento condenatorio al pago del interés de mora del 20 por 100.

Se analizan también por la Sala dos conceptos: uno, a qué se le llama congruencia, y otro, la función del recurso de apelación. Por lo que a la primera se refiere, la congruencia como tal principio, y así lo ha venido interpretando la Sala a través de una copiosa jurisprudencia que implica una normativa que limita las facultades del Tribunal, se constriñe a resolver según los términos en que se plantea su debate y habida cuenta de las pretensiones de los litigantes deducidas en momento procesal oportuno, siendo preciso discernir si una resolución es o no incongruente, formular un juicio compa-

rativo para deducir si el juzgador se acomodó a las pretensiones que le fueron formuladas por el actor, y tuvo en cuenta también la oposición, mostrándose fiel al contenido del debate, tanto por lo que se refiere a las personas intervinientes como a los términos en que se sostuvo aquél en relación con el objeto del pleito y la acción o acciones ejercitadas.

En cuanto a las facultades del Tribunal de apelación, es doctrina de la Sala la de que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aún concibiendo el recurso de apelación como simple revisión del procedimiento primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración en todos sus términos permite, sin embargo, al Tribunal *ad quem* conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, pues cuando la apelación de formular sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio, dentro de los límites de la obligada congruencia, y es que aún decimos más, en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura con algunas salvedades en la aportación de material probatorio, con facultad para revisar todo lo actuado por el juzgador, tanto en lo que afecta a los hechos, *quaestio facti*, como en lo relativo a las cuestiones jurídicas, *quaestio iuris*, para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales o sustantivas que eran aplicable al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación.

EL PRINCIPIO JURIDICO-PROCESAL DE LA CONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Málaga en Sentencia de 1-10-1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª) en Sentencia de 17-7-1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal tiene declarado, y así lo evidencia en este litigio, que el principio jurídico-procesal de la congruencia, que da título a nuestro comentario, puede verse afectado por la falta de concordancia entre los elementos fácticos en apoyo de sus pretensiones y los acogidos por los Tribunales cuando les sirvan de fundamento esencial para emitir el fallo, no lo es menos que cabe apreciar su realidad y existencia de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, cosa que no puede provocar una incongruencia, no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entiende más ajustada

PARTICULARIDAD DEL EMPLAZAMIENTO (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Zaragoza en Sentencia de 2-9-1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de

Zaragoza (Sección 2.^a) en Sentencia de 2-6-1993 desestima el recurso de apelación interpuesto.

No ha lugar al recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Se considera viable el emplazamiento que se efectúa hacia la parte recurrente, pues el domicilio al que se dirigió era el que constaba en el contrato de arrendamiento por ella suscrito.

LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 1.281 A 1.289 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Fuengirola en Sentencia de 28-1-1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a) en Sentencia de 7-9-1993 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La presente litis deja patente el sentir de la Sala acerca de que las reglas o normas de interpretación contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo 1 del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad de los términos del contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario respecto a la que preconiza la interpretación literal, consecuencia de esta subsidiariedad que existe entre dichos preceptos interpretativos. Además de no ser admisible la cita del artículo 1.281 del Código Civil sin especificar cuál de sus dos párrafos es el que se considera conculcado por la sentencia recurrida, ya que, dado el criterio interpretativo que en cada uno de ellos sienta, es claro que no pueden ser infringidos ambos en el mismo sentido, porque además la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia cuyo resultado ha de ser mantenido en casación salvo que sea ilógico, arbitrario o conculcador de alguna norma de hermenéutica contractual.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. LOS ARTICULOS 1.124 Y 1.504, AMBOS DEL CODIGO CIVIL.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Las Palmas de Gran Canaria en Sentencia de 26-3-1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3.^a) en Sentencia de 8-7-1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Desde el mes de octubre de 1989 hasta al parecer, la actualidad, con excepción de la mensualidad de mayo de 1990, los demandados dejan de pagar el 50 por 100 del precio de la vivienda que adquieren en septiembre de 1986 y sin acreditarse las supuestas dificultades económicas que sufren, lo cierto es que vienen disfrutando de la vivienda desde hace ya casi ocho años.

Por lo que no se puede hablar de un mero retraso en tal cumplimiento sino que su reiterado incumplimiento se ha convertido en norma de actuación de los demandados, y ese impago es debido a una voluntad negativa de los mismos, que viene a frustrar el fin económico-jurídico de la compraventa convenida y de las legítimas aspiraciones de la vendedora.

Doctrina de la sentencia.—A la vista de los hechos acabados de enunciar, se evidencia que no cabe aludir a que los demandados hayan adoptado una voluntad deliberadamente rebelde y en este aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sienta el criterio de que para la viabilidad de la resolución de la compraventa de inmuebles por incumplimiento es absolutamente necesario una actitud **deliberadamente rebelde** y pretende calificar así la conducta de los recurrentes después de haber abonado más de la mitad del precio de la vivienda equivaldría a desvirtuar el fundamento del precepto legal, siendo de señalar otros factores que excluyen la actitud dicha.

Además, y paralelamente a lo antedicho, la Sala viene proclamando que los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla general que, con carácter general, para toda clase de obligaciones recíprocas, contiene el primero, se aplica al segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, y así ha sido doctrina jurisprudencial reiterada que la aplicación de la facultad resolutoria del artículo 1.504 del Código, en el especial supuesto de la venta de inmuebles, como la genérica del artículo 1.124 del mismo cuerpo legal, requiere no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el denunciado como incumplidor, sino que es preciso se patencie de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y que éste sea imputable al comprador, presupuesto material cuya apreciación incumbe a la Sala de instancia. La doctrina más reciente de la Sala viene proclamando que la resolución a tenor del artículo 1.504 no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase **actitud deliberadamente rebelde** al incumplimiento, sino que es suficiente que se fustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó y siendo aconsejable la resolución en los que concurran el impago prolongado, duradero, injustificado o quedar frustrados el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable, asimismo, mantener el pacto, en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. SU EXTINCION (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de San Sebastián en Sentencia de 19-2-1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 1.ª) en Sentencia de 29-9-1993 estima en parte el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia —La sociedad civil irregular, tal y como se conceptúa, se rige por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, conforme dispone el artículo 1.669 del Código Civil, pero esta afirmación se circunscribe exclusivamente al régimen de las relaciones internas sobre los socios durante la vida de la sociedad, **pero no para el supuesto de disolución de la misma, que trata nuestro caso**, cualquiera que sea su causa, la cual no puede regirse estrictamente por lo preceptuado en los artículos 400 y 404 del Código Civil, pues al estar el patrimonio de la sociedad, aunque sea irregular integrado por un heterogéneo activo y un pasivo, para poder conocer cuál sea el haber partible es absolutamente imprescindible llevar a efecto su previa liquidación, que es lo que con acierto resuelve la sentencia recurrida. Así, en nuestra litis, se argumenta en esencia **que queda declarada extinguida la sociedad civil irregular existente** entre los litigantes, habiendo de realizarse su liquidación aplicando las reglas establecidas para la partición de las herencias y al no acordarlo así la Sala *a quo* y practicar en la sentencia de liquidación ha infringido el artículo 1.708 del Código Civil, pues debió remitir a la fase de ejecución de sentencia la liquidación del patrimonio social de acuerdo con las normas, tanto sustantivas como procesales, establecidas para la partición de herencia, liquidación que está referida al momento en que se tiene por extinguida la sociedad y no hacerlo así resulta conculcado.

INCONGRUENCIA OMISIVA. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Granada en Sentencia de 20-11-1991 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª) en Sentencia de 3-5-1993 confirma la de Primera Instancia. Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Se alega infracción por inaplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que da lugar a incongruencia omisiva por no contenerse en el fallo de la resolución recurrida mención alguna acerca de la obligación de otorgar escritura de compraventa de finca de autos, y porque al estimarse la demanda se obliga y se condena a los demandados a abonar en el plazo que se fija la parte del precio adeudada, sin que, por el contrario, se incluya en el fallo la condena a la correspondiente obligación de otorgarse, simultáneamente a la entrega del precio y como se pedía en la demanda y se aceptaba en los fundamentos de la sentencia la escritura pública de venta.

EL CAMBIO DE LUGAR DE OBJETOS ASEGURADOS DETERMINA LA SANCIÓN DEL ARTICULO 47 DE LA LEY DE SEGURO PRIVADO. (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Madrid en Sentencia de 22-6-1992 desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) en Sentencia de 9-6-1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se reclama el importe correspondiente a una indemnización por los daños sufridos en un siniestro ocurrido el 24-9-1986 en unos almacenes de la entidad demandante, causados por un incendio más el 20 por 100 de incremento por demora. La actora alega que a través de una carta remitida a la Compañía de seguros con fecha 10-10-1985, comunica que los objetos asegurados han sido depositados en un solar al aire libre, pretendiendo, dice, se le aumente el riesgo cubierto en su póliza, así como el incremento de la prima

Doctrina de la sentencia.—Es cierta, y así queda demostrado en autos, la existencia de la póliza de seguros y el riesgo cubierto por la misma, y también lo es la comunicación que la actora le hace a la Compañía aseguradora del escrito de ampliación del riesgo al trasladarse los objetos asegurados a un solar al aire libre contiguo a la nave donde anteriormente habían estado depositados (y que tiene lugar por quedar pequeño el sitio anterior) pretendiendo se aumentase la cuantía de la prima, cuando realmente lo que se pretende no es la alteración del riesgo suscrito, sino la ampliación de la cobertura por la adición de una determinada máquina. La Sala, a la vista de los hechos aducidos y de la prueba que se practica, declara la inautenticidad del escrito de ampliación, así como de la procedencia del incremento de la prima aludida, pues no se debía a una nueva cobertura del riesgo, por lo que se aplica por la Sala *a quo* la sanción del artículo 47 de la Ley de Seguro Privado que da título a nuestro comentario, pues la misma prescribe, respecto al Seguro de Incendios, que «la destrucción o deterioro de los objetos asegurados fuera del lugar descrito en la póliza excluía la indemnización del asegurador, a menos que su traslado o cambio hubiera sido comunicado previamente por escrito y éste no hubiese manifestado en el plazo de quince días su disconformidad», disconformidad ésta que sobra constatada a través de las actuaciones penales que se tramitaron

CONTRATO DE SEGURO ES NECESARIA LA FIRMA DE LA PERSONA OBLIGADA O DE OTRA EN SU NOMBRE PARA LA EFICACIA DE UNA OBLIGACION CONTRAIDA POR ESCRITO (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baza en Sentencia de 9-4-1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª) en Sentencia de 21-9-1993 revoca la sentencia apelada

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Acaecimiento de un evento garantizado por un contrato de seguro concertado con la entidad «Lloyd Adriático España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.», relativo a los efectos económicos derivados de la responsabilidad civil por la demolición de una vivienda unifamiliar y del desmonte de unos metros en la parte trasera del edificio

Doctrina de la sentencia.—La Sala tiene declarado que las fotocopias no verdaderas ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria respecto de su contenido y, en esta línea, corresponde aplicar dicha secuela al documento en que la sentencia traída a casación fundamenta su fallo, consintiendo en una fotocopia de esas características, aportado por la demandada

con su escrito de contestación, referido a una solicitud de seguro de todo riesgo para la construcción sin suscribir por la persona obligada a su firma, pues consta en blanco el espacio reservado para la firma del tomador del seguro/el asegurado e impugnado expresamente por la recurrente en el acto de comparecencia dispuesto en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además de que, la aceptación de ese documento como prueba, vulnera la reiterada doctrina jurisprudencial atañente a que **para la eficacia de una obligación contraída por escrito es esencial la firma de la persona obligada o de otra en su nombre**, y esto lo conforman Sentencias como las de 3-5-77 y 2-10-80, y, *a sensu contrario*, en la de 17-2-1992, la cual señala que el reconocimiento de la firma lo es de un hecho pretérito y acredita no sólo la intervención y admisión de lo que el documento refiere, sino que también es la prueba endógena de lo que contiene, porque al integrarse en el documento lo autentifica en cuanto lo finaliza, cierra y ratifica en lo que expresa. Así, las circunstancias relativas a la impugnación del referido documento, su falta de cotejo y la ausencia de firma provocan la aplicación del artículo 1.214 del Código Civil, que opera como principio supletorio para la coyuntura de que las partes no hayan desarrollado actividad probatoria dentro de las facultades de disposición de que gozan en los procesos civiles en relación a su situación y disponibilidad de medios al efecto, lo que determina que las consecuencias negativas y perjudiciales de la omisión demostrativa de un hecho concreto afectarán al litigante obligado a ello, salvo que aparezca suficientemente probado y en nuestra litis es evidente que «Lloyd Adriático España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.», a quien correspondía demostrar la veracidad del documento cuestionado, no propuso justificación alguna sobre este particular, de manera que la Sentencia de instancia alteró la carga de la prueba que competía a la recurrida y no a la recurrente.

Asimismo, procede indicar que, en este caso, no se cumplieron las previsiones del artículo 10 de la Ley 50/80, conforme al cual, el cuestionario previo actúa como instrumento definido para poder concretar la concurrencia del actuar incumplidor contractual que se imputa al asegurado, de manera que, constatada la ausencia del mismo, ha sido la compañía la que no acomodó su actuación al citado precepto, pues los aseguradores han de someter a cuestionario a los futuros contratantes con respecto a todas aquellas circunstancias que les sean conocidas para la adecuada valoración, de forma que el deber del tomador se ha de conjugar con el deber de respuesta al cuestionario a que debe someterle la entidad aseguradora.

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE INADMISION A TRAMITE POR NO REUNIR EL ACTOR LA CONDICION DE TERCERISTA. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos —La Mercantil «Mundo 3, S. A.», acusa infracción del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Laboral, Decreto de 23-11-1979 y precepto 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se debate una actuación procesal ajena al pleito civil, no susceptible de revisión en vía casacional en todas sus incidencias y consecuencias, pues el demandado plantea oportunamente recurso de reposición que admite a trámite la tercería de dominio interpuesta, pero el

motivo es rechazado, pues se está planteando una cuestión nueva no alegada a trámite ni en apelación, por lo que el Tribunal de Instancia no la decidió, con lo que se priva de la posibilidad de su revisión casacional.

Doctrina de la sentencia —La querella criminal interpuesta por la recurrente no se consolidó por sentencia penal condenatoria para el demandado de referencia, pues contenía pronunciamiento absolutorio respecto a los delitos denunciados de falsedad documental y estafa procesal. La sentencia recurrida negó a la sociedad que recurre la condición de tercerista en base a no reconocerle tal condición —no deudor—, ya que si bien adquirió el inmueble litigioso por medio de escritura pública y en el que se hizo constar expresamente la existencia del embargo preventivo decretado en el proceso laboral para atender a responsabilidad que proceda por reclamación de los trabajadores y se subrogó en las obligaciones de la vendedora que le correspondían como demandada, no le asistía la posibilidad de tercero que la habilitara para interponer tercería de dominio, toda vez que la Ley Procesal Civil exige tal condición —arts. 1.532 y 1.533—. La subrogación en todas las obligaciones con la consiguiente asunción de deudas llevada a cabo, opera como integrante del precio de compra y se efectuó en forma amplia, sin condicionamiento ni limitación cuantitativa expresada en cuanto se proyectan todas las obligaciones contraídas respecto a los débitos laborales que procedieran y resultasen justificadas frente a los trabajadores a cargo de la parte que vendió el inmueble. La existencia y reconocimiento del embargo precedente de la venta pública se impone en todas sus consecuencias, pues desde el momento de la traba queda a resultas de la misma cualquier derecho dominical adquirido con posterioridad y con mayor intensidad eficiente cuando se tiene conocimiento cabal de la misma.

LA POSESION DE MALA FE NO PUEDE FUNDAMENTAR UNA PRETENSION DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La mala fe en la posesión, a pesar de la antítesis de la buena fe no necesita o no se plantea para su configuración en la no eficacia del título como su contraria que exige para su constitución un elemento objetivo: el título, y un elemento subjetivo. el desconocimiento o ignorancia en su actuación. Y es que el poseedor de mala fe no quiere decir que sea un poseedor de no recta moral, sino simplemente saber que la posesión que se tiene por ciertas razones, carece de justificación. Esta tesis ha conducido a la construcción de una jurisprudencia constante y pacífica por la que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado que la concurrencia de mala fe en la posesión es una cuestión de hecho cuya apreciación queda reservada a los Tribunales de instancia, y que en concreto la mala fe es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas a través de unos determinados hechos.

Así, en la sentencia recurrida se ha proclamado paladinamente la mala fe en el recurrente, cuando en uno de sus fundamentos jurídicos se afirma que la misma se derivaba de un incumplimiento de las obligaciones que le incum-

bían como comprador de la finca en cuestión y, además, porque en lugar de pagar el total del precio de la cosa, se dedica a realizar costosas inversiones que exceden con mucho del concepto de gestor de la explotación o de mera conservación.

Se incurre a lo largo del proceso en el vicio procesal casacional denominado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, supuesto de la cuestión.

Paralelamente a lo antedicho, se trata en este caso, la figura jurídica del enriquecimiento injusto, la aludida figura de antigua raigambre en nuestro Derecho no aparece regulada directamente en nuestra legislación, salvo de manera colateral con el artículo 10 9 del Código Civil, es una creación totalmente jurisprudencial construida como una atribución patrimonial sin causa y debe reunir un enriquecimiento por parte de una persona, un empobrecimiento por parte de otra y la inexistencia de un precepto legal que excluye la aplicación de este principio del derecho. Dicha tesis se trata de relacionar con el principio de equidad, entendida ésta como un concepto de derecho natural o como una manifestación del principio de igualdad, o como moderación de la norma jurídica o como manera de solucionar contiendas judiciales, es el fundamento de la figura jurídica constituida por el enriquecimiento injusto. Tras este breve examen de dichas figuras, ve claramente la Sala que en nuestro caso no puede refulgir la figura del enriquecimiento injusto como derivación del principio de equidad en el Derecho, por razón de que el recurrido no tiene utilidad ninguna en la explotación de la finca, con lo que falta uno de los requisitos esenciales para poder aplicar a esta litis las consecuencias del enriquecimiento injusto, pues no hay nada que restituir.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera

Hechos.—Se solicita la declaración de vigencia de una sociedad civil a regir por las normas del contrato societario y complementariamente por las disposiciones del Código Civil, pero se advierte que no aparece acreditado que el actor haya contribuido con concreta aportación a la formación de la sociedad y además se añade que el riesgo que la figura jurídica de la sociedad conlleva no es asumido por el actor que tiene fijada la percepción de una cantidad concreta sin hacerse referencia a aumento o disminución de la misma.

Doctrina de la sentencia.—Según doctrina reiterada de la Sala, la confesión no tiene preferencia sobre los demás medios de prueba y debe apreciarse conjuntamente con ellos. En este sentido también decir que la sentencia impugnada no tiene como fundamento de su fallo una cuestión de interpretación de las cláusulas oscuras del contrato objeto del litigio sino la declaración de inexistencia del contrato de sociedad civil irregular fundamento de la pretensión deducida por el actor y recurrente. Por ello declara que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran, no de la denominación que formalmente le hayan atribuido aquéllos, siendo el contenido real del contrato el que en definitiva determina su calificación, todo ello conforme a la doctrina establecida por esta Sala. Proclamada la inexistencia del contrato de sociedad como hecho que no es susceptible de impugnación, no es posible afirmar con

fundamento que sea la indebida interpretación de las cláusulas oscuras lo que incide y determina el fallo.

La existencia o inexistencia de un contrato es una cuestión fáctica y su constatación es facultad privativa de los Tribunales de instancia. Y es que nuestra cuestión litigiosa está centrada en la existencia o inexistencia del contrato de sociedad entre las partes litigantes y la Sentencia de instancia, pues no existió el contrato de sociedad porque no aparece acreditado que el actor contribuyera con concretas aportaciones a la formación de la sociedad y tampoco consta que compartiera el riesgo que conlleva la relación societaria.

Para determinar la conformidad o no de una sentencia en relación con los pedimentos que la sirven de base se ha de utilizar como elemento de contraste, los esenciales de la pretensión deducida, como son los sujetos, el objeto y el título de pedir.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA. (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1997)

No prosperan los recursos de casación interpuestos

Hechos.—La Compañía Mercantil «Rodríguez Montalvillo Construcciones, S. A.» promueve juicio declarativo de menor cuantía contra la también mercantil «Promociones Inmobiliarias Anber, S. A.», con motivo de la celebración de un contrato de arrendamiento de obra cuyo objeto era la construcción de un edificio de viviendas, locales comerciales, garajes y trasteros.

Doctrina de la sentencia —Hemos de diferenciar los dos recursos interpuestos. Así, por lo que respecta al de la entidad «Rodríguez Montalvillo Construcciones, S. A.», hemos de argumentar que no es admisible en casación pretender una valoración distinta de la efectuada por la Sala de instancia respecto a los documentos aportados, pues con independencia de la recepción de la obra ejecutada y de su disposición por la sociedad propietaria, no es posible entender la demanda principal interpuesta por la sociedad constructora como una reclamación que se limita a los concretos conceptos relacionados, aparte de la vinculación que comporta el hecho inalterable en casación y estimado por el Tribunal *a quo* respecto a no resultar acreditado que se hayan practicado las liquidaciones provisionales o definitivas pactadas. Y, por lo atinente al interpuesto por la entidad «Promociones Inmobiliarias Anber, S. A.», se dispone su inviabilidad, pues aparte del respeto que merece la interpretación de los contratos por el órgano de instancia, salvo que incida en carente de ilógica, no resulta acertada, pues si bien se le impone al contratista una determinada sanción económica, si se retrasa en la ejecución de la obra, ello es sin perjuicio de las facultades de la propiedad para optar por la resolución del contrato, en cuyo supuesto se podrán exigir las indemnizaciones que procedan por daños y perjuicios, y por otro lado, confiere la posibilidad de reclamar daños y perjuicios a la contratante, que no hubiera incurrido en incumplimiento total o parcial, por todo lo cual es difícil sostener la independencia entre los conceptos, pero es que, además, se mantiene por la Sala que la tesis expuesta no resulta conciliable con los presupuestos fácticos establecidos en la sentencia recurrida: que la acción de resarcimiento exige para su progreso

la liquidación del contrato respecto del cual ambas partes han sido incumplidoras, pues la entidad reconviente pudo lograr la resolución del contrato y no lo hizo y no resultó acreditado la práctica de liquidaciones provisionales o definitivas, todo ello sin contar que la sentencia confirmó la de instancia en sus pronunciamientos respecto a la reconvención.

TERCERIA DE DOMINIO. AUSENCIA DE TITULO. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1997.)

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—La recurrente transmite un solar en escritura pública de 19-9-81 e inscripción registral, pasando a ser titular dominical la Cooperativa de Viviendas Santiago. La transmisión del dominio tendrá como contraprestación la obligación contraída de construir y entregar obra por el solar recibido. Por deudas de la constructora se ejecutaron letras y se embargaron bienes de la ejecutada entre los que se encuentran el inmueble del que es titular registral.

Doctrina de la sentencia.—La Sala se aleja ahora de la primitiva equiparación conceptual de la tercería de dominio y la acción reivindicatoria, para pasar a sostener que la tercería de dominio tiene por objeto liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio. El exigir título de dominio no excluye el derecho del dominio contraído en escritura pública de permuta de solar por obra a construir porque desconocerlo es facilitar a los constructores la posible trampa de originar un embargo antes de entregar lo construido. Y es que si el título puede ser cualquier acto jurídico que ha producido el dominio, no cabe duda que el contrato de autos no acredita el dominio de la tercerista puesto que contiene un pacto obligacional que la generará cuando se cumpla con el deber de construir y de entregar lo pactado. Y hablar de posibles trampas de los constructores incumpliendo sus contratos es tan irrelevante como pensar que de seguirse la tesis del recurrente los engañados podían ser los que ejecutaron las obras poniendo los materiales.

LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA O PORTEADOR EN LA ENTREGA DE LA COSA DE DONDE TRAE SU CAUSA LA MISMA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Constituye un suceso probado la entrega del marisco congelado en Lagos, en perfectas condiciones, acompañado de la necesaria documentación aduanera y sanitaria; la estiba dentro de las naves, así como la idoneidad y funcionamiento de los contenedores de a bordo, no es de la competencia ni de la responsabilidad del vendedor, por ello si la documentación se extravió, si el transporte sufrió retraso no anunciado o si los contenedores presentaban defectos, será materia propia que pueda justificar la responsabilidad del transportista, pero no puede involucrarse en ella al vendedor ajeno a la misma.

Doctrina de la sentencia.—La doctrina jurisprudencial ha estudiado y tiene reiteradamente declarado que el uso de comercio conocido con las siglas «C. y F.» o también «C.I.F.», es utilizado frecuentemente en las compraventas en las que la mercancía tiene que viajar desde el lugar donde se encuentra el vendedor hasta la residencia del comprador, representando o suponiendo que el coste de la mercancía y el flete, o que el coste, el seguro y el flete son por cuenta del comprador, debiendo entenderse que el lugar de la entrega se hace en el lugar donde tiene su establecimiento mercantil el vendedor, viajando las mercancías desde el punto de partida por cuenta y cargo del comprador, que es el verdadero propietario de las mismas. El vendedor agota sus obligaciones entregando al transportista los objetos vendidos y la documentación correspondiente, correspondiendo al porteador desde el momento de la entrega, la obligación de custodiar las cosas con la diligencia que se derive de la naturaleza de las mismas, trasladarlas en el itinerario y plazo establecido, y entregarlas sin demora ni entorpecimiento. Si las cosas perecen o sufren menoscabo, el comprador es la única persona legitimada para exigir al porteador la indemnización correspondiente, quedando fuera de esta relación de responsabilidad el vendedor, dada su ajeneidad.

EL ACUERDO ENTRE EL PRESUNTO RESPONSABLE CIVIL Y EL AGENTE DEL DAÑO NO TIENE NATURALEZA LABORAL (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos —En la presente litis el agente del daño realiza sus servicios al que puede ser declarado responsable civilmente (arrendamiento de obras y servicios).

Doctrina de la sentencia.—En la presente litis el único motivo en el que se ampara el recurso de casación es en la posible infracción al artículo 1.903.4 del Código Civil, y el mismo resultó no prosperar, pues su efectividad está fundamentada en la probabilidad de la culpa *in eligendo-vigilando*, sin embargo, el dato de que entre el acuerdo del presunto responsable civil y el agente del daño no tenga naturaleza laboral, no excluye la plena vigencia de la aplicación

En el presente caso, la contienda judicial parece enclavarse en el hecho de que la empresa posiblemente responsable civil, se ha reservado o le corresponde la vigilancia, intervención o cierta dirección de los trabajos efectuados o a efectuar por el agente causante del daño. Del *factum* de la sentencia se determina que existía una relación, más o menos indirecta entre la empresa posiblemente responsable y la que por contrata efectuaba los trabajos encargados por aquella, y de la cual dependían directamente, tanto el agente causante del daño como la víctima, sobre todo en el sentido de actuación de vigilancia y dirección de los trabajos, con lo que se excluye totalmente la falta de responsabilidad de la empresa y que pudiera fundamentarse en la teoría interpretativa del artículo 1.903.4 del Código Civil, denominada por parte de la doctrina como de «relaciones de servicio», y excluida tal teoría surgirá la de la responsabilidad civil plena de la empresa, que constituye el verdadero caso de supuesto de la cuestión.

CONTRATO DE COMPRAVENTA Y FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Se contrata la adquisición de una finca en documento privado de fecha 1-8-89, a la que se une el hecho de que el vendedor la había comprado la víspera, es decir, el 31-7-1989, en virtud de otro documento privado.

Doctrina de la sentencia.—Se infringe ahora la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario conforme a la cual es innecesario demandar a quien no pueda resultar obligado por la sentencia. Se analiza por la Sala la también doctrina, atinente a que el contrato celebrado en nombre de otro, por quien no tenga autorización o representación legal será nulo, a no ser que se ratifique antes de ser revocado por la otra parte contratante y que cabe declarar que hay aceptación cuando se desprende de hechos que implican necesariamente la aprobación del *dominus*, pero tal afirmación no es de aplicación a nuestro caso, pues el título en virtud del cual se demanda es un contrato en el que sin que el vendedor actúe en representación de nadie, no hay mandante o persona que pueda completar la eficacia del contrato con su ratificación expresa o tácita.

En la presente litis son inaplicables los razonamientos de la sentencia de la Audiencia, definiendo la compraventa su carácter de negocio obligacional que sólo transmite el dominio si va seguido de tradición y el recuerdo de la jurisprudencia, según el cual, caben ventas de cosa ajena que es generadora de obligaciones como la de saneamiento, daños y perjuicios, etc., para deducir de ella que en la venta de autos no pueden ignorarse los efectos puramente obligacionales, y que producida la entrega, el título no es nulo de pleno derecho sino anulable y apto para la usucapión. Para la Audiencia no puede pedir la recurrente la nulidad de un contrato obligacional que produce efectos, sean de cumplimiento parcial si se adjudicó sólo en parte el bien a la vendedora, y como hay efectos no cabe hablar de nulidad. Cierra la Audiencia su razonamiento diciendo que la hoy recurrente podía reivindicar el bien, pero no pedir la nulidad de una venta de cosa ajena válida y productora de efectos y que la reivindicación no se ha ejercitado. Los argumentos expuestos a criterio de la Sala no son de aplicación al caso en que terceros ajenos al contrato, pero titulares del poder de disposición del bien vendido, estén legitimados para pedir la nulidad de la venta que efectúa quien no tiene la disponibilidad de lo vendido, y provee, por la tradición de la cosa, de un título apto al menos para usucapir. Para evitar tales efectos no hay otro camino que la impugnación de la venta y la llamada al proceso de cuantos se pueden ver afectados por la sentencia. Y en casos como éste, la jurisprudencia declara la nulidad de los contratos que comporta la restitución de las cosas no propia reivindicación sino efecto simple de nulidad.

LA RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR REQUIERE QUE LA PRESTACION INCUMPLIDA SEA PRINCIPAL Y QUE DICHO INCUMPLIMIENTO FRUSTRE EL FIN DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1997.)

Triunfa el recurso de casación

Objeto del litigio.—En la presente litis no nos hallamos ante un incumplimiento unilateral y pleno, ni ante un incumplimiento unilateral y parcial, **sino ante un incumplimiento bilateral y recíproco** de ambas partes contratantes consistente en que las entidades vendedoras no construyeron el piso-piloto dentro del plazo estipulado para ello, ni el comprador entregó, dentro también del plazo convenido, los folletos divulgativos o de publicidad de las viviendas a vender y no pagó el precio de la venta en los plazos estipulados al efecto, pues sólo efectuó el fijado en el acto de la firma del contrato. La Sala razona expuestos estos hechos, que si bien el incumplimiento de las vendedoras demandadas no lo fue de prestaciones principales, sino accesorias, como la no entrega de los folletos publicitarios y no finalización del piso-piloto, dentro de los plazos estipulados, tales incumplimientos no pueden determinar la resolución del contrato a petición del demandante-comprador. En cambio, entiende que sí incurrió en incumplimiento de su obligación principal al no finalizar el reiterado piso-piloto, construcción a la que se había comprometido.

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de la Sala la de que para que el incumplimiento de un contrato pueda determinar la resolución del mismo ha de versar tal incumplimiento en/sobre prestaciones principales y no meramente accesorias o secundarias. En el presente supuesto litigioso dicho carácter de prestación principal es total, pues la obligación de finalizar el piso-piloto dentro del plazo convenido era indispensable y esencial. Por otro lado, para que el incumplimiento por una de las partes de una de las prestaciones principales del contrato pueda desplegar la virtualidad resolutoria de dicho contrato al amparo del artículo 1124 del Código Civil es necesario que tal incumplimiento frustre el fin del contrato para la otra parte, frustración que se produjo para el demandante comprador, el cual, como consecuencia de la no construcción del piso-piloto dentro del plazo estipulado, no pudo realizar adecuadamente la campaña programada de promoción y venta y, en consecuencia, no pudo allegar los fondos necesarios para ir pagando los plazos del precio de la compra hecha

LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS IMPOSICIONES A PLAZO FIJO Y LA CONSIGUIENTE VALIDEZ DE LA PIGNORACION SOBRE EL DERECHO DE CREDITO NACIDO DE TALES IMPOSICIONES (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1997.)

Prospera el recurso de casación.

Hechos —Mediante una póliza de préstamo, intervenida por Corredor Colegiado de Comercio, Banco de Crédito Balear, concede un préstamo con interés a Hispania Líneas Aéreas, S. A., comprometiéndose la prestataria a devolverla en dos fechas. También por otra póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio, la prestataria pignoró en favor de Banco de Crédito Balear, una imposición a plazo constituida en el mismo Banco. Con posterioridad, el Juzgado declara en estado de quiebra voluntaria a Hispania Líneas Aéreas, S. A.

Doctrina de la sentencia.—La presente litis sostiene que en las imposiciones bancarias de dinero a plazo fijo, no existe un depósito propiamente dicho en

sentido jurídico, sino que aquél queda propiedad del Banco, obligándose a la restitución del *tantundem* al llegar el vencimiento del plazo. Ese crédito contra la entidad bancaria lo ostenta el impositor, que lo puede pignorar válidamente. La pignoración subsiste con toda eficacia a pesar de la suspensión de pagos o quiebra del impositor. Además, no cabe compensación una vez declarada la quiebra con su efecto retroactivo, **la compensación** lo que es, es una consecuencia de no haber aceptado la existencia de una prenda de crédito contra el Banco derivados de las imposiciones a plazos. Por el contrario, admitida ésta, es evidente que, eficaz contra terceros por la intervención del Corredor de Comercio, los créditos pignorados quedan fuera de la masa de la quiebra, sujetos a ejecución separada por el acreedor pignoraticio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 918 del Código de Comercio. Esta ejecución puede consistir en el juego pactado en la póliza de la compensación, en lugar de acudir al procedimiento del artículo 1.872 del Código Civil, sin que por ello se pueda decir que se ha producido compensación en la quiebra, porque estamos ante una ejecución separada de la prenda, cuyo objeto no ha entrado en la masa de aquélla.

SIMULACION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA PARA QUE ACTUE DERECHO DE OPCION Y PRESCRIPCION CONTRA TABULAS ES NECESARIO QUE EL INMUEBLE SE HALLE POSEIDO POR UN TERCERO EN CONCEPTO DE DUEÑO, CON BUENA FE Y JUSTO TITULO. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Promotora Urbanística, S. A., adquiere por compra un inmueble, de quien en el Registro aparece con facultades para transmitirlo en ejercicio del derecho de opción reconocido a su favor e inscrito también en el mismo Registro. En una anterior transmisión que efectúa el titular registral a favor del recurrente se declara expresamente la existencia de este derecho de opción, con indicación de la fecha de vencimiento, y se hace supuesto de la cuestión al considerar al transmitente, titular inscrito que actuó de mala fe, sus facultades de disposición aparecen debidamente acreditadas por los datos registrales que no han sido impugnados.

Doctrina de la sentencia.—En la presente litis, la pretensión deducida tiene por objeto básicamente que se reconozca la plena eficacia al contrato de compraventa que concertó el actor con el demandado y se declare la inexistencia, por simulado, del contrato que, sobre el mismo objeto se celebró. Con carácter subsidiario se pidió en la demanda la declaración de que el actor adquirió por usucapión el dominio sobre la finca objeto de nuestro litigio. La sentencia contiene alegaciones fácticas y jurídicas sobre las consideraciones efectuadas por la parte actora en relación con las pretensiones deducidas, y es doctrina del Tribunal Constitucional que la motivación de las resoluciones no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas las resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados en la decisión.

La doctrina de la Sala atinente a la existencia o inexistencia de la buena fe es una cuestión de hecho, por tanto, de la libre apreciación del Tribunal de instancia, lo que no impide que se declare que la buena fe es un concepto jurídico deducido libremente por la Sala sentenciadora en relación a los medios de prueba que la ponen de manifiesto y se reputan acreditados, y la valoración de los medios de prueba realizada por la Sala de instancia sólo es posible impugnarla en casación alegando error de derecho en la valoración de la prueba de que se trate. El titular registral está amparado por el llamado principio de legitimación recogido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que se manifiesta en la presunción *iuris tantum* de que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular y en la misma presunción de que el titular registral de dominio de los bienes inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos, así como por la presunción de ser poseedora de buena fe, conforme a lo que dispone el artículo 434 del Código Civil, aunque sólo sea con referencia a la posesión en concepto de dueño o posesión mediata o superior que se tiene por medio de otro y que se contrapone a la posesión inmediata.

Paralelamente a esto decir que los liquidadores de la sociedad están facultados para velar por la integridad del patrimonio social, así como para realizar las operaciones pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación. Un acto encaminado a estos fines lo constituyó desde luego el ejercicio del derecho de opción de compra.

Se sostiene que fue simulado el contrato de compraventa celebrado a favor de «Promoción Urbanística, S. A.», así como la afirmación de que existió fraude de ley cometido por el demandado y vendedor. Añade el recurrente que el contrato es nulo de pleno derecho porque no existió consentimiento, los liquidadores no tenían capacidad legal para adquirir el inmueble y el ejercicio de la opción de compra no tiene la consideración de operación comercial pendiente, toda vez que esa opción no obliga a comprar. Pero la Sala alega que con la afirmación hecha se mezclan cuestiones fácticas con cuestiones jurídicas, sin tener en cuenta que la calificación jurídica de la relación que une a los litigantes es función privativa de los Tribunales de instancia y que las invocadas simulación e inexistencia del contrato de compraventa son cuestiones de hecho, y su constatación facultad exclusiva de los Tribunales que sólo pueden traerse a casación por error de derecho en la valoración de las pruebas. Más aun cuando la opción de compra supone ya una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución sin necesidad de otros actos. Como la operación estaba ya concertada, los liquidadores, limitándose a concluir una operación pendiente, sin duda ventajosa para la sociedad, se constituyó un derecho de adquisición.

Y, por último, no puede prosperar la usucapión *contra tabulas*, por no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, cuando lo que se demuestra es que el actor es un arrendatario por veinte años que ahora pretende alterar su condición instalándose como propietario de lo que nunca le perteneció. Para destruir estas declaraciones fácticas, dice la parte recurrente que «Promoción Urbanística, S. A.», no fue compradora de buena fe y que no se puede obligar al comprador —el actor— a aceptar el arrendamiento de forma forzosa, pero ni se declara por la sentencia recurrida que la entidad mercantil referida actuara de mala fe en el ejercicio de su

derecho de opción, ni que el actor aceptara el arrendamiento mediando fuerza o intimidación.

REQUERIMIENTO RESOLUTORIO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA.
(SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Ejercicio de acción resolutoria de contrato de compraventa referido a una parcela de terreno rústico que deberá independizarse por segregación de otra finca adquirida por la entidad vendedora. En el aludido contrato también se incluía una cuota indivisa de otras fincas pendientes de inscripción. La forma de pago que se pactó fue incumplida por la compradora.

Doctrina de la sentencia.—Se dilucida en la presente litis la resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento de las obligaciones de pago que aceptó el comprador. Dicho contrato de compraventa por sí solo no transmite la propiedad de la cosa vendida, de ahí que se admita la validez de la compraventa de cosa ajena liberando en principio al vendedor de justificar la propiedad de la misma. La entidad vendedora dio exacto cumplimiento a todas las obligaciones que se derivan del contrato básico, por lo que no resultó admisible la excepción propuesta en relación con lo dispuesto en los artículos 1.124 y 1.504, ambos preceptos del Código Civil, y sólo —repetimos— la conducta totalmente negativa del comprador impidió la segregación y transmisión libre de cargas de la finca objeto del contrato al otorgante, como así se hizo, la escritura pública.

EL MANDATO NO REPRESENTATIVO CON INSTRUCCIONES CONCRETAS.
(SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—La parte recurrida de la presente litis, titular de un contrato bancario de cuenta corriente con la entidad ahora recurrente, da anualmente las oportunas órdenes a la sucursal donde deposita su dinero para la compra de activos financieros.

Doctrina de la sentencia.—El núcleo central de la presente contienda judicial radica en establecer si la parte ahora recurrente y antes demandada traspasó los límites del mandato que como mandatario le ligaba con la parte ahora recurrida y antes demandante. Y es que las partes de la presente litis estaban ligadas por un **contrato de mandato no representativo**, cuyo contenido se delimitaba a través de la figura de instrucciones demostrativas.

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SE RESUELVE POR IMPAGO DE LOS OBLIGADOS AL MISMO ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1997.)

No triunfan los recursos de casación interpuestos.

Doctrina de la sentencia.—En la presente litis, el artículo 1.504 del Código Civil resulta correctamente aplicado en relación con el artículo 1.124 del mismo cuerpo legal, que autoriza la resolución contractual. Dichos preceptos, según reiterada doctrina de la Sala, no se eluden entre sí sino que se complementan. Así, en el caso de autos, la resolución se justifica porque no se trata del simple retraso sino de una conducta incumplidora del deber de pago, persistente, continuada y prolongada

CONTRATO DE ADHESION Y CLAUSULAS ABUSIVAS (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1997.)

No ha lugar a la cuestión de competencia por inhibitoria.

Doctrina de la sentencia.—Se ocupa ahora la Sala de analizar el importante cambio que el panorama legal sufre con la importante modificación experimentada a través de la Directiva de la CEE número 93/13, de 5 de abril, que se ocupa **de definir y sancionar la ineficacia de las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores**. Dicha disposición las define como cláusulas contractuales que no se negocian individualmente y que se consideran abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, conteniendo una lista indicativa y no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, suprimiendo u obstaculizando el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas.

EL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA». (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Objeto del litigio.—El intento de introducir el desistimiento del dueño de la obra como causa de extinción del contrato, supone un cambio de pretensión que conduciría a ser acogido al vicio de incongruencia por alteración de la *causa petendi*, que indebidamente se denuncia.

Doctrina de la sentencia—En nuestro caso, es la resolución final la que, con base en las probanzas practicadas en la litis, produce su liquidación al fijar la cantidad concreta que se debe abonar. La doctrina jurisprudencial experimenta un cambio que se hace notar en la consolidación del nuevo criterio jurisprudencial, y es que el principio *in illiquidis non fit mora* supone que para cuando la cantidad adeudada no sea líquida, es decir, cuando para determinarla es preciso una contienda judicial, el abono de intereses sólo procederá desde el instante procesal de firmeza de la sentencia que resuelve dicha contienda judicial. Sentencias como las de 5-4-1992 y 18-2-1994, atenúan y modifican el automatismo del citado principio, cuando en las mismas se dice que junto a la consideración de la condena de abono de intereses por

las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungible y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Además, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma aunque fuese menos de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial. Esta doctrina es mantenida también en sentencias como la de 21-3-1994, y ello es lógico porque el no devengo de intereses a partir de la interpelación judicial de una cantidad adeudada y declarada así a través del proceso, aunque fuera inferior en su *quantum* a la solicitada en la demanda iniciadora de una pretensión de reclamación de cantidad, podría configurar una situación de enriquecimiento injusto, figura odiosa en relación a los principios de igualdad y seguridad jurídica, y que no precisa partir de un acto ilícito o de mala fe, sino simplemente del dato de obtener una ganancia indebida, lo que conseguiría el deudor moroso al que no se obligara desde el momento mismo de ser requerido judicialmente a través de un proceso a pagar los frutos civiles o intereses de una cantidad que está obligado a pagar sea cual sea el montante definitivo.

CONTRATO DE TRANSACCION. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1997)

No prospera el recurso de casación.

El contrato de transacción hay que referirlo a todo convenio dispositivo por medio del cual y mediante recíprocas prestaciones y sacrificios se eliminan pleitos pendientes y futuros y también la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica que, mediante pacto, pasa a revestir una configuración cierta y vinculante.

La interpretación de los contratos, tiene reiterado la Sala, está reservada a los órganos judiciales de instancia, de manera que no es susceptible de casación sino cuando se demuestre que es ilógica, arbitraria o vulneradora de las normas legales, y la efectuada en la resolución traída a casación en cuanto aclara el contrato transaccional no adolece de ninguno de estos defectos.

EXPULSION DE SOCIO DE COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y JURISDICCION COMPETENTE (LABORAL) (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos —La Junta Rectora de la Cooperativa Andaluza de Trabajo Asociado, Santa Cristina, dedicada a la enseñanza por acuerdo de 5-6-1991, decide

la expulsión de don Florentino Con García, que ratificó la Asamblea General de 30-9-1991, constituyendo la impugnación de dicho acuerdo en la procura de su nulidad, el objeto del pleito.

Doctrina de la sentencia —Parte la Sala de evidenciar que en base al artículo 125 de la Ley vigente 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, se hace reserva expresa de la jurisdicción a favor del orden social, respecto a aquellas cuestiones contenciosas que se susciten entre las Cooperativas de Trabajo Asociado y sus socios trabajadores por su condición de tales, y entre los mismos y también de modo específico se incluyen todas las que estén relacionadas necesariamente y afectan a los ceses en la condición de socio trabajador por decisión de la Cooperativa.

Es evidente que se hace supuesto de la cuestión, pues se prescinde de la declaración que la sentencia en curso lleva a cabo, integrando hecho probado firme respecto a que el que recurre mantenía su condición social cuando se le inició el expediente de expulsión, revistiendo cuestión de fondo la situación creada de imposibilidad de actuar como trabajador en virtud de la condena penal de inhabilitación especial para el ejercicio de sus funciones docentes que son el objeto y finalidad social de la Cooperativa demandada.

Paralelamente, se aporta infringido el artículo 74 de la Ley Procesal Civil, argumentándose que tal precepto autoriza al Juez de la instancia que se crea incompetente por razón de la materia para abstenerse de conocer, previniendo entonces a las partes para que usen de su derecho; dicho precepto se refiere a la competencia objetiva y concede una facultad, tanto a los órganos judiciales unipersonales como a los colegiados que en nuestra litis no fue ejercitada ni propuesta por ninguna de las partes litigantes, su apreciación tuvo lugar correctamente por la sentencia al tratarse de una cuestión de orden público.

TERCERIA DE DOMINIO. EMBARGO ANTERIOR AL TITULO DEL TERCE-RISTA. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1997)

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia —Acuerdo de embargo de solar, consecuencia de ampliación o mejora, habiendo de referir la justificación dominical del tercerista al momento en que se efectuó el embargo. Pero la traba se acordó mediante providencia de 16-10-1986 y el título dominical aportado por el actor para justificar su derecho es de fecha posterior, por lo que no puede prosperar la acción ejercitada.

DERECHO DE OPCION DE COMPRA. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1997.)

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La Sala tiene establecido que en el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada y depende del optante únicamente que se perfeccione o no, pues constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de

decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, constituyendo sus elementos principales:

- la concesión a éste (al optante) del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa,
- la determinación del objeto,
- el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y
- la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima.

Se estima la acción ejercitada por los optantes y se condena a los optatarios a otorgar escritura de compraventa sobre los locales objeto de la opción, sin pronunciarse en lo relativo al cumplimiento contractual, dentro del cual cabe incluir el tema del precio fijado para la adquisición de los locales. Distingue así entre la opción de la compraventa y esta misma, condenando a su otorgamiento, pero sin pronunciarse sobre el precio, con lo que falta a un elemento natural del contrato, dado que tampoco señala como pudiera determinarse, no obstante, reconocer en la propia sentencia que se otorgaron por las mismas partes dos contratos de opción respecto a los mismos solares, de forma que sin previa concreción del precio mal se puede condenar al otorgamiento de la escritura de compraventa, tratando de separarle del propio contrato de opción, lo que hace a la sentencia incongruente e inejecutable.

En realidad, la opción caduca cuando llega a conocimiento del vendedor fuera del plazo estipulado para su ejercicio, pues es carga del optante el ejercitar la opción y emplear los medios adecuados a este fin, sin que en ningún caso pueda imputar al concedente o vendedor el fallo de esos medios o la adopción de uno que no era el más apropiado.

INCOMPETENCIA TERRITORIAL POR VIA INCIDENTAL EXCLUSIVAMENTE (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1997)

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—La excepción de incompetencia territorial no es posible plantearla en la contestación a la demanda, sino que es preciso hacerlo en vía incidental a través de las correspondientes inhibitoria o declinatoria.

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de la Sala la que mantiene que las cuestiones de competencia territorial sólo pueden alegarse por las vías de declinatoria o de inhibitoria, en base a lo que disponen los artículos 72 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Reformas atinentes al tema, objeto del debate, comportan que en concreto el tenor de artículos como el 79 quede modificado en el sentido de que la declinatoria sólo se pueda plantear por la vía incidental y que dentro del artículo 687, propio del juicio de menor cuantía, no quepa comprender como excepción, pues no es la declinatoria. Esta doctrina jurisprudencial es sustentada en Sentencias como las de 25-2-1991, 5-2-1991, 30-12-1992, 23-2-1992, 4-12-1993, 31-1-1994, 5-2-1994, 24-9-1994 y 4-3-1995, entre otras, y cuyo criterio prevalece.

EL PRECONTRATO DE COMPRAVENTA, DE OPCION DE COMPRA, DE PROMESA DE VENTA ES GENERADOR DE OBLIGACIONES QUE SE HAN DE CUMPLIR DE MANERA INEXORABLE. (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1997)

El recurso de casación no prospera

La alegación o el silencio por las partes litigantes de determinados preceptos no obliga a los Tribunales que se encuentran plenamente facultados para aplicar aquéllos que sobre la base de supuestos fácticos y pruebas practicadas estime son los procedentes. Además, se impone una racional adecuación del fallo a la pretensión de la parte, dicha adecuación no podrá suponer nunca una literal y absoluta concordancia, pues el fallo puede hacerse extensivo a los extremos de lo pedido. Todo lo dicho, sin olvidar que la hermenéutica de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer, a menos que se demuestre que tal interpretación es ilógica o absurda y que se anule además el error sufrido en dicha operación constatadora

EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO JUSTIFICA EL FALLO PRONUNCIADO. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1997)

Triunfan los recursos de casación interpuestos.

Doctrina de la sentencia —En cuanto al interpuesto por la parte demandada. A la sentencia frente a la que se recurre se le da el carácter de prueba pericial preconstituida así del documento aportado por la actora en su escrito de demanda, la sentencia recurrida fija en el 80 por 100 del total la obra ejecutada por la actora, prueba pericial que fue adverbada como diligencia acordada para mejor proveer, lo que lleva al Tribunal *a quo* a determinar como cantidad pendiente de pago a la actora la que señala en la parte dispositiva de la sentencia recurrida. Determinado el volumen de obra ejecutada por la sociedad actora y la cuantía de lo que en metálico y como precio de la misma han de satisfacer las demandadas, el motivo se acoge ya que el denominado informe pericial se constituye como una simple prueba preconstituida extraprocesalmente por la actora y aportada en su escrito de demanda, a la que según doctrina de la Sala no puede serle atribuido el carácter de prueba pericial, al no haber sido emitido el informe que aquélla contiene con las garantías procesales exigidas para una prueba de esa naturaleza y con la consiguiente indefensión para la parte a la que se privó de dichas garantías procesales.

Aparte de la indebida cita indiscriminada que se hace de todos los artículos del Código Civil reguladores de las obligaciones con cláusula penal, no es función de la Sala de casación indagar cuál de las diversas normas contenidas en dichos artículos pueda resultar infringida por la sentencia impugnada, no se respeta por las recurrentes el resultado probatorio alcanzado en la instancia acerca de cuál de las dos partes contratantes incurrió en el incumplimiento resolutorio que justifica el fallo pronunciado, y así, frente al incumplimiento por las demandadas de sus obligaciones contractuales, que declara la sentencia, se alega un mutuo incumplimiento por ambas partes, la actora no realiza la obra y las demandadas no cumplen su obligación de pago, razón por

la que vienen a responder de los daños y perjuicios causados a la actora por su incumplimiento, obligación indemnizatoria que se resuelve en la aplicación de la cláusula penal pactada.

En cuanto al interpuesto por la entidad «Construcciones Hermisa, S. A.», denuncia la infracción del artículo 1.281 1 del Código Civil, así declarado por la Sala *a quo* el volumen de obra ejecutada por la actora, ascendente a un 80 por 100 de la contratada, se aplica ese porcentaje para determinar la cantidad a percibir como precio por la sociedad constructora a la parte del precio que habría de satisfacerse en metálico

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO O ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA POR SIMULACION DEL NEGOCIO JURIDICO DE COMPRAVENTA. COSA JUZGADA EN PROCEDIMIENTOS ANTERIOR Y ACTUAL POR EXISTENCIA DE UNA SEMEJANZA REAL ENTRE AMBOS Y QUE ORIGINA UNA EVIDENTE CONTRADICCION. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Se trata de discernir si se ejercita una acción declarativa de dominio en favor del actor o una acción de nulidad absoluta por simulación del negocio jurídico de compraventa, documentada en escritura pública a nombre de la demandada, al afirmarse que intervino como mera fiduciaria. En la hipótesis jurídica de la simulación o fiducia de los documentos públicos a favor de la demanda no fueron impugnados, y la reserva de acciones se entiende referida a la reclamación de las aportaciones procedentes del actor.

Doctrina de la sentencia.—La Sala señala que la situación de cosa juzgada material precisa de la concurrente identidad de personas, cosas y causa o razón de pedir entre uno y otro procedimiento, pues la eficacia vinculativa que entraña es indefectible, junto con la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta el fallo, evitando que la controversia se renueve o se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, partiendo de la certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto. Y es que la concurrencia de identidades de referencia ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso, pues de la paridad de los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirven de base a la petición. Y requiriéndose para apreciar la situación de cosa juzgada, una semejanza tal que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de tal forma que no puedan existir en armonía los dos fallos. Esta línea jurisprudencial se sostuvo destacando que la intrínseca entidad material de una acción determinada por sus elementos subjetivos, objetivos y causales permanece intacta, sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal.

Los procedimientos anterior y actual no conllevan dificultad alrededor de las cosas y los litigantes, sino que el problema se centra en la **identidad causal**, toda vez que la acción ejercitada en el primer proceso era la declarativa de dominio, y en el actual, la de nulidad de los documentos o títulos en que aquél se basaba. En coincidencia con lo reflexionado, la distinta denomi-

nación de la actual acción entablada —ahora de nulidad, y antes declarativa de dominio—, no puede desvirtuar la causa de pedir, al ser evidente que una y otra acción llevan implícita la misma pretensión.

QUIEN TIENE PODER PARA ENAJENAR, TAMBIEN LO TIENE PARA RATIFICAR EL CONTRATO DE VENTA QUE EN NOMBRE DE SU PODERDANTE HA REALIZADO CON ANTERIORIDAD UN TERCERO SIN PODER.
(SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1997.)

Triunfa el recurso de casación

Objeto del litigio.—La presente litis desea contemplar que el representante que tiene amplio poder para enajenar y gravar un determinado piso, puede ratificar en nombre de su representado un contrato de venta de dicho piso efectuado por su madre con anterioridad al otorgamiento de dicho poder, actuando como mandataria verbal suya.

Doctrina de la sentencia.—Se infringe ahora la doctrina jurisprudencial sobre la ratificación tácita y doctrina de los actos propios. La recurrente se obliga en el contrato litigioso a tramitar todo lo relativo a la herencia del fallecido, que fallece intestado, siendo obligación de los vendedores otorgar los documentos o proporcionárselos, los que la parte compradora les indicase, y que uno de ellos fue un poder, y que cuando recibiese el anticipo, ya sería apoderada, sin poder deducirse más que la existencia de una ratificación tácita del contrato que ya conocía en todos sus extremos, o bien una ratificación tácita al otorgar los poderes del tan citado contrato, pues quien tiene poder para enajenar también lo tiene para ratificar el contrato de venta que en nombre de su poderdante ha realizado con anterioridad un tercero sin poder, como así ya lo hemos expuesto en el título que da denominación a la sentencia que comentamos.

I M G.

EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE ELEVAR UN CONTRATO DE COMPRAVENTA EN DOCUMENTO PRIVADO A ESCRITURA PUBLICA Y LA FALTA DE ENTREGA DE LA COSA VENDIDA. UNA VEZ DEPOSITADO EL PRECIO, SE CONSIDERA MORA Y DA LUGAR A LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS, CUANTIFICADOS EN EL INTERES LEGAL A CONTAR DESDE LA FECHA EN QUE QUEDO DEPOSITADO EL PRECIO
(SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1998)

Se celebra un contrato de compraventa en documento privado sobre una finca. La parte compradora consigna el precio y demanda en primera instancia a la parte vendedora para que eleve el documento privado a escritura pública, le entregue la posesión libre de la finca, los intereses devengados sobre el precio y pide que se le impongan las costas. La parte vendedora contesta a la demanda e interpone demanda reconvenzional para resolver el contrato por incumplimiento, así como determinar sobre la justicia y proce-

dencia de la cifra de penalización por incumplimiento, pidiendo también la condena en costas de la parte compradora.

La sentencia dictada en primera instancia estima la demanda de la compradora, salvo en lo referente a las costas, la vendedora recurre ante la Audiencia Provincial de Madrid, que estima parcialmente el recurso, revocando la reclamación de los intereses por parte de la compradora.

Ambas partes recurren en casación la sentencia ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la cual estima el recurso de la parte compradora porque las sentencias de instancia acreditan que la vendedora incumplió la obligación de elevar a escritura pública el documento privado del contrato de compraventa (según pacto expreso y arts. 1.279 y 1.280.1 del Código Civil) y de entregar la cosa vendida (arts. 1.445 y 1.461 y sigs. del Código Civil). La compradora depositó la totalidad del precio y, según el artículo 1.124 del Código Civil, al haber cumplido su obligación, exige que la vendedora cumpla la suya junto con la indemnización por mora (prevista también en los arts. 1.100 y 1.101 del Código Civil) y por daños y perjuicios, evidentes en la entrega del dinero sin percibir la actual prestación debida.

Se desestima el recurso interpuesto por la parte vendedora por considerarse que aborda cuestiones procesales que no afectan al fondo de la cuestión y también cuestiones sustantivas no procedentes por no haberse planteado ni acreditado en las sentencias de instancia.

UN CONTRATO DE «GESTION DE CARTERA DE VALORES DE TERCEROS» SE CONSIDERA DISCRECIONAL POR FALTA DE FORMALIZACION ESCRITA Y OTORGAMIENTO DE PODERES A FAVOR DE LA SOCIEDAD ACTORA; PESE A ESTE CARACTER, CUALQUIER OPERACION HECHA SIN INFORMAR AL CLIENTE NI PEDIRLE INSTRUCCIONES ES UN ABUSO DE FACULTADES QUE PERJUDICA A ESTE, POR LO QUE PROCEDE DECLARAR EXTINGUIDO EL SALDO DEUDOR POR COMPENSACION CON LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA SOCIEDAD GESTORA POR SU CONDUCTA CULPOSA. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1998.)

Una sociedad de valores demanda a una cliente con la que ha celebrado un contrato de gestión de cartera de valores por una suma determinada más los intereses legales, en concepto de saldo deudor resultante de la venta de los valores de la demandada. Esta contesta a la demanda e interpone demanda reconvenzional contra la actora por la misma suma en concepto de compensación de la deuda por haber realizado la actora las operaciones sin su conocimiento ni autorización. En primera instancia se estima la demanda reconvenzional y se condena a la actora. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona revoca la sentencia, absolviendo a la actora y condenando a la demandada, que recurre en casación.

La Sala de lo Civil estima parcialmente el recurso, desestimando los cuatro primeros motivos por considerar que aluden a cuestiones de interpretación y de prueba no procedentes, y porque la cuestión de fondo está en calificar el contrato celebrado y el régimen jurídico del mismo. Considera competente a los tribunales de instancia para calificarlo de «contrato de gestión de carteras de valores» [art. 71.1) de la Ley de Mercado de Valores], que se rige por la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil), sin perjuicio de que se le apliquen las normas de la comisión mercantil y del mandato civil. Al no haber

sido formalizado el contrato por escrito ni haberse hecho otorgamiento de poderes a la actora, parece ser que las facultades de la misma eran amplísimas y no necesitaban autorización de la titular. Ahora bien, la venta de todos los valores sin informar a la cliente, aun no siendo una extralimitación de facultades, sí es un abuso de éstas en perjuicio de los intereses de aquélla, contraviniendo los artículos 79 y 80.b) LMV, 255 y 260 del Código de Comercio y 1.714 del Código Civil, dando lugar así a la aparición del saldo deudor. Por tanto, la sociedad actora incurre en la responsabilidad culposa del artículo 1.726 del Código Civil, por lo que procede la compensación a favor de la demandada.

EXTINGUIDA UNA SOCIEDAD LIMITADA, NO SE PUEDE INVOCAR LA LEY ESPECIAL QUE LAS REGULA PARA EXIGIR RESPONSABILIDADES AL QUE FUE SU ADMINISTRADOR Y PEDIR LA RESTITUCION AL PATRIMONIO COMUN DE LOS ANTIGUOS SOCIOS DE FONDOS NO REPARTIDOS. DICHA RESTITUCION NO ES INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1998)

Una sociedad limitada familiar se extingue y cuatro de los antiguos socios (ocho hermanos) demandan a los otros cuatro para que restituyan al patrimonio común una suma determinada, así como la declaración de la responsabilidad del que fue administrador por fondos no repartidos y otras irregularidades. La demanda se desestima totalmente en primera instancia. En segunda instancia, la sentencia es revocada parcialmente, declarando la responsabilidad del administrador, quien recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso al rechazar los motivos basados exclusivamente en causas estrictamente procesales, particularmente el que alega que ha de aplicarse el artículo 13 de la LSL de 1953 (entonces vigente) para entablar la acción; este precepto no es aplicable porque la sociedad está ya extinguida. Tampoco estima la infracción del artículo 1.101 del Código Civil, porque se pide la restitución al patrimonio común de fondos no repartidos, no indemnización, que no es lo mismo que restitución.

UNA VENTA DE ACCIONES HECHA EN DOCUMENTO PRIVADO POR UNOS SOCIOS A OTRO PARA QUE ESTE, A SU VEZ, LAS VENDA A UN TERCERO Y HAGA REVERTIR EL PRECIO A LOS VENDEDORES ES, EN REALIDAD, UN NEGOCIO FIDUCIARIO DE APODERAMIENTO. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1998.)

Los propietarios de más de la mitad de las acciones de una Sociedad Anónima deciden venderlas a un tercero. En Junta Universal apoderan a otro socio para que realice la venta, pero lo hacen a través de la celebración de un contrato de compraventa en documento privado para después venderlas. Los vendedores reclaman la elevación a escritura pública y el pago de la suma principal más los intereses. En primera instancia se desestima la demanda debido a la alegación por el demandado de excepciones dilatorias, sin entrar en la cuestión de fondo. En la segunda instancia se revoca la sentencia en cuanto a las excepciones, pero se absuelve al demandado por la cuestión de fondo, considerándose el contrato como un negocio fiduciario de apoderamiento.

Recurrida la sentencia ante el TS, se desestima el recurso por considerar que la calificación del tribunal de instancia es correcta: se trata de un verdadero apoderamiento encubierto bajo una compraventa, por lo tanto, un negocio fiduciario, celebrado para conseguir otro fin distinto en provecho de los vendedores. Al no prosperar el negocio último que se perseguía, y no haberse hecho entrega de las acciones al demandado no procede la elevación a público del documento privado ni el pago de la suma exigida.

LA FALTA DE PAGO DEL PRECIO POR PARTE DEL COMPRADOR DA DERECHO AL VENDEDOR A RESOLVER LA COMPRAVENTA SIEMPRE QUE CUMPLA LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. RESUELTA LA VENTA, NO PROCEDE LA ELEVACION A PUBLICO DEL CONTRATO, NI LA ENTREGA, NI ACCIONES CONTRA POSTERIORES ADQUIRENTES DE LA COSA. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1998.)

El demandante reclama en juicio de menor cuantía el otorgamiento de la escritura pública del contrato de compraventa de un solar, la entrega del mismo, indemnización por daños y perjuicios y la declaración de nulidad de la inscripción de la finca a favor de los nuevos adquirentes, condenándoles a la pérdida de lo edificado sin indemnización alguna. Tiene lugar la acumulación de autos, así como la demanda de juicio de cognición promovida por uno de los titulares registrales, reclamando cierta cantidad al primer demandante. En primera instancia se desestiman todas las demandas acumuladas y estima la demanda en juicio de cognición. La Audiencia Provincial de León confirma esta sentencia. El demandante interpone recurso de casación.

La Sala de lo Civil desestima todos los motivos basados en supuestos defectos procesales y desestima también el motivo tercero: no se han infringido los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil por haberse acreditado el incumplimiento del comprador en su obligación de pago del precio, por lo que la vendedora tiene derecho a la resolución de la venta y lo comunica al comprador por acta notarial, necesaria para que el comprador tenga conocimiento de la voluntad de resolver.

LA FIANZA QUE GARANTIZA UN CONTRATO DE AGENCIA DE SEGUROS SIN PRECISAR LOS INSTRUMENTOS JURIDICOS QUE DIERON LUGAR A LA OBLIGACION NO SE EXTINGUE POR LA CELEBRACION DE UN CONTRATO POSTERIOR, SIEMPRE QUE LA OBLIGACION NO VARIE Y QUE EL SEGUNDO CONTRATO SE CELEBRE POR CONVENIENCIAS PERSONALES QUE NO AFECTEN A LOS HECHOS EN SI. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1998.)

Una compañía aseguradora demanda a la fiadora de un contrato de seguros una suma por la gestión de una cartera de seguros por la deudora principal (hija de la demandada). La demanda es estimada en primera instancia, pero esta sentencia es revocada en segunda instancia. La aseguradora recurre en casación y la Sala de lo Civil estima el recurso por las siguientes razones: se celebró un primer contrato con la deudora principal en 1983, garantizado por la fianza, para después celebrarse otro, con el mismo contenido en 1986;

este segundo contrato se debe a que en el primero la cartera era administrada por el esposo de la deudora principal, de quien se divorció posteriormente. La fiadora pretendió que la fianza se extinguió con el primer contrato, pero el TS estima que en la constitución de la garantía no se concreta la fuente de la obligación principal, que no varía en el segundo contrato, celebrado por motivos personales que no afectan a los hechos. La fianza, por tanto, se extiende al segundo contrato.

EL VENDEDOR NO TIENE DERECHO A RESOLVER LA VENTA SI SE HA ACREDITADO QUE EL COMPRADOR PAGO EL PRECIO, SI EL VENDEDOR NO PUEDE PROBAR LO CONTRARIO. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1998.)

La demandante reclama la resolución de la venta de una vivienda, la entrega de ésta, indemnización y cancelación de posibles asientos registrales a favor de la demandada, que contesta e interpone demanda reconvenzional pidiendo la devolución de una suma e indemnización. La sentencia en primera instancia desestima las dos demandas, y en segunda instancia se confirma la sentencia. La primera demandante recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso en los motivos procesales, particularmente en lo referente a la presentación de un recibo que la recurrente afirma no ser el del pago del precio, pero no dice qué es en realidad. Esto da lugar a que no se tengan por infringidos los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, porque las sentencias de instancia han declarado probado el pago del precio y la recurrente no puede probar lo contrario. Por tanto, la resolución no procede.

LA CLAUSULA DE LA POLIZA QUE ESTABLECE UNA PRESUNCION «IURIS TANTUM» A FAVOR DEL ASEGURADO (ART. 38 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO) SE DESVIRTUA EL PRINCIPIO GENERAL DEL 1.214 DEL CODIGO CIVIL. EN TODO CASO, LA PRESUNCION QUEDA DESTRUIDA POR OTRA PRUEBA MAS EFICAZ. (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1998.)

Dos compañías aseguradoras que han celebrado un contrato de coaseguro con una transportista de alimentos son demandadas por el pago de la suma asegurada en virtud de la cláusula convencional de «podredumbre terrestre» en caso de avería del camión frigorífico, en la que se establece, entre otros requisitos, el buen estado del camión y el de la mercancía al principio del viaje, así como la presunción a favor de la aseguradora de tal buen estado a falta de otras pruebas más eficaces, admitida expresamente en el artículo 38 LCS. La demanda se estima en primera instancia, mientras que la Audiencia Provincial la revoca basándose en la práctica de una prueba pericial, según la cual el daño se produjo en circunstancias no cubiertas por la póliza, quedando así destruida la presunción.

La demandante recurre en casación y la Sala de lo Civil declara la validez de la cláusula en virtud del artículo 1.255 del Código Civil y los artículos 1, 2, 3 y 38 LCS; pero tal cláusula no desvirtúa el artículo 1.214 del Código Civil, que impone la carga de la prueba al actor. No obstante, considera también

que la prueba pericial está ya valorada en la sentencia de instancia, por lo que no procede la casación.

La doctrina de esta sentencia es dudosa, ya que parece ir contra el principio «la norma especial deroga a la general», al referirse a la carga de la prueba. Aun así, estima el recurso por no entrar en la valoración de la prueba pericial que destruye la presunción, pues el recurso de casación no es una tercera instancia.

NO PROCEDE LA RESOLUCION DE UNA COMPRAVENTA EN VIRTUD DEL PRINCIPIO «ALIUD PRO ALIO» SI EL OBJETO ADQUIRIDO FUE EL MISMO QUE SE ENTREGO Y NO OTRO DISTINTO. LA PRESCRIPCION DE LA ACCION DEL 1.124 DEL CODIGO CIVIL ES LA DEL 1.964 DEL MISMO CODIGO. (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El demandante compra un cuadro expuesto en un local perteneciente a la sociedad demandada sin que ésta haya dado a nadie ningún dato sobre la autoría o la autenticidad del mismo. Varios años después, al intentar su venta, descubre que el cuadro es una copia del auténtico, por lo que demanda a la vendedora pidiendo la entrega del cuadro auténtico o, subsidiariamente, en caso de imposibilidad de cumplimiento, que se declare la resolución del contrato. La demanda se desestima en primera instancia, y en segunda instancia se confirma la sentencia.

El demandante recurre ante la Sala de lo Civil del TS, que rechaza el motivo de fondo no se considera infringido el principio *aliud pro alio* porque el comprador adquirió el cuadro que pertenecía a la sociedad vendedora sin que ésta hubiese aclarado en ningún momento que fuese el verdadero; es decir, el cuadro adquirido por el recurrente fue el mismo que se le entregó y no otro distinto, porque ése era el que estaba expuesto en el local de la vendedora. No puede instarse la resolución tan sólo por insatisfacción puramente subjetiva del vendedor, aunque ésta podría dar lugar a otro tipo de acciones, pero no a la del 1 124 del Código Civil.

No obstante, se estiman otros motivos procesales, sobre todo el que afirma que se trata de la acción del 1.124 y no la de los artículos 1.301 ó 1.490 del Código Civil, por lo que no ha prescrito, pues está sujeta a la regla general del 1.964 del Código Civil

AUNQUE UNA LETRA DE CAMBIO HAYA PERDIDO SU EFICACIA EJECUTIVA, NO PIERDE SU VALOR PROBATORIO DEL NEGOCIO JURIDICO SUBYACENTE, CUYO CUMPLIMIENTO PUEDE EXIGIRSE A TRAVES DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO. (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Se endosan varias letras de cambio en virtud de un contrato de compraventa en el que aparece como vendedor el endosante de dichas letras que sirven como pago al precio, que han pagado los vendedores (recurridos) al endosatario (recurrente). Todas las letras han sido atendidas, salvo la última, que ha perdido su fuerza ejecutiva por no reunir los requisitos esenciales del artículo 1 de la Ley Cambiaria, por lo que se demanda el pago en juicio de menor cuantía. En primera instancia se desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma la sentencia.

La Sala de lo Civil estima el recurso de casación al entender que una letra que no reúne todos los requisitos del artículo 1 de la Ley no tiene fuerza ejecutiva, pero es un documento oficial con todos los efectos del artículo 2 de la Ley; por tanto, mantiene el valor probatorio del negocio subyacente (la compraventa), y puede exigirse su cumplimiento mediante juicio declarativo ordinario.

PROCEDE LA RESOLUCION DE UNA PERMUTA CUANDO LOS CONTRATANTES INCUMPLEN LAS EXIGENCIAS QUE EN EL CONTRATO SE PACTARON EXPRESAMENTE COMO CONDICION RESOLUTORIA. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

En el contrato de permuta de un solar se pacta expresamente que los permutantes que lo reciben se comprometen a terminar las obras de una futura edificación en el plazo máximo de dieciocho meses desde el otorgamiento de la licencia (antes del 31 de diciembre de 1989), pero de no ser así el plazo empezaría a contar desde el 1 de enero de 1990, considerándose condición resolutoria la no terminación de las obras en dicho plazo, salvo causa de fuerza mayor. La licencia se solicitó el 15 de noviembre de 1990, y se concedió el 31 de enero de 1991. Los permutantes fueron requeridos por la otra parte para que en el plazo de quince días entregasen la posesión de la finca para comenzar la construcción del edificio.

Los primeros permutantes demandan a los segundos pidiendo que se declare la plena validez jurídica de la permuta, la entrega del solar (previa cancelación de los asientos registrales que se opongan a su adquisición de dominio) y a la indemnización. Los demandados contestan y formulan reconvencción para que se declare resuelto el contrato y se cancelen todos los asientos a los que haya dado lugar. En primera instancia, se desestima la demanda de una parte y se estima la reconvencción de la otra. La Audiencia Provincial confirma la sentencia.

Los actores reconvenidos recurren en casación y la Sala de lo Civil desestima el recurso por las siguientes razones: el motivo invocado es la aplicación indebida del artículo 1.124 del Código Civil, pero la sentencia recurrida no lo aplicó en ningún momento, sino que funda la resolución en los artículos 1.114, 1.117 y 1.119 del Código; además, la declaración de incumplimiento es una cuestión de hecho reservada al tribunal de instancia, que considera que se ha cumplido la condición resolutoria, sin que se haya probado que la falta de comienzo de la obra se debió a causas no imputables a los actores recurrentes.

SE CUMPLE EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL SI LA PARTE ACTORA APORTA LAS PRUEBAS DE LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACION. NO SE DIVIDE LA CONFESION CONTRA QUIEN LA HACE SI RECONOCIO LOS HECHOS EN LA CONTESTACION A LA DEMANDA EN CUANTO A LAS PRIMERAS POSICIONES, PERO ALEGA HABER CUMPLIDO LO QUE SE ALEGA EN LAS SIGUIENTES SIN APORTAR NINGUNA OTRA PRUEBA. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Una compañía vende a otra una partida de prendas de vestir, y la demanda exigiendo el pago del precio y los intereses legales. Se desestima en primera

instancia. La Audiencia Provincial revoca la sentencia parcialmente, reconociendo del derecho de la actora, pero modificando la cantidad de la suma debida.

La demandada recurre en casación alegando (aparte de otras cuestiones estrictamente procesales) que se infringe el artículo 1.214 del Código Civil al invertirse la carga de la prueba sobre las relaciones entre la actora y la demandada, así como el artículo 1.233, acusando a la sentencia recurrida de dividir la confesión al atribuir valor probatorio a las respuestas dadas a las tres primeras posiciones del pliego y negar dicho valor a las dadas en las restantes posiciones.

La Sala de lo Civil desestima el recurso al constatar que la actora ha demostrado la existencia del contrato presentando las facturas como prueba y es a la demandada a quien toca probar que realizó el pago de las mercancías cuyo importe se reclama (pues las facturas se refieren a otras operaciones, aparte de la compraventa), por lo que la carga de la prueba no se invierte. Tampoco estima dividida la confesión contra el recurrente porque las tres primeras posiciones se refieren a la existencia de las relaciones comerciales y suministro de las mercancías por la actora, hechos reconocidos en la contestación a la demanda que no necesitan de prueba; las otras posiciones se refieren a la falta de pago del precio que el recurrente alega haber hecho, pero sin aportar ninguna otra prueba.

SI EN LA COMPRAVENTA NO SE PAGA EL PRECIO Y SE HA HECHO EL REQUERIMIENTO POR EL COMPRADOR SEGUN EL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL PROCEDE LA RESOLUCION. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1998)

Una sociedad constructora suscribe con un cliente un contrato de compraventa en documento privado; un mes más tarde celebran un segundo contrato que no varía respecto del primero, salvo que el precio fijado se sube; uno y otro son anulados. Se celebra un tercer contrato, calificado de compraventa pero titulado de «opción de compra», igual al primero, pero con unas cláusulas sobre hipoteca que podía contraer la vendedora y percibir el importe del crédito hipotecario como parte del precio (la constructora vende un local ya sujeto a hipoteca unilateral a favor de un tercero que aún no ha aceptado), y se pacta el pago a cuenta de una parte del precio, fijándose un plazo para pagar el resto. Pasado el plazo sin haberse pagado el precio, el vendedor hizo al comprador un requerimiento notarial de resolución; el comprador se opuso y consignó el precio a pagar en poder del notario para su entrega al vendedor una vez otorgada la escritura.

El comprador demanda al vendedor para que se elevara a público y se cumpliera el primer contrato; el vendedor demanda, a su vez, la resolución por impago del precio y el cumplimiento de la cláusula penal fijada como indemnización por daños y perjuicios. En primera instancia, se desestima la primera demanda y se estima en parte la segunda al moderar la cuantía de la cláusula penal. La Audiencia Provincial revoca la sentencia declarando que el tercer contrato subsiste y ha de elevarse a escritura pública, pero el demandante debe también pagar el precio, aparte de otros pronunciamientos.

Ambas partes recurren en casación, y la Sala de lo Civil declara improcedente el recurso del comprador por referirse a una sentencia incongruente

extra petitum. Estima el recurso del vendedor porque en el contrato se fija el precio a pagar y el plazo en que ha de hacerse, con la facultad ya mencionada sobre el crédito hipotecario; al no hacer nada el comprador para pagar dentro del plazo, y hecho el requerimiento notarial por el vendedor, se cumple el artículo 1.504 del Código Civil y puede resolverse la venta. No hay motivo para la moderación de la cláusula penal.

UN CONTRATO ATÍPICO ES VÁLIDO SI EXISTE CAUSA Y EL OBJETO ESTÁ DETERMINADO, AUNQUE SEA RELATIVAMENTE. NO HAY INCUMPLIMIENTO SI LOS CONTRATANTES HAN HECHO TODAS LAS GESTIONES NECESARIAS PARA CUMPLIR Y NO HAN PODIDO POR CAUSAS QUE NO LES SON IMPUTABLES. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1998.)

Se celebra un contrato atípico, similar a la permuta, sobre un solar que ha de entregar una de las partes a cambio de unas naves construidas más una suma de dinero. En el contrato se establecen unas cláusulas sobre el precio, propiedad de las naves y facultad de separación si no se les concede la licencia de obras. Los dueños del solar interponen demanda pidiendo el cumplimiento del contrato e indemnización, la demandada contesta pidiendo la desestimación o, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento. Se estima la demanda en primera instancia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia.

La demandada recurre en casación y la Sala de lo Civil declara válidas las citadas cláusulas, así como la validez de todo el contrato, en el que hay causa, por lo que no puede decirse que haya simulación absoluta. Si el objeto del contrato está relativamente indeterminado (cosa que la Sala no reconoce en este caso concreto) no se anula el contrato por ello, sino que se aplica el artículo 1.167 del Código Civil. Tampoco hay incumplimiento, porque los recurridos han hecho todas las gestiones para obtener la licencia y hubo dilación por causas que no les son imputables, aparte de que ya habían encargado la redacción del proyecto; muchas de estas gestiones las hicieron con la parte recurrente.

EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO POR EL VENDEDOR DE LA OBLIGACIÓN DE ELEVAR A PÚBLICO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DA DERECHO AL COMPRADOR A EXIGIR TAL ELEVACIÓN, SIN PERJUICIO DE DISCUTIR EL CUMPLIMIENTO DE PACTOS NO ESENCIALES EN OTRO PROCESO. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1998.)

Una SA vende una vivienda y el contrato se celebra en documento privado, estableciéndose diversas cláusulas en cuanto al otorgamiento de escritura pública, entrega de la cosa, gastos y otras obligaciones. El comprador reclama el cumplimiento del contrato, y su demanda se estima en primera instancia. La Audiencia Provincial revoca la sentencia.

El demandante recurre en casación ante la Sala de lo Civil, que establece la infracción del artículo 1.461 del Código Civil, pues el vendedor no ha entregado la cosa vendida ni ha otorgado la escritura alegando el incumplimiento por el comprador de pactos accesorios que no se consideran esenciales, mientras que el demandado no ha pedido la resolución del contrato, ni su cumplimiento, ni ha formulado reconvencción pidiendo el cumplimiento de esos pactos accesorios, sino que sólo ha pedido la desestimación de la deman-

da sin más. En la sentencia de instancia se ha probado, en cambio, que el comprador cumplió sus obligaciones esenciales. Se declaran también infringidos los artículos 7 y 1.256 del Código Civil porque el vendedor no puede subordinar el otorgamiento a exigencias unilaterales. Condena, por tanto, al otorgamiento de la escritura, sin perjuicio de entablar otro proceso para decidir sobre el cumplimiento de los pactos accesorios.

EL MANDATARIO DEBE RENDIR CUENTAS DEL MANDATO Y ABONAR AL MANDANTE LO RECIBIDO EN VIRTUD DEL MISMO, SEGUN EL ARTICULO 1.720 DEL CODIGO CIVIL, SIN QUE SE PUEDA ALEGAR EN CONTRA QUE NO CORRESPONDE A LOS ACTORES ALEGAR OTRA ACCION QUE LA DE DEMOSTRAR LAS INEXACTITUDES DE LAS CUENTAS (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1998.)

Cinco personas apoderaron a otra para adquirir una finca rústica, fijando, una vez efectuada la compra, sus respectivas porciones de participación y otra más a favor del mandatario; éste vende su parte y también la de los actores a un tercero. Los mandantes demandan al mandatario para que rinda cuentas de sus operaciones y las cantidades que les corresponden por sus respectivas participaciones, así como la declaración del traspaso de los límites del mandato y la consiguiente indemnización por daños y perjuicios. El mandatario, a su vez, formula reconvencción alegando haber cumplido la obligación y exigiendo responsabilidad a dos de los demandantes como administradores de una SA para abonar al demandado una cantidad que le corresponde por la que el comprador de la finca no ha abonado en efectivo porque ha asumido deudas de tal SA, que por dicho importe gravaban la finca. Se estima parcialmente la demanda en primera instancia y la Audiencia Provincial revoca la sentencia al estimar que las cuentas se han rendido y los actores no pueden entablar más acción que la de demostrar la inexactitud de las mismas.

Los actores recurren ante la Sala de lo Civil, que declara, en efecto, la obligación del mandatario de dar cuenta de sus operaciones y de abonar al mandante lo recibido en virtud del mandato (art. 1.720 del Código Civil). Las pruebas practicadas en autos demuestran que la rendición de cuentas presentada era absolutamente incorrecta, y de la apreciación de ellas, el Juzgado de primera instancia llegó incluso a determinar el resultado, sin necesidad de dejar la cuestión para ejecución de sentencia; no es admisible como solución única y forzosa la propuesta por la Audiencia, pues la demanda lo mismo podía impugnar partidas concretas que pedir una nueva rendición, innecesaria como consecuencia de la actividad probatoria.

NO HAY IMPUTACION INADECUADA DE PAGOS SI LA OBLIGACION NO SE HA EXTINGUIDO POR NO HABERSE SATISFECHO LA TOTALIDAD DE LA DEUDA. NO SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA SI LA SEGUNDA INSTANCIA LLEGA A CONCLUSIONES DISTINTAS DE LA PRIMERA BASANDOSE EN LAS MISMAS PRUEBAS (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1998.)

Una SA demanda a una Comunidad de Propietarios una cantidad determinada más los intereses por suministros de carbón y gastos del calefactor

contratado para la atención de las calderas. En primera instancia se desestima la demanda; la Audiencia Provincial revoca la sentencia.

La Sala de lo Civil desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad al rechazar (aparte de cuestiones meramente procesales) que haya habido inversión de la carga de la prueba (art. 1.214 del Código Civil), porque cada parte ha presentado las pruebas que les corresponde, y la Audiencia Provincial se ha limitado a sacar de ellas una conclusión distinta de la del Juzgado de primera instancia. Tampoco ha hecho la sentencia impugnada una imputación inadecuada de los pagos (que, según la recurrente, vulnera el art. 1.156 en relación con los arts. 1.172 a 1.174 del Código Civil, porque no ha tenido en cuenta que las aportaciones económicas hechas por la recurrente correspondían a las facturas entregadas por la actora) porque la obligación de la Comunidad no se extinguió por no haber satisfecho la totalidad de la deuda con la recurrida, de manera que el Tribunal de instancia ha aplicado los abonos realizados al saldo resultante.

LA INTERPRETACION Y APLICACION DE UN CONTRATO HECHAS CON BASE EN LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL DE INSTANCIA DECLARA PROBADOS SON CORRECTAS PARA DETERMINAR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL MISMO (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1998.)

Una SL y una persona física celebran un contrato atípico, bilateral, oneroso, complejo en forma de colaboración, consistente en la introducción y venta en el mercado de los productos diseñados por dicha persona y producidos por la sociedad. El diseñador dio por resuelto el contrato por la facultad concedida en la cláusula decimosexta, hecho que admite la sociedad, que demanda a la otra parte por reclamación de una cantidad determinada más los intereses legales. En primera instancia se desestima la demanda; en segunda, se revoca parcialmente la sentencia y estima la demanda en cuanto a una cantidad menor basándose en el pago que se le debe al demandado de ciertos perjuicios por falta de producción de muestrarios y por inexistencia de una red de ventas adecuada, debiendo probar el demandado, a su vez, la inversión de las aportaciones hechas por la actora en la promoción y publicidad de los productos.

El demandado recurre en casación y la Sala de lo Civil desestima el recurso al decir que los motivos del mismo no tienen más finalidad que combatir el resultado de la prueba realizada en la segunda instancia; no se deja de reconocer la fuerza obligatoria de los contratos ni se interpretan éstos torcidamente si se hace conforme a los hechos que el Tribunal de instancia considera probados.

EN EL ARRENDAMIENTO DE OBRA, SI EL CONTRATISTA EJECUTA OBRAS FUERA DEL PRESUPUESTO APROBADO VERBALMENTE POR EL PROPIETARIO, ACTUA COMO MANDATARIO DEL MISMO Y NO SE EXTRALIMITA EN SUS FACULTADES CUANDO LA AUTORIZACION DEL MANDANTE ES TACITA POR HABERSE HECHO LAS OBRAS SIN REPAROS POR SU PARTE. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1998.)

Una sociedad constructora demanda a otra entidad mercantil reclamando una determinada cantidad más los intereses legales por la ejecución de obras

fuera del presupuesto como consecuencia del contrato de arrendamiento de obra celebrado por ambas. El presupuesto de dicha obra se aprobó verbalmente y se firmó por uno de los facultativos. La constructora limitó sus trabajos a los quince primeros capítulos del presupuesto, pero realizó también trabajos que en la demanda se consideran adicionales. En primera instancia, se rechazó íntegramente la demanda; en segunda instancia, se revocó la sentencia y se estimó la demanda, aunque reduciendo la cuantía de la suma reclamada. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima los motivos procesales, en los que se discute el valor probatorio del informe pericial sobre los trabajos adicionales; desestima también los motivos del Derecho sustantivo, basados en una posible infracción de los artículos 1.593 y 1.727 del Código Civil, al establecer que, puesto que los arquitectos han dado el visto bueno al presupuesto verbal, son mandatarios del dueño de la obra; si realizan trabajos fuera de presupuesto, no se admite que hayan traspasado los límites de su mandato, porque existe una autorización tácita del dueño (que no hizo reparos a la ejecución de los trabajos adicionales). Además, las obras en cuestión aparecen autorizadas por los arquitectos redactores del proyecto, lo que tiene suficiente virtualidad para determinar una ejecución de obra consentida por el dueño de la misma.

NO HAY ENRIQUECIMIENTO INJUSTO CUANDO EL DESPLAZAMIENTO PATRIMONIAL SE HACE EN VIRTUD DE UN CONTRATO NO DECLARADO NULO Y, POR TANTO, DOTADO DE LEGALIDAD. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1998.)

Un matrimonio adquirió una casa constante matrimonio, que fue inscrita en el Registro como ganancial. Años después, la esposa vendió la casa a su sobrina por documento privado. Fallecida la sobrina, el esposo e hijo de ésta tramitaron expediente de dominio e inscribieron a su nombre el dominio de la finca, que fue permutada después a terceros y, después, aportado a una SL, a cuyo nombre está ahora inscrita la finca. Las nietas del marido (primer titular de la finca) demandan al viudo e hijo de la sobrina de la esposa (primera titular) por la declaración de la vigencia de la inscripción registral del inmueble como bien ganancial de dicho matrimonio; la nulidad de la venta hecha por la esposa a su sobrina; la nulidad de la inscripción a favor de los demandados, sustituyéndola por inscripción a favor de las demandantes, reclamación de unas sumas determinadas en caso de venta o permuta y de indemnización.

En primera instancia, se estima la demanda en cuanto a las peticiones primera y cuarta y se desestima en cuanto a las demás, particularmente en cuanto a la declaración de nulidad del contrato privado, que se considera que no ha lugar. En segunda instancia, se absuelve a los demandados. Las demandantes recurren en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso por haberse invocado en los motivos preceptos legales que no fueron invocados en el proceso ni constituyen base de la sentencia recurrida, además de no ser aplicables a la cuestión. Y, en cuanto al último motivo, que alega enriquecimiento injusto, lo rechaza porque, amén de no constar en las actuaciones la liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio primer titular, la transmisión de la finca se debe a un contrato no declarado nulo por ninguna de las dos instancias, lo mismo que los asientos registrales que se derivan de él. Al ser válido el contrato, hay causa justa.

SI SE DECLARA PROBADO EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS POR NO OBTENERSE EL RESULTADO CONVENIDO, NO PROCEDE LA RECLAMACION DE CANTIDAD EN CONCEPTO DE HONORARIOS (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1998.)

Un abogado ofrece sus servicios a una SA por medio de unas cartas a un amigo suyo, accionista de la entidad. Dichos servicios consisten en gestionar la obtención de préstamos en divisas y conforme al funcionamiento de un mercado con sede en el extranjero, determinándose los honorarios siempre que el costo no exceda de un determinado porcentaje anual; en la primera carta se compromete a renunciar a la minuta si el negocio no llega a buen fin; en la segunda, da los términos en que se ha de celebrar el negocio y pide la aceptación y las debidas autorizaciones de la SA. La SA autoriza, reservándose expresamente la facultad de aceptar o no los términos y condiciones y obtener créditos en moneda extranjera. Pero los contratos que finalmente celebra el abogado son préstamos ordinarios hipotecarios, celebrados con entidades españolas y en pesetas, por lo que no recibe sus honorarios por no ajustarse los contratos a lo pactado. El abogado demanda a la SA y se desestima la demanda en primera instancia. La Audiencia Provincial confirma la sentencia.

El demandante recurre en casación y la Sala de lo Civil desestima el recurso porque, siendo evidente y probado en las sentencias de instancia que los contratos celebrados no se ajustan a lo pactado expresamente en el contrato de servicios, no se ha obtenido el fin perseguido (ésta es una cuestión de hecho que corresponde apreciar a los Tribunales de instancia), por lo que el abogado no puede reclamar los honorarios a los que voluntariamente renunció llegado tal caso. No se infringen las reglas de interpretación de los contratos por la claridad de los antecedentes y términos de éste en particular.

LA PRESUNCION DE COSA JUZGADA SOLO SURTE EFECTO MIENTRAS SE RESPETE LA EXIGENCIA DE «TRIPLE IDENTIDAD» DEL ARTICULO 1.252 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1998)

En 1982, el recurrente celebra con los recurridos un contrato de obra cuyo cumplimiento demanda después; el Juzgado de 1.ª Instancia condenó a los demandados a entregar la obra, sentencia confirmada en apelación y casación. En 1992, el actor demandó ante el mismo Juzgado a los mismos demandados, exigiendo indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento de dicho contrato. Los demandados formularon reconvencción para que el demandante les abonara una cierta suma más los intereses legales. En primera instancia, se desestimaron la demanda y la reconvencción. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia.

La Sala de lo Civil estima el recurso de casación interpuesto por el demandante al admitir el motivo principal: infracción del artículo 1.252 del Código Civil. En efecto, se entiende por «cosa juzgada» la imposibilidad de que lo resuelto en un determinado proceso no pueda ser debatido en nueva contienda judicial si se dan los supuestos de «triple identidad» a los que el citado artículo se refiere. Sin embargo, los límites de la cosa juzgada deben ser coincidentes con los límites exactos del objeto del proceso, y, por tanto, la cosa juzgada comprenderá lo que efectivamente se ha resuelto en la sentencia. Lo que significa que no es necesario que el titular de varios derechos los

ejercite en su totalidad y conjuntamente contra la misma persona, sino que puede hacerlo parcialmente, de forma que no surte efecto de cosa juzgada la resolución de una de esas acciones respecto a un ejercicio futuro de las otras. Además, para que haya cosa juzgada ha de haber contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de forma que no pueda haber armonía entre esos dos fallos. En este caso concreto hay una falta absoluta de identidad entre el objeto del primer proceso (cumplimiento del contrato) y el del actual (indemnización), pues se trata de dos acciones distintas, aunque podrían haber sido ejercitadas conjuntamente, pero el actor no estaba obligado a ello. Por tanto, falta la identidad de cosas y causas (art. 1.252), necesaria para el éxito de excepción de la cosa juzgada.

Por todo lo dicho anteriormente, el recurrente tiene derecho a demandar indemnización por incumplimiento de contrato, y, puesto que ha habido incumplimiento, tal indemnización se le debe.

EL INCUMPLIMIENTO DEL «DEBER DE FIDELIDAD» POR EL PROFESIONAL CUYOS SERVICIOS SE CONTRATAN ES MOTIVO EVIDENTE PARA PEDIR LA DEVOLUCION DE DOCUMENTACION Y LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1998)

Una SA demanda a un abogado para que éste devuelva los expedientes de la sociedad que estaban a su cargo e indemnice por negligencia en el cumplimiento de los servicios que debía prestar. Se estima la demanda en primera instancia y se revoca la sentencia en la segunda. La actora recurre en casación.

La Sala de lo Civil establece que el profesional cuyos servicios se contratan tiene la obligación esencial de prestarlos y también el llamado «deber de fidelidad» (aceptado por la doctrina y la jurisprudencia con base legal en el art. 1.258 del Código Civil y en el fundamento del contrato de servicios). Este deber incluye el deber de informar adecuadamente al cliente y custodiar los documentos que reciba del mismo como consecuencia de su actuación profesional, y esto se exige no sólo durante la vigencia del contrato, sino también como consecuencia de su extinción; como el contrato está fundado en una relación de confianza (*intuitu personae*), puede disolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes.

En este caso (como declara expresamente la sentencia de instancia) el abogado incumplió el deber de información y no entregó la documentación cuando le fue pedida por su cliente. Por tanto, ha faltado al «deber de fidelidad» y debe devolver los documentos e indemnizar a la actora por daños y perjuicios (cuya existencia, si son patentes, no hace falta probar, sino sólo su cuantía, en autos o en ejecución).

LA NULIDAD DE UNA ESCRITURA POR RETROACCION DE LA QUIEBRA ROMPE EL NEXO CAUSAL ENTRE LA NEGLIGENCIA DEL NOTARIO AL INCIDIR EN DEFECTO SUBSANABLE Y EL IMPORTE DE LA DEUDA QUE GARANTIZABA LA HIPOTECA POR DAÑO RECLAMADO. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1998.)

En 1992 se otorgó ante un notario una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria por la que una sociedad constructora (repre-

sentada por una persona) reconoció adeudar a la recurrente (una SL) una suma para cuyo pago aceptó cuatro letras, y otra sociedad (representada por la misma persona que la constructora) constituyó segunda hipoteca sobre una finca de su propiedad para garantizar el pago de dicha deuda. Se presenta la escritura en el Registro de la Propiedad, retirándose después por caducidad al no haberse pagado el ITP y AJD, hasta que se puso dinero a disposición del notario, pagándose posteriormente. El documento vuelve a presentarse y se suspende la inscripción por estar la entidad deudora y la hipotecante representadas por la misma persona, es decir, hay autocontratación y se pide la ratificación de la Junta General de la sociedad hipotecante. El asiento caduca por no devolución del documento dentro del plazo con subsanación del defecto sin que éste se hubiera hecho constar en la escritura, en la que el notario afirmó que los comparecientes gozaban de plena capacidad para el otorgamiento. Mientras tanto, se han anotado siete embargos a favor de terceros y la sociedad hipotecante quiebra. La SL acreedora (recurrente) demanda a la SA deudora, a la aseguradora y a los herederos del notario por la negligencia de éste, que, según la demanda, le impide ejecutar la hipoteca.

En primera instancia se estima la demanda; la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La demandante recurre en casación.

La Sala de lo Civil no admite la infracción del artículo 22 LH en relación con el artículo 146 RN, porque la demora en el pago del impuesto es imputable a la actora o a un tercero, pero en ningún caso a los demandados. Y aunque hubo negligencia por parte del notario, la retroacción de la quiebra de la SA hipotecante anula todos los actos a los que alcanza tal retroacción (entre ellos, la hipoteca), y se trata de una nulidad intrínseca y absoluta que no precisa declaración judicial de invalidez de los actos afectados. No se acepta la infracción de los artículos 34 y 132 LH por estimar que no está ante supuestos de tercero hipotecante. Puesto que la hipoteca ha quedado anulada, la nulidad de la escritura de su constitución rompe el nexo causal en cuanto al enlace de la negligencia del notario con el daño objeto de reclamación, limitado al importe de la deuda garantizada, sin perjuicio de otros daños, la nulidad absorbe la negligencia e impide que ésta produjese el daño pretendido.

EL EMPRESARIO QUE CONTRATE O SUBCONTRATE CON OTRO UNA OBRA TIENE LA OBLIGACION DE COMPROBAR QUE EL CONTRATISTA O SUBCONTRATISTA ESTA AL CORRIENTE DE PAGO A LA SEGURIDAD SOCIAL, SIEMPRE QUE LA OBRA SE CORRESPONDA CON LAS ACTIVIDADES DEL EMPRESARIO. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1998.)

Una SL promotora concierta una obra de carpintería con una SA en el edificio promovido por la primera. La SA no acabó la obra dentro de plazo, por lo que la promotora resolvió el contrato y celebró otro con otras empresas. La SA demanda a la promotora el pago de una determinada suma más los intereses legales en pago de sus servicios, y la demandada formula reconvencción alegando la resolución por incumplimiento, señalando que debe una cantidad menor (de la que se hacen ciertas deducciones), y que el pago de la misma está condicionado a que la demandante presente previamente los justificantes de pago de las cuotas de Seguridad Social y de las nóminas de los trabajadores. En primera instancia se desestima la demanda y se estima la

reconvencción. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia al disponer que la demandada ha de pagar la suma establecida en la reconvencción, pero sin que el pago esté sometido a hecho o condicionante alguno; confirma los demás pronunciamientos de la sentencia de primera instancia. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso al entender que la responsabilidad solidaria del empresario con sus contratistas o subcontratistas por obligaciones salariales o hacia la Seguridad Social (art. 42 ET de 1980) sólo se aplica a los casos en que los empresarios subcontratan obras o servicios correspondientes a su propia actividad, lo que no se da en el caso presente (la demandante se dedica a la carpintería y la demandada a la promoción inmobiliaria); además, era la demandada la que tenía obligación de comprobar dichos pagos (según el citado artículo), y no lo hizo en ningún momento, dejando también transcurrir el plazo legal para exigir responsabilidad alguna que requiera justificación.

LA RESOLUCION DE UNA VENTA POR FALTA DE PAGO ES PROCEDENTE SI SE CUMPLEN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL DE INSTANCIA DECLARA PROBADOS NO SON MATERIA DEL RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1998.)

Una incapaz vende su piso (obtenida la correspondiente autorización judicial) a la arrendataria del mismo que está alojada en él. Como la compradora no paga más que una parte del precio que no llega al 10 por 100 del total, se le hace requerimiento por telegrama, y habiendo hecho caso omiso, la venta se resuelve por acto de conciliación. La compradora no desaloja el piso, por lo que la madre de la vendedora la demanda para que lo haga, ofreciéndole las cantidades recibidas como parte del precio. Se estima la demanda en primera instancia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso porque considera cumplidos todos los requisitos del artículo 1.504 del Código Civil (porque la resolución hecha en acto de conciliación es requerimiento judicial), y porque ve que el motivo invocado (infracción de la jurisprudencia) es un intento de combatir la apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia; si éste declara probados los hechos en que se funda su resolución, ya no son revisables por vía casacional, por no ser ésta una tercera instancia.

LA APRECIACION DE LA EXISTENCIA DE CAUSA O DE POSIBLES VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO ES UNA CUESTION DE HECHO Y NO ATACABLE POR VIA CASACIONAL. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1998.)

El recurrente adquirió por venta una opción de compra sobre dos fincas (derecho que el comprador adquirió a su vez de terceros). El vendedor le demanda por el pago de la venta. Se estima la demanda en primera instancia y se confirma la sentencia en segunda instancia. El demandado recurre en casación.

Se desestima el recurso por entenderse que los motivos invocados (falta de causa por no ser el vendedor verdadero titular del derecho de opción y consentimiento viciado del comprador por creer que contrataba con el titular) son cuestiones de hecho, cuya apreciación corresponde al Tribunal *a quo* y debe ser mantenida y respetada en casación.

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS ES FUNCION EXCLUSIVA DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA, SALVO QUE CONCLUQUE LAS NORMAS DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1998.)

Una sociedad compró en el extranjero maquinaria para su fábrica y contrató a otra entidad para transportar la maquinaria dentro de unos plazos determinados conforme a los cuales se iría pagando el precio, prestando un aval bancario a favor de la transportista por un plazo concreto. Transcurrido el plazo fijado en el aval, la sociedad resuelve el contrato por no haber cumplido la transportista por completo en el tiempo que se le fijó. La transportista demanda a la sociedad y al Banco por una determinada suma más los intereses legales, y reclama también que la garantía se estima mancomunada. La primera instancia desestima la demanda y la segunda instancia confirma la sentencia. El demandante recurre en casación.

Se desestima el recurso por entenderse que los motivos invocados (principalmente, infracción de las normas del Código Civil sobre interpretación de los contratos) no se sostienen: la función de interpretación contractual corresponde a los Tribunales de instancia y debe ser mantenida en casación, a no ser que conculque las normas del Código Civil; aquí no se da el caso, pues los términos del contrato son claros y también está claro que ha habido incumplimiento por parte del recurrente, como declara probado la sentencia recurrida, por lo que la resolución del contrato y la extinción del aval son ajustadas a Derecho.

SI EL DEUDOR DEJA DE PAGAR LAS RENTAS DEL «LEASING» POR HABER SOLICITADO LA DECLARACION DE SUSPENSION DE PAGOS Y RECONOCE QUE LA SOCIEDAD ARRENDADORA ES PROPIETARIA DE LOS BIENES, SE TRATA DE MUTUO DISENSO Y NO HAY APLICACION INADECUADA DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL PARA PONER FIN AL CONTRATO. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1998.)

Una sociedad de *leasing* celebra un contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles con una SL, siendo avalistas dos personas físicas. Posteriormente, la SL pidió la declaración de suspensión de pagos y cesó en el pago de las rentas, reconociendo la propiedad de la sociedad arrendadora sobre los bienes; los avalistas se encuentran en absoluta insolvencia. La arrendadora demanda a la SL y a los avalistas el pago de las rentas vencidas y no satisfechas, las que se devenguen hasta la ejecución de la sentencia, la cláusula penal pactada y los intereses legales. Los avalistas no contestan y son declarados en rebeldía. La demanda es estimada en primera instancia y la sentencia es revocada parcialmente en la segunda instancia, que declara resuelto el contrato y reduce la suma que ha de pagarse a la demandante, a quien ambas

sentencias declaran que pertenece la propiedad de los bienes. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil declara que el primer motivo no puede admitirse porque alega infracción del artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, que se refiere a la oposición al convenio, pero la sentencia recurrida reconoce que la acreedora se sometió al convenio y deberá seguir para cobrar las vicisitudes del expediente concursal, por ser un crédito de naturaleza común; el segundo motivo que invoca la inaplicación del artículo 1 124 del Código Civil, tampoco es admisible, porque si el contrato vence por impago, el deudor reconoce tal impago y devuelve voluntariamente los bienes, hay mutuo disenso y el contrato se da por terminado y no produce más obligaciones. Si el demandado quería evitar las consecuencias económicas debió haber combatido las partidas vencidas y no se dice nada de ellas en el recurso.

LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA ES PROCEDENTE SI EL OBJETO NO ES APTO PARA EL USO AL QUE SE LE DESTINA (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1998.)

Una SA demanda a una persona física el pago del precio de la venta de semillas de algodón para consumo animal. El demandado formula reconvencción pidiendo la nulidad de la compraventa (por no ser aptas las semillas para el uso que les había destinado) y la devolución recíproca de las prestaciones hechas: que se condene a la demandante a devolver la parte del precio entregada y a indemnizar daños y perjuicios; subsidiariamente, se pide la resolución del contrato con las mismas consecuencias. En primera instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial revoca la sentencia y estima parcialmente la reconvencción al resolver el contrato. La demandante recurre en casación.

La Sala de lo Civil declara que en las sentencias de instancia se practicó la prueba pericial que demostró que el objeto no era apto para el uso que el comprador quería darle. La valoración de la prueba y los hechos probados en dichas sentencias no son susceptibles de casación, pues ésta no es una tercera instancia. Los hechos determinan la procedencia de la resolución, caso al que no son aplicables los preceptos invocados en los motivos.

EN LOS CONTRATOS RECIPROCOS DE MANDATO RETRIBUIDO SUBSISTE LA FACULTAD DE REVOCAR CUANDO SE HA ESTABLECIDO UN PLAZO DETERMINADO DE DURACION, PERO SI UNA DE LAS PARTES IMPONE LA REVOCACION SIN CAUSA JUSTIFICADA, HA DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA OTRA (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1998.)

Una SL celebra un contrato con una SA para la prestación de servicios industriales por cuenta y riesgo de la SL a favor de la SA (se enumeran en el contrato); se fija el precio y la forma de pago, así como el plazo de duración (tres años prorrogables a contar desde el día de la fecha del contrato). La SL realiza los servicios encomendados y la SA le requiere notarialmente de resolución antes de transcurrir el plazo señalado. La SL demanda sus honorarios e indemnización por daños y perjuicios, más los intereses de unos y otra. La

demandada formula reconvención para que se declare nulo el contrato mixto de prestación de servicios y, subsidiariamente, se desestime la demanda. La primera instancia estima la demanda y desestima la reconvención, y la segunda instancia confirma la sentencia. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil declara que la calificación del contrato (que la demandada dice ser atípico y mercantil y que la sentencia impugnada dice ser de arrendamiento de servicios) carece de trascendencia, pues es igualmente un contrato recíproco de duración preestablecido. Por tanto, es un mandato retribuido al que la jurisprudencia aplica la doctrina de que en estos contratos pueden igualmente ser revocados aunque se haya fijado un plazo de duración en interés de ambos contratantes, pero si se impone la revocación por el mandante antes del transcurso del plazo sin demostrarse justa causa (incumplimiento), éste debe indemnizar al mandatario los daños y perjuicios que le cause.

M.^a C. C. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

SUBROGACION ARRENDATICA.—LA INDIVISION EN LA SUCESION DEL ARRENDAMIENTO QUE ESTABLECE EL ARTICULO 8 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS PUEDE SER DEROGADA POR LA VOLUNTAD DEL ARRENDADOR, PORQUE NO LO PROHIBE LA LEGISLACION ARRENDATICA, YA QUE NO ES DE ORDEN PUBLICO ESTA CARACTERISTICA, SIENDO VALIDO EL CONVENIO ENTRE EL ARRENDADOR Y LOS SUCESORES DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1994.)

El Juzgado de Carballo estimó la demanda, pero la Audiencia de La Coruña revocó la anterior.

No procede la casación. Dos hermanas, sucesoras de su padre en el arrendamiento de un lugar acasado, demandan a sus otros dos hermanos pidiendo la nulidad de la escritura de arrendamiento, suscrita por estos últimos con la arrendadora, por haber sido elegida una de las dos como sucesora por mayoría de los que tenían derecho a suceder en dicho arrendamiento. Como vimos, la Audiencia, revocando la sentencia de 1.^a Instancia, desestimó la demanda, lo que confirma el Tribunal Supremo, atribuyendo eficacia a la partición entre los herederos del arrendatario. El artículo 8 LAR regula la sucesión del arrendatario y tiene como presupuesto la indivisión del arrendamiento, por lo que, si son varios, ha de elegir a uno, pero esta indivisión puede ser derogada por voluntad del arrendador, ya que no lo prohíbe la LAR ni hay razón para estimar de orden público esta característica, por lo que es válido y eficaz el convenio entre éste y los sucesores con derecho a suceder en el arrendamiento, en virtud del cual cada uno de ellos sea arrendatario de parte del objeto arrendado, originándose tantos contratos como sucesores

haya, que es lo que ha ocurrido en este caso. Pactada la partición entre dos de los hermanos y realizada la división por la propiedad, pactando un contrato con cada uno de ellos y dispuesto a pactar otro con la otra hermana, no es dudoso que no pueda invocarse la indivisibilidad del arrendamiento, para anular todo lo actuado.

APARCERIA.—AUNQUE LA FINCA, EN VIRTUD DE DIVERSAS SEGREGACIONES, HAYA DESAPARECIDO REGISTRALMENTE, NO CABE DUDA QUE EXISTE REALMENTE, YA QUE LOS APARCEROS LA HAN POSEIDO COMO TALES Y A ELLOS LES INCUMBE PROBAR LA IDENTIDAD DE LA FINCA Y ACLARAR EL TITULO POSESORIO. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Barcelona desestimó la demanda, pero triunfó en parte la apelación, declarando resuelta la aparcería.

No se admite la casación. Se basa este recurso en que, después de diversas segregaciones, ha desaparecido registralmente la finca matriz, situación que hace pensar en que la finca ocupada en aparcería no es de la propiedad de los actores. Pero se olvida que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria otorga a favor del titular inscrito una presunción *iuris tantum*, susceptible de prueba en contrario, pues el Registro carece de una base fáctica fehaciente, reposando sobre las declaraciones de los otorgantes, quedando las circunstancias físicas de la finca fuera de la fe pública. En el transcurso del litigio no se ha aducido por ninguna de las personas intervinientes objeción alguna respecto a la identificación efectiva de la finca quedando esta totalmente localizada a virtud de los planos aportados. Además existe el siguiente razonamiento lógico: los recurrentes han venido poseyendo en aparcería una finca propiedad de los actores. Si la finca registral ha desaparecido, a virtud de sucesivas segregaciones, como se sostiene por los recurrentes y ellos siguen poseyendo y cultivando una finca en aparcería, propiedad de sus oponentes, era de su incumbencia identificar tal fin y aclarar el título posesorio que ostentan sobre la misma, pues ha de entenderse que no nos movemos frente a una acción reivindicatoria, sino ante una resolución contractual arrendatancia.

ACCESO A LA PROPIEDAD Y SUBROGACION EN EL CONTRATO.—EL PADRE CONSERVABA LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL DIRECTO, A PESAR DE SU CONDICION DE PENSIONISTA, POR LO QUE PUDO EFECTIVAMENTE REALIZAR LA SUBROGACION EN EL CONTRATO A FAVOR DE SU HIJA. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1994.)

El Juzgado de Bergara estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la misma.

No se admite la casación. Se realizó la subrogación por el arrendatario a favor de su hija y del esposo de la misma, que no fue aceptada por el propietario, que lo hizo constar en documento notarial debidamente notificado a los interesados. La situación de jubilado del arrendatario no obsta a la de cultivador personal, como reconoce reiterada jurisprudencia de esta Sala (entre las diversas sentencias están las de 11 de octubre de 1993 y 11 de diciembre de 1993). Por tanto, no procedía la resolución del contrato del artículo 75.4

LAR, por lo que pudo efectuar la subrogación válidamente, como prevé el artículo 73 de la misma Ley. La hija subrogada cumplía las condiciones de la ley, pues el hecho de señalarse también al esposo no actúa como excluyente del derecho de aquélla que subsiste y opera en su favor por ser la única legitimada para acceder a la condición de arrendatario con la plena asistencia de los derechos derivados de la relación locaticia rústica, entre ellos el de acceso a la propiedad. El padre venía gozando de la aptitud legal para ser tenido como cultivador personal y la subrogación que realizó se ha reputado válida, surtiendo todos los efectos legales correspondientes, lo que excluye el fraude alegado, ya que, aunque no hubiera dicha subrogación también asistiría al padre el derecho de adquisición preferencial del caserío.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURIDICAS ES UNICAMENTE EL SOCIAL Y SI LA ENTIDAD QUE OCUPA EL LOCAL ARRENDADO ES DISTINTA DE LA ARRENDATARIA, ELLO DEMUESTRA QUE SE HA EFECTUADO UN CAMBIO DE PERSONA NO AUTORIZADO EN CUANTO A LA ENTIDAD ARRENDATARIA. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 20 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia confirmó

No se da la casación. La entidad arrendataria era distinta de las que tienen ahora su domicilio en el local arrendado, ejercitando en él toda su actividad, recibiendo allí toda la correspondencia dirigida a ellos, lo que demuestra el cambio de arrendatario sufrido respecto de la que era la única arrendataria hasta entonces, ya que el domicilio afecta a la condición de ejercicio de los derechos y el domicilio de las personas jurídicas es, únicamente, el social.

ARRENDAMIENTO SIMULADO BAJO LA FORMA DE OPCION DE COMPRA.—LA INTENCION DE LOS CONTRATANTES ERA PACTAR UN ARRENDAMIENTO Y NO UNA OPCION DE COMPRA (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirma.

No se da la casación. El criterio que ha prevalecido en ambas instancias es el de que los contratos no son de opción de compra sino de arrendamiento, disimulados bajo la forma de opción para evitar las consecuencias de las prórrogas legales a que sujeta la legislación especial. La permanente referencia a los documentos, recibos y nombre que se dio a las relaciones entre las partes, mantiene el debate en una perspectiva errónea nominalista que no incide en la recta aplicación del artículo 1.282 del Código Civil, pues es doctrina reiterada de esta Sala la de que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación, y así se deduce de los siguientes elementos: plazo máximo para el ejercicio de la

opción con posibilidad de renovación indefinida, dejación del derecho de opción a la exclusiva voluntad del optante, plazo de ejercicio establecido unilateralmente, precio global pagadero en mensualidades, incremento del precio y de los plazos en función del índice de precios al consumo, datos que, en conjunto y con ponderada voluntad, llevan a la calificación contractual, objeto de impugnación.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO ES NECESARIO DEMANDAR AL CESIONARIO PARA QUE SE PRODUZCA LA RESOLUCION DEL CONTRATO A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN LOS SUBARRIENDOS SEGUN EL ARTICULO 17 LAU. (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 7 de Barcelona estimó en parte la demanda y la Audiencia desestimó la apelación.

No se admite la casación. Se basa el recurso en que el arrendatario cedió su derecho a una sociedad y, posteriormente, ésta lo cedió a otra que, en la actualidad es la ocupante del local sin que haya sido llamada al proceso. Según reiterada jurisprudencia, en los casos de traspaso incontestado no es preciso demandar al cesionario porque la cesión ilícita no tiene efecto alguno en el contrato y cuando la ley quiere que se demande al tercero lo dice expresamente, como ocurre en el artículo 17 LAU para los subarrendatarios. El «litisconsorcio» pasivo se da cuando la presencia de todos no obedece a criterios de oportunidad sino de necesidad que se dan cuando los posibles titulares del derecho carecen de cualquier interés legítimo. El arrendatario no comunicó esa sustitución por una sociedad irregular, luego reemplazada por una sociedad anónima, sin que le alcanzara ya la autorización contractual y sin cumplir las formalidades legales para el traspaso del local. El contrato se celebró con el demandado, y éste tuvo facultad de ceder a un tercero, en virtud de autorización temporal concedida en el contrato de la que no hizo uso, por lo que se quedó como titular arrendaticio. Cualquier otro traspaso posterior debió acomodarse a la LAU. Fenecida la facultad del arrendatario para cambiar la persona del titular, toda otra situación de alteración objetiva es sólo posible si se cumplen los requisitos legales y, como no se cumplieron, procede la aplicación del artículo 114, causa 5.ª LAU.

RESOLUCION DE CONTRATO —ES INDUBITADA LA CESION DEL CONTRATO A UN TERCERO. PROCEDE LA CAUSA RESOLUTORIA DEL ARTICULO 114.2 LAU AUNQUE NO HAYA SIDO DEMANDADO EL CESIONARIO. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 17 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No se da la casación. El local estaba arrendado para Instituto de Belleza, quedando prohibida toda cesión, subarriendo, traspaso u hospedaje, salvo licencia del arrendador. En dicho local se instaló una clínica dental, haciéndose publicidad de la misma. Hay reiterada jurisprudencia que declara innecesario que se demande a los terceros, extraños a la relación jurídico-material, es decir, a los cesionarios o subarrendatarios y, por lo tanto, no es admisible el motivo que alega el incumplimiento del «litisconsorcio» pasivo por no haber sido de-

mandado el cesionario, sin que esto se desvirtúe por la resolución del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1988, ya que no existe constancia alguna de que la identidad del subarrendatario fuera conocida por la parte actora. Una sentencia pronunciada frente al arrendatario puede ser oponible frente al subarrendatario pese a no haber sido éste parte en el proceso, pero siempre que ese subarrendatario haya permanecido legítimamente extraño al procedimiento cuando no pudiera alegar ningún derecho propio frente al arrendador; en cuyo caso la sentencia no podría tener efectos directos sobre su derecho. Es exigible, a la luz del artículo 24 de la Constitución, la necesidad de llamar al subarrendatario o cesionario cuando lo que se discute en el juicio de desahucio es la legitimidad de tal subarriendo. Se desprende que la misma doctrina no es aplicable al caso concreto de autos, ya que el subarrendatario no podía articular derecho alguno frente al arrendador. Es indubitada la cesión del local por la arrendataria en favor de un tercero que, sin formar parte de ella, comparte el uso y disfrute de aquél, sin autorización por parte del arrendador, encajando en la causa resolutoria segunda del artículo 114 LAU.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL —LA EXISTENCIA DE UNA RELACION DE PARENTESCO NO ES BASTANTE PARA ESTIMAR JUSTIFICADA LA INTRODUCCION DE UN TERCERO EN LA RELACION ARRENDATICIA. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 4 de Málaga desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior

No triunfa la casación. Se introduce en el debate una cuestión nueva, no planteada en la instancia, pues si el recurrente basaba su defensa en que la titularidad arrendaticia la ostentaba su hija y no el demandado, ahora alega la titularidad del recurrente, en tanto que la hija está al frente del negocio sin que se produzca sustitución en la persona del arrendatario. La existencia de una relación de parentesco no es bastante, en contra de la tesis del recurrente, para estimar justificada la introducción de un tercero en la relación arrendaticia. Los supuestos de hecho contemplados en las sentencias citadas no guardan similitud alguna con los alegados por el recurrente, en su contestación a la demanda y que declara probados la sentencia recurrida, en virtud de los cuales la hija del recurrente es la titular del negocio desarrollado en el local litigioso en beneficio propio de ella sin que conste ninguna relación de dependencia económica o laboral entre padre e hija.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL CONSENTIMIENTO PARA LA CESION PUEDE SER TACITO, QUE DEBE DEDUCIRSE DE HECHOS CONCLUYENTES E INEQUIVOCOS QUE LLEVEN AL CONVENIMIENTO DE HABER EXISTIDO LA AUTORIZACION PARA LA SUSTITUCION DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 12 de Bilbao desestimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No prospera la casación. Las sentencias de instancia declaran probado que, aunque en el contrato de arrendamiento figura una persona física como arrendatario, ello se debe a que la sociedad mercantil arrendataria se hallaba

en fase de constitución, por lo que no podía contratar al carecer de personalidad jurídica. Tal persona fue uno de los socios fundadores de la sociedad y el objeto del arrendamiento era el doblaje cinematográfico que era también el objeto social de la empresa. Las rentas han sido siempre pagadas por la sociedad, llegando a la conclusión de que la arrendadora había prestado su consentimiento a que tan pronto como quedara constituida la sociedad, fuera dicha entidad la verdadera arrendataria y no quien figuraba formalmente en el contrato con tal carácter. Se declara probado por los actos posteriores a la celebración del contrato el consentimiento de la arrendadora para la cesión o transmisión efectuada, como hemos visto. Existe reiterada jurisprudencia que dice que el consentimiento para la cesión puede ser tácito, que debe deducirse de hechos concluyentes e inequívocos que lleven al convencimiento de haber sido autorizada la sustitución, siendo las cuestiones relativas a la existencia o inexistencia del consentimiento contractual de mero hecho, cuya apreciación es facultad privativa de los tribunales de instancia que sólo puede ser revisada en casación por la vía del error en la apreciación o valoración de la prueba, lo que no ocurre en este supuesto.

RETRACTO.—NO PROCEDE ESTE DERECHO PORQUE NO COINCIDE LO POSEIDO POR EL ARRENDATARIO CON LO QUE FUE OBJETO DE LA VENTA. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 7 de Lérida desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación.

Triunfa la casación. Se desestima el motivo relativo a la prescripción porque el demandado admite la desestimación de la excepción de caducidad, no pudiendo ir contra sus propios actos. Sí prospera el motivo segundo, porque lo vendido no coincide con lo arrendado al actor, según los datos del Registro en el que aparece aquel objeto como un tercero en el que hay tres naves y lo vendido fue un pedazo de tierra en la que existían tres almacenes. No se han vendido los almacenes, agrupados unos a otros, sino un terreno donde se ubican los mismos, que es cosa muy distinta, pues no nace la acción de retracto, mientras que en el caso anterior, sí.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LOS DOCUMENTOS APORTADOS POR EL RECORRENTE NO SON LO SUFICIENTEMENTE CONTUNDENTES E INDUBITADOS PARA DESTRUIR LA VALORACION DE LA PRUEBA HECHA POR LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 10 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia desestimó la apelación.

No prospera la casación. Se alega que hubo error en la sentencia porque dice que el conocimiento y el consentimiento de la intromisión en el local de un tercero se prueba sólo por la presencia de la propietaria en el local, en una sola ocasión. En realidad fueron muchos los medios probatorios que acreditan la relación directa y cotidiana de la propietaria con el tercero, consintiendo expresa y tácitamente su introducción en el local. El error ha de basarse no sólo en pruebas testificales o en la confesión, sino en documentos, y éstos

no son contundentes e indubitados para probar el error, como exige esta Sala y que estén en franca contradicción con las afirmaciones del juzgador. En este caso son irrelevantes, en punto a evidenciar la concurrencia de los actos concluyentes a que se hizo mención, ya que la tenencia de recibos de agua y luz del local tan sólo puede indicar, a lo sumo, que el consumo hubiera sido satisfecho por aquél, pero no acreditan el conocimiento por la arrendadora de su ocupación y permanencia en el local y, mucho menos, el consentimiento por dicha señora en cuanto a tal introducción. Lo que determina la resolución del contrato es la sustitución del arrendatario por un tercero en el uso de la cosa arrendada sin cumplir con los requisitos que la Ley previene para su validez y sin que sea necesario precisar si tal constitución constituye traspaso, cesión o subarriendo ya que, cualquiera de estas transmisiones opera el cambio de goce de la cosa en cuestión.

RETRACTO.—SOLAMENTE PROCEDE EL RECURSO DE CASACION EN CUANTO AL RETRACTO DE LOCALES DE NEGOCIO Y NO AL DE VIVIENDAS (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1994)

El Juzgado de Luarca estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior, no admitiendo el retracto, pero sí la impugnación de la venta para que los adquirentes no puedan negar la prórroga del contrato a la inquilina.

No se admite la casación. La recurrente ejercitó dos clases de acciones, una pidiendo el retracto y la segunda, de impugnación de la transmisión llevada a cabo, pero, admitida esta última, la casación se limita a la acción retractual, que no fue admitida por la Audiencia Provincial. Pero este supuesto no es susceptible de casación porque la disciplina normativa de la ley arrendaticia, en su artículo 135 solamente prevé la casación para los locales de negocio en régimen arrendaticio y con la cuantía que la ley establece. Como tampoco tiene apoyo en las normas pertinentes de la LEC, debe desestimarse la admisión de este recurso.

RETRACTO.—LA VENTA EN PUBLICA SUBASTA IMPIDE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO PERO NO EL DE RETRACTO DE LA VIVIENDA VENDIDA, SI SE DAN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 48 LAU (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 3 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

Triunfa la casación. Ejercitado el retracto dentro de los dos meses siguientes a la celebración de una subasta judicial del piso que ocupaba el retrayente, la sentencia de primera instancia es desestimatoria por entender que no tiene derecho de retracto el inquilino que tomó parte en la subasta, pues pudo adjudicarse la vivienda en el mismo precio que el adjudicatario. La Audiencia dice que para que el derecho pueda generarse es indispensable que se le haga la notificación del artículo 33, pero esta notificación no es precisa cuando el retrayente conoce la operación de venta y todas sus condiciones, de lo que concluye que todo partícipe en la subasta, siendo arrendatario, pierde el derecho a retraer, sin que ello prive de derecho alguno al

retrayente, puesto que seguirá como inquilino y sería abusivo darle el piso por precio inferior a la capitalización de la renta conforme al artículo 53 LAU. La confusión de dos instituciones, tanteo y retracto aconsejan cierta precisión. El tanteo supone un derecho de adquisición preferente que supone la notificación fehaciente, y el retracto se concede al arrendatario cuando no se le hubiese hecho la notificación o se omitieron los requisitos exigidos, resultare el precio inferior o se realizase a persona distinta de la consignada en la notificación. La regulación del artículo 33 es para el derecho de tanteo y sólo para los locales de negocio, pero no para las viviendas, vendidas en pública subasta, que permiten el retracto pero no el tanteo, porque la subasta impide conocer el precio ni la persona del comprador, dándose el retracto de manera directa, como dice el artículo 48 LAU para los casos en que no se hizo la notificación del artículo 47. La afirmación de que quien participa en la subasta pierde el derecho a retraer no se desprende de la ley ni de la jurisprudencia, ni se encuentra base argumental en los razonamientos de la Audiencia, pues no renuncia al retracto quien no está en situación de igualar posturas ni de subir el precio de la puja. No se puede insinuar que exista ejercicio anormal del derecho de retracto por dejar de competir en la licitación. Existen Sentencias de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971, 3 de noviembre de 1971, 2 de mayo de 1975, 30 de octubre de 1990 y 11 de julio de 1992, que reconocen el derecho de retracto en las ventas en pública subasta.

C. R. R

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

RECURSO DE REVISION —SOLO SE ADMITE CONTRA SENTENCIAS FIRMES. POSIBILIDAD EN LAS DICTADAS EN JUICIOS EJECUTIVOS. (SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.

Es principio general, reiterado en numerosas sentencias, que no son susceptibles de revisión las sentencias recaídas en juicios ejecutivos ya que, a tenor de los artículos 1.796 y 1.797 LECiv se requiere para la revisión que la sentencia sea firme, y según el artículo 1.479 LECiv las recaídas en juicios ejecutivos no producen excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión.

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial ha de ser concordada con otra también reiterada, relativa a la interpretación del citado artículo 1.479 LECiv, según la cual, la no firmeza de las sentencias recaídas en juicios ejecutivos sólo afecta a aquellas cuestiones que puedan ser discutidas en un posterior juicio declarativo pero no a las que no pueden ser planteadas de nuevo, en cuyo sentido tales sentencias deben reputarse firmes y con eficacia de cosa juzgada, lo que, en este aspecto, las hace susceptibles de revisión.

CUESTION DE COMPETENCIA.—NULIDAD DE LAS CLAUSULAS DE SUMISION A FUERO EN LOS CONTRATOS DE ADHESION (SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1996)

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Es esta una interesantísima sentencia que determina, con otras, un cambio jurisprudencial respecto de las cláusulas de sumisión a fuero en los contratos de adhesión.

En un Juzgado de Madrid la Entidad Z, S. A. interpone demanda de cognición contra una comunidad de propietarios de un edificio sito en Córdoba, en la que postula el cumplimiento de un contrato de abono en virtud del cual la entidad demandante se comprometía mediante un precio, a prestar el servicio de mantenimiento del ascensor situado en dicho edificio. La competencia de los Tribunales de Madrid se fundamentaba en la cláusula de sumisión expresa que figuraba en el párrafo final de contrato de adhesión firmado por las partes en Córdoba.

La comunidad demandada propone cuestión de competencia por inhibitoria en Córdoba, al entender que la competencia territorial corresponde a los tribunales de Córdoba, lugar donde tiene su domicilio el demandado, donde se ha prestado el servicio y donde se celebró el contrato (art. 62 LECiv).

En los escritos de alegaciones de las partes interesadas se aduce la existencia de una serie de sentencias dictadas por esta Sala el 31 de mayo de 1991, 18 de junio de 1992, 22 de julio de 1992, etc., en las que se aplicaba con criterio taxativo la literalidad de la cláusula de sumisión expresa, que la entidad demandante hizo figurar en los contratos impresos que firmaba con sus clientes. En aquel tiempo, dice la sentencia, los Tribunales españoles no disponían de un apoyo legal para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiere desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. El panorama legal ha sufrido una importante modificación a partir de la Directiva de la CEE, número 93/13, de fecha 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios.

En el artículo 3.º de esta Directiva se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.. Q) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición..., etc.».

La nueva legislación y este razonamiento motivaron la nueva orientación jurisprudencial que representan las Sentencias de fecha 23 de julio de 1993 y de 20 de julio de 1994.

Por lo tanto el TS, previa declaración de dicha cláusula de sumisión expresa como abusiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la LECiv, decide la competencia en favor del juzgado de Córdoba.

En igual sentido, la Sentencia de 23 de septiembre de 1996.

Vid. STS de 8 de julio de 1996 en número anterior de esta revista.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO ARTICULO 131 LH. NULIDAD DE ACTUACIONES. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

Se declara la nulidad del procedimiento judicial sumario por dos cuestiones:

1. Vulneración de la regla 3.ª del artículo 131 LH. En el presente caso se practicó un requerimiento notarial previo en el domicilio fijado para notificaciones sin resultado, aunque según manifestó el notario, al encontrarse la nave en situación de abandono, acudió al domicilio del deudor, conforme era conocido, no hallándolo en el mismo, por lo que dejó cédula de notificación con documentos, bajo sobre cerrado, al vecino con la advertencia, que no rehusó, de hacérselo llegar al interesado. Después, ya iniciado el procedimiento, se intentó una nueva notificación judicial mediante carta certificada con acuse de recibo.

El TS declara irregular este proceder, ya que el requerimiento notarial previo no hace mención de los posibles vecinos existentes en otras naves industriales contiguas que debían haber sido objeto de la notificación en primer término, y no resulta acreditada la fuente de información sobre el segundo domicilio, y por su parte el requerimiento judicial alternativo no se ha llevado a cabo en forma eficaz.

2. Vulneración de la regla 7.ª del artículo 131 LH. No se han anunciado las públicas subastas en los periódicos oficiales que este apartado señala. A este respecto, señala la Sala que la publicidad de la subasta en la forma legalmente ordenada constituye un requisito de forma ESENCIAL que debe observarse en sus exactos términos.

CUESTION DE COMPETENCIA.—ACCION DE DIVORCIO (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1996)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

Según la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, es competente para conocer de los procesos de divorcio, si los cónyuges residen en distintos partidos judiciales, a elección del demandante, el juez del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado

No es de aplicación lo dispuesto en el artículo 76 LECiv (no admitir las cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados por sentencia firme) si la parte interesada promueve correctamente, dentro del plazo hábil,

la inhibitoria correspondiente, aunque por causas no imputables a ella misma se notifique al Juzgado requerido después de dictar sentencia firme.

RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr don Ignacio Gil Sierra de la Cuesta.

No es procedente el planteamiento de cuestiones nuevas en el recurso de casación, ya que lo contrario originaría una flagrante indefensión de la parte contraria, a quien por este medio se privaría de su derecho de alegar y formular la prueba que estimare oportuna y pertinente con relación al mismo.

RECURSO DE REVISION.—MAQUINACION FRAUDULENTE, DADA LA AUSENCIA DE UNA MINIMA DILIGENCIA PARA AVERIGUAR EL DOMICILIO DEL DEMANDADO. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Es constante la Doctrina del TS que indica que entraña maquinación fraudulenta toda actividad de la parte actora encaminada a dificultar, disimular u ocultar al demandado el planteamiento del litigio, obstaculizando mediante ardides su defensa; uno de cuyos ardides suele ser la afirmación inexacta de serle desconocida la identidad o el domicilio del demandado, provocando un emplazamiento edictal a fin de que se sustancie el juicio en rebeldía, cuando el empleo de una mínima y elemental diligencia por parte del actor, haciendo adecuadas gestiones, le hubiera permitido conocer con exactitud tanto la identidad como el domicilio de la persona o personas a las que dice demandar.

Por otro lado, sigue diciendo la Sala, el emplazamiento mediante notificaciones edictales es un medio supletorio a utilizar sólo como remedio último, cuando, ni aún con el empleo de aquella mínima y exigible diligencia, sea posible averiguar la identidad o el domicilio de la persona o personas a las que se ha demandado.

En igual sentido, Sentencia de esta misma Sala de fecha 7 de noviembre de 1996, de la que ha sido ponente el Excmo. Sr don Román García Varela.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr don Eduardo Fernández-Cid de Temes

La culpa extracontractual entre particulares es de carácter puramente civil correspondiendo su enjuiciamiento al orden jurisdiccional civil. Pero además, cuando tal culpa es compartida entre la Administración y un particular, la competencia ha de atribuirse a la jurisdicción ordinaria, dada su «vis atractiva».

En cuanto al tema de la incongruencia declara esta sentencia que no existe tal cuando no se falla explícitamente sobre una excepción que sí es desestimada en los considerandos (Sentencias de 19-10-1981 y 27-10-1982) y que siem-

pre que se estima la acción se entienden desestimadas, por el mismo hecho, las excepciones del demandado (Sentencias de 5-7-1951 y 15-7-1987).

RECURSO DE REVISION.—EL OCULTAMIENTO MALICIOSO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO, PARA EVITAR SU CITACION PERSONAL Y CONSEGUIR UN JUICIO EN REBELDIA, ES UNA MAQUINACION FRAUDULENTA QUE PROVOCA EL EXITO DEL RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1996)

Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Gil Sierra de la Cuesta.

En igual sentido, Sentencia de 5 de noviembre de 1996, antes indicada en este mismo número y la que en él se cita, así como otra de 19 de octubre de 1996.

RECURSO DE CASACION.—TRAS LA LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL, NO SON SUSCEPTIBLES DE RECURSO DE CASACION LOS SUPUESTOS SOBRE CUANTIA INESTIMABLE O QUE NO HAYA PODIDO DETERMINARSE EN QUE LA SENTENCIA DE APELACION Y DE PRIMERA INSTANCIA SEAN CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD, TENIENDO ESTE CARACTER AUNQUE DIFIERAN EN LO RELATIVO A COSTAS. ARTICULO 1.687.1º LECiv. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

CUESTION DE COMPETENCIA.—CUANDO SE EJERCITA UNA ACCION «REAL» LA COMPETENCIA LA DETERMINA EL LUGAR DE SITUACION DEL BIEN. EJERCITANDOSE VARIAS ACCIONES SIMULTANEAMENTE, LA COMPETENCIA DE LA PRINCIPAL ARRASTRA A LAS ACCESORIAS (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1996)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.

RECURSO DE REVISION.—NO TIENEN EL CARACTER DE DOCUMENTO RECOBRADO DECISIVO TODOS AQUELLOS QUE FORMAN PARTE DE ALGUN REGISTRO PUBLICO, SEA MAYOR O MENOR LA DIFICULTAD EN LA INVESTIGACION DE LA EXISTENCIA Y CONTENIDO DEL DOCUMENTO. INTERPRETACION RESTRICTIVA DADO SU CARACTER EXCEPCIONAL. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

ERROR JUDICIAL —PARA QUE PROSPERE HAN DE AGOTARSE PREVIAMENTE TODOS LOS RECURSOS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO CONTRA LA SENTENCIA. EL PLAZO PARA EJERCITARLO ES EL DE «TRES MESES». ARTICULO 393.1º LOPJ (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE, 4 DE NOVIEMBRE Y 5 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

RECURSO DE REVISION.—PROCEDE CUANDO RESULTA ACREDITADA LA EXISTENCIA DE MAQUINACION FRAUDULENTE AL SER CITADO EL DEMANDADO (RECURRENTE EN REVISION) EN DOMICILIO DISTINTO AL HABITUAL, SIENDO ESTE CONOCIDO POR LA PARTE DEMANDANTE. (DOS SENTENCIAS DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

CUESTION DE COMPETENCIA.—CAMBIO DE ORIENTACION JURISPRUDENCIAL. SE DECLARAN NULAS LAS CLAUSULAS DE SUMISION A FUERO EN LOS CONTRATOS DE ADHESION POR APLICACION DIRECTA DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 93/13, DE FECHA 5 DE ABRIL. EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA, ORIGINARIO Y DERIVADO, CONSTITUYE UN ORDENAMIENTO JURIDICO PROPIO, INTEGRADO EN EL SISTEMA JURIDICO DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y QUE SE IMPONE A SUS ORGANOS JURISPRUDENCIALES. (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Reproduce esta sentencia, una vez más, el importantísimo cambio jurisprudencial que ha pasado de aceptar la literalidad de las cláusulas de sumisión expresa, formalmente establecidas en los contratos de adhesión, a una nueva orientación, ya suficientemente consolidada, que las declara nulas por abusivas según la directiva citada.

Añade la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada en Sentencia del TC de fecha 14 de febrero de 1991, que proclama expresamente que, a partir de su adhesión «España se halla vinculada al derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisprudenciales».

Los argumentos utilizados son los mismos que se han resumido en la Sentencia de 14 de septiembre de 1996 de este mismo número.

ERROR JUDICIAL.—NO SE PUEDE CALIFICAR COMO TAL LO QUE ES UNA MERA DISCREPANCIA ENTRE LAS SENTENCIAS RECAIDAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1996)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

CUESTION DE COMPETENCIA.—EN EL EJERCICIO DE UNA ACCION PERSONAL LA COMPETENCIA SE DETERMINA POR EL LUGAR EN QUE DEBA CUMPLIRSE LA OBLIGACION, ARTICULO 62.1 LECiv, Y SOLO A FALTA DE ESTE, A ELECCION DEL DEMANDANTE, EL DOMICILIO DEL DEMANDADO O EL DEL LUGAR DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

RECURSO DE REVISION.—NUNCA CABE FRENTE A SENTENCIAS DICTADAS EN CASACION, SI EN ELLAS SE DECLARA NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO. DEBE ADMITIRSE LA REVISION CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS EN CASACION, SOLO EN CUANTO EL TRIBUNAL DE CASACION ACTUA COMO JUZGADOR DE PRIMERA Y UNICA INSTANCIA. STS DE 4 DE ABRIL DE 1995. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

E. C. C.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

DAVIES, WENDY Y FOURACRE, PAUL: *Property and power in the early middle ages*, Cambridge University Press, New York-Cambridge, 1996, 322 pp.

Dos profesores de la Universidad de Londres, WENDY DAVIES y PAUL FOURACRE han recogido en esta obra, publicada por las Cambridge University Press, un conjunto de trabajos suyos y de DAVID GANZ, IAN WOOD, JANET L. NELSON, PATRICK WORMALD, TIMOTHY REUTER, ROSEMARY MORRIS y CHRIS WICKHAM —aun cuando en el prólogo de la obra se establece la necesidad de que sea leída como un conjunto y no como una serie de artículos separados— en los que los autores digresionan sobre problemas de derecho de propiedad histórica, la elaboración doctrinal del concepto de posesión, el *ius in re aliena*, el alodio, el precario, el beneficio y su evolución hasta el feudo. La obra que nos ocupa tiene su antecedente en otra editada anteriormente por el mismo grupo de investigación bajo el título *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*.

La cristianización de algunos conceptos del derecho de propiedad romano los analiza DAVID GANZ al estudiar la noción de propiedad eclesiástica y las ideas en torno al derecho de propiedad de la Francia carolingia. La *precaria* merovingia y su diferencia con respecto al *beneficium* y la *donatio* es estudiada a través de fuentes eclesiásticas y de documentación civil de los monarcas galos. Igualmente se detiene en la contraposición existente entre propiedad común y propiedad individual a lo largo de la Historia.

IAN WOOD realiza un examen de la transmisión de poder de los merovingios a los carolingios a partir de la transferencia de tierras mediante la enajenación de las mismas. El problema de la adquisición de propiedades territoriales por parte de la iglesia, los cánones del Concilio de Estinnes del 743, la evolución de la historia del *precarium* desde el derecho romano vulgar al justinianeo y al altomedieval merovingio y franco.

Las inmunidades francas fueron muy importantes en el desarrollo del derecho de propiedad de la Europa medieval incidiendo de manera particularizada en los lazos de vasallaje en la Italia carolingia, tal y como han venido a demostrar trabajos importantes de K. FISCHER-DREW y de E. MAGNOU-NORTIER. El análisis de la inmunidad franca lo había hecho ya MAURICE KROELL con gran relieve en 1910, deteniéndose en el importante formulario de Marculfo y en los significados de los términos *mansiones*, *plácita*, *praeceptio*, beneficio, *tuitio*, *mallus* y *fretum*.

CHRIS WICKHAM examina la distinción entre propiedad, posesión y poder señorial en el siglo XII en la Toscana, incidiendo en la importancia de la conceptualización jurídica de tenencia, *curtes*, *placitum*, señorío, etc. El destino de la dote una vez se ha producido la situación de viudedad por parte de la mujer se encarga de analizarlo JEANET L. NELSON, autora conocida por sus trabajos publicados en Londres, Sigmaringen y Bruselas.

Las conclusiones a las que llegan los editores del texto ponen en conexión el derecho de propiedad con el poder en la Alta Edad Media europea. Se recoge al final de la obra una amplia relación de fuentes documentales y bibliografía histórica sobre el derecho de propiedad, al mismo tiempo que un glosario donde se precisan diversos términos medievales, latinos, en lenguas romances e incluso en griego sobre derechos reales.

ELENA MARTÍNEZ BARRIOS

CARONI, PIO: *Lecciones catalanas sobre la Historia de la Codificación*, Madrid, 1996, 177 pp

A iniciativa del seminario de Historia del Derecho de la Universidad de Barcelona, que con tanto rigor y proyección internacional dirige A. IGLESIA FERREIRÓS, han aparecido publicadas las denominadas *Lecciones catalanas sobre la Historia de la Codificación* de PIO CARONI, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berna, a las que se ha unido la traducción castellana en apéndice de su artículo «Das entzauberte Gesetzbuch», aparecido en la *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte*, 41 (1991), pp. 249-273. La edición ha contado con una subvención de la Universidad de Berna.

Estudia CARONI la idea de codificación, la ambivalencia de este concepto, la necesidad del código frente a las fórmulas de recopilación, la relación entre codificación y constitucionalismo, codificación y derecho común, los tres grandes textos de *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten de 1794*, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie de 1811*, el Code Civil francés de 1804 y el Código Civil Suizo de 1907 que comenzó a estar vigente a partir del año 1912.

Antes de entrar en el análisis que sobre la historia de la Codificación lleva a cabo, CARONI estudia los diferentes conceptos relacionados con la idea de codificación. Las diferencias entre los vocablos «codex» (cuyo elemento definidor considera la escritura) y «código» (que define como «fuente jurídica prevalente») se confunden en la que él denomina «función unificadora» de ambos. Igualmente examina el verdadero significado y la finalidad perseguida de la palabra *unificar*, llegando a la conclusión de que ésta es elemento determinante de la intención de evitar los que se da en llamar «fraccionamiento legislativo» logrando, con la unificación, la creación de un nuevo sistema de fuentes mediante la reorganización y reestructuración de las leyes que regulan una misma materia. Pero CARONI no se queda en el estudio de la vertiente meramente técnica del concepto *unificación* sino que además analiza la repercusión que esta práctica legislativa ejerce en el ámbito territorial y social sobre los que el nuevo código va a ser aplicado. CARONI, igualmente, examina qué hemos de entender por «Historia de la Codificación». Considera el autor que existen múltiples significados aplicables a estos dos conceptos diferenciando entre historia dogmática, historia social e historia doctrinal y culta de la Codificación.

La importancia que para un historiador del derecho tiene la historia de la Codificación es absoluta. Los códigos de diferentes épocas permiten al historiador tener un mayor conocimiento de la situación normativa y de la realidad social que pretende ser analizada. En relación con esta cuestión, se plantea CARONI la forma que debe adoptar un código para que sea aceptado por la

mayoría de los individuos a los que va a ser destinado. La idea de la abstracción de la ley como método para evitar las influencias de grupos sociales relevantes en la elaboración de la norma, la necesidad de la desigualdad material en contraposición con la igualdad formal y la subjetividad jurídica son aspectos tratados por el autor. La codificación se nos presenta como el resultado de la intervención del Estado que, capacitado para determinar cuáles son las leyes a aplicar, consigue llegar a controlar de esta manera la creación del derecho, pasando a tener un papel preponderante en la determinación del ordenamiento jurídico vigente los políticos por encima de los que, tradicionalmente, habían estado encargados de la elaboración de las leyes. Quizás CARONI dogmatiza y trata de conceptualizar en exceso con lo que denomina «criterios codificadores de eficacia, convergencia y de violencia de la abstracción».

La relación entre la codificación y la legislación es otra de las materias examinadas en el libro. Considera el autor que la diferencia entre ambos conceptos es mínima ya que es meramente cuantitativa y que es precisamente ese carácter global del código, el que lo hace lagunoso. La intención de hacerlo completo lo llena de fuentes subsidiarias y de remisiones a leyes especiales. De igual manera destaca la marcada relación existente entre el concepto código y el de constitución, y para ello toma a título ejemplificativo las Constituciones liberales del siglo XIX y la conexión que entre la Constitución republicana y la codificación liberal se planteó en Italia a finales del siglo pasado. CARONI considera que con el código se pretende dar respuesta a las necesidades jurídicas que tiene una sociedad en un determinado momento histórico y se plantea la duda de si, con ello, se consigue la renovación del derecho, llegando a la conclusión de que un código siempre aporta algo nuevo como consecuencia de la unificación legislativa creada.

Dedica uno de los capítulos de la obra al estudio de las llamadas codificaciones iusnaturalistas incluyendo dentro de esta terminología a los ya mencionados Código Prusiano de 1794, al Código Austriaco de 1811 y al Código Civil francés de 1804. Por lo que respecta al primero de los citados códigos nos muestra el autor la controversia ideológica existente en el contenido del mismo, provocada como consecuencia de las influencias que en su elaboración recibió tanto de la Ilustración como del Absolutismo; asimismo lo considera una excepción a los principios de unificación territorial y social —pues es habitual la atribución de ordenamientos específicos para cada uno de los estamentos de la época— que para el autor tienen una valoración como básicos en la idea de codificación. En lo que se refiere al Código austriaco de 1811, destaca del mismo su aspecto claramente burgués y se detiene en la relación existente entre éste y la ciencia pandectística alemana. Sus teorías sobre la elaboración y el contenido del Code Civil no están exentas de numerosas vaguedades que no se corresponden con la amplia bibliografía francesa, italiana y alemana de la que se hace eco en páginas 79 a 81. Se realiza una comparación entre el sistema seguido en la elaboración del Código Civil Suizo de 1907 y los restantes códigos emanados en el transcurso del siglo XIX, haciendo sobresalir al primero por su originalidad y precisión a la hora de dar respuesta a los principales problemas jurídicos de la época.

En el último capítulo del libro CARONI muestra su preocupación por la utilidad de la idea de codificación en la práctica jurídica actual. Llega a la conclusión de que la función del código en nuestros tiempos es meramente

residual y que los ordenamientos jurídicos actuales se decantan por una descentralización normativa, por lo que se conoce como «descodificación».

Algo digno de alabanza en la obra de CARONI es que facilite al lector la bibliografía que dice haber consultado en la elaboración de su obra, incorporando la misma en los inicios de cada uno de los capítulos que integran su libro. Igualmente destacable es el apéndice documental que añade al final del mismo donde se recogen un conjunto de textos de diverso género muy interesantes sobre el fenómeno codificador civil y su iter formativo, desde intervenciones parlamentarias, informes, posiciones doctrinales, valoraciones políticas e incluso críticas a los resultados de la codificación y a las desigualdades sociales generadas con la misma. Hubiera sido conveniente, dado que se trata de una versión castellana de la obra, el recoger estos textos vertidos al castellano por parte de AQUILINO IGLESIAS FERREIROS de la misma forma que opera con la traducción y revisión del resto de la obra, y en particular con la Codificación Desencantada, el apéndice que aparece en las páginas 111 a 137.

La obra cuenta con un buen aparato crítico, lo que no significa ni que lo haya visto todo, ni que lo haya leído, ni que haya asimilado algunas de las conclusiones a las que se llega en los respectivos trabajos. De la doctrina española sobresalen CARLOS PETIT, BARTOLOMÉ CLAVERO y FRANCISCO TOMÁS y VALIENTE, aunque hay muchos trabajos y muy importantes sobre la historia de la codificación civil en España de los que no se hace eco (sin ánimo de exhaustividad habría que recordar los nombres de FEDERICO DE CASTRO y BRAVO, RAFAEL GIBERT y SÁNCHEZ DE LA VEGA, LUIS DÍEZ- PICAZO, LASSO GAITE, MARIANO PESET, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, ENCARNA ROCA TRÍAS y JUAN BARÓ PAZOS).

ELENA MARTÍNEZ BARRIOS

SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. *Cambio de solar por edificación futura*. Tesis Doctoral, dirigida por el Profesor Ignacio Serrano García Editorial Aranzadi. Pamplona, 1997. Un tomo de 550 páginas.

El año pasado se publicó en esta Revista un trabajo titulado «El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario», escrito por la misma autora de este libro que ahora vamos a comentar y resumir. En dicho artículo, muy bien construido, se señalaba que la transformación económica, que se ha desencadenado en nuestra sociedad en los últimos años, ha motivado la aparición de nuevas modalidades de relaciones humanas, que han de ser recogidas por el Derecho.

Uno de los problemas, decía, que reclaman vivamente la correspondiente normativa adecuada es el de la vivienda. Señalaba que, en particular, se viene haciendo notar cada vez más la intervención en su construcción por parte de aquellos que han de ser sus propietarios y habitantes. Cuando el dueño de un solar, por carecer de medios económicos o de los elementos empresariales adecuados, no puede construir su vivienda, tiene que acudir a un profesional o técnico del ramo que haga realidad sus deseos. Y si, por otro lado, como es frecuente, el constructor no tiene el capital suficiente para adquirir el solar, que en la actualidad puede alcanzar precios desorbitados, nos encontramos con dos necesidades contrapuestas que pueden hallar la solución si las conectamos mediante esta relación contractual de cesión de solar a cambio de piso

a construir. Esto, como es sabido, se presenta en la realidad cada vez con mayor frecuencia.

El trabajo a que nos referimos, que señalaba el resurgimiento y actualidad creciente de esta figura, tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial, analizaba su concepto y tratamiento jurídico y sus elementos de modo completo, aunque un tanto esquemático, respondiendo a las limitaciones de espacio propias de un artículo de revista. Pero ya se notaba una base más profunda de estudio y una evidente preparación superior de la autora, Profesora de la Universidad de Valladolid, la cual ahora «destapa sus cartas» y nos muestra que la obra era, efectivamente, de más altura, tal como corresponde a una Tesis Doctoral, completa y bien dirigida por el Profesor Ignacio Serrano, quien le hace un afectuoso prólogo a título de presentación.

Entretanto ya en el contenido del libro, digamos que, trastoca el tema de la denominación de esta figura, la autora pasa a estudiar su naturaleza jurídica, diciéndonos que no es fácil delimitarla de un modo unitario en cuanto que hay una gran variedad de contratos que persiguen esa finalidad de cambio de solar por edificación futura y en cada uno de esos tipos hay que acudir a los pactos concretos para encontrar cual es la verdadera intención buscada por las partes contratantes. Así repasa las posibles figuras en que puede encuadrarse, empezando por la permuta con la que tiene evidente coincidencia para seguir con el contrato de obra, en cuanto que hay una verdadera mezcla al aparecer la idea de la ejecución de la obra junto al propósito de cambio de los elementos objetivos del contrato. Hay otros autores y algunos fallos jurisprudenciales que, partiendo de esas múltiples variantes posibles en estas figuras y acudiendo entonces a la amplia vestidura que permite el artículo 1.255 del Código Civil, califican a este contrato como atípico y así salen del paso sin aventurar opiniones clasificatorias concretas que les puedan comprometer. Pero cabe además que la aportación del solar se haga interviniendo una pluralidad de personas, los cuales en el futuro han de recibir los pisos a construir y entonces cabe añadir al dato del cambio o permuta la resultante de una comunidad de propietarios o de una sociedad; y hasta cabe que se pacte la constitución de una verdadera cuenta en participación, cuando los dueños del solar lo ceden al constructor para recibir después una parte de las ganancias que se obtengan con la venta de los pisos. La cosa se complica cuando se acude a estos pactos para llevar a cabo negocios de carácter indirecto o disimulado o de tinte fiduciario y hasta para realizar daciones en pago, buscando favorables vericuetos fiscales u otras metas a veces fraudulentas que pueden rozar lo antijurídico. La Doctora Serrano recoge el amplio abanico de posibilidades tal como se manifiesta en la doctrina y la jurisprudencia, informándonos detalladamente y con todo el casuismo posible.

En la segunda parte del libro se analizan los aspectos más importantes de este contrato de cambio de solar por edificación futura, en el cual prevalece, según se ha dicho, la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, que suelen hacer uso amplio de la facultad que les concede el citado artículo 1.255 del Código. Lo normal en la práctica, nos dice la autora, es que haya unos tratos previos o contratos preliminares, con gran analogía respecto a la opción de compra. Cuando el tira y afloja, que casi siempre es laborioso, llega al acuerdo final, tiene lugar el verdadero contrato.

Tratando de recoger el mayor número posible de sus modalidades, la autora lo define como contrato por el cual una parte, *tradens* (dueño del solar o de la edificación a demoler), transmite la propiedad del mismo a otra parte,

accipiens, comprometiéndose esta última a entregar al primero, dentro del plazo pactado, la propiedad de unos inmuebles específicos en edificio futuro-que se vaya a construir o una participación indivisa sobre el edificio futuro, pudiendo mediar equivalente económico (dinero).

A continuación expone sus caracteres y los elementos personales, reales y formales, dedicando, por cierto, una atención especial a la constatación registral de esta figura. Los Registradores sabemos bien de estas transmisiones que se presentan, casi siempre, con las correspondientes garantías reales añadidas, como el pacto de reserva de dominio, la hipoteca o la condición resolutoria, como medios de asegurarse el cedente el cumplimiento debido y puntual del contrato.

Todos estos supuestos se examinan detalladamente, como también se hace con los problemas que, por desgracia, se presentan con bastante frecuencia y que requieren la debida atención para evitar que ocurran los desastres que aparecen a veces más de lo deseable. Por parte del cedente se contempla la obligación de entregar los solares, mejor si están libres de cargas o gravámenes para que no se obstaculice después la obtención de créditos; por parte del constructor, hay que asegurar el cumplimiento exacto de su obligación de entregar la edificación con la medida y calidad pactadas y en el plazo convenido. Aparte de las garantías reales dichas antes, la autora nos cita el aval, el seguro de caución y la posibilidad de hacer valer la preferencia del crédito refaccionario.

Como final del libro se hace una amplia y justificada referencia a la propiedad horizontal que es el régimen normal para llevar a cabo estas construcciones, ya que el costo del solar en las poblaciones exige edificar todas las plantas posibles que se concedan por los Ayuntamientos.

Se termina incluyendo una serie de formularios donde se recogen los actos más frecuentes, con sus pactos singulares que se presentan corrientemente, lo que tiene un evidente y apreciable sentido práctico.

En resumen, y tal como nos dice el Profesor Serrano en su prólogo, la autora sale airosa del empeño porque conoce bien la realidad de este tipo de contratos y sobre todo porque ha manejado y recogido la literatura y la jurisprudencia existentes sobre estos negocios.

Efectivamente, el libro es muy completo y junto a su indudable valor doctrinal, tiene una valiosa faceta práctica y será de gran utilidad para los juristas, los dueños de solares, los constructores y las entidades de crédito que intervienen en estas obras, cada uno desde su respectiva trinchera.

Felicitemos a la autora por este libro en el que plasma su Tesis que le ha otorgado el Doctorado del modo más merecido o sea el de la «*laboris causa*», pues ha realizado un muy meritorio trabajo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RODRÍGUEZ GARCÍA, CARLOS-JAVIER: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Dykinson, S. L., Madrid, 1997. 2.ª edición. Un tomo de 636 págs.

La generalización de la propiedad horizontal en las poblaciones ha hecho más asequible la aspiración de sus habitantes de tener una vivienda familiar propia, pues el inquilinato, que era otra salida, va siendo abandonado porque

resulta oneroso a la larga y no garantiza la estabilidad deseada que proporciona la propiedad. Pero adquirir la vivienda por compra supone un desembolso que normalmente no está al alcance de todos los bolsillos; más bien diremos que son muy pocos los que pueden costear al contado un piso, pues los precios remontan cotas más que inalcanzables para una economía media.

De ahí que la inmensa mayoría de las compras de pisos que actualmente llegan a los Registros llevan consigo, como la sombra al cuerpo, o la hipoteca que apuntala el crédito gracias a ella conseguido de las entidades a ello dedicadas, o una condición resolutoria que sirve para garantizar ante el vendedor el precio aplazado en la parte que se ha de satisfacer después.

Ese libro, que estudia tal garantía, apareció por primera vez en 1986 conteniendo la Tesis Doctoral del autor, que actualmente es Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid. Se presenta ahora en su segunda edición en la que, aparte de poner al día lo que se escribió entonces, se recoge y hace una completa síntesis analítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los diez últimos años transcurridos desde entonces hasta 1996, al interpretar los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, que son el eje sobre el que se basa la aplicación efectiva de la condición resolutoria. Junto a esta doctrina del Alto Tribunal, también ha sido notable la jurisprudencia registral, con varias importantes Resoluciones de la Dirección General que han conformado la figura en la práctica de los asientos, y que igualmente se recoge.

Por eso, aun siendo, repetimos, una segunda edición, el libro aparece ahora como una auténtica novedad en cuanto refleja las variaciones de la teoría y la aplicación práctica de las líneas fundamentales de esta condición resolutoria, resaltando las diferencias surgidas desde que se redactó aquella Tesis, dirigida magistralmente por el Profesor BELTRÁN DE HEREDIA, hasta este libro renovado, por supuesto, mucho más completo.

La doctrina de los riesgos es el punto de que parte el autor, con acierto, como inicio de la exposición. Efectivamente, en la compraventa, tal como dice el artículo 1.445 del Código Civil, el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador se obliga a pagar el precio. Si todo se realiza al contado no hay problema; pero si el precio se aplaza, hay un riesgo, un *periculum*, de que este precio no llegue a pagarse. La sociedad actual atraviesa una crisis económica que da lugar con frecuencia a situaciones de falta de liquidez que se manifiestan en insolvencia, y como a los males hay que buscarles remedios, se acude en la realidad actual a las cláusulas resolutorias como una de las garantías del cobro del precio aplazado en las ventas inmobiliarias.

En el capítulo primero del libro se estudia la condición como elemento del negocio jurídico, empezando por mostrarnos una aproximación histórica para pasar a su tratamiento actual legal y doctrinal. La condición es un elemento accidental o añadido del negocio, pero que puede pasar a primer plano, derribando todo lo acordado, si tal condición se ejercita, en el caso de la resolutoria, que es el que nos interesa; así, de elemento accidental, pasa a ser esencial. El autor hace un estudio completo de la condición y sus especies, con la eficacia en sus varios supuestos, y se lamenta de que la jurisprudencia, especialmente la registral, sea demasiado restrictiva al aplicar un estrecho tratamiento a la efectividad del artículo 1.504 del Código Civil.

En el capítulo segundo se pone en relación el pago del precio en sus distintas formas, con las variadas garantías que pueden utilizarse para asegurar su aplazamiento. Una de ellas, la condición resolutoria, es estudiada en

cuanto a su constitución, tratamiento fiscal y cuestiones en torno a su ejercicio, acompañando el estudio con una valoración jurisprudencial donde se reflejan las más importantes sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado al resolver las cuestiones más salientes sobre el tema.

En el capítulo tercero se analizan detalladamente las variedades de cláusulas que normalmente se incluyen en los contratos de compraventa de fincas con aplazamiento de precio y que el autor ha tomado directamente en un muestreo verificado en un Registro de la Propiedad de Madrid; tales cláusulas son frecuentes y abundantes en contenido, a veces en combinación con añadidos penales de pérdida de cantidades abonadas, no siempre aceptadas por los Registradores. La jurisprudencia en este punto es aleccionadora y por ello el autor la recoge y nos la muestra.

La resolución del contrato por falta de pago de la parte de precio que se aplazó se basa en la reciprocidad normal que es esencial en el contrato de compraventa y que se muestra en el artículo 1.445 del Código, concordante con la norma general del artículo 1.124 del mismo. De ello trata el capítulo cuarto del libro, enfocando el tema desde el prisma de la bilateralidad de los contratos. Aquí el autor ha hecho una busca exhaustiva de sentencias del Tribunal Supremo, que nos ofrece, y añade como novedad la construcción sobre la resolución de los contratos de arrendamiento urbanos según la última Ley de 1994.

Y ya, como precepto concreto que se ocupa del ejercicio de la acción para resolver la compra, el Profesor Rodríguez García estudia, en el capítulo quinto del libro, su naturaleza y requisitos. Nos dice que esta resolución ocupa un lugar intermedio entre la producida por el cumplimiento de una verdadera condición y la que se deriva de la tácita nacida del artículo 1.124. Analiza sus efectos y en especial la actuación automática de las cláusulas con condición resolutoria explícita. La jurisprudencia sobre la resolución contractual basada en el artículo 1.504 del Código es abundantísima y no siempre uniforme; el autor recoge gran número de ellas a lo largo de 150 páginas del libro y que componen su capítulo sexto. Y para quienes quieran conocer la jurisprudencia de los años 1986 a 1996 pueden acudir al capítulo séptimo donde se reproducen, analizan y critican dichas sentencias del Tribunal Supremo que ocupan más de 200 páginas.

En el capítulo octavo el autor afronta la cuestión de la efectividad que actualmente concede la jurisprudencia a la condición resolutoria y propugna el arrumbamiento del tópico antes exigido de la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Dice que algunos fallos judiciales y resoluciones recientes han conducido a que la eficacia de la condición sea por hoy algo discutible, disminuyendo su utilidad como medio de garantía del pago de las cantidades pendientes. En este sentido comenta dos sentencias producidas en 1991 y 1992.

El último capítulo tiene un contenido netamente registral, estudiando el acceso al Registro de las condiciones resolutorias y sus efectos respecto de terceros. Es sabido que antes de la reforma de la Ley Hipotecaria de 1946, el aplazamiento del precio, si constaba en el Registro, producía efectos reales y por tanto afectaba a terceros. La nueva Ley, la vigente, niega tales efectos en su artículo 11, a no ser que haya hipoteca o condición resolutoria. Según él, esto está en relación con los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria. Lo no inscrito no perjudica a tercero, el que adquiere a título oneroso y de buena fe tiene una posición inatacable y las acciones resolutorias no se

darán contra tercero si no constan en el Registro. Se recogen las opiniones de los más destacados hipotecaristas y se estudia al efecto el citado artículo 11 de la Ley.

Respecto a la cuestión de si son automáticos los efectos de la condición-resolutoria, tal como parece desprenderse del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, el autor opina que lo que provoca la resolución es la declaración unilateral del vendedor al ejercitar esa resolución del vínculo contractual y no el simple hecho del incumplimiento. Si ponemos, nos dice, en relación el artículo 59 con la regla 6.ª del artículo 175 del mismo Reglamento, se verá la exigencia, para verificar de nuevo la inscripción en favor del vendedor, de ser necesaria la notificación de quedar resuelta la venta, así como se hace necesaria la presentación del título del vendedor y la justificación de haberse consignado el valor de los bienes o el importe de los plazos que hayan de ser devueltos. Varias Resoluciones de la Dirección General, que se reflejan, confirman esta tesis de que no hay automatismo. La más importante y conocida es la de 29 de diciembre de 1982.

Como anexo final se relacionan todas las sentencias del Tribunal Supremo pronunciadas entre 1986 y 1996, por orden cronológico, y que se refieren a la aplicación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil.

Y después, y a modo de conclusiones, para facilitar al lector un repaso comprimido de lo expuesto en la obra, el autor nos ofrece un atinado resumen de la materia.

El libro, que ya era un estudio suficiente en su redacción inicial, por contener ya entonces un amplio análisis doctrinal y jurisprudencial de la materia, se ha actualizado y completado, poniéndolo totalmente al día, en condiciones óptimas para ser utilizado por cuantos tenga cuestiones a estudiar y resolver sobre el tema. Para los profesionales del Derecho puede ser un útil elemento de trabajo, pues esta obra reúne dos motivos que la garantizan. Ser inicialmente una Tesis Doctoral y estar actualizada en doctrina y jurisprudencia por un Profesor universitario de todo prestigio.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *El Maestro Castán*, Seminario Jerónimo González del Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1998. Un tomo de 308 páginas.

En pocas ocasiones habrá sido más adecuada la inclusión de este libro en la colección de biografías que el Seminario Jerónimo González dedica a recordar el significado que los grandes autores y su obra han tenido en la vida jurídica española dentro de la época en que les correspondió vivir.

Como se dice en la introducción, quizá sea el Maestro CASTÁN el jurista español contemporáneo que haya recibido mayor número de homenajes y actos laudatorios o conmemorativos. Por ello, aunque su biografía sea bien conocida y parece que ya se ha dicho todo sobre su labor y personalidad, la obra que presentamos queda justificada en cuanto que, aun con el paso del tiempo, queda algo por decir del personaje y puede verse que las ideas fundamentales de su pensamiento adquieren relieve actual bajo el nuevo panorama jurídico de España, ahora relacionado con las ideas europeas en el umbral del tercer milenio.

Pero hay, además, otros motivos. Al igual que otros profesionales juristas, los Registradores deben principalmente su formación civilista al mejor libro que se ha escrito en esta materia y que es, sin duda, el conocido «Castán». Por ello entendemos que al editar esta biografía sólo en pequeña parte pagamos al maestro la gran deuda que le debíamos, ya que no sólo no proporcionó el libro básico, sino que también influyó de modo patente sobre nosotros a la hora de ejercer la profesión en la práctica diaria. Si a esto se añade el elogioso concepto en que nos tenía CASTÁN al considerarnos una especial categoría de juristas y atribuyendo a nuestro Cuerpo la creación y el impulso del Derecho Inmobiliario, quedan justificados el agradecimiento y la admiración que nos llevan a rendirle el homenaje que bien merece su memoria.

Ha sido un acierto que se encargue para escribir este libro al profesor GABRIEL GARCÍA CANTERO, conocedor como pocos de la vida y obra del Maestro y que ha puesto todo su cariño al redactarlo. El autor es gran civilista, Catedrático en varias universidades españolas y profesor en otras extranjeras y ya ha publicado algunos otros trabajos sobre el profesor CASTÁN y ha revisado y puesto al día varios tomos de su obra clásica, «Derecho Civil Español, Común y Foral». Todo ello hace que haya recogido material escrito abundantísimo, que se refleja en numerosas citas en notas a pie de página y añadiendo las valiosas aportaciones del hijo del Maestro, el Académico JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, nuestro amigo, el autor ha conseguido una biografía muy completa, bien escrita y, sobre todo, llena de afecto.

El libro empieza presentando la personalidad humana de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, al que califica de «vir bonus», «vir iustus», basándose en testimonios de quienes le conocieron y trataron, de los cuales deduce el autor que permiten calificarle de un auténtico caballero cristiano, en el sentido tradicional y fuerte del término, que no vacila en exteriorizarse y que trasciende a su actividad científica.

Tras reseñar el entorno familiar y su etapa formativa universitaria en Zaragoza, con un expediente pleno de sobresalientes y matrículas de honor, con premio extraordinario en la Licenciatura, pasó a Madrid a culminar el Doctorado en la entonces llamada Universidad Central y obtiene la Cátedra de Derecho Civil en la recién creada Universidad de Murcia en 1918. Se abre así, nos dice el autor, una etapa de plenitud intelectual y científica, que le llevará a ejercer la docencia en varias universidades, hasta llegar a la de Valencia, desarrollando siempre una fecundísima actividad. El libro nos narra con detalle la etapa de CASTÁN como Catedrático, recogiendo interesantes datos testimoniados por los que fueron sus colegas todos coincidentes en el elogio.

Su prestigio le lleva a ser nombrado Magistrado del Tribunal Supremo en 1933, con lo que se inicia una nueva etapa en la vida profesional de CASTÁN, quien ha de pasar de jurista teórico a Jurista práctico aunque no abandona su labor de publicista y su magisterio científico. Hay unanimidad en reconocer la adaptación y perfecta adecuación del antiguo profesor CASTÁN a sus nuevas funciones, habiéndose dicho por un prestigioso magistrado que sus ponencias condensan una rica doctrina legal y científica sobre la materia respectiva y tienen las mismas características que sus publicaciones, pues combinan la belleza y calidad del lenguaje con el absoluto dominio de la técnica privatística. Todo ello constatado en nada menos que 608 sentencias de las que fue ponente.

Al fallecimiento del profesor CLEMENTE DE DIEGO no hay duda en nombrar Presidente del Alto Tribunal a don JOSÉ CASTÁN, como prestigioso jurista, y así se hace por Decreto de 12 de septiembre de 1945, cargo en el que permanece

durante 22 años, cesando en 1967 por jubilación y tras 34 años de servicio como Magistrado. Aparte de las funciones normales de su puesto, que desempeña con escrupulosa fidelidad a sus convicciones personales y profesionales, se destacan otras actividades en el libro, siendo las más salientes los discursos de apertura del curso de los Tribunales, en número de 20, que se relacionan y en los cuales hay aportaciones que son fundamentales al pensamiento jurídico, tratando a veces algunos temas con notable anticipación con relación al estado de la doctrina española de la época.

En 1946 es elegido Académico de número en la Real de Jurisprudencia y Legislación, ingresando mediante la lectura del indispensable discurso que versó sobre «La idea de equidad en las letras españolas» y en 1964 es elegido para el cargo de Presidente de la docta Corporación. Antes, en 1945, también había sido admitido como miembro de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, a la que ingresó con un discurso sobre «La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea».

El autor recoge también en el libro la actuación de CASTÁN como Presidente de la Comisión General de Codificación. Desde 1950, en que toma posesión, todos los proyectos elaborados en ella llevan su impronta inconfundible, revelada por una cuidadosísima ponderación de todos los intereses en juego. De entre ellos destaca el Anteproyecto de Reforma del Título Preliminar del Código Civil, concluido en 1966, al que CASTÁN aportó sus profundos conocimientos doctrinales y prácticos y su visión realista del tema, atendiendo a los más mínimos detalles de la redacción en propuestas escritas con su habitual precisión, meticulosidad y pulcritud.

El profesor GARCÍA CANTERO enumera las condecoraciones y los reconocimientos públicos a la labor de CASTÁN, que constituyen una larga lista, y afirma, diciendo que es sin riesgo de error, que ningún jurista español del presente siglo ha recibido, dentro y fuera de España, mayor número de expresos reconocimientos por la labor realizada.

A continuación, el autor nos presenta las facetas del Maestro dentro de las distintas esferas del Derecho. La inicial vocación científica de CASTÁN fue el Derecho Civil y a él se dedicó casi con plena exclusividad; ha sido maestro de civilistas y ha formado escuela: aparte sus numerosos trabajos destaca su libro sobre *Derecho Civil Español. Común y Foral*, de todos conocido y que no precisa ponderaciones. Pero también su labor se extendió a otras esferas por lo que CASTÁN también puede ser considerado como foralista, como agrarista, filósofo del Derecho, sociólogo, historiador y romanista y, últimamente como experto comparatista. GARCÍA CANTERO hace una completa glosa de estas facetas y nos aporta valiosos datos para su análisis.

Particular atención merece el acabado estudio de la influencia de CASTÁN respecto a los profesionales del Derecho. El influjo es patente en los Jueces Notarios y Registradores que prepararon su ingreso precisamente sobre los temas de su libro, ajustado a las oposiciones de las tres carreras. Después, en el ejercicio diario de la profesión, ya lo hemos dicho, las consultas son frecuentes y no hay que olvidar la influencia ejercida por sus trabajos y sentencias de las que fue autor el Maestro. En esta revista se publicó en 1961 su trabajo sobre «Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica en nuestra Patria», en donde se recogen elogiosos juicios para estos profesionales.

El autor, finalmente, se pregunta si está justificado rememorar ahora las doctrinas de CASTÁN y traerlas a colación a los juristas del siglo próximo.

Efectivamente, con él, coincidimos que el nombre y las ideas de CASTÁN quedarán para siempre asociadas a la de los grandes maestros españoles del Derecho Civil del siglo xx. Recuérdese el homenaje que esta Revista le rindió en 1989, publicando un número extraordinario con sus doctrinas para conmemorar el centenario de su nacimiento.

De acuerdo con la pauta seguida en los libros de esta colección, se incluyen en su parte final algunos de los trabajos del biografiado. En primer lugar un capítulo de la obra «Teoría de aplicación e investigación del Derecho», titulado «Las modalidades de la elaboración del Derecho». Aquí CASTÁN distingue la elaboración creadora y la reconstructiva del Derecho: la creadora se lleva a cabo por las leyes u otras fuentes como la costumbre y la jurisprudencia; la reconstructiva recoge esas normas creadoras y las interpreta, desenvuelve o sistematiza. Esta elaboración reconstructiva puede tener dos direcciones, una de carácter predominantemente práctico y otra teórica o científica. Analiza después las diversas especies de la elaboración científica: un primer grupo contempla el Derecho en sus principios, otro estudia el Derecho en los hechos y en la vida, otro toma en consideración la crítica del Derecho vigente y propugna su mejora y un cuarto tipo trata del Derecho como ordenación positiva particular que rige la vida social en un país y época determinados. En cuanto a la elaboración práctica, caben distintas clases de individualización del Derecho: por actos o negocios jurídicos de los interesados por decisiones arbitrales o judiciales y por vía de calificaciones jurídicas.

Sigue otro trabajo sobre «Los horizontes actuales de la unificación supranacional del Derecho» que se incluyó en el libro homenaje a don Nicolás Pérez Serrano, en el cual trata CASTÁN del Derecho comparado y la unificación de las normas, analizando el fundamento para apoyar esa deseada unificación y los obstáculos con que ésta tropieza, analizando también las fases o etapas para seguir tal unificación y el problema del tema concreto en España.

El último trabajo del Maestro CASTÁN que se incluye es el que antes citamos, titulado «Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica en nuestra Patria», que se publicó en el número extraordinario de esta revista en 1961, con motivo del centenario de la promulgación de la Ley Allí puede verse su texto, en el cual vierte generosos elogios para nuestra profesión a los que ya nos hemos referido y volvemos a agradecer.

Como agradecemos al profesor GARCÍA CANTERO el encomiable esfuerzo que ha realizado y que ha dado como fruto un acierto pleno en la exposición de la biografía y las actuaciones del Maestro CASTÁN. El libro es excelente, interesante en todos los sentidos, y se lee con avidez, por lo que felicitamos a su autor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BARRAGÁN BARRAGÁN, JOSÉ: *Temas de derechos humanos en las cortes Españolas de 1810-1813*, Universidad de Guadalajara. México. Colección Fin de Milenio. Serie de Códigos y Leyes. Año 1997. Un manual de 251 páginas.

Divide nuestro autor la obra objeto de estudio en siete grandes apartados. Este extraordinario autor mexicano, JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, deja traslucir la profunda y entusiasta influencia que para México ha supuesto no sólo ideo-

lógicamente sino también institucionalmente la libertad individual, presos, cárceles y la materia de responsabilidad por infracciones al orden constituido. A través de ésta magistral obra, el autor trata de contestar a las inquietudes que se plantean. En primer lugar, en un iniciado acercamiento a la libertad de imprenta —como hace en el Capítulo I— mantiene que la misma representó una de las medidas fundamentales adoptada por las Cortes de Cádiz, era una necesidad vital para una España sumida en la guerra. Se constituyó en un medio idóneo y eficaz para la defensa de los derechos de la persona, puesto que através de la misma se sometió a censura la actividad de los funcionarios públicos, y para la defensa de la propia Constitución. Fue adecuado considerarla como una cuestión de principios, como un enlace informativo entre las Cortes y el pueblo. Libertad de imprenta equivalía a libertad de expresión a través de cualquier medio. Se reconoce a favor de cada individuo o cuerpo jurídico el derecho a participar en la formación de la opinión pública. Mantiene nuestro autor que para las Cortes, la idea de libertad de imprenta va ligada íntimamente con la ilustración del pueblo y con el despotismo, pues esa libertad de imprenta favorece y estimula la difusión de la cultura entendida en su más amplio sentido y bajo su prisma benéfico pues los diputados gaditanos consideraban a la ilustración popular el antídoto del despotismo por excelencia.

Dedica nuestro autor el Capítulo II al concepto de soberanía de las Cortes Generales, a tal concepto se le atribuye la definición de derecho esencial y originario, privativo e imprescriptible. El pueblo era considerado como una comunidad ó sociedad perfecta, sociedad que fijándose unos fines determinados completos, tiene en sí misma los medios idóneos para alcanzar dichos fines. Y la comunidad política era la unidad de la multitud organizada por esa potestad, es una multitud ligada por vínculos jurídicos o leyes que dan unidad firme y estable en el orden jurídico multitud que al formar un todo moral o unidad de voluntades y actividades en orden a un fin político, se constituye en una comunidad perfecta, el poder político aparece así como un poder común por el acuerdo de voluntades y de manera formal ya existe como resultante de una multitud organizada, está contenido en un vínculo jurídico, es el derecho público a obligar a los miembros de la comunidad por la adquisición del bien común. En este orden de cosas es cuando los hombres se constituyen en sociedad y cuando en común consentimiento se conjugan en un cuerpo político mediante un vínculo de sociedad. Ese común consentimiento es el acto constitutivo de la sociedad civil, el cual transforma la multitud inorgánica en persona jurídica colectiva a la que corresponde el poder político como algo esencial, todo ello en íntima conexión con el concepto de autoridad que mueve, anima y dirige a todos los miembros de la comunidad vista desde el punto de vista del momento histórico en el que nos encontramos como la otorgada inmediatamente por Dios, y de la comunidad a los gobernantes mediante la intervención de las voluntades humanas, pues la determinación concreta del poder civil y sus titulares desde el derecho positivo. En este devenir son dos los principios políticos que rigen, uno, la igualdad política de que gozan todos los hombres ante la ley natural, estando ya incluso constituida la sociedad, y otro, el que se refiere a la prescripción natural o necesidad de determinar los órganos que dirigen y gobiernan por delegación de la comunidad o masa popular de la potestad soberana, pues resulta imposible de practicar el gobierno no directo por dicha masa popular, siendo mandativo del derecho natural la comunicación de la potestad civil de

la sociedad a los gobernantes que han de ejercerla y de ahí la consecuencia de la traslación del poder desde la comunidad en que originariamente reside a los príncipes y gobernantes. Así, Francisco de Vitoria entre las formas de gobierno prefiere la Monarquía

A la soberanía se le han atribuido una serie numerosa de conceptos entre los que se encuentran los siguientes: al decir de presbítero LERA, es aquella autoridad que existe en la sociedad para decretar lo que sea conveniente y fuerza para hacer ejecutar lo que decreta y el derecho para establecer sus leyes fundamentales. El artículo 3 del Proyecto de Constitución disponía que la soberanía residía especialmente en la Nación y por lo mismo le pertenece el derecho de establecer sus leyes fundamentales y adoptar la forma de gobierno que más le convenga. Las discusiones entorno a este artículo citado se circunscribieron a su alcance y significado político cifrado todo ello en la libertad de elegir una forma de gobierno que más le convenga; su enunciamiento se circunscribió más a una proposición escolástica que a un reconocimiento explícito a favor de la forma monárquica, no se da una directa alusión a que el pueblo soberano se estaba o se haya pronunciado a favor de dicha forma de gobierno en ese momento histórico. No se discute el principio mismo de la soberanía popular, no se discute el que la nación tenga derecho de gobernarse y de establecer incluso la forma de gobierno que la mayoría determine tomada esa enunciación como principio o doctrina.

Se mantuvo la conceptualización de considerar a la nación española como una comunidad perfecta por derecho natural, en la que indiscutiblemente reside la soberanía, es decir, aquella potestad para establecer sus leyes fundamentales y para adoptar la forma de gobierno que más convenga. La nación por definición, por esencia, es soberana. La soberanía reside en la nación desde siempre, es decir, el hombre al obedecer al imperativo de la naturaleza se asocia y forma una comunidad que es perfecta y desde ese momento y por el hecho de asociarse surge la soberanía a favor de la comunidad nacida por efecto de asociamiento, nace su poder de autogobernarse.

Se distinguen dos momentos o pasos al respecto, uno, el acto constitutivo de la sociedad civil mediante el cual se transforma de multitud inorgánica en persona jurídica colectiva, y otro, el consentimiento y común acuerdo de los súbditos para transferir la soberanía a una o varias personas.

Otra idea básica es que la soberanía no se puede enajenar. Defiende nuestro autor el carácter hispánico de la solución atribuida por la Constitución de 1.812 al problema de la soberanía. La solución de Rousseau conducía solo aparentemente a la democracia y más en el fondo —dice— desemboca en el totalitarismo o en la tiranía democrática como se dijo en Cádiz. De igual forma la idea de soberanía definida por estas Cortes constituye el núcleo verdadero del liberalismo, el único que se ha podido asimilar al liberalismo en Europa y en América cuya línea es la que ha sido asimilada.

Se ocupa posteriormente el Capítulo III de la cuestión política y social de las Américas, dentro de este punto trata el autor de esbozar la polémica surgente al someter a debate el artículo 1 del Proyecto de Constitución cuando dispone que «la Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios». Después de hacer un recorrido por las opiniones de diferentes diputados como GURUDI Y ALCOCER, ARGÜELLES, MIGUEL GORDOA, CASTILLO, FELIU, RAMOS ARIZPE, ANER, MENDIOLA, OSTALAZA, DEMETRIO RAMOS . se pretendía entre otras cosas formar un todo moral capaz de conservar la integridad de la Monarquía y la más íntima y cordial unión entre todos sus individuos,

la nación se afirma entre dos polos, en la Península cualquiera falla pelagra su existencia, en esto se concreta el punto de vista desde el que debe verse y con toda su extensión el citado precepto, su sanción decide la integridad de la Monarquía. Todo lo visto lleva a otro problema, que se circunscribe a la representación en Cortes, definiendo las mismas como la reunión de todos los diputados que representen la Nación y que son nombrados por los ciudadanos. Pues en este orden de cosas, a las castas no sólo se les negaba el derecho de ciudad sino que se les despojaba de la posibilidad para participar en las tareas concejiles, en la administración futura de la provincia y del ayuntamiento, así mientras la tesis de los diputados americanos se basa en la peculiaridad evidente que venía de las Américas, su orografía, sus pueblos, sus hábitos y costumbres, las distancias requerían un trato distinto peculiar, distinto al peninsular. Los peninsulares en cambio, defienden la necesaria generalización y uniformidad de todas las medidas de gobierno o gran centralización legislativa y ejecutiva, pues unas mismas disposiciones, unas mismas medidas concretas y determinadas debían decretarse tanto para la Península como para las Américas, pero la idea de igualdad entre todas las partes de la monarquía no había sido asimilada.

La cuestión de América se debate en repetidas ocasiones circunscribiéndose el mayor número de intervenciones durante las sesiones en que se somete a discusión la parte del Proyecto de Constitución relativa al sistema de secretarías o ministerios de los ayuntamientos y del gobierno interior de la provincia y en las que se discutió el Proyecto de Reglamento para el Gobierno Económico Político de las Provincias. Se propone que existan dos sistemas de secretarías de Gobierno. uno, para atender los asuntos específicos de la Península y otro, exclusivo para los de América, a excepción de la secretaría de Estado, que será una para los dos hemisferios. Y para garantizar y que se haga efectiva la autonomía a favor de las diputaciones y de los ayuntamientos se deberá respetar primero, el principio de igualdad política, segundo, el principio o garantía a participar de pleno derecho en las tareas de gobierno y cargos públicos y tercero, el derecho de cada pueblo de nombrar y remover al acuerdo a la Constitución y demás leyes del reino, a todas las autoridades locales, menos el delegado del gobierno de Madrid, cuya presencia se deberá hacer compatible con los principios aludidos y con la naturaleza propia de diputaciones y ayuntamientos. En este orden de cosas, de nuevo como pasase con el anterior tema, surgen las opiniones de personalidades como POLO, RAMOS ARIZPE, GURUDI y ALCOCER, GUEREÑA, LARRAZABAL, MENDIOLA, LEIVA TORENO, ARGÜELLES, entre otros. Y es que en realidad, lo que subyace entorno a la cuestión política y social de las Américas es la imposición del principio indiscutible de la lealtad y subordinación a la Corona, se admite la unidad de la secretaría de Estado para todas las partes de la Monarquía. Se solicita una autonomía plena en lo administrativo y en lo económico, que se procure legislar con una supuesta asamblea verdaderamente representativa y que no se deje de lado y se piense en la peculiaridad de Ultramar. A demás se apunta la conveniencia de adoptar una forma federada, pues merece atención destacar dentro de las discusiones subyacentes en Cádiz el papel que tanto las diputaciones provinciales como los ayuntamientos en este movimiento federal van a desempeñar, movimiento éste que se perpetró en México sobre todo pocos años después al consumarse la insurgencia independentista y que se constituye en la máxima expresión del sentido de autonomía que reclaman los pueblos de Ultramar. Paralelamente a esto decir que la circunstancia de las distancias obligó a los

peninsulares a aceptar la necesidad de ampliar atribuciones a la justicia local, reservando la última instancia al Tribunal Supremo de Madrid.

Dentro de todo lo visto en este capítulo hemos de aludir por último a que en el fondo los discursos y debates de los diputados por las Américas, constituyen la realidad política y social de este continente, en ellos se aludía a la miseria, la esclavitud, la arbitrariedad que había llegado a límites inconcebibles, hacía y era necesaria una reforma, reforma que había que hacerla aunque fuese por la vía de las armas y los principios liberales recogidos en buena parte de la Constitución, en cierta forma respaldaban la posible rebeldía contra esas otras medidas tomadas por las Cortes y que tanto trastorno iban a causar entre las poblaciones americanas.

En el Capítulo IV se alude a la «Proposición para redactar una Ley al tenor de la del Habeas Corpus en las Cortes de Cádiz» siendo característico en este sentido la inclinación general con que se caracterizó dicha proposición y que no fue otro que el sentido *jurisdiccional*, de reforma general en materia de administración de justicia y de reforma de tribunales y no en el sentido de elaborar una ley breve, terminante y clara como era el tenor de la ley inglesa en aquél entonces. Este carácter es el que tiene las discusiones del Proyecto de Reglamento del poder judicial y las del Título V del Proyecto de Constitución. Esta proposición se debe al diputado suplente por Guatemala, MANUEL LLANO, quien propuso se expidiese una Ley al tenor del Habeas Corpus de Inglaterra con el fin primordial de porteger la libertad individual de los ciudadanos y de conservar al hombre su seguridad individual. Surge en la mente de las Cortes, la idea de establecer una ley, pero una ley que asegure la libertad personal de los ciudadanos íntimamente relacionada con la idea de la responsabilidad de los poderes ejecutivo y judicial, es decir, lo que hasta entonces se conocía como Juicio de Residencia, función ésta encomendada al Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo debía desempeñar funciones *de amparo*. Por parte de los conservadores se sometió a discusión la oportunidad de dicha ley puesto que para ellos la legislación antigua era mas que suficiente para cubrir la misión que se pretendía encomendar a la Ley que se haría según el tenor del Habeas Corpues, se tensaron los ánimos, se acalararon los debates y se prolongaron las sesiones, esto explicaba el recuerdo, la invocación solemne de algunas famosas instituciones forales protectoras de derechos y libertades tan antiguas como la propia institución británica y tan adecuadas como para poder ser puestas en práctica, y es que este tema de la libertad individual quedó profundamente relacionado con las instituciones forales españolas y en especial con la de Aragón, conocida como la figura señera del Justicia de Aragón, cuya autoridad servía de salvaguarda a la libertad civil y seguridad personal de los ciudadanos. Por eso decimos que ésta fue la mente de las Cortes y lo prueba el hecho de haber constitucionalizado y dejado en pie instituciones forales protectoras del derecho de propiedad como la acabada de nombrar de Aragón o el auto ordinario gallego y el mismo amparo de posesión. Proteger libertades y derechos, oír quejas, deducir agravios al uso de las antiguas Cortes de Aragón, establecer el sistema adecuado para protegerlos, reforzar dicho sistema, fue el propósito y la tarea de las Cortes de Cádiz. En este orden de cosas el interés político de la cuestión se puso de manifiesto al someterse a discusión el Decreto sobre Libertad de Imprenta y aparecer divididas las Cortes en dos bandos, momento en el que se definen las tendencias en *serviles* y *liberales*, no por el origen sino por su devoción a las reformas.

Al decir del autor de tan magna obra que analizamos y dado ese carácter de jurisdiccionalidad dada a la proposición, ésta alcanzó su más alto culmen cuando se crea el Tribunal de Agravios pensado como la institución por excelencia para asegurar los derechos y libertades de la persona, no obstante, ésta idea no progresó en sí misma y se substituyó por la del Tribunal Supremo de Justicia, en la medida en que éste desempeñaría las funciones específicas que se le querían encomendar al de Agravios, *la de amparo y la de protección*. En este devenir de acontecimientos, no es casual el hecho de que durante las sesiones del Primer Congreso constituyente mexicano de 1822-1823, al tratar de instalar el Supremo de Justicia se volvieran a invocar éstas cuestiones sobre el Tribunal de Agravios o sobre las proposiciones del Conde de Toreno.

Si alguna nota define la labor de las Cortes de Cádiz es la de haber luchado *a favor de la libertad*, primero de la conculcada por el pueblo francés y al propio tiempo por la libertad jurídica y política del pueblo español, humillado por el peso del despotismo ilustrado y del absolutismo, esta lucha alcanzó el centro y las primicias entre las atenciones de las Cortes, la libertad individual se enuncia y al mismo tiempo se la protege por medio de un complejo sistema jurídico constituido por los principios de la tradición castellana y aragonesa. El Capítulo V trata de dar amplio cauce al tema de los presos, de las cárceles y de la libertad individual, interesa aquí dar alcance a la libertad y a la sociedad pues también en la cárcel —mantiene JOSÉ BARRAGÁN— subyacen las conquistas de libertad y dignidad humana en la forma en que puedan ser compatibles con la condena impuesta. El Derecho Penitenciario tiene como fin primordial el humanizar la cárcel y respetar la dignidad de los presos, trata así de menoscabar la libertad del hombre y su propia dignidad. La cárcel puede seguir siendo un castigo y un lugar de cumplimiento de penas, pero al propio tiempo será un establecimiento de rehabilitación, de readaptación, lo importante es tratar de obtener el cambio deseado en la conducta del delincuente, procurar tratar al hombre como se merece, con dignidad y a la altura de su dignidad, siempre ha de constituir el objetivo final de la acción pública. El preso es el centro de todo el sistema y en él se hacen realidad dos consideraciones que, a veces, parecen contradictorias: *dignidad y pena*. Desde Cádiz hasta ahora, el preso es persona en su más hondo sentido, es un ser humano, pero por otro lado, una persona sobre la que pesa una condena legal a sufrir una pena determinada, a veces tan drástica que llega a negar esa misma dignidad.

Así las cosas, las Cortes de Cádiz, se sitúan en la entrada de este actual movimiento humanista y dignificador del Derecho Penitenciario, pues las Cortes de Cádiz no sólo inician el proceso revolucionario y constitucional sino la aplicación en México de un numeroso número de disposiciones todavía después de consumada la Independencia. Las Cortes de Cádiz tuvieron el empeño de dejar claro que no se puede hablar de libertad civil ni de libertad personal mientras ambas no penden única y exclusivamente de la ley y no de la voluntad del hombre, de esta manera se habla: (1) del principio de legalidad, como sujeción y apego a la ley, pero a una ley que es igual y común para todos los individuos de la sociedad, incluidas las autoridades públicas y es que hasta antes de Cádiz prevalece en materia de detenciones el arbitrio del hombre, la voluntad del hombre (2) de la enumeración de los supuestos en que se podían reunir los requisitos del procedimiento por haber privado al individuo de la libertad y (3) de la abolición de la tortura sobre las personas de los presos y que corrió a cargo de Argüelles en sesión de 2 de abril de 1811, tal

es así que la dignidad de la persona constituye el fundamento del movimiento liberal en Cádiz y por obra de las Cortes alcanza su más significativo impulso. Pero la pena capital no fue objeto de discusión especial durante las sesiones de las Cortes de Cádiz, sólo más tarde, durante los primeros congresos mexicanos de 1822-1824 se insinuará la conveniencia de suprimirla pero sin pasar más adelante. La cárcel, considerada como el lugar para cumplir la condena impuesta, pero a pesar de ser pena y lugar de cumplimiento de condenas, ha de reunir el ser un verdadero habitat para el preso, lugar «digno» de un hombre que no ha perdido su dignidad ni su capacidad para servir y ser útil a sí mismo y a la sociedad, un lugar con todas las comodidades posibles, así se dijo en Cádiz y en palabras de JOSÉ BARRAGÁN, se trata de conseguir en la cárcel un modelo, preocupación legítima de la legislación penitenciaria moderna de muchos países incluida la de México. Y hay dos aspectos más a destacar de trascendental importancia: el *trabajo y la educación del preso*, puesto que todo sistema penitenciario lo que pretende y persigue es el cambio de la conducta del preso, es ésta la esencia del Derecho Penitenciario.

Junto a esto se alude a otro tema, insistentemente debatido en las Cortes de Cádiz y por los Congresos mexicanos y es el de las *visitas de cárceles*, las visitas fueron un medio empleado y utilizado por los monarcas españoles para atajar abusos de poder y controlar el ejercicio de éste en tierras de Indias, sobre todo, en donde se implantaron de manera regular en tiempos de Felipe II: *visitas generales* para todo el vicerreinato o capitania general y *visitas específicas* para inspeccionar la gestión de un funcionario en particular. Característica común a toda clase de visitas eran las facultades extraordinarias o ilimitadas con que se investía al visitador. Dichas visitas tienen un profundo carácter de protección de derechos y libertades, de control legal y constitucional, se practican para inspeccionar y comprobar que todo esté en orden, conforme a la Constitución y demás leyes en vigor, y nacieron ante la frecuente situación de detención, del encarcelamiento arbitrario, propio del régimen absolutista. Se trata de una institución protectora de derechos, muy afín al Juicio de Residencia que constitucionalizado en Cádiz toma su origen del Derecho Romano, y se introdujo en el castellano para proteger y amparar el goce de la libertad individual supuesta la detención y la misma prisión del inculcado, del preso, a quien protegía frente a toda clase de arbitrariedades, sentencia injusta o ilegal, así como de los malos tratos, éste era el Juicio de Responsabilidad, como comúnmente se le llama y que en realidad, es el viejo Juicio de Residencia protector de derechos y libertades del individuo, exigente de la debida responsabilidad a los funcionarios y demás autoridades públicas sobre toda clase de faltas y delitos en el desempeño de sus cargos y sobre todo en relación con el ejercicio de dichas libertades.

El Capítulo VI aborda el tema de los reales amparos. Se trata de un instituto jurídico añejo, de la familia de los famosos interdictos posesorios, que se encuentran en los textos legales más antiguos tanto de Castilla como de Aragón y que se transfiere al derecho indiano, perviviendo en México nada menos que hasta los años 1890. En realidad, el contexto de amparos posesorios, firmas de derechos y autos castellanos reconocidos en vigor en tiempos de las Cortes de Cádiz y declarados y recomendados como muy útiles para la salvaguarda de los derechos de la persona por estas mismas Cortes son los que generalizaron su práctica. Este contexto de amparo se unía a otro esquema jurídico elaborado por las Cortes de Cádiz sobre la responsabilidad por infracciones de la constitucionalidad, podemos citar a este respecto la famosa

Ley de 24 de marzo de 1813. Alude el autor a que el significado de la palabra «amparo» tiene una introducción ya en el Título XXIII de la Tercera Partida. Para autores como FAIRÉN no les cabe duda de que las instituciones típicamente protectoras de la legalidad y de las libertades de Aragón tuvieron que influir en el nacimiento del Juicio de Amparo. Al decir del autor ha habido cambio de nombres pero en el fondo responden todos al mismo acercamiento cultural jurídico y doctrinal. Se constituye en recurso unificador y destinado a obtener una singular protección de manos del rey por el agravio sufrido o la protección frente a un acto atentatorio. Estaríamos pues ante una especial protección solicitada al rey que es la máxima instancia institucional siempre en toda clase de juicios y de conflictos, y ante un recurso de amparo que asume las modalidades que eran y serán clásicas de los recursos de nulidad por injusticia notoria y quebrantamiento de forma o ley expresa, de donde nacerá nada menos que la misma casación, término ya entonces en uso. El amparo pues se halla vinculado con el Justicia de Aragón al que ya hemos hecho alusión en el Capítulo IV.

Se esboza por el autor paralelamente que las cartas de encomienda eran de varias clases, pero que había una especial destinada a proteger a las personas contra los posibles agravios y era la Carta de Amparo, como defensa otorgada por el rey generalmente, universal e ilimitada, ya que el amparado quedaba enteramente bajo la protección real.

Al querer subrayar la función de amparo ejercitada por las audiencias, el autor alude a una modalidad jurisdiccional distinta de la que desencadena la interposición del amparo posesorio, y es que esa función de amparo de las audiencias iba dirigida a proteger a los particulares frente a lo que hoy denominamos administración pública, una función de amparo que no sólo abarca los supuestos específicos de los interdictos posesorios o recursos de amparos posesorios sino a la protección de los intereses y derechos de las personas en cualquier punto en que se sintieran agraviadas. Por eso y como sucede en nuestros días, se admite el recurso de amparo contra cualquier acto de cualquier autoridad que se considere lesivo de unos derechos reconocidos en la Constitución. Estamos pues ante un verdadero recurso contencioso motivado por un acto lesivo de derechos o de intereses de cualquier autoridad gubernativa. Se decía en la Ley III del título 9 de Libro VI de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias «... procuren que sean (los indios, se insiste en los indios no por razón o perjuicios racionales, sino como partes más débiles) muy bien tratados y amparados, defendidos y mantenidos en justicia y libertad». Se otorga así acción legitimadora a favor del interesado o agraviado. Pero las cosas no acababan aquí, y era el llamado Procurador de Indios, y la misma Audiencia los que debían actuar de oficio y salir en defensa de los agraviados, sobre todo si se trataba de la clase más débil y vulnerable, la de los indios.

El amparo posesorio en las Leyes de Indias, como institución esta de protección polifacética, era también viable en materia de propiedad.

Las Cortes de Cádiz no desatendió el problema del amparo, sino que acordó y recomendó su pervivencia y generalización a todos los puntos de la Monarquía, junto a los demás interdictos y firmas de derecho que eran peculiares en algunas regiones. Se hablaba de auto ordinario; de firma y contra-firma; de firmas posesorias; de auto gallego, como recurso posesorio, sumario y extraordinario que se reviste de todos los interdictos; y de amparo posesorio. En realidad los recursos en cuestión se venían aplicando regularmente

tanto en Galicia, donde surge el problema de orden práctico al negarse aquella audiencia a conocer o seguir conociendo tales recursos después de publicada la Constitución, como en Aragón, Valencia, Barcelona y Castilla. Se propone que tales recursos sigan estando vigentes, sólo sufrió una modificación relativa su procedimiento. Se hace extensiva su práctica a todas las audiencias de la monarquía pues es muy alto el fin que persiguen.

Nos encontramos, pues, ante una figura jurídica, ante un remedio procesal destinado a proteger el derecho o la mera posesión de la propiedad frente a cualquier perturbación, provenga ésta de particulares o de jueces o de cualquier otra autoridad. Se trata de un recurso sumarísimo, breve, con efectos inmediatos, como es el amparo correspondiente y cuya desobediencia se tipifica como infracción de ley o fuero.

Acaba el Capítulo VI refiriéndose a que el sistema que finalmente se recoge es el que estaba en vigor en Aragón, sistema destinado a la defensa y protección de las libertades de la persona, es decir, al amparo de la persona, de sus derechos y de sus bienes. Y que la Ley de 9 de octubre de 1812, sobre arreglo de tribunales, estuvo en vigor entre nosotros mucho tiempo después de conseguida la Independencia, por lo que el esquema visto de defensa del derecho de propiedad y de la posesión debió influir en el sistema de Juicio de Amparo, no sólo por la práctica y uso intensivo del término amparo sino también por la subsistencia del mismo juicio.

Se esboza en el Capítulo VII y último el tema del Juramento como defensa de la Constitución, y según se trasluce por el autor en las páginas que al mismo dedica, lo define como el acto jurídico formal a través del cual: *Primero*, se jura reconocimiento de la soberanía del constituyente y ello en orden a la creación de un nuevo orden o pacto social, se ratifica y legitima y se obliga a obedecerlo. *Segundo*, se jura guardar y hacer guardar la Constitución. Esto se circunscribe como una obligación de acatamiento de las normas que regulan el orden social. Se habla de un doble derecho: (1) derecho a resistir a toda autoridad o acto que sea contrario a la Constitución y (2) derecho de representación o de petición para reclamar la observancia del propio texto constitucional. *Tercero*, se jura proteger el orden social al tomar posesión de cualquier cargo u oficio. El juramento es un requisito esencial de forma, que ofrece la garantía de que el cargo se va a desempeñar conforme a las normas constitucionales y en beneficio de la comunidad entera. *Cuarto*, se incurre en responsabilidad en caso de incumplimiento. Esta responsabilidad puede ser Específica o Común. En la Específica se habla de pena, de suspensión de garantías y de derechos, y en la Común o por infracción de la Constitución, se hace efectiva a través del sistema del juicio de responsabilidad. Y tanto en una como en otra se reconoce la Acción Popular.

Y es que al decir de nuestro autor, la normativa atinente al juramento es más amplia y compleja de lo que en sí misma parece, sus preceptos no sólo pertenecen a esa clase de normas dirigidas a sujetos jurídicos que deben cumplir su mandato sino también las que van dirigidas hacia un órgano de Estado encargado de imponer tal mandato, su exégesis debe relacionarse con todos los preceptos que hablan de esa obligación aunque no se reúnan en el mismo título o capítulo que el del juramento en sí mismo considerado, es decir, se debe relacionar toda la normativa del juramento con la de la responsabilidad.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUIS MARÍA. *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1998. Un tomo de 359 páginas

En la época actual se nota un movimiento de tinte general en los ámbitos comerciales caracterizado por el tráfico en masa de los productos, las empresas acuden cada vez más a una contratación configurada en cláusulas generales, casi siempre construidas a base de formularios tipificados. Si esto facilita ciertamente la confección de los contratos, debe prevenirse, sin embargo, el peligro que alguna de esas condiciones generales puede suponer a veces para los consumidores, si se deslizan cláusulas abusivas.

Por eso ha nacido un importante movimiento, tanto doctrinal como legislativo, en pro de la regulación expresa de tales condiciones generales de los contratos. En varios países de la Unión Europea ya se han promulgado diversas leyes y disposiciones sobre la materia.

El conjunto de normas que tienden a proteger el restablecimiento de la autonomía de la voluntad de los contratantes y la libre prestación del consentimiento, aunque sea en una economía de mercado, se conoce con el nombre de Derecho del Consumo. Esta rama jurídica está, pues, constituida por las normas de distinta naturaleza y origen que atienden por diversas vías a la protección de los intereses, ya sean jurídicos y económicos, ya sean personales y sociales, de los consumidores.

Así lo define el autor del libro, LUIS M.^a DE LOS COBOS Y MANCHA, Director General de los Registros y del Notariado, en cuyo Centro ha nacido la idea de esta regulación para incorporarnos a la corriente europeísta y se han redactado los borradores y proyectos de la norma que se estudia en este libro, por lo cual bien podría ser considerado como una interpretación casi auténtica.

Nos dice el autor que el Derecho del Consumo es pluridisciplinar y carente de autonomía, por lo que no constituye una auténtica rama concreta del Derecho. No siempre es Derecho público ni, en todo caso, privado. Se reduce, pues, a recoger la normativa en torno a la especial situación y posición jurídica en que se encuentran los ciudadanos ante la contratación tipificada.

En cuanto que el Derecho del Consumo tiene naturaleza colectiva, pues así lo son sus acciones públicas y privadas, profesionales y empresariales, la Unión Europea tiene interés en su aplicación uniforme, lo que se deriva del propio Tratado que recoge la pretensión comunitaria de proteger a los consumidores.

Tras estas ideas que se contienen en la introducción del libro, el autor recoge los precedentes normativos existentes en el Derecho comparado, en especial las disposiciones alemanas, francesas y portuguesas, pasando después a los precedentes españoles.

Para esto examina nuestros antecedentes prelegislativos, manifestados por la doctrina y contenidos en los varios dictámenes emitidos por la Comisión General de Codificación, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Consultivo de los Consumidores y el Consejo de Estado.

Después se expone y comenta la memoria justificativa del proyecto de ley que se remitió a las Cortes, donde se contienen las claves que conforman la nueva regulación y su fundamento; se determina el ámbito subjetivo de la nueva norma que abarca las relaciones contractuales entre los consumidores, entre los empresarios o profesionales y entre estos dos últimos y los consu-

midores, Igualmente, se determinan las funciones de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas que han de intervenir en la aplicación de esta Ley. Para completar el iter legislativo se reflejan también, aunque brevemente, los avatares de la tramitación parlamentaria.

Aunque la Unión Europea carece de competencias en materia de Derecho privado, sí puede regular, en cambio, lo que afecta a las libertades comunitarias y a la protección de los consumidores, sobre todo en el ámbito del libre mercado, para garantizar la transparencia y la libre competencia de la contratación. Así lo mostró ya en el Programa Preliminar de 1975, de protección e información de los consumidores y con la introducción en el Tratado CEE de unas normas expresas de política comunitaria. En el libro se recoge el dictamen del Comité Económico y Social, la Guía del Consumidor Europeo en el Mercado Unico y las conclusiones de la Federación Hipotecaria sobre la protección del deudor hipotecario.

Vistos estos imprescindibles antecedentes, el autor entra ya en el estudio de la Ley española reciente, empezando por presentar su finalidad, que es, según él, servir de cauce al libre mercado procurando la libre competencia y transparencia de los contratos, la libre elección del consumidor y la seguridad jurídica para las pequeñas y medianas empresas. Su técnica distingue con nitidez entre las condiciones generales y las cláusulas abusivas, apartando también la figura de los contratos de adhesión. Su ámbito material se extiende a cualesquiera condiciones generales de los contratos y a todas las relaciones jurídicas, aunque excluyendo los contratos administrativos, los sucesorios, familiares y laborales.

La publicidad de las resoluciones judiciales que declaren nulas las determinadas cláusulas en su caso se instrumenta a través de la creación de un Registro de carácter jurídico, con efectos *erga omnes*, como instrumento de seguridad y que se atribuye a los Registradores de la Propiedad por su condición de profesionales especializados.

Se examina en el libro la estructura y el articulado de la Ley en sus grandes apartados de condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y publicidad registral. Este último apartado se contempla con la amplitud que el tema requiere, sentándose que tanto si se acepta que la publicidad tiende a proporcionar seguridad de los derechos o la seguridad del tráfico, fines que no son en modo alguno incompatibles, sino concordes, la idea central es que se inscribe para publicar el derecho de que se trata, y tan importante es, dice acertadamente el autor, la calificación previa a la extensión del asiento, como la de su contenido a efectos de la publicidad formal. Esto es, la seguridad estática de la inscripción está indisolublemente unida a la seguridad dinámica de la publicidad formal, sin reconocer jerarquía o prevalencia de ninguna de ellas.

El libro se completa con cinco anexos que se refieren a las modificaciones introducidas en el anteproyecto de ley, a la memoria justificativa, al tratamiento de la publicidad registral y a los textos legales sobre condiciones generales de la contratación y a las normas vigentes sobre publicidad formal.

Como se ve, el libro recoge toda la materia y es utilísimo para quienes han de estudiar esta nueva Ley. Contiene todo el material que se utilizó para su preparación, facilitando así la interpretación y aplicación de una norma que supone novedades importantes en el campo contractual, al acercarnos a las normativas del Derecho comparado de nuestro entorno.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 646-647 (Julio-Agosto 1998)

«El aprovechamiento urbanístico en suelo urbano en la Comunidad Valenciana», por JOSÉ LUIS LORENTE TALLADA, pág. 8801.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: EVOLUCION LEGISLATIVA: 1. EL TRLS 1/1992. 2. DECRETO DEL GOBIERNO VALENCIANO DE 7 DE DICIEMBRE DE 1993. 3. LRAU 6/1994: A) *Aprovechamiento subjetivo en planes adaptados*. B) *Aprovechamiento subjetivo en planes no adaptados*. 4. EL REAL DECRETO-LEY 5/1996 Y LA LEY ESTATAL 7/1997: A) *Planes adaptados a la LRAU*. B) *Planes no adaptados a la LRAU*. 5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 20 DE MARZO DE 1997 (BOE 25 DE ABRIL DE 1997): 5.1 *Clasificación del suelo*. 5.2. *El aprovechamiento subjetivo*. 5.3. *Interpretación de la Ley 7/1997 a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional*. 6. EL CRITERIO DE LA NUEVA LEY ESTATAL DEL SUELO: 26 DE MARZO DE 1998. 7 LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO, LEY 14/1997, DE 26 DE DICIEMBRE DE LA GENERALITAT VALENCIANA.—III EL APROVECHAMIENTO SUBJETIVO EN SUELO URBANO EN LOS PLANES ADAPTADOS A LA LRAU.—IV. EL APROVECHAMIENTO SUBJETIVO EN SUELO URBANO EN LOS PLANES NO ADAPTADOS A LA LRAU. 1 SUELO CONSOLIDADO. 2. SUELO NO CONSOLIDADO INCLUIDO EN UNIDAD DE EJECUCIÓN PREVISTA EN EL PLANEAMIENTO O DELIMITADA CON ANTERIORIDAD A LA LRAU. 3 SUELO URBANO NO CONSOLIDADO NO INCLUIDO EN UNIDAD DE EJECUCIÓN: A) *Autonomía municipal para la gestión del suelo urbano*. B) *Atomización de las áreas de reparto*. C) *Modificación puntual del planeamiento*.—V EL REGIMEN TRANSITORIO EN LOS AMBITOS DE PROGRAMACION: 1. PROGRAMAS APROBADOS CON ANTERIORIDAD A LA LEY 14/1997 DE LA GENERALITAT VALENCIANA. 2. PROGRAMAS APROBADOS CON POSTERIORIDAD A LA LEY 14/1997 DE LA GENERALITAT VALENCIANA.

«El subarriendo de local de negocio: Un estudio sobre el artículo 32 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994», por CRISTINA VICENT LÓPEZ, pág. 8825.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. EL SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: NUEVO RÉGIMEN NORMATIVO EN LA LAU DE 1994. 2. EL ARTÍCULO 32 EN EL CONTEXTO DE LA LAU DE 1994.—II. AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 32: 1. AMBITO MATERIAL: SUBARRIENDO DE FINCA ARRENDADA PARA USO DISTINTO DE VIVIENDA EN LA QUE SE EJERCE ACTIVIDAD EMPRESARIAL O PROFESIONAL: 1.1. *Supuesto de aplicación del artículo 32*. 1.2. *Finca arrendada para uso distinto de vivienda*. 1.3. *Ejercicio de actividad profesional o empresarial en la finca arrendada*.

da. 2. AMBITO TEMPORAL: DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA.—III. EL CONCEPTO DE SUBARRIENDO. 1. SUBARRIENDO Y CESIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: DELIMITACIÓN ENTRE AMBAS FIGURAS. 2. LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO EN EL USO DE LA FINCA ARRENDADA: CRITERIOS DE APRECIACIÓN DE LA RELACIÓN SUBARRENDATICA. 3. LA NATURALEZA ARRENDATICA DEL CONTRATO DE SUBARRIENDO. 4. CARÁCTER TOTAL O PARCIAL DEL SUBARRIENDO.—IV. REQUISITOS LEGALES ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 32. OBLIGACIÓN DE NOTIFICACIÓN Y DERECHO A LA ELEVACIÓN DE LA RENTA: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS: 1.1. *El artículo 22 de la LAU de 1964.* 1.2. *El artículo 32 de la LAU de 1994.* *El subarriendo como facultad del arrendatario.* 2. LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICACIÓN: 2.1. *El fundamento de la obligación impuesta* 2.2. *Sujeto obligado.* 2.3 *Forma prevista.* 2.4 *Plazo.* 3. DERECHO DEL ARRENDADOR A LA ELEVACIÓN DE LA RENTA: 3.1 *Porcentaje aplicable.* 3.2. *El concepto de renta base a los efectos del artículo 32* 4. CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 32: 4.1 *La causa de resolución establecida en el artículo 35 de la LAU.* 4.2. *Los litigios de resolución del contrato de arrendamiento por infracción del artículo 32: Cuestiones procesales.* 4.3 *Consecuencias derivadas de la resolución del contrato de arrendamiento: Eficacia del contrato de subarriendo.*—V. EL CONTRATO DE SUBARRIENDO COMO CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO: 1 LA RELACIÓN SUBARRENDATARIO-ARRENDADOR: 1.1. *Consideraciones previas.* 1.2. *El precio de subarriendo:* a) *Cuantía.* b) *Impago.* 1.3 *Uso del local: Deterioros causados por el subarrendatario.* 1.4. *Transmisión del derecho de uso del local por el subarrendatario.*

COMENTARIO: Realiza la autora un estudio del subarriendo del local de negocio, poniendo el énfasis en el nuevo régimen normativo de la LAU de 1994, pero, a su vez, haciendo continuas referencias a la normativa anterior. Decide abordar este tema del subarriendo de local de negocio como consecuencia del eco social que ha alcanzado en los últimos años, existiendo, por consiguiente, abundante jurisprudencia. El subarriendo responde a un fenómeno de cambio que, como señala la autora, refleja la tendencia actual a la búsqueda de nuevas fórmulas de gestión y organización de la empresa. En ese sentido la LAU fomenta el subarriendo, al prescindir del necesario consentimiento previo del arrendador, lo cual favorece la libertad de la empresa en la búsqueda de nuevas fórmulas que supongan una mejor gestión en la faceta de organización de recursos o producción.

Estudia el ámbito de aplicación del precepto, y destaca dentro del ámbito espacial cómo se aplica únicamente a aquellos contratos celebrados con posterioridad a la Ley. Dentro del ámbito material, se detiene en el examen de los supuestos de aplicación del precepto, por un lado, en la existencia de un contrato para uso distinto del de vivienda, y por otro lado, es necesario que se ejerza una actividad profesional o empresarial en la finca arrendada. En relación con el primer punto se plantea por la autora la posibilidad de que el subarrendatario altere el destino del local arrendado. Distinguiendo entre la finca como destino distinto al de vivienda en la que el arrendatario subarrienda a un tercero que la destina a vivienda; y, por otro lado, la finca con destino de vivienda en la que el arrendatario subarrienda a un tercero que la destina a un uso distinto. En relación con el segundo requisito, el ejercicio de actividad profesional en la finca arrendada, cabe señalar que el nuevo régimen favorece la libertad organizativa de la empresa, que bien a través de fórmulas

asociativas, bien manteniendo su autonomía negocial, buscan la cooperación con otras empresas, compartiendo la organización de sus recursos con la finalidad de obtener cuotas cada vez más amplias y heterogéneas de clientela.

Seguidamente, la autora delimita el concepto de subarriendo, primero a través de su diferenciación del concepto de cesión de contrato de arrendamiento —distinción que aunque teóricamente es muy clara, no lo es tanto desde el punto de vista práctico, como además se desprende de la propia Ley que unifica a ambas figuras sometiéndolas a un mismo régimen normativo—, y, posteriormente profundizando en la naturaleza arrendaticia del propio contrato de subarriendo y en el carácter total o parcial del mismo, ayudada por los criterios jurisprudenciales en la relación subarrendaticia.

No obstante, el punto de mayor interés del artículo se centra, a mi juicio, en la diferencia primordial que presenta el artículo 32 de la LAU de 1994, frente al artículo 22-1 de la LAU de 1964, pues el subarriendo se posibilita —con carácter dispositivo— sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador, pero exigiéndosele la obligación de notificación de forma fehaciente, esto es, de cualquier forma distinta al conducto notarial en el plazo de un mes desde que se concertó el subarriendo, a fin de que el arrendador tenga un conocimiento puntual del subarrendamiento. El siguiente punto central del estudio es el examen del derecho del arrendador a una elevación de la renta del 10 por 100 si el subarriendo es parcial y del 20 por 100 si es total, tomando como renta base la renta pactada en el contrato incrementada con todas las actualizaciones practicadas. Analiza también las consecuencias derivadas del incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32, como son la causa de resolución establecida en el artículo 35 de la LAU, y los litigios de resolución del contrato de arrendamiento por infracción del artículo 32.

Por último, se detiene en examinar el contrato de subarriendo como contrato de tracto sucesivo, indicando las diferencias de la nueva normativa con relación a la legislación anterior donde el arrendador podía dirigirse directamente contra el subarrendatario en supuestos concretos como el impago del precio del subarriendo, o por el deterioro del local por dolo o culpa del subarrendatario. Tampoco en la LAU somete el precio del subarriendo a ningún límite cuantitativo, pudiendo ser libremente pactado.

«El recurso extraordinario por infracción procesal», por VICENTE GIMENO SENDRA, pág. 8887

SUMARIO. I. NATURALEZA JURIDICA: A) PRESUPUESTOS Y RESOLUCIONES RECURRIBLES. B) MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.—II. RECURSO EXTRAORDINARIO Y TRIBUNAL SUPREMO: A) REPERCUSIONES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA DOCTRINA LEGAL DEL TRIBUNAL SUPREMO. B) RECURSO EXTRAORDINARIO PROCESAL Y CONSTITUCIÓN.—III. CONCLUSIONES.

«La sociedad unipersonal», por HELIODORO SÁNCHEZ RUS, pág. 9297

SUMARIO: I. EJERCICIO INDIVIDUAL DEL COMERCIO Y LIMITACION DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: CUESTIONES DE POLITICA LEGISLATIVA Y DE TECNICA JURIDICA.—II. LA LEY 2/1995 Y SUS ANTECEDENTES.—III. CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EL PRO-

BLEMA TIPOLOGICO.—IV. MECANISMOS DE PUBLICIDAD.—V. LOS ORGANOS SOCIALES: LA JUNTA GENERAL.—VI. ADMINISTRACION Y REPRESENTACION. DISCIPLINA DE LAS RELACIONES ENTRE EL SOCIO UNICO Y LA SOCIEDAD.—VII. SITUACIONES PATOLOGICAS: 1. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR PUBLICIDAD A LA SITUACIÓN DE UNIPERSONALIDAD. 2. LA DOCTRINA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO». 3. DELIMITACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE UNIPERSONALIDAD. 4. UNIPERSONALIDAD E INFRACAPITALIZACIÓN.

COMENTARIO: Con este exhaustivo estudio doctrinal el autor aborda el examen de la Ley 2/1995, y sus antecedentes legislativos. Antecedentes que tenían encaje en el sistema general del Código Civil y en el Código de Comercio, los cuales entendían que la sociedad devenida como unipersonal aparecía como una situación anómala. La Ley de 17 de julio de 1951, también excluía la posibilidad de una sociedad anónima originariamente unipersonal. Posteriormente, la reforma del derecho de sociedades —que arranca con la Ley 19/1989 LSA— no aportó innovación alguna en relación con la unipersonalidad, siendo decisivas algunas de las Resoluciones de la DGRN, pero limitadas a un aspecto concreto del régimen de funcionamiento de la sociedad unipersonal (como es el de la exclusión) pero que suponían el reconocimiento de la unipersonalidad mediante la consideración de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada como una técnica jurídica de organización de la empresa, a la que se puede acudir con independencia de la configuración de su sustrato personal.

Una vez rigurosamente expuestos los antecedentes históricos, el autor se centra en el problema esencial del artículo: la constitución de la sociedad unipersonal y el estudio de la Directiva 89/667/CEE, la cual no impone a las legislaciones nacionales el reconocimiento de la sociedad anónima unipersonal, en base a lo cual la mayoría de los estados miembros han optado por circunscribir a la sociedad de responsabilidad limitada el reconocimiento de la unipersonalidad, salvo en el supuesto de España donde se prefiere hacer desaparecer el tradicional requisito de la pluralidad de fundadores en la sociedad anónima.

Otros problemas estudiados en el artículo son los referidos a los mecanismos de publicidad; los órganos sociales —entre ellos la Junta General que parecía incompatible, en principio, con el concepto de sociedad unipersonal, pero que tras las matizaciones de la doctrina registral, apuntalada por la Directiva, es posible considerarla integrada por el socio único que ejercerá las competencias en la Junta General—; la administración y representación de la sociedad, y, por último, las situaciones patológicas, entre las que destaca el incumplimiento de la obligación de dar publicidad a la situación de unipersonalidad, base de la responsabilidad ilimitada de las deudas sociales del socio único, la doctrina del levantamiento del velo a fin de evitar el abuso mediante la utilización de la vía societaria para obtener un resultado contrario a Derecho; la delimitación de los supuestos de unipersonalidad, y, por último, la unipersonalidad y la infracapitalización.

«Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales», por FERNANDO CERDA ALBERO, pág. 9331.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES EN LIQUIDACION: 1. LA PREVISIÓN NORMATIVA: PERMISIBILIDAD Y PUNTO «DI NON RITORNO». 2. PROBLEMAS OPERATIVOS DERIVADOS DE LA GENERALIDAD DE LA PREVISIÓN

NORMATIVA: a) *La posibilidad de que una sociedad en liquidación participe en una fusión o escisión: Como transmitente y también como adquirente.* b) *La posibilidad de fusionarse y de escindirse, también parcialmente* c) *¿Necesidad de acuerdo de reactivación?* d) *Funciones de los liquidadores.* e) *¿Derecho de separación de los socios que no voten a favor del acuerdo de reestructuración?* f) *Protección de los acreedores sociales* —III. FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES EN SITUACION DE QUIEBRA: 1. LA ESCUETA PREVISIÓN NORMATIVA: LA NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL. 2. LA FINALIDAD DE LA NORMA 3. INICIATIVA, MOMENTO PROCESAL, FORMA Y CRITERIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL. 4. EFECTOS ORGÁNICOS 5. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES Y SUS CRÉDITOS.—IV. FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES EN ESTADO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS: 1 EL SILENCIO NORMATIVO: CONSECUENCIAS 2. LA CONVENIENCIA DE DISTINGUIR EL MOMENTO DE ADOPCIÓN DE LA REESTRUCTURACIÓN: a) *La reestructuración anterior a la adopción del convenio de la suspensión.* b) *La reestructuración como contenido del convenio* c) *La reestructuración de sociedad suspensa con convenio pendiente de cumplimiento*

«El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales», por FRANCISCO VICENT CHULIA, pág. 9355 (sin sumario)

Número 648 (Septiembre 1998)

«De nuevo sobre la recusación: Análisis de las modificaciones introducidas en esta materia en el anteproyecto de la LEC de 26 de diciembre de 1997», por M.^a DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ, pág. 10563

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2 NOVEDADES PUNTUALES EN EL CAPÍTULO I, RELATIVO A DISPOSICIONES GENERALES.—3. NOVEDADES EN EL CAPÍTULO III: DE LA RECUSACION DE JUECES Y MAGISTRADOS —4 VARIACIONES RESPECTO AL CAPÍTULO IV: LA RECUSACION DE LOS SECRETARIOS DE LOS TRIBUNALES CIVILES.—5. RECUSACION DE OFICIALES, AUXILIARES Y AGENTES DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.—6. DE LA RECUSACION DE PERITOS.—7. MODIFICACIONES EN MATERIA DE CAUSAS DE RECUSACION Y SANCCIONES.—8. NOVEDADES EN LA RECUSACION DESPUES DEL SEÑALAMIENTO DE LA VISTA.—9 CONCLUSIONES.

«La adhesión a la apelación en el procedimiento abreviado y en el Juicio de faltas (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 162/1997, de 3 de octubre)», por JAIME DE LAMO RUBIO, pág. 10575.

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO.—II. LA ADHESION A LOS RECURSOS: 2 1. EN EL PROCESO CIVIL. 2.2. EN EL PROCESO PENAL.—III. LA ADHESION A LA APELACION A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 795.4 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: 3 1 EN GENERAL. 3.2. POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ALCANCE Y CONTENIDO DE ESA ADHESIÓN A LA APELACIÓN. 3.3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL TRÁMITE A DAR A LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN DEL ARTÍCULO 795.4 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.—IV. A MODO DE CONCLUSIONES.

«El acceso judicial a los datos tributarios reservados», por LUIS GÓMEZ LOECHES, pág. 10595.

SUMARIO: PREFACIO.—I. EL ACCESO JUDICIAL A LAS INFORMACIONES RESERVADAS a) ¿CÓMO CONCILIAR EL DERECHO A LA LIBERTAD INFORMÁTICA CON LAS NECESIDADES DEMOCRÁTICAS DE INFORMACIÓN? b) EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL. c) EL PROBLEMA DE LA DISPONIBILIDAD DE LA INFORMACIÓN. d) LA TÉCNICA DEL SECRETO.—II. EL RESPONSABLE DEL FICHERO ANTE EL NUEVO RÉGIMEN DE CESIÓN DE LOS DATOS TRIBUTARIOS PERSONALES DE CARÁCTER RESERVADO: A) EL CARÁCTER RESERVADO DE LOS DATOS TRIBUTARIOS: a) *Dudas sobre la justificación del nuevo régimen de cesión de datos.* b) *El derecho de acceso a los documentos y archivos administrativos* B) LA OBLIGACIÓN DE COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA: a) *El contenido de la obligación. Excepciones.* b) *El ámbito subjetivo de la obligación.* C) EL DILEMA DEL RESPONSABLE DEL FICHERO ANTE LAS PETICIONES DE CESIÓN DE DATOS RESERVADOS: a) *La ecléctica postura de la Administración* b) *Las consecuencias de la no cesión.* c) *Consecuencias de la cesión.*—III. CONCLUSION.—IV. BIBLIOGRAFIA

«La publicidad comercial en la convención europea para la protección de los derechos humanos», por JOSÉ LUIS GARCÍA GUERRERO, pág. 10699 (sin sumario)

«La competencia territorial para entender de los expedientes de suspensión de pagos», por JOSÉ MARÍA SEGRERA TIZÓN, pág. 11065 (sin sumario).

«Las ventajas especiales y la *par conditio creditorum* en la suspensión de pagos», por ALBERTO SALA REIXACHS, pág. 11071.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. PLANTEAMIENTO.—III. VENTAJAS ESPECIALES. A) CLÁUSULAS O PACTOS QUE PREVÉN QUITAS PROGRESIVAS QUE AFECTAN EN MAYOR PROPORCIÓN A LOS CRÉDITOS DE MAYOR CUANTÍA. B) CLÁUSULAS QUE FACULTAN A ACREEDORES Y PROVEEDORES QUE POR DESCUENTOS, SUMINISTROS O FINANCIACIONES HAYAN PRACTICADO RETENCIONES A LA SUSPENSA, A APLICARLOS AL COBRO DE SUS CRÉDITOS UNA VEZ APROBADO EL CONVENIO. C) CLÁUSULAS QUE FACULTAN A LA SUSPENSA A OTORGAR UN TRATO ESPECIAL A LOS ACREEDORES QUE CON POSTERIORIDAD AL AUTO DE APROBACIÓN DEL CONVENIO CONTINUAN SUMINISTRANDO MERCANCÍAS O DESCONTANDO EFECTOS: PRIMERA. NULIDAD DEL CONVENIO. SEGUNDA APROBACIÓN DEL CONVENIO. TERCERA. APROBACIÓN DEL CONVENIO CON EXCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA QUE OTORGA UN TRATO ESPECIAL A ACREEDORES Y PROVEEDORES QUE SIGAN DESCONTANDO O SUMINISTRANDO CON POSTERIORIDAD AL AUTO DE APROBACIÓN DEL CONVENIO.—IV. LA INFRACCIÓN DEL PENÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA LSP PUEDE INCARDINARSE EN LA CAUSA PRIMERA O TERCERA DE IMPUGNACION

«Conflictos de marcas en Internet», por J. MASSAGUER, pág. 11107

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA UTILIZACIÓN DE MARCAS AJENAS EN INTERNET —3. CONFLICTOS ENTRE MARCAS Y DOMAIN NAMES: a) ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS ACERCA DE INTERNET Y DEL SISTEMA DE «DOMAIN NAMES» b) LAS CLAVES DEL CONFLICTO ENTRE EL SISTEMA DE MARCAS Y EL SISTEMA DE «DOMAIN NAMES». c) «DOMAIN GRABBING». d) LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS

DERIVADOS DE UNA MARCA MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE UN «DOMAIN NAME». e) LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN NOMBRE COMERCIAL Y DE OTROS DERECHOS MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE UN «DOMAIN NAME». f) CONFLICTOS ENTRE «DOMAIN NAMES».—4. *META-TAGGING*.—5 *LINKING*.—6 *FRAMING*.—7. EL DERECHO APLICABLE Y LOS TRIBUNALES COMPETENTES EN LOS CONFLICTOS.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 21 (1997)

«Problemas de secuestro internacional de menores», por ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 481

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES: CONCEPTO Y ETIOLOGIA.—III. LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES: 1. EL CONVENIO EUROPEO DE LUXEMBURGO DE 20 MAYO 1980, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENORES, ASÍ COMO AL RESTABLECIMIENTO DE DICHA CUSTODIA. 2. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 OCTUBRE 1980, SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES 3. RELACIONES ENTRE AMBOS CONVENIOS. 4. OTROS CONVENIOS INTERNACIONALES.—IV. EL DIPR. ESPAÑOL Y LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES E INCAPACES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES E INCAPACES Y ARTÍCULO 9.6 DEL CÓDIGO CIVIL 3 CONVENIO DE LA HAYA DE 5 OCTUBRE 1961, SOBRE COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES Y LEY APLICABLE EN CUESTIÓN DE PROTECCIÓN DE MENORES 4. EL SECUESTRO LEGAL INTERNACIONAL DE MENORES (LEGAL KIDNAPPING).

Número 22 (1997)

«A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, y su aplicación en el Derecho español», por JAVIER LETE ACHURICA, pág. 529.

SUMARIO: I. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO UNILATERAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.—II. LA DIRECTIVA 94/47/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE OCTUBRE DE 1994, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN LO RELATIVO A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE UN DERECHO DE UTILIZACIÓN DE INMUEBLES EN RÉGIMEN DE TIEMPO COMPARTIDO. 1. ANTECEDENTES. 2. EJERCICIO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN EL CONTRATO DE MULTIPROPIEDAD. 3 LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL: REFLEXIONES SOBRE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE AUDIENCIAS PROVINCIALES EN MATERIA DE MULTIPROPIEDAD —III. TRABAJOS PRELEGISLATIVOS ESPAÑOLES EN MATERIA DE MULTIPROPIEDAD 1. EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES,

DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1994. 2. EL PROYECTO DE LEY SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES, DE 18 DE JULIO DE 1997.

Número 23 (1997)

«Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral», por SUSANA SALVADOR GUTIÉRREZ, pág. 549.

SUMARIO: I. PATRIA POTESTAD: a) REGULACIÓN. b) RÉGIMEN REGISTRAL DE LA PATRIA POTESTAD —II INCAPACIDAD: a) REGULACIÓN. b) PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN. c) RÉGIMEN REGISTRAL DE LA INCAPACITACIÓN.—III TUTELA JUDICIAL: a) REGULACIÓN. b) PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE CONSTITUCIÓN DE TUTELA. c) REGIMEN REGISTRAL DE LA TUTELA JUDICIAL.—IV. TUTELA ADMINISTRATIVA: a) REGULACIÓN. b) PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA LEGAL. c) RÉGIMEN REGISTRAL DE LA TUTELA LEGAL —V. ACOGIMIENTO: a) REGULACIÓN. b) PROCEDIMIENTOS DE CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO. c) RÉGIMEN REGISTRAL DEL ACOGIMIENTO

Número 24 (1998)

«Rescisión por fraude de acreedores en la tercería de dominio», por JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS, pág. 573.

SUMARIO: 1 INTRODUCCION.—2. DISTINTOS MOMENTOS EN QUE CABE EJERCER LA ACCION PAULIANA.—3 ENAJENACION DE LOS BIENES EMBARGADOS.—4. CONFLICTO ENTRE ACREEDOR EJECUTANTE Y ADQUIRENTE DE BIENES EMBARGADOS a) EMBARGO, ANOTACIÓN, TRANSMISIÓN, INSCRIPCIÓN. b) TRANSMISIÓN, INSCRIPCIÓN, EMBARGO. c) TRANSMISIÓN, EMBARGO, ANOTACIÓN, INSCRIPCIÓN. d) INACTIVIDAD DEL ADQUIRENTE. e) EMBARGO, TRANSMISIÓN, ANOTACIÓN, INSCRIPCIÓN.—5. CAUCE PROCESAL PARA HACER VALER, DENTRO DE LA TERCERIA DE DOMINIO, LA RESCISION POR FRAUDE DE LA ENAJENACION QUE FUNDA EL TITULO DEL TERCERISTA —6. CONCLUSIONES.—7. INDICE DE JURISPRUDENCIA.

Número 25 (1998)

«Algunas cuestiones que plantean los procesos relacionados con la circulación de vehículos de motor», por M^a DEL CARMEN RECIO GARCÍA, pág. 599.

SUMARIO. I. INTRODUCCION —II LA ACCION DIRECTA CONTRA LAS ASEGURADORAS.—III. PROCESOS EN LOS QUE SE EJERCITAN LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS.—IV. LOS PROCESOS PENALES.—V. CONCLUSION DE LOS PROCESOS PENALES SIN DECLARACION DE RESPONSABILIDAD: EL TITULO EJECUTIVO.—VI. LOS PROCESOS CIVILES.—VII. EL JUICIO EJECUTIVO ESPECIAL DE LA LEY DEL AUTOMOVIL.—VIII. EL JUICIO VERBAL CIVIL.—IX EL PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO —X. BIBLIOGRAFIA.

Número 26 (1998)

«La problemática de las terrazas a nivel en los áticos», por MARÍA JESÚS LÓPEZ FRIAS, pág. 623.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS TERRAZAS EN LOS ATICOS, ¿SON ELEMENTOS COMUNES O PRIVATIVOS?—III. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL: DOCTRINA DE LAS AUDIENCIAS Y DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. EL PROBLEMA DE LA CONFIGURACION JURIDICA DEL «USO EXCLUSIVO» ATRIBUIBLE AL TITULAR DEL ATICO.—V. CONSIDERACION DEL PROBLEMA DE LA CONTRIBUCION A LA REPARACION Y LOS GASTOS EN ESTAS TERRAZAS.—VI. EL DESTINO DE LAS MEJORAS REALIZADAS EN TERRAZA DE USO PRIVATIVO PERO DE NATURALEZA COMUN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFIA.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE

Número 162 (Junio 1998)

«Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos (segunda parte): La falta de publicación de los planes y sus efectos jurídicos», por ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, pág. 11.

SUMARIO: III. LA PUBLICACION COMO REQUISITO DE EFICACIA DE LOS PLANES. OMISION. EFECTOS: 1. LA PUBLICACIÓN INTEGRAL A) *La configuración de la publicación como requisito de eficacia* B) *La doctrina jurisprudencial consolidada sobre la relevancia de la publicación y su independencia de la validez del Plan. Matices contradictorios. Declaración judicial de la ineficacia jurídica general del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano de El Boalo (Madrid) y negativa de efectuarla de las Normas Subsidiarias de Monachil (Granada).* 2. EFECTOS DE SU OMISIÓN: A) *Efectos sobre actos de complemento, desarrollo o simple aplicación. Nulidad de otorgamiento de licencias en Colindres (Cantabria) y Telde (Las Palmas de Gran Canaria) pero validez de otorgamiento en Avila al existir planeamiento de cobertura.* B) *Efectos sobre procedimientos expropiatorios. Nulidad del proyecto para Escombrera Municipal de Alcorcón (Madrid).* C) *Efectos sobre la remisión normativa desde otros sectores del ordenamiento local. Nulidad de liquidación girada por el impuesto sobre Solares en Valencia* D) *Efectos sobre el planeamiento derivado. Anulación del Estudio de Detalle de la Marina de Camargo (Cantabria) y declaración de validez del Plan Parcial «Son Seba Nou» de Palma de Mallorca.* 3. OTROS SUPUESTOS DE INEXISTENCIA DE EFICACIA DE LOS PLANES EXCLUIDOS DE ESTE ESTUDIO.—IV. DIFERENTES EFECTOS SUBSIGUIENTES A LA INVALIDEZ Y A LA INEFICACIA DE LOS PLANES: LA SUERTE DE LOS INSTRUMENTOS URBANISTICOS DEPENDIENTES DE ELLOS: 1. RECURSO DIRECTO CONTRA PLANES URBANÍSTICOS: EFECTOS. 2. RECURSO INDIRECTO CONTRA PLANES URBANÍSTICOS: EFECTOS. A) *Diversidad de supuestos. Diferente alcance* B) *Efectos Mantenimiento de planes ilegales.* C) *Efectos con relación a los actos de complemento, desarrollo y simple aplicación de un*

Plan ilegal La conservación de los mismos. Soluciones doctrinales. 3. CONCLUSIÓN: SIMILITUD DE EFECTOS DE LA INVALIDEZ Y LA INEFICACIA DE LOS PLANES SALVO CON RELACIÓN A LOS INSTRUMENTOS DE DESARROLLO

«Urbanismo y responsabilidad patrimonial», por JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO, pág. 55.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD URBANISTICA.—2 INDEMNIZACION POR ALTERACION DEL PLANEAMIENTO QUE OCASIONA UNA REDUCCION DEL APROVECHAMIENTO URBANISTICO.—3. INDEMNIZACION POR LIMITACIONES SINGULARES DERIVADAS DE UNA REDUCCION DEL APROVECHAMIENTO URBANISTICO.—4. INDEMNIZACION POR DENEGACION IMPROCEDENTE DE LICENCIAS.—5 INDEMNIZACION POR LA SUSPENSION DEL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS.—6. OTROS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS: a) CONSULTAS URBANÍSTICAS. b) LIMITACIÓN DE ACCESOS. c) PARALIZACIÓN ILEGAL DE OBRAS. d) DEMOLICIÓN DE INMUEBLES.—7. PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD.

«La responsabilidad patrimonial de la Administración por daños producidos por animales de caza», por JORGE AGUDO GONZÁLEZ, pág. 107.

SUMARIO: 1. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PRODUCIDOS POR ANIMALES DE CAZA. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION. 1.1. EL SUPUESTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DE LOS APROVECHAMIENTOS CINEGÉTICOS. 1.2. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CASO DE DAÑOS PRODUCIDOS POR ANIMALES DE CAZA — 2. PLANTEAMIENTO DE OTROS SUPUESTOS CONEXOS. FINALMENTE, LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR DAÑOS AMBIENTALES: 2.1. CONSIDERACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ESPECIES PROTEGIDAS. 2.2. PLANTEAMIENTO DE LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PROVOCADOS POR ANIMALES PROTEGIDOS. 2.3. PLANTEAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PROVOCADOS A ANIMALES PROTEGIDOS: 2.3.1. *Existencia de un servicio público cuyo funcionamiento normal o anormal produzca una lesión antijurídica. Relación de causalidad.* 2.3.2. *Legitimación activa para reclamar la responsabilidad administrativa. el problema en relación con los particulares, las asociaciones ecologistas y la propia Administración.* 2.3.3. *Efectividad, evaluación e individualización del daño.*

«Aspectos competenciales de la evaluación de impacto ambiental: comentario a la STC 13/1998, de 22 de enero de 1998», por ESTANISLAO ARANA GARCÍA, pág. 151.

SUMARIO I INTRODUCCION.—II. LA DELIMITACION DE COMPETENCIAS BASICAS MEDIANTE DECRETOS LEGISLATIVOS COMO OBJETO ADICIONAL DE IMPUGNACION.—III. LA CONTROVERTIDA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL. 1. PLANTEAMIENTO. 2. POSIBILIDADES DE EXCEPCIONAR LA NECESIDAD DE EIA DE DETERMINADOS PROYECTOS

POR PARTE DEL ESTADO: 21 *Proyectos excluidos mediante una Ley estatal.*
 2.2 *Proyectos exceptuables por Acuerdo del Consejo de Ministros.* 3 EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE MEDIO AMBIENTE ES EL ÓRGANO CON COMPETENCIAS AMBIENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN SUSTANTIVAMENTE COMPETENTE LA CLAVE DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL.
 3.1 *La participación de las CCAA en el vigente procedimiento de elaboración de las EIA garantiza el ejercicio de sus competencias en materia ambiental.*
 3.2 *La criticable razón de fondo de la decisión de constitucionalidad: la consideración del medio ambiente como título competencial secundario o accesorio.*

Número 163 (Julio-Agosto 1998)

- «Sobre la alteración del planeamiento», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 13 (sin sumario).
 «Líneas básicas de la legislación urbanística de la República Federal de Alemania», por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, pág. 29 (sin sumario)
 «Análisis de la Ley 9/1997, de 13 de octubre, de medidas transitorias en materia de urbanismo de Castilla y León», por JUAN JOSÉ VILLALBA CASAS, pág. 63.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA SITUACION ANTERIOR A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO.—4. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA SOBRE LA LEY 7/1997, DE 14 DE ABRIL, DE MEDIDAS LIBERALIZADORAS EN MATERIA DE SUELO Y DE COLEGIOS PROFESIONALES.—5. LAS REACCIONES LEGISLATIVAS TRAS LA STC.—6. LA NORMATIVA VIGENTE EN CASTILLA Y LEON.—7 LA LEY DE MEDIDAS TRANSITORIAS EN MATERIA DE URBANISMO DE CASTILLA Y LEON Y SU ENCAJE EN EL CONJUNTO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: 7.1 OBJETO DE LA LEY. 7.2. CLASIFICACIÓN Y RÉGIMEN DEL SUELO. 7.3. GESTIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO: 7.3.1. *Suelo urbano consolidado.* 7.3.2 *Suelo urbano no consolidado.* 7.3.3. *Suelo urbanizable.* 7.4. DETERMINACIONES DEL PLANEAMIENTO PARA LA GESTIÓN URBANISTICA Y APROVECHAMIENTOS RESULTANTES. 7.5. EL PRINCIPIO DE EQUIDISTRIBUCIÓN Y LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN 7.6. RÉGIMEN TRANSITORIO

- «Ley 1/1997, de 24 de marzo, del suelo de Galicia», por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 109.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II ANTECEDENTES.—III. ANALISIS DESCRIPTIVO: 1. PRINCIPIOS INSPIRADORES. 2. ESTRUCTURA. 3. OBJETO Y FINALIDAD. 4. COMPETENCIA URBANÍSTICA. 5. CONTENIDO: A) *Planeamiento urbanístico* B) *Régimen urbanístico del suelo.* C) *Gestión urbanística.* D) *Disciplina urbanística* E) *Organización* —IV. CONCLUSION.

- «El suelo urbano en la Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones», por SEBASTIAN GRAU AVILA, pág. 123 (sin sumario).

«El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6/1998, de 13 de abril», por VICENTE LASO BAEZA, pág. 137 (sin sumario).

«Bases para la determinación del perjuicio ecológico en el Derecho penal español», por CARLOS BLANCO LOZANO, pág. 171.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 227 (Enero-Marzo 1998)

«Problemas actuales de la integración cooperativa», por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, pág. 7.

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. CUESTIONES BASICAS EN MATERIA DE INTEGRACION COOPERATIVA: A) INTEGRACIÓN Y COLABORACIÓN EMPRESARIAL. B) ESTRUCTURA DE GRUPO Y DERECHO DE COOPERATIVAS: 1. *La invalidez de principio del grupo por subordinación.* 2. *La figura del grupo paritario como modelo.* C) LOS SUJETOS DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA: 1. *Premisa: la integración homogénea* 2. *Admisión progresiva de la integración heterogénea.* D) LAS FORMAS JURÍDICAS DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA 1. *Formas personificadas.* 2. *Formas no personificadas.* a) El grupo como estructura no personificada. b) Los grupos cooperativos y la reforma de la legislación general de cooperativas.—III. ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE LOS GRUPOS COOPERATIVOS: A) PREMISA. B) EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN Y SUS LÍMITES: 1 *Planteamiento general* 2 *Los límites del poder de dirección.* 3 *Las instrucciones perjudiciales para las entidades agrupadas.*—IV. CONSIDERACIONES FINALES

«Las OPAs y el mercado de control empresarial: un balance de diez años de experiencia», por JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO, pág. 37.

SUMARIO: I. LA LUCHA POR LA CREACION DE RIQUEZA.—II. LA NORMATIVA EN MATERIA DE OPAS —III. EL SISTEMA ESPAÑOL.—IV. LA REALIDAD SOCIAL —V A MODO DE CONCLUSION.

«Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto», por MARÍA LUISA LLOBREGAT, pág. 51.

SUMARIO: I. PLAN DE EXPOSICION.—II. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO DE MARCAS Y SU APLICACION A LAS MARCAS OLFACTIVAS: 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS FUNCIONES DE LAS MARCAS. 2. LÍMITES DEL REGISTRO DE MARCAS: 2.1 *Ideas preliminares en torno a la caracterización de las marcas y la dificultad de su delimitación.* 2.2. *Doctrina de la funcionalidad:* 2.2 1. Principio general 2 2 2. La conformación de la funcionalidad utilitaria y estética en los Estados Unidos desde una perspectiva histórica y actual. 2.3 *Las teorías de la «Depletion» y de la «Shade Confusion». su aplicación a las marcas olfativas.* 2.4. *La distintividad:* 2 4.1. Distintividad originaria y sobrevenida. 2.4.2. El problema de la distintividad de las marcas olfativas. 2.4.3. La Post-Sale Doctrina. 2.4.4. La repre-

sentación gráfica de las marcas olfativas. 2.4.5. Examen de la Jurisprudencia norteamericana —III. CONCLUSIONES.

«Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», por MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, pág. 117.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES INTEGRADAS EN UN GRUPO COMO CUESTION ABIERTA.—2. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—3. EL CONCEPTO DE GRUPO EN NUESTRO DERECHO.—4. EL ADMINISTRADOR DE GRUPO.—5. EL INTERES DE GRUPO COMO MODULO DE LA CONDUCTA DE LOS ADMINISTRADORES.—6. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES ASPECTOS SUSTANTIVOS.—7. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES: ASPECTOS PROCESALES.—8. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES.—9. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LOS MIEMBROS DE ORGANOS COLEGIADOS.—10. APENDICE. HACIA UN SEGURO INTEGRADO DE RESPONSABILIDAD D & O.

«La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia lícito. Aspectos generales», por FERNANDO L. DE LA VEGA GARCÍA, pág. 155.

SUMARIO: I PRELIMINAR.—II. JURIDIFICACION DE CONDUCTAS CONCURRENTIALES: APROXIMACION GENERAL A SU DELIMITACION Y EFECTOS: 1. PRELIMINAR 2. DELIMITACIÓN PRELIMINAR, JUSTIFICACIÓN Y MEDIOS DE LA JURIDIFICACIÓN DE CONDUCTAS CONCURRENTIALES. 3. PRINCIPALES EFECTOS DE LA JURIDIFICACIÓN DE CONDUCTAS CONCURRENTIALES: 3.1 *Preliminar* 3.2. *Licitud plena de las conductas concurrentiales juridificadas en el ámbito de las acciones de competencia desleal.* 3.3. *La eficacia de la juridificación en el ámbito de acciones distintas a las de competencia desleal.*—III. BREVE REFERENCIA AL FUNDAMENTO JURIDICO DE LA LICITUD DEL ACTO CONCURRENTIAL DE COMPARACION: 1 PRELIMINAR 2. DERECHOS DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y ACTO CONCURRENTIAL DE COMPARACIÓN. ASPECTOS GENERALES: 2.1 *Delimitación preliminar de los derechos de libertad de expresión e información.* 2.2 *El acto concurrential de comparación y los principios de libertad de expresión e información:* A) Doctrina jurisprudencial B) Los derechos de libertad de expresión e información como fundamentos jurídicos primarios y no absolutos de la licitud del acto concurrential de comparación. 3. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS Y NORMAS QUE ORDENAN JURIDICAMENTE LA ACCIÓN CONCURRENTIAL PARA AFIRMAR LA LICITUD DEL ACTO CONCURRENTIAL DE COMPARACIÓN 4. LA LICITUD DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA Y LA UNIÓN EUROPEA. BREVE REFERENCIA.—IV. APROXIMACION GENERAL AL CONCEPTO DE ACTO DE COMPARACION EN SENTIDO JURIDICO 1. CARÁCTER JURÍDICO Y ESTRICTO DE LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. 2. LA COMPARACIÓN COMO ACTO DE CONCURRENCIA Y SU SOMETIMIENTO A LAS NORMAS QUE ORDENAN JURIDICAMENTE LA PUBLICIDAD. 3 CARACTERES ESENCIALES Y ESPECIALES DEL ACTO DE COMPARACIÓN: 3.1. *Preliminar.* 3.2. *La forma del acto de comparación.* 3.3 *El objeto del acto de comparación.* A) Caracteres generales. B) Supuestos es-

peciales: a) Preliminar. b) Comparación de aspectos personales. c) Comparación de medicamentos. d) Supuestos especiales en razón del medio de difusión. e) Supuestos especiales en razón del lugar. f) Supuestos especiales en razón del objeto. 3.4. *El modo de realizar la comparación*.—V. CONCLUSIONES

REVISTA DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES E INFRAESTRUCTURAS EN RED Número 1 (Junio 1998)

(Hemos recibido el primer número de esta revista jurídica dedicada a los problemas regulatorios de las telecomunicaciones y otras infraestructuras con forma de red, que abre sus páginas al debate de problemas, sobre estas materias, nuevos en el horizonte jurídico, aportando la información adecuada.

Saludamos a la nueva publicación, deseándole éxito y aciertos).

«Sobre las infraestructuras en red», por JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, pág. 13 (sin sumario).

«El servicio unipersonal telefónico y el déficit de acceso en entornos liberalizados», por JAVIER REVUELTA DEL PERAL, pág. 47 (sin sumario).

«Marco jurídico de la nueva televisión digital terrenal», por JAVIER CREMADES Y EMILIO SÁNCHEZ PINTADO, pág. 65.

SUMARIO: I EL TRATAMIENTO DE LA TELEVISION DIGITAL TERRENAL EN OTROS ORDENAMIENTOS JURIDICOS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNIÓN EUROPEA. 3. ALEMANIA 4. REINO UNIDO. 5. ESTADOS UNIDOS.—II. TRATAMIENTO DE LA TDT EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.—III. INFRAESTRUCTURAS PARA LA EMISION DE TDT: 1. RÉGIMEN DEL SERVICIO PORTADOR. 2. UTILIZACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS.—IV. REGIMEN JURIDICO DE LAS CONCESIONARIAS DEL SERVICIO: 1. RÉGIMEN APLICABLE A LAS ANTIGUAS CONCESIONARIAS. 2. NUEVAS CONCESIONARIAS.—V EMISION MEDIANTE ACCESO CONDICIONAL: 1. IMPOSICIÓN DE HORAS EN ABIERTO 2. SITUACIÓN DE LAS ACTUALES CADENAS NACIONALES (RTVE, A3, T5 y C+). 3 SITUACIÓN DE LAS NUEVAS CONCESIONARIAS EN LO QUE RESPECTA A LAS EMISIONES CONDICIONADAS. 4. «PAY PER VIEW». 5. LICENCIA ADICIONAL PARA EL «VIDEO ON DEMAND». 6. ESPECIAL REFERENCIA A CANAL+.—VI. NUMERO DE CANALES/PROGRAMAS DE COBERTURA NACIONAL Y FASES DE INTRODUCCION: 1. NÚMERO DE CANALES Y PROGRAMAS. 2 FASES DE INTRODUCCIÓN. 3. PARTICULARIDADES DE LA ATRIBUCIÓN DE FRECUENCIAS EN ESPAÑA.—VII. TRATAMIENTOS DE LAS TELEVISIONES AUTONOMICAS Y LOCALES: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS 2. COMPETENCIA DE LAS CCAA 3. DISPOSICIONES SOBRE TELEVISIÓN DE ÁMBITO INFERIOR AL NACIONAL EN EL PROYECTO DE ORDEN MINISTERIAL PARA APROBAR EL REGLAMENTO DEL SERVICIO. 4. DISPOSICIONES SOBRE TELEVISIÓN DE ÁMBITO INFERIOR AL NACIONAL EN EL PROYECTO DE REAL DECRETO QUE APROBARÁ EL PLAN TÉCNICO NACIONAL 5. PROYECTO DE LEY DE TV AUTONÓMICAS.—VIII. INFRAESTRUCTURAS AUTONOMAS DE TELECOMUNICACION.

«La regulación de la infraestructura de telecomunicaciones», por HELIODORO ALCARAZ GARCÍA DE LA BARRERA, pág. 97.

«La infraestructura portuaria y la distorsión de competencia», por MARIANO NAVAS GUTIÉRREZ, pág. 121.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3 (1998)

«El pacto de renuncia a la legítima futura en el Derecho civil de Cataluña», por PALOMA DE BARRÓN ARNICHES, pág. 325.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II BREVE APUNTE HISTORICO.—III. EL CODIGO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA: 1. LA LEGÍTIMA CATALANA: 1.1. *Concepto y naturaleza jurídica*. 1.2. *Atribución y pago de la legítima*. 1.3. *La intangibilidad de la legítima*. 2. LOS HEREDAMIENTOS. 3. LOS PACTOS DE RENUNCIA A LA LEGÍTIMA FUTURA ADMITIDOS EN EL CÓDIGO DE SUCESIONES DE CATALUÑA

«Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la Ley», por RAFAEL ARENAS GARCÍA, pág. 349

SUMARIO. I INTRODUCCION: 1. PLAN DE EXPOSICIÓN. 2. CONFIGURACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE MENORES EN EL DERECHO CIVIL.—II DERECHO AUTONOMO ESPAÑOL 1 COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS. 2. DERECHO RECTOR DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A) *Definición de supuestos* B) *Menores que se hallan en España*. C) *Menores con residencia habitual en España* D) *Menores que se encuentran en el extranjero y residentes en el extranjero*.—III. REGULACION CONVENCIONAL: 1 RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 5 DE OCTUBRE DE 1961. 2. INFLUENCIA DEL CONVENIO DE 5 DE OCTUBRE DE 1961 EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE MENORES DESAMPARADOS. A) *Menores con residencia en España*. B) *Situaciones de urgencia* C) *Competencia de las autoridades y derecho del Estado del que es nacional el menor*.—IV. PROBLEMÁTICA INTERREGIONAL: 1. SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNOS. 2. PROBLEMÁTICA DE DIPR. DERIVADA DEL CARÁCTER PLURILEGISLATIVO DEL ESTADO ESPAÑOL.

«La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995», por FRANCESC ABELLANET GUILLOT, pág. 387.

SUMARIO: 1 INTRODUCCION: ANTECEDENTES HISTORICOS. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO —2. EL TIPO DELICTIVO DOLOSO. SUJETO ACTIVO SUJETO PASIVO. LA CONDUCTA TÍPICA: a) DICTAR. b) RESOLUCIÓN c) RESOLUCIÓN INJUSTA. d) EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL e) EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO «A SABIENDAS». f) EL ERROR g) FORMAS DE EJECUCIÓN PENALIDAD.—3 EL TIPO IMPRUDENTE: a) SENTENCIA O RESOLUCIÓN MANIFIESTAMENTE INJUSTA. b) IMPRUDENCIA GRAVE O IGNORANCIA INEXCUSABLE. PENALIDAD —4 LOS DEMAS TIPOS DE PREVARICACION JUDICIAL. a) LA

NEGATIVA A JUZGAR: CONSIDERACIONES GENERALES LA CONDUCTA OBJETIVA. TIPO SUBJETIVO. EL ERROR. PENALIDAD b) EL RETARDO MALICIOSO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: CONSIDERACIONES GENERALES. SUJETOS ACTIVOS. TIPO OBJETIVO. TIPO SUBJETIVO EL ERROR FORMAS DE EJECUCIÓN. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. PENALIDAD —5. PREVARICACION JUDICIAL Y PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM».—6. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONES

Número 1 (1997)

«Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal», por JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA, pág. 5

SUMARIO: I. EXCLUSION LEGAL DE LA LEGITIMA DE ASCENDIENTES Y DEL CONYUGE VIUDO.—II. DERECHOS DE LOS LEGITIMARIOS INMEDIATOS Y LEGITIMARIOS MEDIATOS. A) IMPERATIVIDAD Y ÁMBITO DE ESTA REGULACIÓN B) LEGITIMARIOS INMEDIATOS Y LEGITIMARIOS MEDIATOS. C) CUOTA LEGAL AL RESTO DE LEGÍTIMA (ART 124). D) CUOTA LEGAL AL RESTO DE LEGÍTIMA EN ALGUNOS SUPUESTOS DE DESCONOCIMIENTO TOTAL DE LA LEGÍTIMA (ART 122). E) CUOTA LEGAL EN CASO DE PRETERICIÓN O DESHEREDACIÓN INJUSTA SINGULARES (ART. 123). F) DERECHO DE ALIMENTOS DEL LEGITIMARIO INMEDIATO (ART 121) G) SENTIDO DE LA RENUNCIA A LA LEGÍTIMA Y DE LA DESHEREDACIÓN.—III. DERECHOS DE LOS LEGITIMARIOS MEDIATOS.—IV. LA SISTEMÁTICA DE LA COMPILACIÓN.—V. VALORACIÓN Y CRÍTICA DE LA TERMINOLOGÍA LEGAL: A) LA DISTINCIÓN ENTRE LEGÍTIMA MATERIAL Y LEGÍTIMA FORMAL. B) EL SUPUESTO CARÁCTER «COLECTIVO» DE LA LEGÍTIMA ARAGONESA. C) SOBRE LA LLAMADA «INTANGIBILIDAD» DE LA LEGÍTIMA ARAGONESA.—VI. PROPUESTA DE NUEVA REDACCIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE LA LEGITIMA ARAGONESA

«Posible explicación a la antinomia existente entre las observancias 1.^a y 5.^a *De Consortibus ejusdem rei*», por CARMEN SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, pág. 65 (sin sumario)

«La corespectividad del testamento mancomunado estado de la cuestión», por ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, pág. 85.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: NUEVAS CONNOTACIONES DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO INTRODUCIDAS POR EL LEGISLADOR: LA CORESPECTIVIDAD E IRREVOCABILIDAD.—II. UNA APROXIMACIÓN A ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CORESPECTIVIDAD EN LA COMPILACIÓN: A) EN RELACIÓN A SU CONCEPTO. B) CUESTIONES QUE SUSCITA LA EXISTENCIA DE LA CORESPECTIVIDAD: EL CARÁCTER CONTRACTUAL DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO SUS CONSECUENCIAS. LA CORESPECTIVIDAD Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS.—III. LA CORESPECTIVIDAD Y EL JUEGO DE LAS CONDICIONES EN LA PRÁCTICA TESTAMENTARIA ANTERIOR AL APÉNDICE.—IV. POSIBILIDAD DE NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO.

«El Derecho aragonés para don Juan Moneva y Puyol (Apostillas a su libro *Introducción al Derecho* en el cincuentenario del Congreso Nacional de Derecho Civil)», por JAVIER OLIVÁN DEL CACHO, pág. 107.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CARACTERISTICAS GENERALES DE LA OBRA.—III. LA FORMACION DEL DERECHO HISPANICO.—IV. ALUSION A LOS PRINCIPIOS E INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO ARAGONES.—V. EL DERECHO PUBLICO.—VI. FINAL.

«El derecho expectante de viudedad y la disposición de bienes inmuebles por los cónyuges. Desde las Observancias hasta hoy», por JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA, pág. 125 (sin sumario).

COMENTARIO: En el presente estudio se analiza la diversa forma en que se ha planteado la cuestión de la existencia del derecho expectante de viudedad sobre determinados bienes cuando no se había renunciado expresamente, desde las observancias hasta hoy, exponiendo únicamente las diversas redacciones de los artículos donde se contiene tal derecho sin realizar ningún estudio crítico de los mismos.

Comienza con las Observancias, continúa con «las instituciones de Derecho civil aragonés» de Franco y López (1841) y su Memoria posterior (1885), donde se recoge el derecho expectante de viudedad como una institución que debe continuar subsistente en el Derecho civil aragonés (en los arts. 70, 72-1, 74, 75, 78 y 81). Posteriormente, en el Proyecto de Ripollés de 1899, se encuentra localizado en el artículo 146. El siguiente proyecto, de 1904, de Gil Berges, contiene el derecho en varios artículos, al regular las disposiciones generales de la viudedad (art. 128-1.º y 131-1), al regular la sociedad conyugal tácita (art. 25-5.º), y al regular la sociedad conyugal paccionada (art. 72-3.º). Más tarde, en la Recopilación de Marceliano Isábal se recogía el derecho en el artículo 153; y en el Apéndice de 1925, en el artículo 49.

Recuerda también el autor los distintos Anteproyectos de Compilación, y concretamente los preceptos donde se regula el derecho, como en el redactado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses en 1961 (art. 143-1.º), o el redactado en 1962 (art. 148), o en el de 1963 (art. 144), o en el de julio de 1965 (art. 75-2.º). Por último, la Compilación de Aragón, de 8 de abril de 1967, quedó recogido el Derecho en el artículo 76-2.º.

También ha sido regulado el Derecho por la reforma de la Compilación de Aragón y expone el autor todas las vicisitudes por la que el mencionado derecho ha pasado (proyecto de la Comisión Asesora sobre el Derecho Civil aragonés, el proyecto de Ley de 29 de diciembre de 1984, las enmiendas al Proyecto, el Informe de la ponencia, el dictamen de la Comisión de Derecho civil de las Cortes de Aragón, el debate y votación del dictamen de la Comisión de Derecho civil). Y, finalmente, la Ley Aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, donde se regula actualmente en el artículo 76-1.º, 2.º y 3.º de la Compilación.

«Reflexiones sobre el nacimiento del Consorcio Foral aragonés por adquisición hereditaria», por HONORIO ROMERO HERRERO, pág. 135 (sin sumario).

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (1997)

«La incomparecencia en el proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia», por JOSÉ B. ACOSTA ESTEVEZ, pág. 11.

SUMARIO INTRODUCCION: 1. NATURALEZA JURIDICA —2. CONCEPTO Y CARACTERES.—3. TRATAMIENTO JURIDICO DE LA REBELDIA: 3.1 LA REBELDIA Y EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 3.2. PRESUPUESTOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA REBELDIA: 3.2.1. *El llamamiento al Estado demandado*: 3.2.1.1. El emplazamiento del Estado demandado 3.2.1.2. La designación del domicilio del Estado demandado. 3.2.1.3. El llamamiento válido al Estado demandado y el litisconsorcio 3.2.2. *La no personación en juicio del Estado demandado*. 3.3. LA DECLARACIÓN DE REBELDIA. 3.4. LOS EFECTOS DE LA REBELDIA 3.5. LA SENTENCIA DICTADA EN REBELDIA.

«La competencia de la OMS para solicitar una opinión consultiva sobre la licitud de la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado (Comentario a la opinión consultiva de 8 de julio de 1996 del Tribunal Internacional de Justicia)», por F. XAVIER PONS RAFOLS, pág. 29.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LA VERIFICACION POR EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LAS CONDICIONES PARA DETERMINAR SU COMPETENCIA PARA DICTAR LA OPINION CONSULTIVA. 1. TRATARSE DE UN ÓRGANO U ORGANISMO ESPECIALIZADO AUTORIZADO 2. TRATARSE DE UNA CUESTIÓN JURÍDICA. 3. TRATARSE DE UNA CUESTIÓN JURÍDICA SURGIDA DENTRO DE LA ESFERA DE SUS ACTIVIDADES —II. LOS ELEMENTOS PARA AFIRMAR LA COMPETENCIA DE LA OMS PARA SOLICITAR LA OPINIÓN CONSULTIVA. 1. LA ESFERA DE ACTIVIDADES DE LA OMS: A) *Delimitación de la expresión «esfera de actividades»*. B) *Las funciones de la OMS en el contexto de la solicitud de opinión consultiva*. 2. EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS POR LA ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD. 3. EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA.—III. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECISION DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA: 1. EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES 2. EN RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ Y EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LOS ÓRGANOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.—CONSIDERACIONES FINALES

«El derecho aplicable a las donaciones», por PILAR JIMÉNEZ BLANCO, pág. 63

SUMARIO: I. DETERMINACION DE LA NORMA DE CONFLICTO RECTORA DE LAS DONACIONES: 1. EL ARTÍCULO 10.7 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. APLICACIÓN DEL CONVENIO DE ROMA DE 1980: A) *Calificación contractual de las donaciones*. B) *Ambito de aplicación del Convenio de Roma* C) *Solución conflictual derivada de las normas convencionales*.—II. NORMA DE CONFLICTO RECTORA DE DONACIONES ESPECIALES: 1. LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES: A) *Delimitación de la figura* B) *Solución conflictual* 2. LAS DONACIONES

«MORTIS CAUSA» A) *Delimitación de la figura* B) *Solución conflictual*.—
 III. AMBITO DE APLICACION DE LA NORMA DE CONFLICTO RECTORA
 DE LAS DONACIONES: 1 CUESTIONES INCLUIDAS DENTRO DE SU ÁMBITO DE
 APLICACIÓN: A) *Capacidades especiales*. B) *Cuestiones de fondo*. 2. EL PROBLEMA
 DE LA FORMA. 3. CUESTIONES EXCLUIDAS: A) *Adquisición de derechos reales*. B)
Las limitaciones derivadas de los derechos sucesorios.

COMENTARIO: En el presente artículo pone de manifiesto la autora cómo el Código civil (art. 10-7) determina la norma de conflicto —de Derecho internacional privado— rectora de las donaciones en base al principio personalista coherente con el de seguridad jurídica, con el de respeto de los derechos adquiridos y con el de evitar los perjuicios de terceros o comportamientos fraudulentos. Recuerda el supuesto específico de la *compraventa amistosa (negotium mixto cum donazione)*, en cuyo caso, de existir conflicto de leyes, se seguiría la teoría de la combinación. Así, la norma de conflicto rectora del contrato de compraventa regiría los derechos y obligaciones de las partes en la parte onerosa del contrato (10-5 del Código Civil), mientras que en la parte de liberalidad la norma propia de las donaciones (10-7 del Código Civil). En cuanto a las donaciones indirectas quedan sometidas al Derecho rector de las donaciones.

A fin de aplicar el Convenio de Roma de 1980 a las donaciones, es preciso proceder con carácter previo a su calificación de contractual, esto es, que el título a través del cual se produzca la liberalidad sea un contrato. Una vez delimitada esta primera cuestión surgen más problemas a la hora de centrar cuál es el ámbito de aplicación del convenio, pues aunque a primera vista se incluyen, incluso las donaciones que se efectúan dentro del marco familiar, parece que se excluyen únicamente las donaciones contractuales afectadas por el Derecho de familia, de los regímenes matrimoniales o de las sucesiones. A la hora de concretar todos los problemas que pueden aparecer, la autora va examinando diferentes supuestos como el de si las donaciones realizadas entre cónyuges o personas unidas por cualquier relación de parentesco estarán o no excluidas, o aquellas donaciones ordinarias que se ven afectadas posteriormente por cuestiones matrimoniales o de sucesiones...

Posteriormente, se realiza un exhaustivo estudio de determinación de la norma de conflicto rectora en caso de *donaciones especiales*. Comienza examinando las donaciones entre cónyuges, y propone como solución conflictual la aplicación del artículo 9-2 del Código Civil, de las disposiciones que se basan en el vínculo matrimonial, y en relación con las cuestiones no específicas se aplicará la norma de conflicto rectora de la relación jurídica concreta. En cuanto a las donaciones *mortis causa*, la solución consiste en aplicar el artículo 10-7 del Código Civil, tomando como base una interpretación funcional de este tipo de donaciones, según la cual, éstas constituyen una forma de ordenación de unos bienes del donante con arreglo a su voluntad, para después de su muerte, lo que abogaría por su inclusión en el estatuto sucesorio.

Por último, se analiza el ámbito de aplicación de la norma de conflicto rectora de las donaciones. Realiza en dos grandes apartados el estudio de las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación, como son las capacidades especiales y las cuestiones de fondo. Respecto al primero, las capacidades especiales o las prohibiciones para realizar o recibir donaciones es una cuestión relevante al no estar regida por la ley personal (9-1 del Código Civil), sino por la Ley nacional del donante (art. 10-7 del Código Civil). También es cuestión destacable, puesto que las prohibiciones o limitaciones de la capacidad

para ser donante o donatario tiene su origen en el derecho rector de relaciones específicas y no en el de las donaciones. En cuanto a las cuestiones de fondo insiste en temas importantes como el contenido de la donación que se regirá por el artículo 10-7 del Código Civil o por el Convenio de Roma, o por cuestiones relativas al consentimiento, objeto y causa de las donaciones que se determinará en base al artículo 8 del Convenio de Roma. Por lo que respecta a las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de la norma de conflicto analiza dos problemas: el de la adquisición de los derechos reales y el de las limitaciones derivadas de los derechos sucesorios

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 852 (Abril-Mayo-Junio 1998)

- «Escrituras simultáneas y seguridad del tráfico jurídico inmobiliario», por SUSANA NORA MORGENSTERN, pág. 19.
- «Estudio de títulos y responsabilidad notarial», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 27.
- «Régimen de actuación y trámite en materia de automotores e implicancias registrales (sexta parte)», por JORGE H. LASCALA, pág. 35.
- «Tutela y curatela: recopilación legislativa y algunos comentarios», por MARÍA TERESA TURATI, pág. 45.
- «El derecho del consumidor a la información registral», por LILIA NOEMI DÍEZ, pág. 55.

Número 853 (Julio-Agosto-Septiembre 1998)

- «Sociedades constituidas en el extranjero», por JOSEFINA E. A. MOREL, pág. 17.
- «Derechos reales. Diferencia con los derechos personales», por DOMINGO C. CURA GRASSI, pág. 33.
- «Régimen de actuaciones y trámite en materia de automotores e implicancias registrales (séptima parte)», por JORGE H. LASCALA, pág. 41.
- «Cesión de derechos hereditarios», por J. BEATRIZ MAZZEI, pág. 55.
- «Sociedad en formación», por ALFREDO R. CERROTTA, pág. 67.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 927 (Mayo-Agosto 1997)

- «Supuestos de indivisión hereditaria forzosa», por MARTA ROSA PIAZZA y otros, pág. 325.
- «¿Constituye la Unidad de Acto un elemento indispensable en la celebración de la escritura pública?», por SILVIA LILIANA ARAMAYO y otros, pág. 337.
- «Compra para una sociedad sujeta a aceptación», por OSCAR EDUARDO SARUBO, pág. 393.

- «Responsabilidad penal por delitos societarios. Necesidad de integrar la responsabilidad civil con la penal en el Derecho societario», por ANA I PIAGGI DE VANOSI, pág. 403.
- «Actos dispositivos y administrativos de los condóminos sobre inmuebles. Ventas de partes indivisas, usufructo e hipoteca. La división de condominio», por ANGEL HUGO GUERREIRO, pág. 413.
- «La transmisión sucesoria y la declaratoria de herederos. Cesión de herencia Cesión de gananciales. Cesión sobre inmueble determinado. Cesión. Partición», por AGUSTÍN O. BRASCHI, pág. 439.
- «Los bienes de la sociedad conyugal frente a las nuevas formas de contratación. Los cónyuges como partes distintas en cesión de *leasing*, fideicomiso o letras hipotecarias. Prohibiciones y excepciones», por JOSÉ MARÍA ORELLE, pág. 443.
- «Capacidad para contratar, con especial referencia a los de menor edad, a la luz del Derecho brasileño», por JOSÉ ALBERTO DA ROCHA BRITO, pág. 453.
- «Normativa vigente en la República oriental del Uruguay sobre documento electrónico», por MARÍA DEL PILAR GRANJA y ROSSANA RESTAHINCH, pág. 477.

Número 928 (Septiembre-Diciembre 1997)

- «La función notarial en trámites sucesorios y en materias no contenciosas», por GASTÓN AUGUSTO ZAVALA, pág. 573
- «Intervención notarial en la realización de bienes de la quiebra y la acción revocatoria concursal», por NÉSTOR DANIEL LAMBER y otros, pág. 603.
- «Sucesiones en sede notarial», por MARÍA CECILIA BAZET y otros, pág. 643.
- «Desprotección del cónyuge supérstite frente a la porción legítima de los descendientes», por PATRICIA RUBERTO DE SANTOS y ANTONIA NILDA FRINGUELLI DE BUENO, pág. 665.
- «A modo de comentario. El escribano en el Corán», por CARLOS NICOLÁS GATTARI, pág. 683.
- «De nuevo: hipoteca de inmueble usufructuario (¡Un logro práctico!)», por LUIS ROGELIO LLORENS, pág. 695
- «Registración de la transformación, fusión y escisión en los registros dominiales», por ALDO EMILIO URBANEJA, pág. 705.
- «Responsabilidad del Estado en relación con la actividad registral, judicial y notarial», por ANA RAQUEL NUTA, pág. 717.
- «Bien de familia. cláusulas escriturarias para los casos en los que el instituto se vincula con otras figuras jurídicas», por CRISTINA N. ARMELLA, pág. 727
- «Algunas consideraciones acerca de la forma de las sociedades anónimas en el Mercosur», por ADRIANA COPES, pág. 757

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 200 (Julio-Diciembre 1996)

- «El enriquecimiento sin causa Principio de derecho y fuente de obligaciones», por DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO, pág. 7.

- «¿Inhabilidad irregular e incongruente?», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 41
- «La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980», por JOSÉ BIDART HERNÁNDEZ, pág. 47
- «Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer», por LUIS BUSTAMANTE SALAZAR, pág. 59.
- «Situación tributaria del mayor valor obtenido en la enajenación de vehículos efectuada por transportistas acogidos a presunción de renta», por ELIZABETH EMILFORK SOTO, pág. 75.
- «En la agonía del Código de Procedimiento Penal: méritos, deméritos y home-naje», por MARIO ROJAS SEPÚLVEDA, pág. 91.
- «La responsabilidad civil en materia de medio ambiente. A propósito del Proyecto de convenio del Consejo de Europa y el libro verde de la Comisión de las Comunidades Europeas», por CHRISTIAN LARROUMET, pág. 105.
- «Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)», por FRANCISCO ZÚNIGA URBINA, pág. 117.
- «La interpretación según el título preliminar del Código Civil», por JUAN VALLET DE GOYTISOLO, pág. 131.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 161 (Junio 1998)

- «El sistema español de pesca marítima. Consideraciones sobre una futura Ley Nacional de Pesca», por GONZALO A. BARRIO GARCÍA, pág. 7.
- «La extensión de la política pesquera común al mar Mediterráneo», por MARÍA DOLORES BLÁZQUEZ PEINADO, pág. 17.
- «Protección diplomática y responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea en el ámbito pesquero», por F. JESÚS CARRERA HERNÁNDEZ, pág. 27.
- «La investigación científica pesquera como instrumento básico en la configuración de la política comunitaria de pesca», por ELENA CONDE PÉREZ, pág. 35.
- «La problemática pesquera: su inestabilidad relativa y la sub-estimación del mercado», por FERNANDO GONZÁLEZ LAXE, pág. 53.
- «Incidencia del derecho comunitario de la pesca sobre el régimen de competencias estatales y autonómicas», por FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA, pág. 69.
- «La competencia de la Comunidad Europea en materia de conservación y gestión de los recursos pesqueros en alta mar», por JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA, pág. 81.
- «La situación actual de las Organizaciones Internacionales de Pesquerías en el régimen jurídico de la pesca en alta mar», por ADELA REY ANEIRIS, pág. 95.

Número 162 (Julio 1998)

- «Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos. Similitudes y diferencias con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)», por RAQUEL CASTAÑO SUÁREZ, pág. 9.

- «La Directiva 91/308/CEE, del Consejo, de 10 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales», por CARMEN A. CHAVES GALÁN, pág. 17.
- «La profesión de guía de turismo en el marco de la libre prestación de servicios», por JUAN CARLOS MUÑOZ MARTÍN, pág. 43.
- «La marca única en el procedimiento de autorización ante la Agencia Europea de Evaluación de Medicamentos», por MANUEL LOBATO GARCÍA-MUJÁN, pág. 53.
- «El sistema comunitario de ecoauditorías y su trasposición al ordenamiento jurídico español», por ANGEL B. GÓMEZ PUERTO, pág. 65.
- «El uso de contribuciones especiales para financiar la ejecución de obras hidráulicas medioambientales», por PABLO CHICO DE LA CÁMARA, pág. 69.
- «El tratamiento fiscal de los funcionarios de la Unión Europea», por CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, pág. 85.
- «Algunas cuestiones en torno a la anulación de determinados preceptos reglamentarios del ITP y AJD Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997», por CARLOS DE PABLO VARONA, pág. 99.
- «La fiscalidad regional y local en los Estados miembros de la Unión Europea aproximación al estado de la cuestión», por GIANCARLO POLA y JAVIER MUGURUZA ARRESE, pág. 119.

