

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIII ° Septiembre-Octubre 1997 ° Núm. 642

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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. Antonio Pau Pedrón.
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.
D. José Luis Iglesias Prada.

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

I.S.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

«La actividad económica de las fundaciones», por LUCÍA LINARES ANDRÉS	1625
«El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario», por M ^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO	1667
«El principio hipotecario de usucapión <i>secundum tabulas</i> », por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1711
«La hipoteca de propiedad intelectual», por ANTONIO PAU PEDRÓN	1747

DICTAMENES Y NOTAS

«Análisis y valoración del usufructo universal viudal y la cláusula de opción compensatoria de la legítima», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	1777
«Comentarios de aproximación al Proyecto de Ley del Suelo de 1997», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	1791

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1833
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1839
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones comentadas, por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO	1845

B) Resumen de Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> en los meses de mayo y junio de 1997	1872
---	------

III. Sentencias del Tribunal Supremo.

1 Derecho Civil:

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	1879
b) Obligaciones y contratos, por ISABEL MORATILLA GALÁN.	1894

3 Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	1954
--	------

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Responsabilidad del Estado. La justicia y sus límites temporales», de ENRIQUE GARCÍA PONS, por LUCÍA CAPARRÓS TORRENTE	1963
«El privilegio del crédito refaccionario», de ENCARNA CORDERO LOBATO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1967
«Los recursos de revisión civil, contencioso-administrativo y laboral», de ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..	1969
«El hipotecarista Francisco de Cárdenas. Trabajos y empeños de su vida y obra», de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1971
«Bienvenido Oliver en el pensamiento español del siglo XIX», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1974
«Estructura y fuentes del Derecho civil español», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por ENRIQUE MADERO JARABO	1976

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1979
---	------

ESTUDIOS

La actividad económica de las fundaciones (1)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EVOLUCION LEGAL.—3 LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LA FUNDACION: a) LA INSTRUMENTALIDAD DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL DE LA FUNDACIÓN, b) LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR ECONÓMICO DEL MERCADO: INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA; c) LA RESPONSABILIDAD DE LA FUNDACIÓN POR LOS RESULTADOS DE SU ACTIVIDAD ECONÓMICA; d) LA OBTENCIÓN DE INGRESOS POR LA ACTIVIDAD FUNDACIONAL: EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY DE FUNDACIONES.—4. LA PARTICIPACION DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES MERCANTILES, EL ARTICULO 22 DE LA LEY DE FUNDACIONES: a) LA PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES PERSONALISTAS; b) LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES PERSONALISTAS POR DOTACIÓN. LA OBLIGACIÓN DE QUE PROMUEVAN LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD; c) LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES NO PERSONALISTAS; d) EL PELIGRO DE LA VULNERACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE AUTOCARTERA MEDIANTE LAS FUNDACIONES DE EMPRESA; e) LA FUNDACIÓN «CABECERA» O EMPRESA DOMINANTE DE UN GRUPO; f) LA FUNDACIÓN-EMPRESA.

1. INTRODUCCION

El artículo 1 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones, las define como organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

El artículo 22 de la misma norma se ocupa de regular las actividades mercantiles e industriales de esta persona jurídica sin ánimo de lucro. Este dato revela la nueva concepción de la capacidad de obrar de las fundaciones. El legislador es consciente de que en la actualidad pocas fundaciones podrían vivir sólo de las rentas obtenidas de su patrimonio, y ha adoptado un concepto diná-

(1) Proyecto de investigación científica y despliegue tecnológico de la Generalitat Valenciana sobre «contratos bancarios y persona moral», GV-B-ES-16-088-96.

mico-empresarial de fundación. Esta ha dejado de ser una masa de bienes inmovilizada y estática en la que los patronos sólo se preocupan de recoger rendimientos y ponerlos en situación de producir frutos económicos sin desempeñar una actividad constante y profesionalizada, y se ha convertido en un patrimonio en movimiento, capaz de amoldarse a los vaivenes económicos (2).

La Ley ha atendido, por fin, las observaciones doctrinales sobre este punto. Así, LÓPEZ JACOISTE (3) señaló que si las fundaciones se encierran en una existencia desconectada de la vida a cuyo interés incesante deben acomodar sus beneficios, se arruinarán inevitablemente, y PIÑAR MAÑAS afirma que es conveniente que utilicen técnicas o medios hasta ahora casi siempre rechazados para conseguir fines altruistas, y que la fundación con empresas, o la fundación que obtiene beneficios para reinvertirlos en la consecución de los fines que la justifican, deben ser, cada vez más, moneda corriente (4). GARRIGUES piensa que «la no concepción de la fundación como una empresa, la contemplación de la fundación como un hecho y no como un hacer, que es lo que tiene que ser una fundación, un hacer, una realización, es la causa de la invalidez de tantas y tantas fundaciones». También DE LORENZO GARCÍA Y CABRA DE LUNA (5), siguiendo a MORELL OCAÑA (6) consideran que es necesario que la fundación, para potenciar su eficacia, adopte una actitud empresarial, un aspecto menos burocrático, tanto en la gestión de su patrimonio como en la realización de sus prestaciones. Se trataría de una concepción legal en la que la masa patrimonial sigue siendo destinada a un fin de interés público, pero pasando, antes de llegar a su destino, por un estado intermedio en el que sea aplicable un proceso económico con sus indiscutibles riesgos pero con sus innumerables ventajas.

Hoy, la fundación puede cobrar por sus actividades de interés general, siempre que ello no suponga una limitación injustificada del ámbito de sus beneficiarios. Además, puede ejercer actividades mercantiles e industriales directamente o participar en sociedades mercantiles, para obtener medios destinados a la realización del fin fundacional.

Con esta nueva concepción de la fundación, que tiene a su disposición los medios ofrecidos por el sistema económico para obtener rentas, se dejan de identificar los conceptos de beneficencia y fundación. No sólo remedia nece-

(2) Así opina también GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y Sociedad Civil», en *Revista Administración Pública*, 122. Mayo-agosto 1990, pág. 248.

(3) LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», en *Revista Derecho Privado*, 1965, págs. 567 a 609.

(4) PIÑAR MAÑAS, J. L., «Las fundaciones. jurisprudencia y pautas de futuro». *Las fundaciones y la sociedad civil*. Monografías Civitas, 1991, pág. 218.

(5) «Las fundaciones de empresa» *Derecho de los negocios*, año 4, núm. 39, 1993, pág. 29.

(6) MORELL OCAÑA, L., «Notas sobre el arcaísmo del derecho de las fundaciones benéficas», en *RDA*, 17. 1978, pág. 163.

sidades vitales del hombre (sustento, habitación, educación) de forma gratuita (ver Real Decreto de 1899), sino que sirve para desempeñar fines de interés general nacidos de la demanda social sin que ello esté reñido con la obtención de beneficios económicos (7).

Por ello cada día es más corriente encontrar estatutos fundacionales en los que se contiene una cláusula (8) del siguiente tenor: «el desarrollo de su objeto podrá efectuarse mediante la creación de otras fundaciones, asociaciones, cooperativas, sociedades u otras entidades jurídicas de cualquier naturaleza que las leyes permitan, y participando en el desarrollo de las actividades de otras fundaciones, asociaciones, sociedades y otras personas jurídicas o físicas que, de algún modo, puedan servir a los fines perseguidos...».

2. EVOLUCION LEGAL

El artículo 1.1 del Código de Comercio dispone que son comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

Sobre la capacidad para ejercer el comercio, el artículo 4 del mismo texto legal establece que «tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes».

A la vista de estas disposiciones parece posible que una fundación pueda ser considerada comerciante.

Sin embargo no es cuestión pacífica que exista tal posibilidad, pues aunque la nueva ley ha rebajado el número de trabas, mantiene condicionamien-

(7) Así lo explican YUSTE GRIJALBA, J. L. y DEL CAMPO ARBULO, J. A., «Apuntes históricos sobre fundaciones en España», en *Revista Situación BBV*, 1989/4, pág. 52. El desarrollo económico y social que comienza en los Planes de Desarrollo y que supone el paso de una sociedad eminentemente rural y subdesarrollada a una incipiente sociedad industrial que contempla un aumento considerable del nivel de vida, y la aparición de un sistema empresarial de una cierta envergadura, determina, como consecuencia, la aparición de un buen número de fundaciones que pretenden el corte moderno de las de la Europa occidental y de los EE UU sobre la base de unos recursos financieros de importancia. Se producen así, sobre todo en el campo educativo, científico y cultural, perspectivas y enfoques nuevos que desbordaban los rígidos esquemas del sistema jurídico a la sazón vigente.

De esta manera se hizo cada día más necesario sustituir el elemento básico de las fundaciones tradicionales, basado en el patrimonio inmovilizado y vinculado, por el del patrimonio de explotación, que admite con normalidad la búsqueda de rentabilidad e incluso la actividad industrial, así como la superación del requisito de la gratuidad de la prestación y, en definitiva, la sustitución del concepto de beneficencia por el de la actividad social, en el convencimiento de que el Estado no podría nunca proveer a ello por completo, ni superar la intuición y la iniciativa privadas.

(8) Ver STS de 7 de mayo de 1987.

tos para la enajenación y gravámen de ciertos bienes (art. 19 LF) y para la autocontratación del patrono con la fundación (art. 26 LF).

En el pasado se concedía a las fundaciones poca libertad para disponer de sus bienes, pues debían obtener autorización previa para negociar valores de la deuda pública al portador, autorizar arrendamientos, obras, suministros y negociar valores procedentes de rentas. También se establecían limitaciones para la compra de determinados bienes y para concertar operaciones de crédito (9). En consecuencia, se vio con malos ojos y con desconfianza la posibilidad de que la fundación pudiera ejercer actividades económicas. Existía el convencimiento de que esto era incompatible con la nota de ausencia de ánimo de lucro, y podía conducir a que se cometieran fraudes o abusos en perjuicio del desarrollo de su misión de interés general. Es decir, que de permitirse, se fomentaría la aparición de entidades que bajo la forma fundacional sólo tuvieran el fin de obtener lucro y repartirlo de forma fraudulenta entre sus administradores (10).

En un primer momento, la legislación de beneficencia (Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849; Real Decreto de 14-5-1852, que contenía el Reglamento de la Ley General de Beneficencia; y Real Decreto de 14-3-1899 sobre reorganización de los Servicios de la Beneficencia Particular e Instrucción de igual fecha) no recogía ningún precepto que de forma expresa prohibiera la práctica de actividades comerciales o empresariales por los establecimientos de beneficencia. No está claro si no se prohibió, porque no se pensó en la posibilidad de que estos entes realizaran actividades económicas, o porque no se descartó.

La doctrina (11) consideraba que tácitamente se admitía este tipo de actividad porque en la enumeración de las instituciones de beneficencia solían aparecer las Cajas de Ahorros (12), que por mucho que hayan cambiado en

(9) Ver artículos 4.4 de la Instrucción de 14-3-1899 para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular, 32 y 33 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, que contenía el Reglamento de Fundaciones Culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas: Decreto 24-2-1972, etc.

(10) Así, se puede consultar también el Dictamen del Consejo de Estado de 18-5-1972, en el que se llegó a decir que si se permitía a las fundaciones ejercer actividades industriales o mercantiles, ello podría acarrear un fraude legal, ya que se les otorgaban beneficios fiscales y jurídicos

(11) CARRANCHO HERRERO, M^a T., «El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones», en *RDP*, 1991, pág. 109.

(12) El artículo 2, Real Decreto 14-3-1899, sobre Reorganización de Servicios de la Beneficencia Particular, decía. «Son Instituciones de Beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, *Cajas de Ahorro* y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante,

su configuración, siempre han sido entidades de crédito que desarrollan una actividad lucrativa (13).

Pronto se advirtió que el ejercicio de actividad económica sería no sólo beneficioso, sino también necesario para los propósitos fundacionales y no tenía por qué estar reñido con su ausencia de ánimo de lucro. En todo caso, el problema sería arbitrar mecanismos para garantizar que la fundación actuara siempre guiada por su fin fundacional, y para impedir el riesgo de apropiación o de distribución de beneficios. La fundación podría actuar en el mercado dinámicamente ejerciendo una actividad económica como medio de obtención de fondos para cumplir el fin fundacional.

El Reglamento de 1972, aplicable a las Fundaciones Culturales, admitió con desconfianza y cautelas esta posibilidad. Si bien permitía expresamente (art. 28) que pudieran ejercer actividades industriales y mercantiles, las sometió a condicionamientos teñidos de cierta arbitrariedad e indefinición: *a)* Sólo podían desarrollar las actividades industriales y mercantiles «estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional». *b)* Dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades. *c)* No podían ejercer por sí mismas dichas actividades sin contar con la previa y expresa autorización del Protectorado, en el caso de que las dos primeras condiciones no se cumplieran.

Al no establecer el Reglamento un plazo en el que dicha autorización debiera emitirse, se entendió que eran de aplicación los previstos por la Ley de Procedimiento Administrativo. Si la autorización se dilataba demasiado podía llegar cuando ya se hubiera perdido la oportunidad de iniciar el ejer-

conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías».

(13) En las sentencias del Tribunal Constitucional 48/1988 y 49/1988 se ventilaron: *a)* El recurso de inconstitucionalidad 873/1985, contra determinados artículos de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de Cataluña. *b)* El recurso de inconstitucionalidad 913/1985, contra algunos artículos de la Ley 7/1985, de 17 julio, del Parlamento de Galicia, de Cajas de Ahorros Gallegas, y *c)* Los tres recursos de inconstitucionalidad acumulados 990, 991 y 1007/1985, promovidos respectivamente por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por un comisionado de 54 diputados y por la Junta de Galicia, contra la Ley estatal 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorros —LORCA—, y se discutió sobre la posible naturaleza «fundacional» de las Cajas. Era un problema de competencias entre el Estado y las CCAA para legislar sobre el aspecto subjetivo y organizativo de las Cajas. Se produjo una situación de «fuego cruzado» donde el Estado denunciaba la inconstitucionalidad de las leyes de las CCAA, y viceversa. Uno de los títulos competenciales que se barajaron fue, precisamente, la competencia en materia de fundaciones. El Tribunal dijo que «sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro Derecho, lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual».

cicio de la actividad, de la industria o negocio, con el correspondiente perjuicio para la fundación.

Además, el Protectorado se reservaba la facultad de establecer las medidas que estimara necesarias, sobre el órgano rector de la fundación, para evitar perjuicios al patrimonio de ésta. También podía imponer el arrendamiento de la industria cuando considerara que se había producido una «desnaturalización» de la fundación (art. 28.4).

Fácilmente se aprecia el peligro de la utilización arbitraria de esta norma por parte de la Administración, pues era imposible conocer *a priori* qué entendía la Administración por «desnaturalización», causada por la posesión de una industria o de un paquete mayoritario de acciones. Además, estos criterios podían no ser uniformes entre los distintos Protectorados.

La doctrina criticaba esta disposición y aconsejaba correcciones para una futura legislación general sobre fundaciones en el sentido de que se permitiera a toda fundación desarrollar actividades económicas, siempre sometida a un control del Protectorado, riguroso pero menos frecuente. Esto es, no autorizando o conociendo cada acto, sino a través del examen detallado de la rendición de cuentas anual acompañado de un sistema estricto de responsabilidad de los patronos gestores de la fundación que tomaran decisiones en contra de los intereses de la misma o de la normativa aplicable.

El anteproyecto de Ley de Fundaciones de 1981 admitía que pudieran ejercer actividades empresariales o mercantiles adecuadas para la consecución del fin fundacional cuando la empresa formara parte del conjunto de los bienes aportados. No existía ninguna referencia a la necesidad de poner en conocimiento del Protectorado el inicio de estas actividades, ni tampoco se exigía la concesión de ninguna autorización.

En la actualidad, el sistema ha variado considerablemente.

Las Leyes Autonómicas, al igual que el Reglamento del 72, admiten la actividad empresarial con la condición de que tenga relación con el fin fundacional y con autorización y control administrativo.

La Ley catalana del 82 dispone, en su artículo 4.4 que «la inversión de todo o de una parte del patrimonio de una fundación en empresas mercantiles, siempre que atribuya a aquélla la calidad de comerciante en términos legales, debe ser autorizada por el Protectorado».

A pesar de que a simple vista podemos entender que se admite que la fundación tenga la condición de comerciante, condicionándola a la autorización, no es esta la interpretación que defiende la doctrina catalana.

VILASECA (14) entiende que el legislador no se ha expresado con suficiente propiedad y que debe optarse por una interpretación del precepto que conduzca

(14) VILASECA MARCET, J. M., «La legislación catalana sobre fundaciones privadas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, págs. 7 y sigs. Decía textualmente: «Es a dir que,

a hacerlo válido. Piensa que legalmente no es posible incluir a la fundación dentro de la definición de comerciante del artículo 1 del Código de Comercio (persona individual o sociedad mercantil) ni tampoco dentro de la del factor mercantil de los artículos 282 y siguientes. Para él, el sentido de esta norma es el siguiente: la Ley, en el caso de que la fundación sea propietaria directamente de una empresa que constituya una inversión fructífera de la dotación, quiere evitar a la misma riesgos económicos importantes como aquéllos a los que se encuentran expuestos los comerciantes. Significa también —según este autor— que el campo de la especulación empresarial no es propio de la fundación y que debe alejarse del mismo. «Estos peligros —dice— se pueden dar si la fundación adquiere la cualidad de comerciante, pero también si las responsabilidades que ostenta en una empresa mercantil la obligan a tomar decisiones o a realizar actos poco adecuados a una institución que persigue fines de interés general y que no tiene ninguna finalidad lucrativa».

Añade: «el Protectorado juzgará en cada caso y, en definitiva, podrán dar su opinión los Tribunales. Las resoluciones correspondientes no consistirán necesariamente en conceder o negar la autorización, sino que podrán condicionarla a que se tomen algunas precauciones para aminorar los riesgos. La resolución habrá de ser muy matizada, por el respeto debido a la voluntad fundacional, si la empresa es aportada por el fundador, sobre todo si lo fue por vía testamentaria».

Advierte que la Ley deja sin regular el supuesto de que la inversión consista en una participación en una sociedad que comporte una responsabilidad ilimitada (sociedad civil, mercantil colectiva o socio colectivo de una comanditaria) o limitada (accionista de una anónima, partícipe de una limitada, socio comanditario), pudiendo ser esta participación mayoritaria o no, y que implique o no el ejercicio de la gestión o el uso de la firma social, o la condición de miembro del Consejo de Administración o de órganos de decisión semejantes (15).

en el nostre ordenament jurídic, una fundació *no pot tenir* segurament la qualitat de comerciant»

(15) También admitía que no era necesaria la autorización administrativa para otros supuestos: «En primer lloc, la finalitat fundacional pot coincidir amb una activitat econòmica que normalment es realitza a través d'una empresa mercantil. El cas no és rar, si pensem en una escola o un hospital, finalitats molt comunes de les fundacions, ja que tenen sens dubte un interès general. Fins i tot, quan aquests serveis es presten gratuïtament —cosa que com sabem ja no és exigible a les fundacions regulades per aquesta Llei— no deixen pas de constituir una activitat que ha d'organitzar-se en forma empresarial. Un altre supòsit és que en la realització de la finalitat fundacional, tot sovint s'han de celebrar contractes anàlegs als de tipus mercantil o que són propiament mercantils, per exemple perquè l'altra part és una empresa o un comerciant. *Cap d'aquests casos, però, no està inclòs en la necessitat d'obtenir l'autorització prèvia del Protectorat*». *ob. cit.*, págs. 16-17.

La Ley canaria de 1990 dispone, en su artículo 14.4 que «las fundaciones podrán realizar las actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades. En los demás casos, las fundaciones no podrán ejercer por sí mismas actividades industriales o mercantiles sin previa y expresa autorización del Protectorado».

La Ley gallega de 1983 no regula este tema.

La reciente Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, en su artículo 25.1 dispone que la fundación podrá realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos. Además, este hecho deberá ser puesto en conocimiento del Protectorado (art. 25.3).

Apreciamos que el criterio dominante en la legislación sobre fundaciones ha sido siempre condicionar el libre ejercicio de actividades económicas a que fueran «estrictamente necesarias para cumplir el fin fundacional» (16) y «se diera cuenta de la estructura y funcionamiento al Protectorado». Sin estas condiciones, era necesaria la previa y expresa autorización del Protectorado.

Este régimen fue objeto de críticas. Se denunciaba que era un resquicio de la tradicional desconfianza hacia el fenómeno fundacional.

CARRANCHO (17) opinaba que ante el temor de los abusos que se podían producir, la solución no era tanto establecer las autorizaciones administrativas, cuanto crear un adecuado control de la actuación de las fundaciones para evitar conductas que se desviaran de los objetivos que debían perseguir. Apuntaba la conveniencia de establecer un control administrativo posterior, para no entorpecer el normal desenvolvimiento de la actividad del ente. Además, admitía que se podía utilizar el control judicial a través de la *doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica* (18), esto

(16) En este sentido, el artículo 27 de anteproyecto de Ley de Fundaciones elaborado por la Comisión Mixta constituida en la Subsecretaría del Ministerio de Justicia en 1979 y presentada en noviembre de 1981, decía. «Las fundaciones podrán ejercer empresas o actividades industriales o mercantiles cuando sean adecuadas para la consecución del fin fundacional o cuando la empresa forme parte del conjunto de los bienes aportados. En estos casos la empresa mercantil seguirá sometida a su régimen jurídico propio».

(17) CARRANCHO HERRERO, M.^a T., *ob. cit.*, *ídem*

(18) La doctrina no duda en que será posible levantar el velo de la personalidad jurídica fundacional. Así, VALERO AGÚNDEZ, en *La fundación como forma de empresa*. Valladolid, 1969, pág. 130, dice. «la tarea consistirá fundamentalmente en determinar los casos en los cuales procede “levantar el velo” de la personalidad jurídica fundacional para descubrir el verdadero sujeto real, al que eventualmente sin cumplir las garantías exigidas por la ley, se anudan los beneficios de las relaciones jurídicas fundacionales, interponiéndose la fundación misma en la atribución de las cargas que aquellas relaciones comportan y en determinar la medida de su responsabilidad patrimonial por éstas».

Igualmente opinan autores de obras mucho más recientes, como NIETO ALONSO, A.,

es, prescindir de la forma externa de la persona jurídica para penetrar en su interioridad, levantando el velo y examinando los reales intereses que latén en su interior. De esta forma —decía— se podía poner coto a fraudes y abusos que a través del manto protector de la persona jurídica se cometieran.

Como se desprende del proceso descrito, poco a poco se había ido fraguando un nuevo concepto de fundación, como ente que podía utilizar los instrumentos que le ofrecía el sistema económico (19) y que gozaba del derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la CE, de forma que no sería aceptable una interpretación de los artículos 34 y 38 CE que prohibiera o limitara a una fundación el ejercicio de la libertad de empresa (20).

Fundaciones. su capacidad Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales, Edit. Fundación «Pedro Barrié de la Maza, Conde de Fenosa», La Coruña, 1996, pág. 233, que sigue en este punto la doctrina italiana: «Y todo ello sin perjuicio de proceder aplicando a la persona jurídica de tipo fundacional la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, para evitar abusos y fraudes que la utilización que se haga de nuestro tipo jurídico puede generar, ya sea eludiendo imperativos legales, ya faltando a la voluntad fundacional, ya desconociendo el contenido esencial fundamental del Derecho de Fundación: el interés general. Despejaríamos así al mundo fundacional de las reticencias que hacía él pudiesen surgir, no hablaríamos ya de deformación ni de disfunciones en la Fundación.

Abusos de la personalidad jurídica que incluso pueden provenir del propio fundador, que actúa con mala fe (art. 7 CC), abusa del Derecho de Fundación, artículo 34.1 CE y 7.2 del Código Civil, perjudica los derechos de terceros, prevaleciendo, en fin de la personalidad jurídica, lo que conlleva su lógica responsabilidad, sin perjuicio de impugnar la fundación como se impugna una donación, por los herederos o los acreedores del fundador.

Pensemos en quien incluye bienes para uso propio como patrimoniales de una fundación, para blindar su propiedad y evitar un hipotético embargo. En este sentido, la jurisprudencia italiana se ha referido al abuso de la personalidad jurídica por parte del fundador, utilizando los bienes como propios. El juez puede, entonces, hacer responsable al ente y extender al primero la responsabilidad patrimonial»

(19) SÁENZ DE MIERA, A. *Las Bases Legales de las fundaciones y su situación en España*, ob. cit., págs 55 y sigs. Apunta este autor que la naturaleza altruista de la fundación no pugna con su revestimiento de empresa, especialmente en aquellos casos en que la producción que realiza es desdenada por la iniciativa privada —y puede ser el caso de la actividad editorial, de la artesanía, de la producción de tapices o de porcelanas tradicionales y de especial mérito artístico, así como de otras muchas hipótesis más—

(20) DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. A., ob. cit., pág. 26. LACRUZ BERDEJO, «Las fundaciones en la CE de 1978», en *ADC*, 1983, pág. 1463, se formulaba la cuestión desde otra perspectiva. si era posible que el legislador ordinario, al desarrollar el «contenido esencial» del derecho de fundación, podría o no prohibir la realización de un objetivo, por ejemplo, económico, o condicionarlo de tal modo que resultara imposible para un ente de naturaleza fundacional. En respuesta a la cuestión planteada, consideraba este autor que el Estado podría condicionar a los ciudadanos en el marco de la economía social de mercado y la libertad de empresa, pero que en todo caso, nunca podría limitar la actividad económica de las fundaciones más que la de cualquier otra persona natural o jurídica

Si se hubiera prohibido la actividad económica a las fundaciones, habrían desaparecido muchas, porque en el actual sistema económico pocas podrían vivir sólo de las rentas patrimoniales. La solución, tal como se había apuntado por la doctrina, no era tanto prohibir, cuanto controlar esta actividad para evitar que se desviaran del logro de los fines fundacionales.

Este ha sido, por fin, el criterio adoptado por la Ley de Fundaciones de 1994, que introduce novedades importantes: la fundación puede ejercer actividades mercantiles libremente, así como participar en determinadas sociedades mercantiles (art. 22 LF). En definitiva, nos encontramos ante un régimen de libertad del Patronato, con controles posteriores y un sistema rígido de responsabilidad de los patronos (art. 15 LF).

Estos dos aspectos de la regulación legal de las fundaciones van a ser el objeto de nuestro estudio. Creemos que, en primer lugar, conviene reflexionar sobre la actividad de la fundación que opera en el mercado y centrar la atención en el análisis de algunos problemas interesantes, como el del alcance de la nota de instrumentalidad de la actividad económica desempeñada por la fundación o, lo que es lo mismo, la conciliación de la prohibición de ánimo de lucro con el ejercicio de actividad económica, la responsabilidad de la fundación por el ejercicio de una actividad económica, o el acomodo de dicha actividad al Derecho de la competencia.

A continuación se analizará el artículo 22 LF que se ocupa del llamado ejercicio «indirecto» por la fundación de actividades económicas mediante su participación en sociedades mercantiles.

3. LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LA FUNDACION

Aunque no se diga de forma expresa en su articulado, la nueva Ley de Fundaciones permite que puedan ejercer directamente actividades industriales y mercantiles, sin someterlas ya a los condicionamientos que se imponían en el Reglamento del 72.

Tan sólo se ha introducido una cautela: es necesario comunicar inmediatamente al Protectorado la enajenación o gravamen de establecimientos mercantiles o industriales (art. 19.2 LF).

Es importante conocer el análisis de esta cuestión realizado por NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, págs. 299 y sigs. La autora demuestra la armonización del derecho de fundación, plasmado en el artículo 34 CE, con el de libertad de empresa del artículo 38 (págs. 299 y sigs.), y la función social de la propiedad, recogida en el artículo 33 CE, así como la ruptura de lo que ella denomina «el hermetismo total: fundación sin *animus lucrandi* y *animus lucrandi* de la empresa», con apoyo en la estudiada doctrina de la DGRN de la Resolución de 22-11-1991. Ver págs. 315 y sigs. y 328.

a) LA INSTRUMENTALIDAD DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL DE LA FUNDACIÓN

La fundación podrá ser titular jurídico inmediato de una empresa, desarrollando una actividad mercantil de forma que ésta y sus consecuencias patrimoniales se conecten jurídicamente con la fundación. Pero el ejercicio de la actividad económica sólo tendrá para la fundación un significado puramente dotacional: la finalidad del ejercicio del comercio es obtener frutos económicos para invertir en la actividad fundacional de interés general, pues la fundación no puede tener ánimo de lucro (art. 1.1 LF).

Son las llamadas «fundaciones con empresas»: la actividad económica se mantiene con el fin de asegurar medios para el desarrollo de la misión de interés general, la empresa es el fondo de bienes que produce rendimientos que luego son aplicados al fin fundacional (21).

La fundación podrá desarrollar una actividad económica, ejerciendo su derecho de libertad de empresa y siendo titular de una empresa o un establecimiento mercantil o industrial que formara ya parte de la dotación, o hubiera sido recibido a través de mecanismos hereditarios o mediante donaciones, o que ella misma hubiera creado. Pero dicha actividad será sólo un instrumento para obtener beneficios que se dedicarán a atender el fin fundacional, una fuente de financiación (22). La fundación intentará obtener el máximo beneficio económico, pero lo que obtenga deberá destinarlo a su misión de interés general.

Partiendo de esta idea, se concilia la actividad económica con la prohibición de ánimo de lucro recogida en el artículo 1 LF. La Ley permite que las fundaciones desempeñen actividades mercantiles, siempre que los rendimientos o ganancias obtenidos *se reinviertan* en la realización de fines de interés general (23). Esto supondrá, necesariamente, que se arbitre un sistema para lograr la *transparencia* rigurosa de los flujos financieros entre la empresa y la fundación, y vigilar así si realmente se está dedicando el beneficio empresarial a los fines fundacionales, o se está destinando a otros menesteres no permitidos. Se debe evitar por todos los medios el riesgo de apropiación o distribución de beneficios entre los patronos o los trabajadores de la funda-

(21) Ver VALERO, *ob. cit.*, págs. 120 y sigs.

(22) DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. A., *ob. cit.*, pág. 26. Señalan estos autores que «la ausencia de ánimo de lucro no excluye la ganancia o beneficio entendidos en sentido económico, financiero y contable, sino el reparto de esa ganancia o beneficio fuera del ente en cuestión, ya sea fundación o sociedad, es decir, entre los fundadores o personas representativas de un interés puramente particular, de manera que suponga derivar tales beneficios más allá del ámbito propio de la entidad o de su círculo natural de beneficiarios». También citan las opiniones de BLANCO RUIZ, J. F. y MUÑOZ MACHADO, S., de contenido idéntico.

(23) REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, A., *La nueva Ley de fundaciones*, Centro de Estudios Financieros, 1994, pág. 11.

ción, sobre todo de forma encubierta, disfrazando de reembolso de gastos o de retribuciones a los trabajadores, lo que es realmente reparto de ganancias.

Otra cuestión es la de qué tipo de actividad económica puede desarrollar la fundación. Algunos autores dudaban de la conveniencia de que la fundación pudiera desempeñar cualquier actividad desconectada de su fin fundacional, o que creara una empresa sin conexión alguna, o muy débil, con sus fines. Lo admitían con muchísimas cautelas, por el peligro de que se produjeran efectos «perversos» para las fundaciones y la transparencia del mercado.

Sin embargo, ante el silencio de la ley se debe entender que puede desempeñar cualquier actividad económica siempre que demuestre, sin ninguna duda, que la ganancia obtenida se destina al cumplimiento del fin fundacional.

b) LA FUNDACIÓN COMO OPERADOR ECONÓMICO DEL MERCADO: INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Parece claro que hoy la fundación que desarrolla por sí misma y libremente actividades económicas puede ser calificada de comerciante (24) (art. 1 CCo.) o empresario mercantil que se sirve de una empresa o conjunto organizado de capital y trabajo destinado a la producción para el mercado, para realizar en nombre propio, de manera independiente y autónoma, una determinada actividad económica, correspondiéndole la iniciativa y el riesgo sobre la misma (25).

Como todo comerciante, tendrá obligación de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad de su empresa que permita hacer un seguimiento cronológico de sus operaciones mercantiles o industriales. Esta obligación está prevista en el artículo 23.6 LF que dispone que la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales.

Además, deberá cumplir las obligaciones referentes a la publicidad jurídica del empresario. Parece que en este sentido lo más conveniente, como ya había sido apuntado por la doctrina, habría sido que la nueva ley expresamen-

(24) Así las califica VALERO AGÚNDEZ, *ob. cit.*, pág. 180. El autor piensa que «la división o enumeración de comerciantes realizada en el artículo 1 del Código de Comercio no es exhaustiva ni taxativa, sino que abarca únicamente, en forma simplemente enumerativa, aquellos sujetos jurídicos que en la vida social representan las figuras típicas de comerciante, sin incluir en ella, ni prestar atención en la regulación ulterior, a otros posibles sujetos jurídicos que pueden ser también comerciantes aplicándoseles por consecuencia, las normas especiales que el ordenamiento destine a éstos». Añade el autor que los artículos 4 a 14 del Código de Comercio no recogen a las fundaciones como personas incapaces para ejercer el comercio. *Ob. cit.*, pág. 174.

(25) BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, S. A., 1990, págs. 74 y sigs.

te exigiera que las fundaciones que ejercen actividades comerciales se inscribieran como comerciantes en el Registro Mercantil. No lo ha hecho, y tampoco el Reglamento del Registro Mercantil prevé su inscripción, ni siquiera la meramente facultativa, pues en el artículo 16 del Código de Comercio sólo aparecen mencionadas las Cajas de Ahorros y tampoco las menciona el artículo 19 del Código de Comercio ni el 81 RRM. Ante este silencio, parte de la doctrina admite la inscripción potestativa, lo que ocasionaría, respecto a las fundaciones no inscritas, problemas probatorios en relación con la publicidad frente a terceros (26).

A este problema se añade el de si este tipo de fundaciones estarán sometidas a los mismos procedimientos concursales que el empresario individual o no.

Además, tanto las fundaciones comerciantes como las no comerciantes, estarán obligadas a respetar las normas que prohíben la competencia desleal y la realización de prácticas restrictivas de la competencia o de abuso de posición dominante. También tendrán derecho a utilizar signos distintivos en el ejercicio de su actividad económica: nombre comercial, rótulo, marcas. Se someterán a las normas reguladoras del régimen de Patentes de invención (Ley 11/1986, de 20 marzo), modelos de utilidad, dibujos industriales y Propiedad Intelectual (22/1987, de 11 noviembre). Igualmente, se les aplicarán las disposiciones de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Y ello porque estas normas están destinadas, no tanto a los comerciantes, cuanto a los «operadores económicos del mercado» por cuenta propia, con autonomía de decisión o independencia y autonomía patrimonial.

Así, la Ley 34/1988, de 11 noviembre, General de Publicidad, en su artículo 2 dispone que se aplica siempre que una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, realiza cualquier forma de comunicación con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. También la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios presupone un concepto de oferente de servicios o productos muy amplio.

Este es el criterio seguido por la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, de 17 de julio.

En este sentido, es interesante la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10-7-1990, en la que este Tribunal Administrativo se

(26) NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, págs 380 y sigs, considera que, como en el derecho suizo, debería establecerse la inscripción obligatoria de la fundación-empresa. Es interesante, como pone de relieve esta autora, la relación entre la inscripción de la fundación en el Registro administrativo de fundaciones y en el Registro Mercantil, de acuerdo con el artículo 361 del RRM.

detiene a decidir si los sanatorios denunciados, regentados por sendas Ordenes religiosas, son «empresas» a los efectos de aplicación de la Ley 110/1963, antecedente inmediato de la actual Ley de Defensa de la Competencia.

El Tribunal declara: «Sin embargo, a los efectos de la aplicación de la Ley 110/1963, la Sección Primera estima que los sanatorios regentados por dichas Ordenes, contra los que se ha incoado expediente a petición de la parte interesada, son operadores económicos en el campo de la actividad hospitalaria para el tratamiento psiquiátrico en la Comunidad de Madrid y gozan de la autonomía suficiente como para que puedan ser considerados “empresas” en el sentido dado en el Capítulo Primero de la Ley, lo que desde un punto de vista económico viene avalado por lo establecido en el artículo 8.3 del Real Decreto 338/1990, de 9 marzo».

Sirva de apoyo a esta consideración la doctrina consolidada en la CEE, cuyos órganos han establecido en numerosas ocasiones que el derecho de la competencia es de aplicación a todos los operadores económicos en el mercado, cualquiera que sea su estatuto jurídico, tengan o no fines de lucro, y cualquiera que sea su campo de actividad. Es necesario y suficiente que realicen una actividad económica autónoma, entendiendo por ello cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o de servicios.

No existe jurisprudencia de este Tribunal que pueda ser citada como precedente. No obstante, tanto la Resolución de la Sección Primera de 13-4-1988, que aplicó la Ley 110/1963 a una denuncia contra la Asociación de Padres de Alumnos del I.N. de Bachillerato «Las Verendillas», como la Resolución de la Sección Segunda de 14 de julio de 1988, que estableció expresamente la sujeción a dicha Ley por parte de la Feria de Muestras de Barcelona, ilustran suficientemente que el término «empresa» utilizado por la Ley 110/1963 se interpreta en el sentido más amplio de «operador económico», excluyéndose de su aplicación solamente los casos establecidos expresamente en su artículo 4».

Además, el artículo 3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dispone que esta ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, a cualquiera que pretenda vender sus productos o servicios (se refuerza la idea de «operador económico»). Se aplica a los actos de competencia desleal que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales; fines que se presumen cuando el acto objetivamente se revele idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Establece mecanismos para impedir que el principio de libertad de competencia pueda verse falseado por prácticas desleales que puedan perturbar el funcionamiento concurrencial en el mercado. Sólo se exige que el acto se realice en el mercado, esto es, que sea un acto dotado de trascendencia externa, que se lleve a cabo con fines concurrenciales, y que tenga por finalidad promover o ase-

gurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero (actos de confusión, de engaño, de obsequio, primas o análogos que pongan al consumidor en el compromiso de contratar, actos de denigración, actos de comparación y en general, cualesquiera comportamientos que sean objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe). No es necesario que los sujetos —agente y paciente— sean empresarios ni se exige que entre ellos medie una relación de competencia.

En definitiva, las fundaciones no podrán vulnerar las normas de protección de la libre competencia. Si bien esta importante prohibición no está prevista expresamente en el articulado del régimen sustantivo de las fundaciones, sí existe una mención expresa al tratar el régimen tributario. Así, tanto el artículo 48 LF, referente a la exención rogada al Ministerio de Economía y Hacienda del Impuesto de Sociedades, como el artículo 58, sobre el Impuesto de Actividades Económicas, condicionan la exención a que «las explotaciones económicas (27) en que se hayan obtenido resultados coincidan con el objeto o finalidad específica de la entidad, en los términos que se desarrollen reglamentariamente» (28). Y añaden: «a estos efectos, se entenderá que las explotaciones económicas coinciden con el objeto o finalidad específica de la entidad cuando las actividades que en dichas explotaciones se realicen persigan el cumplimiento de los fines contemplados en el artículo 42.1.a), que no generen competencia desleal y sus destinatarios sean colectividades genéricas de personas».

MARTÍNEZ LAFUENTE (29) opina que la ley está concibiendo la explotación económica «exenta» como una prolongación de la actividad no lucrativa, puesto que sus fines han de coincidir con los contemplados en el artículo 42.1.a)

(27) La Ley del Impuesto de Sociedades considera explotación económica toda aquella que suponga la ordenación por cuenta propia de factores de producción o recursos humanos o de uno sólo de ellos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios.

(28) Ver el Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan determinadas cuestiones del Régimen de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Esta norma regula los procedimientos para disfrutar de los beneficios fiscales previstos en la Ley 30/1994, tanto para las entidades sin ánimo de lucro como para las personas físicas y jurídicas que ayudan e incentivan las actividades de interés general.

La norma reglamentaria poco añade a lo dispuesto en la Ley. El artículo 33 de este Reglamento dispone que se entiende que la explotación económica no coincide con el objeto o finalidad específica de la entidad, cuando la actividad realizada en dicha explotación económica no persiga los fines contemplados en el artículo 42.1.a) LF, genere competencia desleal o sus destinatarios no sean colectividades genéricas de personas.

Y añade: «Se considerará que existe coincidencia con el objeto o fin de la entidad en las actividades accesorias o subordinadas, vinculadas a la realización de la actividad principal».

(29) MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Fundaciones y mecenazgo. Análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994*, de 24 de noviembre, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 132.

LF, por lo que no basta cualquier actividad, aunque los resultados se apliquen a los fines protegidos, sino que se hace preciso que la propia explotación económica los persiga por sí misma. Entiende este autor que el legislador ha querido aproximar los fines de la fundación y los fines que se persiguen con la explotación económica; es decir, que dentro del repertorio de fines, que se regulan en el artículo 42.1.a) ha de buscarse la coincidencia de fines, pues sólo así se atiende al «objeto o finalidad específica».

GARCÍA LUIS (30) lo explica con claridad: «Para aclarar el ámbito de aplicación de la exención habría que distinguir claramente dos situaciones. La primera, la de las explotaciones económicas carentes de relación con los fines fundacionales o asociativos de entidades no lucrativas y que son utilizados por éstas como medio de financiación de las actividades de interés general. Así nos podemos encontrar con una fundación cuyo objeto sea, por ejemplo, la integración social de minusválidos que, por ejemplo, explote diversos hoteles como medio de obtención de beneficios. No debe olvidarse que estos beneficios han de destinarse obligatoriamente a la financiación de las actividades de interés general y que tales actividades mercantiles sólo deben proporcionar ingresos secundarios a la entidad para que ésta adquiera la condición de entidad no lucrativa. Pues bien, está claro que los resultados obtenidos en el ejercicio de estas explotaciones económicas desligadas directamente de los fines típicos resultan gravados siempre, sin excepción, si bien, tampoco debe olvidarse, a un tipo bonificado del 10 por 100, precisamente en atención a los fines de interés general a los que deben ir a parar.

La segunda situación es la de aquellas explotaciones económicas a través de las cuales se realiza directamente el fin típico. Para seguir con el ejemplo de la anterior fundación, tal sería el caso de que dispusiera, por ejemplo, de talleres en los que los minusválidos llevaran a cabo distintos trabajos artísticos que luego son vendidos en el mercado obteniendo el correspondiente rendimiento. Es, precisamente, a estas rentas a las que puede extenderse la exención».

Los artículos 2 y 3 del Real Decreto 765/1995 desarrollan, respectivamente, el procedimiento para acreditar el derecho a disfrutar de los beneficios fiscales establecidos en la Sección 3.^a del Capítulo I del Título II de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre (relativo al Impuesto de Sociedades); y el procedimiento para disfrutar la exención del Impuesto de Sociedades prevista en el artículo 48.2 de la Ley 30/19 (es decir, para lograr también la exención por los resultados obtenidos en el ejercicio de una actividad económica) (31).

(30) GARCÍA LUIS, T., *Fiscalidad de fundaciones y asociaciones*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1995, págs. 130-131.

(31) Cumplimentado este procedimiento se logra la exención en el Impuesto de Sociedades del 48.2 LF (por los resultados obtenidos en el ejercicio de una explotación

Interesa destacar la crítica realizada al artículo 48 LF por GIMÉNEZ-REYNA y ZURDO (32). Nos remitimos a su interesante comentario. Entiende el autor que la referencia a la competencia desleal no significa que la Ley prohíba que la fundación ofrezca bienes y servicios por debajo de los precios de mercado. Es posible que haya prestaciones de la fundación por debajo del nivel de lo que se considere normal cobrar en el sector económico de que se trate, siempre que no se impida a los competidores actuar en el mismo sector. Cree el autor que «la resolución del expediente ha de constatar la existencia de una actividad que sirve a fines de interés general, que la misma está al servicio de la colectividad, que no se da ninguno de los presupuestos del artículo 17 de la Ley 3/1991, y que no impide a los competidores actuar en el mismo sector (33), por su estructura de precios, por la consideración de sus destinatarios, por la naturaleza de sus actividades o prestaciones, etc.».

También es acertado el comentario de GARCÍA LUIS (34). Tras declarar de aplicación la Ley de Competencia Desleal, haciendo hincapié en la venta realizada bajo coste o bajo precio de adquisición (art. 17), se detiene en el estudio de los artículos 7 y 19 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

Este último precepto dispone que el Tribunal de Defensa de la Competencia, a petición del Ministerio de Economía y Hacienda, puede examinar las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia. A la vista del dictamen del Tribunal, el Ministro podrá proponer a los poderes públicos la supresión

económica) El artículo 48.1 LF sólo establece la exención en el Impuesto de Sociedades por los resultados obtenidos en el ejercicio de actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, así como por los incrementos patrimoniales derivados tanto de adquisiciones como de transmisiones a títulos lucrativos, siempre que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica.

Encontramos por tanto dos niveles de exención.

(32) GIMÉNEZ-REYNA, E. y ZURDO, J., *Comentarios a la ley. . ob. cit.*, págs. 428-441. Es muy interesante el comentario a este artículo. Tras el mismo, concluyen los autores diciendo: «creemos que el precepto no puede recibir una opinión favorable, puesto que nada añade a lo vigente, salvo mayor confusión e intervencionismo, y nos permitimos aventurar que será un semillero de dudas y discusiones sobre el alcance de la exención. Los presagios de los comentaristas del Proyecto de Ley se han cumplido en gran medida» (pág. 441).

(33) «Parece evidente, añade el autor, *ob. cit.* pág. 135, que lo que el legislador quiere es evitar que una empresa dedicada a la prestación de bienes o servicios se ampare bajo el paraguas de una entidad no lucrativa para gozar de beneficios fiscales, con el consiguiente problema de prueba. Pero el legislador no puede pretender que todo servicio por el que se cobre algo tenga que serlo a rabiosos precios de mercado y sin concurrencia de ningún competidor, porque ello iría contra la propia filosofía de la Ley, que pretende estimular las actividades privadas de interés general».

(34) GARCÍA LUIS, T., *Fiscalidad de las fundaciones y asociaciones*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1995, págs. 133-135.

o la modificación de ayudas, así como, en su caso, las demás medidas que conduzcan al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia. Al respecto, el autor hace las siguientes observaciones: «1) que al ser la exención o el beneficio fiscal una modalidad de ayuda otorgada a las empresas por los poderes públicos debería haberse exigido en la Ley este dictamen previo del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre este extremo y la autorización de la conducta inicialmente prohibida. Debe tenerse en cuenta que el artículo 3.1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia prevé la autorización de conductas restrictivas de la competencia cuando, entre otras razones, se encuentren justificadas por la situación económica general y el interés público (...). 2) En segundo lugar, una vez concedida, la exención se mantiene para el futuro, siempre que las condiciones concurrentes inicialmente en las explotaciones se mantengan. 3) Por último, si con posterioridad la entidad incurre en cualquier acto de competencia desleal en el desarrollo de las explotaciones y en caso de que sea declarado como tal por la autoridad judicial, perderá la exención disfrutada desde el momento en que hubiera incurrido en ello. No obstante, para minar el rigor de esta tesis, pues piénsese en que los actos de competencia desleal lo son aunque no medie culpa de la entidad, podría establecerse alguna excepción a este principio y establecer en determinados casos la simple rectificación de la conducta objetivamente desleal sin pérdida de los beneficios fiscales disfrutados».

Vemos por tanto que, a pesar de que son de aplicación a las fundaciones las normas de protección de la libre competencia, subsiste un problema de competencia «desleal» con distinto enfoque al tipificado legalmente: la protección y situación privilegiada que se les concede por ser entes sin ánimo de lucro y al servicio de un fin de interés general, nunca podrá ser utilizada para desarrollar la actividad mercantil en situación de ventaja respecto a los demás competidores.

Aunque la ley se ocupa de evitar que se dañe la competencia por la utilización del régimen fiscal especial, deja sin tratar otros posibles beneficios o privilegios.

Sin duda, uno de los más escandalosos ha sido el referente al régimen de embargabilidad de los bienes fundacionales.

El artículo 10 de la Instrucción 1899 al que se dio nueva redacción el 18-3-1955, señalaba que ningún tribunal podía despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencias de embargo contra las rentas y bienes de las instituciones de beneficencia y que si por consecuencia de sentencia o resolución firme de los tribunales, hubiere de hacerse efectiva alguna cantidad, se estaría a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de 1 de julio de 1911 y el Protectorado resolvería la forma de cumplir las obligaciones que contra tales instituciones resultasen. El artículo 66 establecía que siempre que una institución de Beneficencia fuera condenada al pago de alguna

cantidad, el cumplimiento de la sentencia correspondería al Ministro de la Gobernación, quien acordaría la forma de verificar el pago, teniendo en cuenta el derecho de los acreedores y el interés de la Beneficencia. El artículo 10 del Real Decreto de 1899 disponía que los bienes y rentas de las Instituciones de la Beneficencia no podrían ser objeto de procedimientos de apremio. El Protectorado resolvería la forma de hacer efectivas las resoluciones que contra ellas resultaran.

El reglamento de Fundaciones Culturales de 1972, en su artículo 49 disponía, en el mismo sentido, que cuando un juzgado o tribunal fuera a despachar un mandamiento de ejecución o una providencia de embargo contra las rentas y los bienes de una fundación cultural privada, lo pondría en conocimiento del Ministerio Fiscal, que lo comunicaría al Protectorado, y si por consecuencia de la sentencia o resolución firme la fundación hubiere de hacer efectiva alguna cantidad, se daría cuenta de ello al Protectorado, el cual, oyendo a la fundación, comunicaría al Tribunal o a la autoridad de que se tratara la forma en que la fundación pudiera cumplir las obligaciones que contra ella resultaran, a fin de que pudiera ser tenida en cuenta en la ejecución de la sentencia o resolución que hubieran de acordarse.

No se debe interpretar el contenido de estos artículos en el sentido de que los bienes fundacionales eran inembargables y que en consecuencia la fundación no iba a responder de sus obligaciones. Antes bien, la fundación cumpliría coactivamente sus obligaciones pero a través del procedimiento previsto en estas normas. Así, en lugar de que un juzgado o Tribunal despachara un mandamiento de ejecución o una providencia de embargo contra rentas o bienes fundacionales, comunicaría la situación al Protectorado y sería éste el que señalaría cómo debía cumplir la fundación. De este modo se evitaba el embargo de bienes o rentas de la fundación con la consiguiente pérdida de capacidad económica para poder cumplir sus fines.

La nueva Ley guarda silencio sobre el particular y las únicas normas que se ocupan de la cuestión son el artículo 1.449.3 LEC, que dispone que serán inembargables también aquellas otras cantidades, así declaradas por disposiciones especiales con rango de ley, y el artículo 114 del Reglamento General de Recaudación de 20-12-90, que dispone que no son embargables los bienes: a) exceptuados de traba con carácter general por las leyes procesales u otras; b) los declarados en particular inembargables en virtud de Ley; y c) aquéllos de cuya realización se presume, a juicio de los órganos de recaudación, que resulte producto insuficiente para la cobertura del coste de dicha realización.

Algún autor (35) ha considerado que este privilegio se ha mantenido y elevado a rango de ley, al amparo de la Disposición Derogatoria de la

(35) Ver REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, A., *La nueva ley de fundaciones*. Centro de Estudios Financieros, 1994, pág. 48

Ley de Fundaciones de 1994, que considera vigentes el Reglamento del 72 y la Instrucción de 1899 en lo que no se opongan al contenido de la nueva ley.

En caso de que se admitiera la vigencia de dichos privilegios, la doctrina advierte que sería injusto dejar que la fundación los utilizara no sólo cuando actuara al servicio del fin general, sino también cuando ejerciera la actividad mercantil con la que obtener rentas. Creemos que si bien se debe fomentar, amparar y proteger la actividad fundacional colmándola de privilegios, la actividad mercantil desempeñada por una fundación debe ser igual que la de cualquier otro comerciante.

Queda la duda de si la nueva regulación respeta otros beneficios, como el de justicia gratuita y exención de tasas judiciales. Los artículos 9 del Decreto de 1899 y 48 del Reglamento de Fundaciones Culturales establecían que las instituciones de beneficencia litigarían como pobres, tanto si fueran demandantes o demandadas. También, ante la Administración, gozarían de igual tratamiento. La nueva ley no trata esta posibilidad; así que en todo caso se podría sugerir el razonamiento aplicado anteriormente respecto a la embargabilidad para resolver esta cuestión.

C) RESPONSABILIDAD DE LA FUNDACIÓN POR LOS RESULTADOS DE SU ACTIVIDAD ECONÓMICA

Ante el silencio de la Ley en este punto, debemos entender que la fundación que sea titular inmediata de una empresa mercantil y desempeñe una actividad económica comercial, industrial o de servicios de la que obtiene ingresos para atender el fin de interés general, responde, como el empresario mercantil individual, ilimitadamente.

Le serán imputables todas las relaciones con terceros en el ejercicio de su actividad económica y, frente a los acreedores de su empresa, será responsable con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 del Código Civil). La empresa no será un patrimonio separado del resto del patrimonio de la fundación. De las deudas resultantes de la actividad económica realizada bajo la forma jurídica de fundación, responde ésta con la totalidad de su patrimonio, aunque no esté totalmente invertido en la actividad de la empresa. Es éste el *Principio de Unidad Patrimonial*: la fundación responde de las deudas contraídas con todo su haber, sin que sea posible distinguir un patrimonio mercantil del resto del patrimonio de la fundación. Los riesgos de la empresa corren por cuenta de la fundación, porque el patrimonio es único. Al ser titular de la explotación asume todos los riesgos derivados de la misma (36).

(36) VALERO, *ob cit.*, pág. 130.

Las personas individuales interesadas en la actividad económica de la fundación (el fundador, los titulares de sus órganos, los beneficiarios) no responden por ella en modo alguno, pues la fundación válidamente constituida es una persona jurídica autónoma con capacidad de obrar propia.

Sin embargo, esta responsabilidad de la fundación, choca con las nuevas tendencias mercantilistas de admisión de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada (37).

d) OBTENCIÓN DE INGRESOS POR LA ACTIVIDAD FUNDACIONAL: EL ARTÍCULO 24 LF

En relación con el problema del ejercicio de actividad económica por la fundación, se planteaba tradicionalmente la cuestión de si las fundaciones podían o no cobrar por las actividades que realizaban en cumplimiento de sus fines fundacionales.

Históricamente, como ya hemos apuntado, se había interpretado que el «interés público» al que se debía orientar la fundación significaba que la misma nunca podría cobrar precio por sus prestaciones; que las ideas de fundación y beneficencia o gratuidad de las prestaciones se identificaban.

Así se entendió en las Instrucciones de 1875 y 1899. Los beneficiarios de sus prestaciones debían carecer de medios económicos suficientes para obtener beneficios o resultados análogos a título oneroso. La causa de la necesidad no les debía ser imputable. Si se trataba de prestaciones de índole no exclusivamente económica, habrían de distribuirse en atención a los méritos de los aspirantes (38). Era una actividad de *pietas* (39).

Pero posteriormente se substituyó la idea de beneficencia por la de «actividad social» paralela a la ejercida por el Estado. En definitiva, se empezó a concebir a las fundaciones como instituciones solventes, sin preocupaciones de lucro, no sujetas a condicionamientos políticos ni a las variaciones de la Administración y capaces de entender con flexibilidad y rapidez las necesidades del hombre y realizar tareas concretas, seleccionadas, a las que difícilmente se podría llegar desde una perspectiva puramente estatal.

El artículo 1.2.b) del Reglamento de las Culturales establecía como requisito esencial para crear fundaciones que sus prestaciones fueran gratuitas,

(37) La Ley de 23 de marzo de 1995, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, ha reconocido las sociedades unipersonales con forma de sociedad de responsabilidad limitada y anónima. Ver capítulo XI de dicha Ley (arts. 125 a 129). La Exposición de Motivos merece especial atención.

(38) Ver GÓMEZ FERRER MORANT, R., «Aspectos de la nueva regulación de las fundaciones culturales privadas», en *Revista de Administración Pública*, 10, 1973, pág. 385.

(39) YUSTE GRIJALBA, J. L. y DEL CAMPO ARBULO, J. A., *ob. cit.*, *Revista Situación BBV*, 1989/4, pág. 52.

salvo que *excepcionalmente* se autorizara por el Protectorado el percibo de alguna cantidad de los beneficiarios, que sólo sería exigible dentro de los límites que preveía el artículo 24, en el que se recogían los requisitos o trámites: la fundación debía remitir al Protectorado, junto a la petición de aprobación de las tarifas de sus servicios, un estudio justificativo del cálculo de las mismas, informado por la Delegación Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia.

Además, las cantidades exigidas a los beneficiarios no podían exceder del coste real del servicio, sin margen comercial de ninguna clase, y las tarifas y su aprobación se debían inscribir en el Registro de Fundaciones Culturales Privadas. El mismo contenido tenía el artículo 19 de la Ley gallega.

El propósito de la norma era evitar que las fundaciones salieran beneficiadas en relación a los empresarios regularmente establecidos que cumplían y pagaban sus impuestos por ejercer una actividad lucrativa.

La medida era tachada de excesiva. Además, podía producir el efecto contrario, pues vendiendo a un precio inferior al de mercado, se podía incurrir en una vulneración del Derecho protector de la libre competencia (40).

Los autores quisieron terminar con esta confusión o equiparación entre interés general y beneficencia, y defendieron que la realización de una actividad que satisficiera aquel interés era compatible con el cobro de cantidades por los servicios prestados siempre que estos beneficios se destinaran a los fines de interés general y no fueran susceptibles de reparto entre los patronos o personal al servicio de la fundación o a favor del fundador o sus herederos.

Así, LÓPEZ JACOISTE (41) hace ver claramente, al explicar la función del fin en el negocio jurídico fundacional, que la *causa libertatis* de la traslación patrimonial juega sólo en el momento en que se produce el tránsito patrimonial desde el fundador a la fundación que él crea. Pero ya no hay tal causa en la traslación o asignación que se realiza desde la fundación al beneficiario. La fundación no debe realizar necesariamente actos de liberalidad, sino cumplir su fin.

(40) Así lo apuntaba certeramente SÁENZ DE MIERA, *ob cit.*, pág. 58. Denunciaba este autor que se podría producir una vulneración de los principios orientadores de la competencia, en relación con la actividad de las empresas mercantiles ordinarias, proveniente «más de practicar unos precios de coste o políticos que de aplicar el precio de mercado en una prestación concreta».

(41) *Ob cit.*, pág. 594: «En ocasiones la sola atención de un cierto fin o la creación de un determinado centro supone satisfacer el interés público, siquiera, el correspondiente establecimiento u organización atienda funciones cuyos beneficiarios deban sufragar en cierta medida o de alguna forma. El beneficio social estaría entonces no en el funcionamiento totalmente gratuito, sino en la existencia misma del servicio o actividad. Aunque el fundador haya otorgado una disposición de estricta liberalidad, es perfectamente verosímil que la fundación haya de conferir sus beneficios mediante contratos...»

Hoy el artículo 24 LF permite que las fundaciones puedan obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.

Debemos recordar que al utilizar esta facultad tampoco se podrán vulnerar los principios que rigen la libre competencia ni incurrir en una actuación que suponga competencia desleal. Lo cual se traduce, en relación con la prohibición de la venta a pérdida, en que si el cumplimiento de su fin de interés general significa que se dedican a ofrecer bienes y servicios a cambio de una contraprestación, no conviene que ésta sea inferior a los precios de mercado, para el caso de que un determinado empresario individual o una sociedad mercantil ofrezcan los mismos bienes o servicios.

4. LA PARTICIPACION DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES MERCANTILES: EL ARTICULO 22 DE LA LEY DE FUNDACIONES

Este supuesto es distinto al anterior, pues la fundación, en lugar de desarrollar una actividad mercantil directamente, como empresario individual, es accionista de una sociedad mercantil, ha invertido su patrimonio fundacional en acciones o participaciones de sociedades mercantiles. Los rendimientos obtenidos serán destinados al fin de interés general.

Hasta el Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972 esto no se permitió expresamente.

El artículo 28.3 del mismo no condicionó esta posibilidad a la previa autorización por parte del Protectorado. Únicamente impuso la obligación de dar cuenta inmediatamente a éste del hecho de que una fundación cultural resultara ser accionista mayoritario, y sólo en este caso, de una Sociedad Mercantil.

Además, el artículo 28.4 permitía al Protectorado establecer las medidas que estimara necesarias para evitar perjuicios al patrimonio de la fundación e imponer la venta de las acciones cuando considerara que se había producido una desnaturalización de la fundación. La doctrina advirtió el peligro de la utilización arbitraria de esta norma tan ambigua.

Las leyes autonómicas no prestan atención especial a esta posibilidad, salvo la del País Vasco, que en su artículo 25, dispone: «1. La fundación podrá realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos. 2. En todos los demás supuestos deberá realizar dichas actividades a través de sociedades, incluidas las de economía social, que tengan limitada la responsabilidad de sus socios. 3. Las actividades comprendidas en este artículo deberán ser puestas en conocimiento del Protectorado».

La nueva Ley de Fundaciones de 1994 (art. 22) admite expresamente que las fundaciones puedan ejercer «actividades mercantiles e industriales» de forma «indirecta», esto es, participando en sociedades mercantiles en las que los socios tengan limitada su responsabilidad.

En las *sociedades capitalistas*, a la sociedad sólo le interesa del socio su aportación patrimonial. Por ello, si una fundación participara en este tipo de sociedades (socio de una SA, de una SL o socio comanditario de una sociedad comanditaria simple o por acciones), sólo perseguiría la inversión de su capital y obtener del mismo rendimientos con que promover sus finalidades. Actuaría como un mero accionista-rentista, interesándole únicamente el beneficio que extraería de su inversión. Además, no respondería nunca de las deudas sociales.

Sin embargo, puede ocurrir que la fundación no busque simplemente participar en una sociedad mercantil con fines de mera inversión, sino que le interese además influir a través de los órganos sociales en la marcha de la empresa: administrar y gestionar la empresa. Para esto, podría desear su participación como socio colectivo en una *sociedad colectiva o en una sociedad comanditaria*, a decir, en sociedades personalistas donde importa mucho el valor *intuitu personae*, a cambio de soportar una mayor responsabilidad que los socios capitalistas (recordemos que el socio colectivo de la sociedad colectiva —art. 127 CCo.— o de una comanditaria simple —art. 148 CCo.— o por acciones —art. 151 CCo.—, responde de las deudas sociales personal, ilimitada y solidariamente con los demás socios colectivos, cuando el patrimonio social no cubre la totalidad de las mismas —subsidiariamente—).

Tradicionalmente la doctrina admitió sin reparos la primera posibilidad, pero el régimen de responsabilidad ligado a la segunda opción suponía un freno importante a la hora de aceptarla. Se decía que esta vía era incompatible con la «responsabilidad limitada de las fundaciones, como toda persona jurídica».

Realmente, como apunta acertadamente VALERO AGÚNDEZ (42), se estaba partiendo de un error de base. No era cierto que la fundación, al igual que

(42) VALERO, *ob. cit.*, pág. 177. En lo único que se diferencia la responsabilidad entre una persona jurídica y una física —dice el autor—, es en que difícilmente la extensión de la responsabilidad de las personas jurídicas va a poder realizarse sobre bienes futuros, en ciertos casos.

Por ello, siguiendo la tesis de GIRÓN TENA sobre la admisión de que las sociedades de capitales pudieran ser socios colectivos de sociedades personalistas, llega a la conclusión de que una fundación podría ser socio colectivo, siempre que su condición de tal se basara en su *intuitu personae*, quedando sometida por tanto a la extensa responsabilidad prevista para este tipo de socios.

También advierten este error DE LORENZO y CABRA DE LUNA, *ob. cit.*, pág. 24.

Igualmente denuncia este error NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, págs. 232 y sigs., que sigue en este punto la doctrina de CAPILLA RONCERO. La segunda parte de su obra sobre «la responsabilidad de las fundaciones generada por la actuación de su capacidad».

todas las personas jurídicas, respondiera limitadamente de sus deudas (43). En realidad, las personas jurídicas responden de sus deudas con la totalidad de su patrimonio de forma tan *ilimitada* como la persona física (art. 1.911 CC).

a) LA PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES
EN SOCIEDADES PERSONALISTAS

La nueva Ley, en su artículo 22.1, señala que «las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales».

Parece que con esta norma se trata de impedir que la fundación pueda perder su patrimonio al responder como socio colectivo de las responsabilidades de la Sociedad Mercantil Colectiva o Comanditaria. Lo mismo sucedería, en el caso de convertirse en socio de una Sociedad Civil (art. 1.698.1 CC) o de una Agrupación de Interés Económico (44).

págs. 229 y sigs., merece ser leída con detenimiento, pues analiza en profundidad tanto la responsabilidad de la fundación por los actos y omisiones de sus órganos (pág. 234 y sigs.), como la responsabilidad en el campo administrativo (pág. 237 y sigs.), la responsabilidad contractual (pág. 240 y sigs.), extracontractual (pág. 241 y sigs.) y objetiva (pág. 244 y sigs.) y la responsabilidad penal (pág. 267 y sigs.). También es muy interesante su estudio sobre la responsabilidad de la Asociación Europea y la regla de la *Immunit* norteamericana.

(43) Añade el autor: «es erróneo ver en la fundación como tipo empresarial una forma de empresa que responde limitadamente en el orden patrimonial, que no siendo empresario social, ofrece las ventajas propias de las sociedades de capitales. Existe en esta concepción una transposición de ideas. se parte de que en las sociedades de capitales hay una limitación de responsabilidad por la interposición de la personalidad jurídica de estas sociedades entre los socios y los terceros y, al existir también una persona jurídica en la fundación, se pasa a la conclusión de que también ésta responde ilimitadamente». *Ob cit.*, pág. 130

(44) La Agrupación de Interés Económico es un instrumento de colaboración de los operadores económicos. Facilita el desarrollo o mejora el resultado de la actividad de sus socios, que sólo pueden ser personas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, entidades no lucrativas dedicadas a la investigación o profesionales liberales. Posee carácter mercantil cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que desarrolle ella misma o sus miembros, pero carece de ánimo de lucro para sí misma, de modo que los eventuales beneficios procedentes de su actividad serán considerados como beneficios de los socios. Están reguladas por Ley 12/1991, de 29 de abril, sobre agrupaciones de interés económico. El artículo 5 de esta Ley dispone «1. Los socios de la Agrupación de Interés Económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla. 2. La responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la Agrupación de Interés Económico»

NIETO ALONSO, A., *ob cit.*, pág. 236, sin embargo, considera que una fundación sí podría participar en una AIE, pues el artículo 4 «permite que dichas Agrupaciones estén constituidas por entidades no lucrativas, no descartando, por tanto, las Fundaciones. Además, en todo caso, la responsabilidad sería subsidiaria de la AIE. Nada empecce, por otra

No entrará en juego esta norma si la fundación es socio no colectivo de una sociedad comanditaria, pues el artículo 148 del Código de Comercio dispone que la responsabilidad de los socios comanditarios de una sociedad comanditaria, en caso de que existan obligaciones y pérdidas de la compañía, se limitará a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en comandita. Tampoco si participa en una Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada.

De acuerdo con la filosofía de nuestra ley, parece que la fundación también podrá participar en «sociedades de la Economía Social» (45), como las cooperativas, siempre que tengan limitada la responsabilidad de sus socios. Así, el artículo 29 de la Ley General de Cooperativas dispone que en las cooperativas de primer grado pueden ser socios, tanto las personas físicas como las jurídicas, públicas o privadas y el artículo 71 indica que los socios no responderán de las deudas sociales, salvo disposición en contrario de los estatutos, en cuyo supuesto deberán determinar el alcance de su responsabilidad.

Sobre el contenido del artículo 22.1 se plantea la duda de si supone un elemento extraño en el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas. En este sentido CARRASCO PERERA (46) ha advertido de que al no existir norma concreta en contra, debemos entender que la intención del legislador es configurar a la fundación como una persona jurídica de responsabilidad no limitada. La fundación responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, como toda persona jurídica. En consecuencia, el artículo 22 que prohíbe que la fundación tenga participación en sociedades mercantiles en las que deba responder personalmente de las deudas sociales no encaja en nuestro sistema jurídico. Sólo tendría sentido en un ordenamiento que limitara la responsabilidad patrimonial de las fundaciones y que no permitiera, como lo permite hoy el artículo 23.6 de la LF, que la fundación acometa directamente, como comerciante, y con plena responsabilidad ilimitada, actividades mercantiles.

parte que la Fundación, en esa sede concreta responda como lo exige la Ley, como un supuesto excepcional. No olvidemos los Principios Constitucionales de Libertad de Empresa, artículo 38 y participación en la vida económica, artículo 9.2 y 129.2.» La autora considera que este tipo de personas jurídicas y Grupos de Interés Económico, regulados por el Reglamento CEE 2137/1985, de 25 de julio, son beneficiosas para las fundaciones Ver, *ob. cit.* págs. 218 y sigs.

(45) En opinión de CABRA DE LUNA, M. A., *Comentarios a la ley... ob. cit.*, pág. 186, también podrían ser socias de Sociedades Anónimas Laborales (reguladas por Ley 15/1986, de 25 de abril). Son aquellas Sociedades Anónimas en las que al menos el 51 por 100 del capital social pertenece a los trabajadores que presten sus servicios retribuidos en forma directa, personal, cuya relación laboral lo es por tiempo indefinido y en jornada completa (art. 1 LSAL).

En lo no previsto en la LSAL, éstas se regirán por las normas aplicables a las Sociedades Anónimas (art. 2 LSAL).

(46) *Aspectos jurídico-civiles de las fundaciones en la nueva Ley*, ponencia impartida en el curso sobre *Fundaciones, mecenazgo y sociedad civil en el umbral del siglo XXI*, en la Universidad Castilla-La Mancha, del 13 al 15 de julio de 1994.

En nuestra opinión, del contenido del artículo 22 LF cabe deducir dos interpretaciones opuestas:

- a) Es una cautela inútil. No tiene sentido que se permita a las fundaciones realizar actividades económicas directamente respondiendo de las mismas con todos sus bienes presentes y futuros, y a la vez se les prohíba ser socios colectivos. La Ley se ha ocupado de evitar que la fundación «se arruine» por ser socio colectivo y sin embargo permite que ello pueda ocurrir como consecuencia del ejercicio directo de una actividad económica.
- b) El legislador está pensando que la responsabilidad de la fundación está limitada de algún modo: ¿es la fundación algo parecido a una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada? Si esto es así, detectamos un gran cambio en la formulación de la doctrina general sobre la persona jurídica. El legislador camina hacia la unificación del tratamiento de las personas jurídicas. ¿Se diluyen las diferencias entre la persona moral asociativa y la patrimonial? (47).

Pero la oscuridad de la norma no acaba ahí. Debe ser también motivo de crítica que no se disponga qué ocurre si se vulnera la prohibición. ¿Cómo interpretar la expresión «no podrán tener participación alguna»? ¿Debemos pensar que la fundación socia de la sociedad personalista deberá transmitir a otro su cualidad de socio, o que deberá separarse de la sociedad mediante la disolución parcial de la misma?

Tratándose de una sociedad colectiva o comanditaria, en el primer caso, sería necesario que consintieran la transmisión de la cualidad de socio todos los demás (143 CCo), lo cual puede ser difícil, ya que tienen la facultad de oponerse a que entre una determinada persona en la sociedad.

En el segundo caso, previsto en el artículo 225 del Código de Comercio, la fundación debería hacer una denuncia parcial del vínculo social (una declaración unilateral de voluntad del socio que pretende separarse de la sociedad). A continuación se procedería a la determinación y pago de su cuota de liquidación como socio, participando en los resultados prósperos o adversos que se obtuvieran de las operaciones pendientes.

En el caso de que la fundación sea socio de una Sociedad Civil, puede pensarse también que está obligada a transmitir la cuota (para lo que hará falta acuerdo unánime de todos los socios —art. 1.696 CC—) o que debe

(47) Ver NIETO ALONSO, A., *ob cit.*, pág. 336. La autora considera que de la admisión de la empresa unipersonal resulta un nuevo acercamiento entre la Asociación y la Sociedad con la Fundación, una ruptura del hermetismo *universitas personarum-universitas rerum*, lo que supondría el inicio de una concepción más cercana Corporación/Institución.

extinguirse la sociedad por voluntad de la fundación socia (arts. 1.705 y 1.706 CC).

Surgen muchas más dudas: ¿Podría solicitarse al Juez que declarase la transmisión o la separación si los socios o la fundación se oponen a hacerlo? ¿Quién estaría legitimado para hacer esta solicitud?

En definitiva, la Ley tiene importantes lagunas, y el intérprete no acaba de encajar todo el entramado de cautelas ingenizadas para protección del patrimonio fundacional con la posibilidad de ejercicio libre de la actividad mercantil, ni tampoco entiende el criterio seguido por el legislador para configurar el elenco de actos potencialmente dañosos del patrimonio fundacional que deben ser sometidos al visto bueno del Protectorado (48).

b) LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES PERSONALISTAS
POR DOTACIÓN: LA OBLIGACIÓN DE QUE PROMUEVAN LA TRANSFORMACIÓN
DE LA SOCIEDAD

El párrafo 2 del artículo 22 merece también un detenido comentario crítico. Dispone este artículo que «en el supuesto de que formen parte de la dotación participaciones en sociedades personalistas, y dicha participación sea mayoritaria, la fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad».

La doctrina (49) se sorprende del contenido de este artículo, porque de él se desprende que si la participación no es mayoritaria, la fundación no tiene por qué hacer nada, como si tal circunstancia le librase de responder personal y solidariamente con todos sus bienes a las resultas de las operaciones económicas.

La transformación se regirá por lo dispuesto en los artículos 231 y 232 (50) LSA, y artículo 92 de la Ley 2/1995, de 23 marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

(48) Creemos que en la práctica, el hecho de que una fundación solicite un aval bancario para conseguir un adelanto de una subvención puede ser tan dañoso para su patrimonio como la constitución de una prenda sin desplazamiento de la posesión sobre sus bienes muebles. Por eso no se comprende que la Ley no exija autorización del Protectorado en el primer caso y sí en el segundo. Tampoco dice la Ley si una fundación puede afianzar obligaciones ajenas. Ante el silencio cabe pensar que podrá hacerlo sólo si ello sirve o ayuda a su fin de interés general. Posteriormente el Protectorado emitirá su opinión sobre dicha operación.

(49) REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, A., *ob cit.*, pág. 58.

(50) Dicha transformación no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada y se hará en escritura pública que se inscribirá en el Registro. No liberará a los socios colectivos de la sociedad transformada de responder solidaria y personalmen-

Si una vez promovida, no se lograra (51), el artículo 9.4 RF dispone que el Protectorado requerirá al Patronato para que ponga en venta las participaciones fijando a tal efecto el plazo que prudencialmente considere para que no se produzca quebranto patrimonial a la fundación.

Si, no obstante, ser requerido para ello, el Patronato no pusiera en venta dichas participaciones, el Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes y especialmente de la existencia de buena fe por parte de la fundación, podrá ejercitar la acción de responsabilidad establecida en el artículo 15 de la Ley.

Surge la duda de si el Protectorado realmente está preparado para fijar atinadamente un plazo prudencial para la venta.

c) LA PARTICIPACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN SOCIEDADES NO PERSONALISTAS

Está permitida en la nueva ley, pero se impone la obligación de dar cuenta de las participaciones mayoritarias al Protectorado en cuanto se produzcan (art. 22.3 LF) (52).

El artículo 9.2 RF desarrolla esta norma: «La adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles no personalistas (...) no necesitará autorización previa pero deberá ser puesta en conocimiento del Protectorado en cuanto se produzca. Dicha comunicación se acompañará de una exposición de las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico, así como cualesquiera otros extremos relevantes que el Patronato estime necesarios para una adecuada información.

Lo previsto en este apartado será de aplicación tanto a las adquisiciones de participaciones mayoritarias que se efectúen en un solo acto como a la

te, con todos sus bienes, de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad, a no ser que los acreedores hayan consentido expresamente la transformación.

(51) BROSETA PONT, M., *ob. cit.*, pág. 189, opina que el cambio o modificación de la forma o tipo social de una sociedad colectiva o comanditaria requiere, en principio, el consentimiento de *todos* los socios. Pero tratándose de una sociedad comanditaria por acciones sería suficiente el consentimiento de todos los socios colectivos y el acuerdo mayoritario de los comanditarios adoptado en la forma y con los requisitos previstos en la escritura social, y, en su defecto, en la LSA, que regula con carácter general la transformación de todas las sociedades mercantiles.

(52) Ver DEL CAMPO ARBULO, J. A., *Temas polémicos del Título I de la Ley y soluciones posibles. Las fundaciones. su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*. Fundación Futuro, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, págs. 116-117, piensa que la suspicacia de la Ley hacia la adquisición de participaciones mayoritarias extraña porque todo el mundo puede tener participaciones mayoritarias: «Una persona física puede tener participaciones mayoritarias. Una sociedad mercantil puede tener participaciones mayoritarias. Cualquiera puede tener participaciones mayoritarias. Pero si las detenta una fundación, hay que tener mucho cuidado.

adquisición de participaciones minoritarias que, acumulada a adquisiciones anteriores, dé lugar a que la fundación ostente una participación mayoritaria en una sociedad mercantil no personalista».

El 9.3 RF aclara el concepto de «participación mayoritaria»: «a los efectos previstos en los apartados anteriores, se entenderá por participación mayoritaria aquélla que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose a todos los efectos tanto las participaciones directas como las indirectas» (53).

El fundamento de la cautela no es otro que evitar que «se utilice jurídicamente a la fundación como pantalla o instrumento de dominación de entidades financieras o en empresas dominantes en la vida económica española» (54), o «evitar las fundaciones de cartera».

La evolución de esta norma es interesante, sobre todo con respecto a su coordinación con el artículo 42.1.c) de la Ley.

En el Proyecto de Ley de Fundaciones del Ministerio de Justicia aprobado por el Gobierno y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados de 30-12-1992) —texto que no llegó a ser aprobado por el legislativo—, se disponía (art. 22):

«1. Las fundaciones sólo podrán realizar directamente actividades mercantiles o industriales cuando éstas tengan relación y estén al servicio de los fines fundacionales.

2. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.

3. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria,

Se teme que la participación mayoritaria se preste a manejos de las fundaciones por vía de lo que se llama ingeniería financiera, y se establece así una desconfianza, no *ex post*, sino *ex ante*»

(53) GARCÍA LUIS, T., *Fiscalidad de fundaciones y asociaciones*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 1995, págs. 78-79, opina al respecto: «cabría decir que el sistema adoptado no es muy convincente, pues en base al mismo el Ministerio de Economía y Hacienda podría negar a una fundación o asociación de utilidad pública la participación en el 100 por 100 de una modesta sociedad anónima, mientras que sería inatacable (ni siquiera tendría que comunicarla) una participación del 10 por 100 en una gran entidad financiera. En suma, como propuesta de *lege ferenda*, no habría que estar tanto al porcentaje de participación como a la importancia económica de la misma».

(54) En la Memoria del Proyecto se decía textualmente: «Por lo que se refiere al relativo a la participación mayoritaria en sociedades mercantiles hay que señalar que con él se trata de evitar que los fines perseguidos pudieran desnaturalizarse a través de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles y, también que se pueda aplicar el régimen fiscal especial a auténticas fundaciones-holding que, en realidad, podrían considerarse como sociedades de cartera sometidas al régimen de transparencia». Ver MARTÍNEZ LA FUENTE, A., *Fundaciones y Mecenazgo. Análisis jurídico-tributario de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Aranzadi, 1995, pág. 111

la fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad».

Sin embargo, el artículo 3 del Proyecto de Ley de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, al enumerar los requisitos que debían cumplir las entidades sin ánimo de lucro para poder disfrutar del régimen fiscal previsto en la ley, recogía en el artículo 1.4 el siguiente: «no ser titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles».

Esta contradicción entre ambos proyectos era criticada por la doctrina (55).

En el Nuevo Proyecto de Ley elaborado por el Gobierno que entró al Congreso de los Diputados el 7 de diciembre de 1993, la redacción del artículo 22 varía levemente, quedando ya como está en la actualidad:

«1. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.

2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad.

3. Las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado con carácter inmediato a que la misma se produzca».

El nuevo artículo 42.1.c) condicionó el disfrute de los beneficios fiscales a que la fundación no fuera titular, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, a no ser que previamente hubiera obtenido autorización del Ministerio de Economía y Hacienda.

Así, este artículo dispuso que «el Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta del órgano de Protectorado correspondiente cuando se trate de

(55) DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, *idem*, pág. 29. Opinaban que era un requisito «difícilmente justificable, pues determinadas fundaciones sustentan tanto su financiación como la realización de sus objetivos en entidades mercantiles. Es obvio que una fundación, sobre todo de grandes dimensiones, normalmente no tendrá la agilidad necesaria para intervenir en multitud de aspectos que están íntimamente ligados a sus fines (...) De acuerdo con la Memoria del Proyecto de Ley se pretenden evitar «las fundaciones de cartera», pero desgraciadamente se acaba con toda posibilidad de instrumentación empresarial de actividades de interés general, queriendo controlar el ente matriz (la fundación) a la empresa generada. Choca este requisito con lo dispuesto en el artículo 22, apartado 2 del Proyecto de Ley de Fundaciones que admite claramente que las fundaciones puedan ser titulares de participaciones en sociedades...».

fundaciones o el Ministerio del Interior, cuando se trate de asociaciones declaradas de utilidad pública, podrá autorizar participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, sin pérdida del régimen fiscal regulado en este Título, en aquellos casos en que se justifique que tal participación coadyuva al mejor cumplimiento de los fines recogidos en la letra *a*) de este apartado (fines de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos... o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga), y no supone una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas en este Título».

El artículo 22 salió del Congreso hacia el Senado con el mismo contenido, pero en el Senado se volvió a modificar el artículo 42.1.c). Se eliminó la prohibición de que fueran titulares de participaciones mayoritarias en sociedades para beneficiarse del régimen fiscal especial, pero se introdujo una cautela: deben acreditar ante el Ministerio de Economía y Hacienda: *a*) la existencia de las participaciones; *b*) que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines de interés general que ha de desarrollar la fundación, y *c*) no supone una vulneración de sus principios fundamentales de actuación. Se deja en manos del Ministerio que la fundación pueda gozar o no del régimen fiscal privilegiado previsto en la ley.

La opinión de REBOLLO (56) sobre esta norma es interesante. Piensa este autor que la vigilancia y control de la vida de las fundaciones en orden al cumplimiento de sus fines es tarea a desarrollar por el Protectorado y que, por tanto, esta cautela que se establece en relación con la participación mayoritaria de las fundaciones en Sociedades Mercantiles, dando juego al Ministerio de Economía y Hacienda, es redundante.

Considera también que si la *ratio* de la norma es el temor a que las fundaciones sean utilizadas como pantallas o instrumentos de dominación en entidades financieras o en empresas dominantes en la vida económica española, mala es la solución ofrecida para evitarlo, pues esta norma no se aplica a todas las fundaciones, sino sólo a las que quieran acogerse al régimen fiscal especial previsto en la ley. Por lo tanto, pueden existir perfectamente «fundaciones-pantalla», aunque no gozarán del régimen fiscal especial.

MARTÍNEZ LAFUENTE (57) antes de la aparición del Reglamento que desarrolla el Título II de la LF, admitía que el cambio de la prohibición de la

(56) *Ob. cit.*, pág. 59.

(57) *Ob. cit.*, pág. 112 y sigs. Existía indeterminación sustancial porque aunque la titularidad «coadyuvante» parece apuntar, «a una especial sintonía entre el objeto social de la sociedad mercantil y los fines a acometer por el Ente fundacional», es dudoso que este enfoque sea cierto. Si lo fuera —dijo— «es evidente que la prolongación del fin fundacional hasta el fin societario puede ofrecer singulares matices sobre los que no pueden ofrecerse situaciones apriorísticas». Según este autor también existía indeterminación formal porque se habla de respeto «a los principios fundamentales de actuación de

tenencia de participaciones en sociedades mercantiles, por un sistema distinto de intervención administrativa, era favorable, pero que los requisitos para que una fundación titular de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles pudiera gozar del régimen fiscal especial, aparecían redactados en la Ley con *cierta indeterminación tanto sustancial como formal*.

El artículo 1 del Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, recoge el procedimiento de acreditación de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles.

d) EL PELIGRO DE VULNERACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE AUTOCARTERA MEDIANTE LAS FUNDACIONES DE EMPRESA

Este fenómeno se conoce vulgarmente con el nombre de «fundación pantalla».

Es frecuente que las sociedades mercantiles, productoras de bienes y servicios con ánimo de lucro, creen fundaciones, como ocurre en EE.UU. (58), donde la figura de la fundación «corporativa o empresarial» está a la orden del día y cuenta con ventajas en relación con las fundaciones de origen privado: las compañías tienen recursos, disponen de especialistas que dan consejos técnicos y planifican actuaciones, de forma que la actividad de la fundación es la de un ente que ejecuta un programa, aumenta la credibilidad y buena imagen de la sociedad. Lo normal en esta situación es que sea la empresa la que dirija la fundación porque el Patronato de la misma esté compuesto por ejecutivos de aquélla (59).

En Francia se promulgó en 1990 una ley que permite a las empresas, sociedades, cooperativas y demás personas jurídicas constituir fundaciones: Ley 559, de 4 de julio, que regula la creación de fundaciones de empresa,

las Entidades mencionadas en este Título» y, sin embargo, en éste no se encuentra una regulación positiva de dichos principios.

(58) Para conocer el panorama fundacional en EE.UU., ver: «Las fundaciones en los EE.UU.: veinte años de cambio», por E. T. BORIS, *En presente y futuro de fundaciones*, ob. cit., págs. 139 y sigs. Y «Las fundaciones de empresas en los EE.UU.: La filantropía corporativa en América», por R. REITER-FARAGALLI, en *Las fundaciones y la sociedad civil*. Monografías Cívitas, 1990, págs. 181 y sigs.

(59) Junto a este fenómeno también es frecuente que las empresas, aunque carezcan de una fundación «propia», sin embargo cuenten con programas para conceder ayudas de tipo asistencial, ayudas que en muchas ocasiones no son meramente económicas, sino en especie (productos fabricados por la empresa, servicios, colaboración con personal especializado...). Ver DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, ob. cit., págs. 21, y JIM JOSEPH, «Modalidades y alcance de las fundaciones en los EE.UU.», en *Revista Situación BBV*, 1989/4, págs. 36 y sigs.

que modifica algunas de las disposiciones de la Ley del mecenazgo de 1987 (60).

En España, esta posibilidad está prevista en el artículo 6.1 LF, que dispone que «podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean estas públicas o privadas», y en su párrafo 3 expresa: «las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso de su junta general o asamblea de socios y las de índole institucional, el acuerdo de su órgano rector» (61).

A favor de la creación de fundaciones por empresas, se han señalado algunas ventajas: mejora el control de la sociedad en el futuro restringiendo la dispersión de los títulos entre un gran número de socios; se crea un instrumento de gestión de un grupo empresarial; mejora la motivación laboral, pues el trabajador toma conciencia de que está realizando una labor que reportará beneficios a la colectividad; se potencia la imagen de la sociedad por su presencia social (62).

Sin embargo no todo son halagos a esta posibilidad, pues los autores también advierten que han ido apareciendo fundaciones para aparcas excedentes de autocartera en grandes empresas o con fines meramente publicitarios. Otros denuncian que se puede realizar un fraude cuando «la finalidad perseguida por la sociedad al constituir una fundación no sea tanto la realización de un fin de interés general sino tener una entidad a su disposición para transferirle activos y dejarlos a salvo de un posible embargo o para conseguir un mejor trato fiscal» (63).

Hay que tomar en consideración los artículos 74 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, que regulan el régimen de acciones propias. El artículo 74 prohíbe la adquisición originaria y establece consecuencias para el incumplimiento de esta prohibición. Se permite la adquisición derivativa, siempre que se cumplan determinadas condiciones, con el fin de asegurar que la adquisición no perjudique la integridad del capital social ni se vulneren

(60) En esta Ley se permite que una empresa pueda crear fundaciones siempre que los estatutos tengan previsto un programa quinquenal de la actividad de la misma. Se impone un mínimo dotacional de cinco millones de francos que debe posibilitar las actividades fundacionales. No pueden recibir fondos de otras entidades ni realizar recaudaciones

Ver la exposición del contenido de esta Ley realizada por NIETO ALONSO, A., *ob. cit.*, págs. 354 y sigs

(61) Algunos autores cuestionan si la necesidad de acuerdo expreso de la Junta General o asamblea de socios no resulta excesivo para las S. A., sino que bastaría que el Consejo de Administración lo decidiera desarrollando sus funciones propias o las delegadas por la Junta. Ver la opinión de DEL CAMPO ARBULO citada por DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, *ob. cit.*, pág. 22.

(62) DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, *ob. cit.*, pág. 22.

(63) REBOLLO, *ob. cit.*, pág. 28.

principios societarios fundamentales, e igualmente, se prevén consecuencias para el caso de contravención (art. 75). En casos legalmente tasados es posible la adquisición derivativa libre, sin necesidad de cumplir los requisitos del artículo 75 (art. 77).

Finalmente, el artículo 79 regula la fisonomía de estas acciones propias y una serie de obligaciones que deberá cumplir la sociedad que las tiene (obligaciones informativas, obligación de hacer una reserva...).

Pues bien, pudiera ocurrir que una sociedad creara una fundación con la intención de burlar las normas de autocartera de la LSA, utilizando esta persona «interpuesta». Esta, en realidad, no es más que un ente dirigido por su creadora para hacerla servir de freno a las normas que restringen y moderan (imponiendo límites y requisitos) los negocios con las propias acciones de la LSA. También es posible que la fundación creada por la sociedad hubiera adquirido de un tercero acciones de la misma con posterioridad a la dotación, pero bajo circunstancias no admitidas por la LSA.

En definitiva, los artículos 74 y siguientes de la LSA se encargan de regular de forma imperativa las condiciones y límites de los traspasos de capital entre las sociedades de un grupo, o de la adquisición de acciones propias por una sociedad, con el fin de impedir que con estas operaciones se debilite el patrimonio social, o que los administradores de la sociedad que adquiera sus propias acciones, al ejercer los derechos políticos de las mismas, controlen la Junta de accionistas, que perdería su poder. Creemos que a pesar de que estas normas están pensadas para el supuesto de que las sociedades del grupo sean Sociedades Anónimas, no por ello se podrán realizar las prácticas prohibidas interponiendo una persona jurídica distinta, en nuestro caso una fundación, dirigida por la sociedad que la creó con el único fin de configurar un espacio donde colocar a salvo un porcentaje de acciones propias, sin someterse a los requisitos y consecuencias establecidos por la ley para estas operaciones.

En definitiva, pensamos que los límites y condiciones que no puede vulnerar por sí misma una sociedad para adquirir acciones propias o de su sociedad dominante, tampoco podrán ser burlados si la sociedad utiliza una fundación «interpuesta». La idea se refuerza con otro argumento: la misma Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 88, después de regular los negocios sobre las propias acciones, contempla el supuesto de que las operaciones prohibidas o limitadas se hayan realizado instrumentalizando personas interpuestas. Considera como tales a aquéllas que en virtud de un acuerdo con la sociedad se obligan o legitiman para celebrar en nombre propio, pero por cuenta de la misma, alguno de los negocios sobre las propias acciones (64).

(64) Es posible, dice la Ley en su artículo 88, que las operaciones prohibidas (rebasar el límite cuantitativo permitido, intentar tener acciones que no están totalmente

En nuestro supuesto más que un acuerdo de voluntades, lo que ocurre es que los administradores de la sociedad son al mismo tiempo los patronos de la fundación o que los patronos cumplen órdenes de aquéllos, y podría ser que en la gestión fundacional antepusieran el interés de la sociedad al cumplimiento de los fines de interés general.

Además de que es difícil que el Protectorado advierta toda esta operación fraudulenta a través de la simple notificación que le hace la fundación de que tiene la mayoría de capital en una sociedad (y teniendo en cuenta que no se obliga a notificar más que las participaciones mayoritarias y que con una participación minoritaria también se pueden vulnerar las normas sobre acciones propias), surge el grave problema de prueba del fraude de ley (art. 6.4 CC): demostrar que se ha violado una norma imperativa (las normas imperativas sobre autocartera) de forma oblicua o indirecta, al amparo del texto de otra norma o ley de cobertura (art. 22.3 LF).

En todo caso, si se consiguiera demostrar esta manipulación habría que aplicar el artículo 79.1 LSA, que dispone lo que ocurre con los derechos de estas acciones (art. 6.4 CC «no impedirá la debida aplicación de la norma que se ha tratado de eludir»: el art. 79.1 LSA).

En el mismo se distinguen consecuencias sobre los derechos políticos de las acciones y sobre los económicos:

- a) El artículo 79.1, en su primer inciso, dispone que en el caso de que una sociedad sea propietaria de sus propias acciones o de las de su sociedad dominante, quedará en suspenso el derecho de voto y los demás derechos políticos de las mismas. Se neutraliza el valor participativo de la acción, para evitar que los administradores de la sociedad, intervengan decisivamente en la gestión de la misma, ejerciendo los derechos de voto de estas acciones en la Junta.

Parece que esta consecuencia sería aplicable a nuestro supuesto: la fundación no podría ejercer los derechos políticos, al ser un mero instrumento del órgano de administración de la sociedad.

liberadas, desear mantener los derechos de voto de las acciones propias...) se puedan realizar, no por la sociedad directamente, sino por una persona interpuesta que actúe en nombre de aquélla. La Ley distingue dos soluciones: a) si el negocio jurídico realizado es de los que están permitidos a la sociedad, por cuya cuenta actúa la persona interpuesta, queda sometido a la misma normativa que si lo hubiera realizado la sociedad, y b) si el negocio era uno de los prohibidos a la sociedad, se considerará válido entre la persona interpuesta y el tercero, la persona interpuesta adquiere la condición de socio —podrá ejercer derechos de accionista—, pero no podrá exigir de la sociedad la provisión de fondos prometida, y en caso de que ésta ya se hubiese realizado, tendrá que restituirla dicha cantidad. El negocio no tendrá efectos sobre la sociedad al declararse nulo el mandato dado por la sociedad. De esta forma, la Ley da una solución que evita tener que probar el fraude de ley.

- b) Este mismo artículo, en su inciso segundo, dispone que «los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones». Es decir, la sociedad que tiene sus propias acciones no puede cobrar dividendos por las mismas, dividendos que ella misma genera, porque esto produciría una desnaturalización de la sociedad.

Sin embargo, la doctrina entiende que los derechos económicos de la sociedad en relación con las acciones que posea emitidas por la sociedad dominante, podrán ser ejercitados sin limitación (65).

Así, parece que esta previsión no se aplicará a nuestro supuesto. La fundación podrá cobrar los dividendos por sus acciones, y destinar estas rentas al cumplimiento del fin fundacional.

e) LA FUNDACIÓN «CABECERA» O EMPRESA DOMINANTE DE UN GRUPO

En otro orden de cosas, y puestos a plantear problemas conectados con la posibilidad de que una fundación pueda ser socia o partícipe de una sociedad mercantil, parece perfectamente legítimo que una fundación pueda resultar, de hecho, cabecera o empresa dominante de un grupo de sociedades.

El grupo ha sido definido por VICENT (66) como una unidad empresarial resultante de la articulación funcional de diversas sociedades independientes y autónomas a través de su común sometimiento a una dirección económica ejercida por otra sociedad (en nuestro caso una fundación). Dicha articulación puede lograrse: a) bien mediante una participación financiera, al poseer en su patrimonio acciones que directa o indirectamente le aseguran un control sobre las sociedades en las que participa (mayoría de capital o de votos), obteniendo el control a través del voto y mediante el nombramiento de los órganos de gestión, o por haber designado a la mayoría de los administradores de las sociedades dominadas (participación personal); b) o mediante una participación lograda de forma contractual: se utiliza un contrato como medio de dominación —ya sea un contrato que directamente tiene por finalidad la adquisición de la dominación, como el contrato de dominación alemán, o se trate de contratos mediante los que se logra el control de manera indirecta, como los contratos de cesión de usufructo

(65) VICENT CHULIÀ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo 1, Volumen 1, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 546.

(66) VICENT CHULIÀ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo 1, Volumen 2, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 965.

de empresa, los de arrendamiento de empresa, los de concesión de licencias y patentes en exclusiva e incluso determinados contratos de asistencia técnica—.

Así, la fundación dirige unitaria y económicamente (dirección económica unificada y dominación o control de una sociedad sobre otras) toda esta unidad empresarial, resultante de la articulación de distintas sociedades dominadas independientes y autónomas, pero carente de personalidad y capacidad jurídica propias.

Los autores (67) se limitan a mencionar su desconfianza hacia la posibilidad de la fundación cabecera, advirtiendo que es algo peligroso porque puede utilizarse para burlar la legislación antimonopolística o las normas que intentan restringir los grupos de sociedades. Sin embargo, no profundizan en estas afirmaciones ni dan razones que sustenten su desconfianza.

Parece que en la actualidad, a la vista del panorama y los problemas que se plantean sobre el fenómeno de los grupos de sociedades (68) en el Derecho Mercantil, es posible, como se decía, entender que también existe un grupo de sociedades en el caso de que sea cabecera de grupo una fundación,

(67) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* Volumen 1, Tecnos, 1988, pág. 566. Señalan: «Los tiempos modernos han asistido a un renacimiento muy importante de las fundaciones. No puede discutirse que son un cauce idóneo para la realización de los designios filantrópicos de los poseedores de las grandes fortunas. Sin embargo, pueden rastrearse también algunos otros datos que presentan un significativo interés. El primero de ellos es el trato fiscal favorable que se da a las atribuciones patrimoniales de carácter gratuito dedicadas a fines benéficos. El segundo dato es el papel que la fundación como persona jurídica puede desempeñar cuando se le enmarca dentro de un grupo de sociedades. Cuando la legislación antimonopolista o la política de restricción de los grupos de sociedades avanza, conviene acudir a personas jurídicas no societarias para que puedan ser cumplidos los fines del grupo, que, en lugar de ser una sociedad "holding", puede ser más beneficiosamente una fundación que posea en su patrimonio gran parte de las acciones o títulos de las otras sociedades. Esto justifica la polémica que en nuestros días se ha planteado en punto a la posibilidad de que la fundación lleve a cabo actividades empresariales o sea ella misma una forma de empresa».

(68) Este fenómeno no está regulado de forma sistemática en el Derecho Mercantil español, aunque se espera la incorporación de la novena directiva sobre Grupos de Sociedades (III/1639/84). Sólo algunas normas aisladas se ocupan de definir al grupo: artículo 42.1 del Código de Comercio, artículo 4 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, el artículo 8, Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia; Real Decreto 1197/91, de 26 de julio, sobre OPA; las normas de la LSA sobre adquisición y negocios sobre acciones propias (arts. 74 y sigs.), y participaciones recíprocas (arts. 82 y sigs.). Estas normas inducen a la doctrina a pensar que se debe incluir tanto en la posición de dominante como de dominada a cualquier «empresa», ya sean personas físicas, como sociedades mercantiles, cooperativas, sociedades civiles, fundaciones, empresarios individuales. y por eso se llega a afirmar que «es posible que la insistencia en incluir como "dominada" a cualquier entidad permita considerar como tal, por ejemplo, a una fundación controlada de hecho por una o varias personas físicas o sociedades, en especial en el caso de fundaciones de empresa». Ver VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 968

debiendo aplicarle, en la medida de lo posible, las normas sobre grupos de sociedades mercantiles (69).

Por ejemplo, se deben proteger los intereses de los accionistas externos al grupo de control en la sociedad dominante. Imaginemos una sociedad dominante cuyo capital es poseído en un 80 por 100 por una fundación y en un 20 por 100 por otros accionistas. Esta sociedad domina a otra porque tiene una mayoría de acciones de la misma. Las decisiones en la Junta General de la sociedad dominada serán tomadas por los administradores de la sociedad dominante que ejercen, como representantes legales de la sociedad dominante que posee acciones de la dominada, sus derechos de accionista «mayoritario».

En esta situación deben protegerse los intereses de los socios minoritarios de la sociedad dominante, porque aunque formarán parte de la Junta General, sin embargo no tienen fuerza para decidir sobre las acciones que posee la sociedad. El poder de decisión no está ya en la Junta General de la sociedad dominante, sino en el órgano de administración fundacional, como socio mayoritario.

VICENT considera dos propuestas teóricas para solucionar este problema:

1. Se entiende que la estructura orgánica de la sociedad dominada va a ser sustituida por la de la dominante (teoría de la penetración que algunos autores piensan que está recogida en el art. 75.1.2 LSA); 2. Teoría de la legitimación: este traspaso de poder desde la Junta General al órgano de administración sólo será posible si lo permite la ley, los estatutos o así se acuerda por la Junta General. La doctrina entiende que esta posibilidad la ofrece en nuestro Derecho el artículo 117.4 RRM: «si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente» (al inscribir una SA en el Registro Mercantil).

Es decir, será posible el traspaso de poder de decisión desde la Junta de la sociedad dominante a los administradores siempre que en los estatutos (en

(69) Así, EMBID IRUJO, en «Los grupos de sociedades en el Derecho Comunitario y Español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 599, 1990, pág. 40, señala textualmente: «Si bien la mayor parte de las normas legales y una buena dosis de la reflexión doctrinal habían tomado a la Sociedad Anónima como la forma “natural” de las sociedades integradas en el grupo, los últimos años han puesto de relieve la frecuencia con que se pueden identificar grupos compuestos por sociedades de responsabilidad limitada, y, en medida ciertamente menor, por sociedades personalistas. Ante la inexistencia de normas legales, el régimen jurídico de tales grupos tiene que componerse, o bien por analogía del establecido para los grupos integrados por Sociedades Anónimas, o bien, en los casos en que no proceda tal analogía, por adaptación de ciertos principios propios del tipo específico a la nueva realidad que supone el grupo». Parece que esta solución apuntada por el autor será también aplicable en el caso de las fundaciones.

nuestro caso, sería en los estatutos fundacionales) figure expresamente no sólo la facultad de explotar el objeto social indirectamente, sino de incluir en el objeto social una nueva actividad, que es la dirección unitaria del grupo, y en consecuencia, será el órgano de administración de la sociedad dominante el que lleva la dirección unitaria del grupo, aunque ello no significa que la Junta General de la Sociedad dominante pierda la voz en relación con la sociedad dominada, pues se entiende que siempre mantendrá el mando acerca de ciertas decisiones (decidir la modificación estatutaria o de la estructura de la sociedad dominada, la disolución de la misma, la aprobación y aplicación del resultado —por ejemplo, decide si se van a hacer reservas o no—, tomar medidas de financiación externa (aumentos de capital o emisión de obligaciones). Además, los accionistas externos de la sociedad dominante también podrán utilizar todos los medios de defensa que les otorga la LSA.

f) *La fundación-empresa*

Conviene dejar apuntada la inquietud doctrinal sobre la posibilidad de la fundación-empresa, en nuestro Derecho.

No es una cuestión pacífica, pues en este caso nos encontraríamos: por una parte, con la titularidad jurídica inmediata de una fundación sobre una empresa, conectándose las consecuencias patrimoniales de la empresa con la fundación y la intención de la fundación de intentar obtener rendimientos de su actividad mercantil; y por otra, con que *el ejercicio de la actividad económica empresarial, comercial o industrial sería el fin o uno de los fines fundacionales*.

VALERO AGÚNDEZ estudió el tema en profundidad (70). Después de describir las distintas posibilidades de participación de las fundaciones en actividades económicas, y de constatar que en el Derecho español no existía un régimen privativo de la fundación-empresa que se ajustara a las exigencias peculiares de la misma, admite que esta regulación se podría realizar bien legalmente, bien mediante las disposiciones estatutarias.

Partiendo de esta base, configura el régimen de la fundación-empresa por medio de disposiciones estatutarias del fundador, tomando como punto de partida el régimen común de las fundaciones y el derecho de la empresa; y aportando ideas del Derecho extranjero, sobre todo de la doctrina alemana (y legislación y estatutos de fundaciones-empresa como la Carl Zeiss, Doctor Arthur Pfungst, Hans Soldan, Calsberg, etc.), pasa después a determinar los puntos del régimen de las fundaciones que deben ser adaptados o completados estatutariamente para acomodarlos al particular supuesto, y termina por

(70) VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969.

sugerir orientaciones para el momento en que se aborde una elaboración legal de dicho régimen.

Recientemente, NIETO ALONSO (71) ha vuelto a proponer, con apoyo en la nueva Ley de Fundaciones y legislación mercantil, el régimen jurídico de la fundación-empresa.

SÁENZ DE MIERA (72) considera que la dinámica de la fundación-empresa está ya aceptadamente experimentada en otros países (Alemania, EE.UU.) y funciona en una doble vertiente, es decir, tanto en los casos en que el ejercicio de la industria constituye por sí el fin fundacional como en aquéllos otros en los que la industria se ejerce para con sus ganancias lograr el cumplimiento del fin fundacional.

El Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, al tratar la naturaleza de las Cajas de Ahorros, no entró a decidir si en España pueden existir o no fundaciones-empresa. Se limitó a afirmar que en todo caso «resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegido por la Constitución», pues ésta no puede tener ánimo de lucro (art. 1 LF) (73).

LUCÍA LINARES ANDRÉS
Universidad de Valencia

(71) *Ob. cit.*, págs. 369 y sigs.

(72) SÁENZ DE MIERA, A., «Las bases legales de las fundaciones y su situación en España», en *Revista Situación BBV*, 1989/4, pág. 58.

(73) Sobre la aplicación de la Ley estatal de Fundaciones a las Cajas de Ahorros, ver EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros», en *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995-II, págs. 13 y sigs.

El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario

SUMARIO I. INTRODUCCION.—II. RESURGIMIENTO DE ESTA FIGURA: 1. AMBITO DOCTRINAL. 2. AMBITO JURISPRUDENCIAL.—III. CONCEPTO.—IV. TRATAMIENTO JURIDICO.—V. CONEXION CON EL CONTRATO DE OBRA.—VI. ELEMENTOS 1. ELEMENTOS PERSONALES: A) *Dueño del solar. Tradens*. B) *Adquirente del solar Accipiens* 2. ELEMENTOS REALES. 3. ELEMENTO FORMAL.—VII. ELEMENTOS ACCIDENTALES: 1. CONDICIONES MÁS UTILIZADAS: A) *Condición suspensiva* a) Posición jurisprudencial; b) Estipulaciones. B) *Condición resolutoria* a) Posición jurisprudencial. 2. ¿HAY CONDICIÓN IMPLÍCITA EN EL SUPUESTO DE ADQUISICIÓN DE SOLAR INEDIFICABLE CREYENDO QUE ERA EDIFICABLE? 3. FORMA EN QUE DEBE HACERSE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CONDICIONES. 4. TRATAMIENTO FISCAL DE LOS CONTRATOS SUJETOS A CONDICIÓN. 5. FIJACIÓN DE UN PLAZO: A) *Reglas prácticas*. B) *Estipulación de los efectos del incumplimiento del plazo*.—VIII. TRATAMIENTO FISCAL DEL CONTRATO DE PERMUTA: 1. REGULACIÓN FISCAL. 2. CALIFICACIÓN. 3. TIPO A APLICAR. 4. APLICACIÓN GENERAL.

I. INTRODUCCION

En los últimos años se ha desencadenado una transformación económica motivando la aparición de nuevas modalidades en el ámbito de las relaciones humanas (1), que si bien es cierto que de antemano no se encuentran plenamente reguladas por el legislador, pronto tratará de darse una respuesta legal, empezando a promulgarse las correspondientes normas legales.

Una de esas nuevas modalidades que el constante evolucionar de la vida nos ofrece cada vez con mayor auge, es la que voy a tratar de analizar en este

(1) Vid. MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*. Espasa-Universidad, Madrid, 1987, pág. 13: «Las relaciones negociales se crean y suceden ilimitadamente por impulsos de necesidad».

estudio: la permuta de solar a cambio de viviendas, locales, garajes o trasteros que en él se construyan (2).

La necesidad de encontrar una regulación adecuada y específica de esta nueva figura, la pone de manifiesto el I Simposio sobre Propiedad Horizontal organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la zona de Levante, celebrado en Valencia en octubre de 1972, al indicar: «...Así ocurre en los cambios de suelo por vuelo, en los que el primitivo dueño del solar —que ya es sólo futuro propietario de los pisos o locales que constituyen la prestación que le es debida— no debe seguir figurando como aparente constructor y dueño de la totalidad del edificio que se está construyendo, ni, a la inversa, el constructor que adquirió el solar —a cambio de su obligación de entregar los futuros pisos ya construidos— no debe aparecer tampoco, ni aun transitoriamente, como titular pleno de la totalidad del inmueble, sin ninguna limitación ni obligación auténticamente especificada. Por lo que la Comisión sostiene la necesidad de arbitrar fórmulas simples y eficaces para que el contrato de cambio o permuta de solar por futuros pisos construidos quede fehacientemente reflejado en todas sus etapas, garantizando por igual los intereses del primitivo propietario del suelo y los del constructor del edificio, considerando que la constitución entre ambos de una comunidad de autopromotores es tan sólo un remedio parcial que, además, no coincide con la realidad, resultando imprescindible la eliminación de los actuales obstáculos administrativos y fiscales que impiden que esta forma de construcción encuentre una formulación jurídica justa, verdadera y completa».

En efecto, como dice VENTURA-TRAVERSESET (3), la importancia de la cifra de medios materiales que precisan para construir o edificar, hace que, con harta frecuencia, no sea posible que todos estos elementos o medios materiales (solar, capital, licencia urbanística, materiales, trabajo, etc.) sean puestos en la empresa de edificar, por una sola persona.

La construcción de nuevas viviendas se ha convertido en un proceso económico y social de acusada dinamicidad. Las nuevas técnicas de gestión económica presionan sobre el derecho solicitando el reconocimiento jurídico de nuevos bienes, actos y relaciones. Y si el derecho no responde a las nuevas exigencias económicas, las instituciones jurídicas envejecen y se desechan. En este proceso interesa destacar la intervención creciente de los

(2) El nacimiento del contrato de cambio de solar por edificación futura confirma, una vez más, la vigencia del principio, «el derecho está hecho para la vida y no la vida para el derecho».

(3) Vid. VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, A., *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal (Estudio según la legislación vigente)* Editorial Bosch. Barcelona, 1963, pág. 7.

propietarios de viviendas y departamentos en el proceso de su construcción (4).

De otro lado la necesidad de aumentar las soluciones al magno problema de la vivienda, hace preciso lo que podría llamarse el «aprovechamiento de los espacios vacíos» existentes en el vuelo y subsuelo de edificios ya construidos, que pueden dar origen a nuevos pisos, locales, garajes o trasteros.

Todo ello motiva que surjan en la esfera jurídica, con una frecuencia cada vez más en alza, una amplia gama de relaciones contractuales (5) que se otorgan por el que es propietario de un solar y carece de los medios económicos para edificar, o bien no quiere convertirse en constructor, y aquella otra persona que tiene estos últimos o es técnico en la edificación, y en cambio, carece del capital para adquirir un solar, que en la actualidad puede alcanzar precios desorbitados (6).

Una característica común a todos esos negocios es que la finalidad perseguida consiste en lograr la adquisición de un bien futuro: local, piso, garaje o trastero, que se han de construir como contraprestación a la entrega de un bien actual: el solar.

Ello conlleva en la vida práctica numerosos problemas muy variados que van desde la obtención de un préstamo hipotecario para poder edificar, pasando por la propiedad horizontal, defectos en la construcción, entrega de los pisos, resolución de contrato, etc., hasta la entrega del inmueble previamente convenido por las partes (7). Teniendo siempre presente que la voluntad del dueño del solar es conseguir el objeto del contrato, sean pisos, locales, garajes o trasteros, sin desligarse del todo de la propiedad del solar, tratando de obtener la máxima garantía en su actuar para evitar una posible pérdida del solar sin haber obtenido a cambio el inmueble deseado y pactado.

(4) SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO DE ARAGÓN, «El tráfico jurídico de pisos o departamentos en edificio por construir ante el Registro de la Propiedad», en *BICR*, 1971, pág. 549.

(5) Vid. ALONSO CASADO, J., «Permuta (solar por piso futuro)», en *BIR*, núm. 291, julio-agosto, 1992, pág. 1749 Volviendo a la finalidad de buscar la puerta que permita entrar sin agregados, con plenas garantías frente a terceros a esta clase de convenios especiales, atípicos, no regulados.

(6) Vid. VENTURA-TRAVERSET Y GONZÁLEZ, A., *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal (estudio según la legislación vigente)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1963, págs. 7 y 8: «Otras veces es el propietario de un edificio más o menos antiguo, pero cuyos muros ofrecen la resistencia suficiente para poder sufrir una elevación en varias plantas, con la práctica utilización de un espacio aéreo que antes estaba perdido, y que lo aporta para que sobre él y por quien tiene el capital y la capacidad técnica precisa, puedan edificarse nuevos pisos o locales».

(7) Todas estas cuestiones se tratan en la segunda parte de mi libro, *Cambio de solar por edificación futura* (en prensa).

Estas circunstancias han traído consigo el nacimiento de la figura de la aportación (8) con la finalidad de que el dueño del solar participe del valor real del terreno, según su posible edificabilidad final, facilitando la realización del negocio inmobiliario al reducirse la financiación precisa, conllevando al promotor o constructor a mejor disfrute, sin necesidad de soportar el desembolso que representa la compra del solar. Si bien no la considero acertada, al no tener verdadera existencia, y critico la utilización de esta terminología, pues la aportación es una figura u obligación contractual —aportación a sociedad—, pero no un verdadero contrato. Carece de sentido hablar de aportación desvinculándola de la figura de la sociedad, al no gozar de autonomía propia.

Por último, coincido con MARTRA en apreciar que va incrementándose la modalidad del contrato de cambio de solar por edificación futura, bajo la forma de permuta, por ser un buen negocio para ambas partes (9), ya que, en definitiva, el propietario del solar aumenta considerablemente su rendimiento, y al promotor-constructor se le facilita grandemente la edificación, al no tener el desembolso del precio del solar, que le permite construir muchos más metros cuadrados de obra, y en consecuencia, le es mucho más rentable a la empresa promotora (10).

(8) Como prefiere considerarla MUÑOZ DE DIOS.

O DE LA CÁMARA: «aportación del solar por parte de su dueño a cambio de que el constructor edifique con reparto entre ellos de los pisos o departamentos resultantes», pág. 927. En *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*. Ponencia española al X Congreso Internacional del Notariado Latino de Montevideo. Publicación de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Tomo II, 1969.

En la misma línea, ZURITA MARTÍN, I., *El contrato de aportación de solar*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. En su conclusión primera, pág. 69, al hablar de la aportación de solar, opina que constituye una de las figuras que, dentro del moderno derecho contractual, está cobrando mayor auge, lo que, unido a la inexistencia de una normativa específica aplicable, plantea no pocas dificultades prácticas.

(9) Los particulares, partiendo de los fines que pretenden, tienen ante sí una variada gama de negocios jurídicos, típicos y atípicos, entre los que poder elegir. Su elección debe basarse, ante todo, en la más perfecta adecuación posible entre los resultados jurídicos del negocio y los resultados prácticos que intentan, en esta elección influyen también otros criterios de moralidad o simple corrección, de mayor rapidez o comodidad, y, cómo no, de economía. Hay que tener necesariamente en cuenta el costo de las diversas posibilidades, y las partidas más importantes vienen dadas por las consecuencias tributarias y las garantías estipuladas.

Vid. NAVARRO CASTRO, M., «Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 1994», en CCJC, núm. 36, septiembre-diciembre, 1994, pág. 1046. «El contrato de cesión o aportación de solar puede hacerse a través de múltiples modalidades contractuales, dependiendo de lo que las partes pretendan realmente». Añade que no es precisa, a priori, una calificación unitaria de este negocio, y deben ser los términos concretos del contrato los que nos inclinen por su aproximación a una figura contractual determinada.

(10) Vid. MARTRA FONTAS, E., *Venta de solares en la modalidad de permuta*. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 17.

II. RESURGIMIENTO DE ESTA FIGURA

Hoy en día parece posible hablar de un desarrollo y revitalización del contrato de permuta (11) debido primordialmente a la cada vez más prolija actividad promotora y edificadora de inmuebles destinados a viviendas (12), así como al afán especulativo por parte del propietario de una vieja edificación o solar, que en lugar de vender el terreno, o construir sobre el mismo, prefiere cederlo a un constructor, a cambio de un número determinado de los departamentos que en el nuevo edificio a construir se realicen (13).

1. AMBITO DOCTRINAL (14)

Son escasos los estudios ofrecidos por nuestra doctrina en esta materia. Simplemente se contemplan de forma indirecta algunos de sus efectos o con-

(11) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pág. 344: «Ha supuesto una notable revitalización de un contrato, el de *permuta*, que parecía estar antes adormecido y carente de esa sustancia vivificadora de que gozan otras instituciones jurídicas»

(12) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pág. 343: «El creciente aumento de la población, especialmente en determinadas áreas urbanas, es uno de los principales motores de esta incesante actividad constructora.. Cuando ese cambio de habitáculo se pretende conseguir sobre el propio terreno donde la vieja edificación se yergue es cuando suele surgir a la vida jurídica el fenómeno de cambio (esto es, la *permuta de solar por pisos a construir*)»

(13) Con ello suele obtenerse un mayor rendimiento económico del suelo, a la par que una mayor tranquilidad en el negocio proyectado.

(14) Figura tratada por el Derecho italiano. En este país se ha estudiado más profundamente esta modalidad contractual, predominando la corriente de entenderla como permuta de cosa futura, o de cosa presente por cosa futura, en este sentido se han manifestado autores como COTTINO, que la encuadra como permuta de cosa presente por cosa futura. Vid. COTTINO, G., *Del riporto della permuta Commentario del Codice Civile A cura di A. Scialoja e G. Branca. Libro IV Delle Obligazioni*. Nicola Zanichelli, Bologna. Foro italiano, Roma, 1966, pág. 101

GIANNATTASIO incluye como permuta de cosa futura, el supuesto que tratamos de permuta entre un solar actualmente existente y una o más partes del inmueble a construir. Vid. GIANNATTASIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio La somministrazione. Trattato di Diritto civile e commerciale*. A. Cicu y F. Messineo, Tomo XXIV, t. 1, Milano. Dott. A. Giuffrè, Editore, 1960, pág. 21.

Vid. MASSIMO BIANCA, C., *La vendita e la permuta* Vol. VII, Tomo I. Unione tipografico-Editrice Torinese, 1993, pág. 1019. El convenio en estudio es «una operación frecuente que ha renovado el interés por la figura de la permuta».

También merece atención el tratamiento ofrecido en el Derecho francés, principalmente por MALINVAUD, P. y JESTAZ, P., *Droit de la promotion immobilière*, 6.^a ed., Dalloz, París, 1995, núm. 658, pág. 555. Y TOURNAFOND, O., *Vente d'immeuble a construire Encyclopédie DALLOZ*, 2.^a ed., *Répertoire de Droit Civil* Direction P. RAYNAUD y J. L. AUBERT. Tome IX, 1995, núm. 35, 36.A) y 37.B)

secuencias que no llegan a cubrir las numerosas dudas y conflictos prácticos suscitados al respecto.

Seleccionamos algunas posturas aportadas a nuestro contrato, pudiendo vislumbrar tres corrientes: la mayoría de nuestros juristas se inclinan por considerarle como permuta especial de cosa presente por cosa futura. Otro sector importante prefiere hablar de permuta con prestación subordinada de obra. No faltan posturas intermedias como contrato atípico, contrato de aportación, etc.

Nos centraremos en la consideración de permuta, por ser la figura que pretendemos analizar.

Así, MERINO HERNÁNDEZ configura esta modalidad contractual como permuta, «*permuta de solar por pisos a construir*» (15), indicando que, «De los pocos autores que de ella se han ocupado, todos dan en calificar al negocio de “permuta”, aunque no ordinaria, sino teñida de cierta especialidad que le da el versar uno de los objetos del contrato sobre una cosa futura» (los pisos o locales a construir).

Suele configurarse entonces como permuta de cosa presente por cosa futura (16), y encuadrarse dentro de la teoría general de los negocios, y especialmente de la compraventa, sobre cosa futura» (17).

Aclara calificando este negocio de verdadera permuta de cosa presente por cosa futura, siendo aplicable toda la problemática de la *permuta* en general, al caso de ser la cosa futura, un o unos determinados elementos de un edificio a construir. «Es más, la calificación al negocio de permuta nos ayudará sobremedida a resolver las diferentes cuestiones que en la práctica pueden suscitarse en torno a este contrato» (18).

En la misma línea, GARCÍA CANTERO (19) indica que debido a las especiales circunstancias socioeconómicas, se ha desarrollado bastante en los últimos

(15) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, op. cit. En su libro «La permuta», dedica un parte especial para tratar esta figura, págs. 343 y sigs.. «La permuta de solar por pisos a construir».

(16) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, op. cit., pág. 351: «Concluimos por nuestra parte que, salvo expresa declaración de las partes interesadas, el contrato por el que una de ellas ceda la propiedad de un solar a cambio de un número determinado de apartamentos a construir sobre él, será una *permuta de cosa presente por cosa futura*, a la que en principio, le serán de aplicación todas y cada una de las normas previstas para la permuta ordinaria... y sin perjuicio de las especialidades propias de este convenio, derivadas del carácter futuro de uno de los objetos de la prestación».

(17) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*..., op. cit., pág. 345.

(18) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, op. cit., pág. 347.

(19) GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo XIX, 2.ª ed., Madrid, 1991. Al comentar el artículo 1538 del Código Civil, pág. 795.

años la contratación en forma de *permuta* consistente, fundamentalmente, en el cambio de un solar por un determinado número de pisos o locales a construir en el mismo. Aunque hay gran variedad de fórmulas jurídicas que permiten obtener idéntico o parecido resultado económico, no hay duda de que la permuta es uno de los negocios típicos que pueden lograr aquella finalidad. «Se trata de *permuta de una cosa presente por una futura*».

Es más, MERINO HERNÁNDEZ al tratar de esta figura, la recoge como el gran hallazgo de nuestro tiempo, por cuanto da lugar a sustanciosas operaciones en las que, normalmente, ambas partes ganan. «Con esta figura se logra no desembolsar inicialmente cantidad alguna por la adquisición del solar, cuyo valor se satisfará al final de la edificación, sin sacrificio ni merma alguna de la economía de la persona o empresa constructora» (20).

En el mismo sentido se manifiesta LASARTE (21): «En tiempos contemporáneos, el esquema contractual de la *permuta* parece haber conocido una cierta revitalización a consecuencia de la actividad inmobiliaria. El notorio encarecimiento del suelo y de la construcción ha traído consigo que no sean extraños los contratos en los que el dueño de un solar se aviene a transmitir la propiedad del mismo a un constructor, a cambio de que éste le entregue en el futuro —igualmente en propiedad— una determinada superficie construida (sean en pisos, garajes, locales comerciales)».

Así como Díez-PICAZO (22) al exponer que en la actualidad cobra relieve la *permuta* a propósito de la figura jurídica que surge cuando el propietario del solar transmite a otro su propiedad para que sobre él construya, a cambio de que le entregue determinadas viviendas, locales comerciales y, o plazas de garaje.

O LACRUZ BERDEJO (23) afirmando que, «Frente a la calificación frecuente de la permuta como contrato anacrónico y casi exclusivo de sociedades poco desarrolladas en el plano socio-económico, hay una moderna revalorización de la misma —con creciente preocupación por ella en el orden doctrinal— estimándose que puede ser todavía útil para la sociedad moderna en algunos ámbitos: así, en el urbanístico, con la *permuta de solar por locales o pisos a construir*».

(20) MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, op. cit., pág. 344.

(21) LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, Tomo III, Contratos Madrid, Trivium, 1996, pág. 218.

(22) Vid. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid 1989, op. cit., pág. 332.

(23) Vid., *ibidem*, LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1986, pág. 112.

2. AMBITO JURISPRUDENCIAL

Por un lado, la Audiencia Territorial de Valencia, en Sentencia de 18 de octubre de 1973 (24), ha marcado la importancia creciente de esta figura jurídica al decir: «el presente litigio contempla una figura jurídica que dentro de la moderna contratación va tomando carta de naturaleza a merced del desarrollo de la construcción de edificios, o sea, la cesión de un solar o una finca para construir una casa o bloque a cambio de cierta parte de la obra efectuada» (25).

En otro orden, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de febrero de 1990 (26): «...se trata de una manifestación del supuesto jurídico conocido como *cesión de solar para construir a cambio de locales o pisos en el edificio construido*, frecuente en la práctica, detenidamente estudiado en la doctrina científica y contemplado en diversas sentencias del Tribunal Supremo. Los autores discrepan en orden a la naturaleza jurídica de la figura contractual (atípico o innominado; negocio fiduciario; permuta de solar por cosa futura o cosa en formación con prestación subordinada de obra; permuta con injertos de prestaciones propias de arrendamiento de obra; mixto de permuta y de ejecución de obra; verdadera permuta de cosa presente por cosa futura), y esa diversidad de calificación jurídica se refleja en la doctrina jurisprudencial —aunque en alguna resolución se consideró innecesario discurrir sobre la cuestión, y en otras no se plantea, en la generalidad se examina o se alude...»

En la DGRN merece citarse la Resolución de 5 de octubre de 1994 (27): *permuta de solar* por compromiso de entrega de cosa futura. Habla de obligación personal de construir y entregar el 19 por 100 de la obra que pueda construirse.

Por otro lado, la jurisprudencia emanada por nuestro Tribunal Supremo es reacia a definirse tajantemente sobre una denominación precisa (28), pare-

(24) SAT de Valencia, de 18 de octubre de 1973, en *RGD*, año XXX, núm. 351. Valencia, diciembre de 1973, págs. 1155 y sigs.

(25) También en SAT de 15 de octubre de 1982 (*RGD* 1983, I, XXXIX, pág. 86) se habla de «contrato de cesión de solar a cambio de recibir locales en el edificio a construir». En su Cdo. 1 dispone: «El contrato cabe calificarlo como un *contrato atípico y propio del mundo negocial de la construcción moderna*, en virtud del cual A cede a B un solar de su propiedad a cambio de recibir en el futuro edificio que éste construya el sótano y el bajo comercial del mismo, atipicidad a que alude la doctrina jurisprudencial, pero que se aproxima a la naturaleza jurídica del *contrato de permuta*...».

(26) Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de febrero de 1990, *RAJ*, 1992, núm. 2574.

(27) RDGRN de 5 de octubre de 1994, *RAJ*, núm. 7654.

(28) NAVARRO CASTRO, M., «Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 1994», en *CCJC*, núm. 36, septiembre-diciembre 1994, pág. 1046. En nuestra misma postura, estima que el TS evita calificar el contrato y se limita a denominarlo *cesión de locales o pisos a construir*, «lo que en realidad es más una descripción que una calificación del contrato».

ciendo en un principio opuesta a admitir la calificación de permuta a este contrato, dando la impresión de que al ser una figura carente como tal de regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico debería encuadrarse como contrato atípico *do ut des*; sin embargo en varias sentencias se define como permuta con prestación subordinada de obra.

Resulta, como pone de relieve MERINO HERNÁNDEZ (29), verdaderamente extraña la configuración que el Tribunal Supremo hace de la figura que nos ocupa, como contrato innominado o atípico, siendo así que en nuestro ordenamiento jurídico existe toda una sentada doctrina en torno a los contratos sobre cosa futura; y especialmente, sobre la compraventa de cosa futura.

MUÑOZ DE DIOS (30) opina que la jurisprudencia no pasa de considerar este contrato como innominado y atípico, que entra dentro del concepto genérico de cesión onerosa, recibéndose una contraprestación, que si está claro que no la considera transmisión de inmueble, y con elementos aislados de diversos contratos tipificados por nuestra legislación.

Nosotros intentaremos recoger algunas sentencias de nuestro Alto Tribunal que han tratado este contrato como permuta, veamos:

- Sentencia de 9 de noviembre de 1972 (31): Se entregó la casa para ser demolida, pagando al comprador el precio del solar al antiguo propietario mediante la entrega de uno o varios de los pisos a construir; fórmula que es muy frecuente en la moderna contratación y que *encaja dentro de los términos del artículo 1.538 Código Civil*, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse el mismo.
- Sentencia de 30 de junio de 1977 (32): «lo que se llevó a cabo y se convino fue un *contrato atípico de permuta de solar* mediante el cual se cede el solar a cambio de la transmisión en su día de un local comercial y de dos viviendas completamente terminadas, todo ello en el edificio a levantar».
- Sentencia de 20 de abril de 1981 (33): «Se trata de *un contrato de permuta, atípico o de cesión*, declarando la sentencia que los demandantes transmitieron la propiedad de unos terrenos, con el fin de que construyera un edificio de varias plantas, a cambio de que éste les entregase la tienda a construir en los bajos y las viviendas que quedasen emplazadas encima de la tienda».

(29) MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, op. cit., pág. 346. Se exceptúa la Sentencia de 9 de noviembre de 1972, favorable al criterio de permuta.

(30) MUÑOZ DE DIOS, *Aportación*, op. cit., pág. 41.

(31) STS de 9 de noviembre de 1972, *RAJ*, núm. 4564.

(32) STS de 30 de junio de 1977, *RAJ*, núm. 3497.

(33) STS de 20 de abril de 1981, *RAJ*, núm. 1658.

- Sentencia de 24 de octubre de 1983 (34): «...el derecho a edificar vuelos sobre el solar propiedad de ambos a cambio de obra que construirá la otra parte, estipulándose que por dicha cesión el constructor entregará a los cedentes la planta baja dividida en dos locales comerciales y las dos viviendas del entresuelo, correspondiendo a cada uno de los cedentes un local y una vivienda de las citadas, pero sin concretar las respectivas superficies, aunque sí las características y la calidad de los materiales a emplear en la edificación; con lo que se está en presencia de un negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir, figura que la doctrina mayoritaria conceptúa como *permuta con prestación subordinada de obra*».
- Sentencia de 12 de diciembre de 1988 (35): «...la atipicidad proclamada de esta clase de negocios jurídicos —solar a cambio de pisos— y encasillables en el artículo 1.538 del Código Civil como contratos de *permuta* por su mayor aproximación de estructura negocial, no es sino consecuencia de que el precedente de la permuta a partir del derecho prejustiniano, es el de los contratos innominados *do ut des* de lo que no empece para el otorgamiento de escritura de permuta en ejecución de lo convenido...»
- Sentencia de 18 de diciembre de 1990 (36): «...simplemente se limitaron a transmitir a los que sí han sido efectivamente promotores-constructores el solar en que la edificación a que se viene haciendo mención ha sido construida, generando con ello, en esencia, una específica *permuta con prestación subsidiaria de obra*, determinante de un contrato atípico “*do ut des*”, subsumible por analogía dentro de los términos del artículo 1.538 del Código Civil, y el que en consecuencia, no origina en los transmitentes del solar, a tal finalidad constructiva con otros, el carácter de promotor-constructor, ni por tanto les alcanza la responsabilidad proveniente del artículo 1.591 del Código Civil...»
- Sentencia de 16 de noviembre de 1994 (37): Califica al contrato como atípico: *permuta con prestación subordinada de obra*. La común experiencia demuestra que el contenido de estos contratos atípicos, en el sentido de que no están regulados por la Ley, es tan variado como distintos son los intereses de los contratantes...»
- Sentencia de 18 de septiembre de 1996 (38): Se trata de la resolución de un *contrato de permuta* por incumplimiento del plazo para edificar

(34) STS de 24 de octubre de 1983, *RAJ*, núm. 5340.

(35) STS de 12 de diciembre de 1988, *RAJ*, núm. 9431.

(36) STS de 18 de diciembre de 1990, *RAJ*, núm. 10286.

(37) STS de 16 de noviembre de 1994, *RAJ*, núm. 8837.

(38) STS de 18 de septiembre de 1996, *RAJ*, núm. 6726

por parte del constructor, teniendo como objeto la cesión de solar por pisos a construir.

Partiendo de la consideración de permuta, al cobrar gran apogeo en el sector inmobiliario, creo conveniente ofrecer una visión general sobre dicho contrato, para luego centrar la atención en las características del mismo aplicado al mundo inmobiliario, en concreto, en el intercambio de solar por edificación futura.

III. CONCEPTO

Por este contrato el dueño del solar (o edificación a demoler o rehabilitar) se obliga a transmitir a otra persona la propiedad del mismo y como contraprestación se obliga el adquirente del solar a entregar a aquél la propiedad de uno o varios pisos, locales, garajes o trasteros en el edificio futuro que ha de construir sobre dicho solar (39), en un plazo determinado y con unas obligaciones y características que se detallarán en la escritura de permuta.

Obviamente, se está pactando un intercambio de bienes, que no se realiza en el propio momento, sino que es un cambio de una cosa presente que existe y tiene su reflejo en el mismo momento del contrato (solar) y una cosa futura, que de momento no tiene existencia pero que se espera que dentro de un determinado plazo adquiera verdadera entidad (parte del inmueble que se edificará en el futuro, o bien una determinada cantidad de dinero obtenida con su venta) (40).

(39) Lo más frecuente será el cambio de solar por inmuebles a construir sobre él. Pero también puede hacerse el cambio obteniendo los inmuebles sobre solar distinto, aunque en este último caso las características del contrato son bien distintas.

Piénsese en el supuesto de que el propietario del solar quiera unos pisos para disfrutarlos inmediatamente por necesitarlos, o por interés de destinar los pisos a vivienda familiar.

Es evidente que si el intercambio es de cosas actuales —solar por piso ya edificado sobre otro terreno— sus consecuencias son totalmente distintas, a título de ejemplo, en cuanto a las garantías no será necesario buscar soluciones para poder recibir el bien, no recurriendo a pactos como el de reserva de dominio, condición resolutoria, ni a las reglas de contratación sobre cosas futuras, etc.; rigiéndose por las normas ordinarias del contrato de permuta.

(40) Debemos recordar las distintas modalidades que puede revestir este contrato, ya que el contrato de cambio de solar por edificación futura puede revestir varias vertientes y, por lo tanto, el intercambio puede consistir en una parte del inmueble futuro, o una participación indivisa sobre el mismo, o una cantidad de dinero o una combinación de lo anterior, es decir, parte del inmueble y dinero. Modalidades que simplemente enumeramos sin entrar en su análisis.

Este tipo de intercambio puede configurarse como permuta de cosa presente por cosa futura (41); puesto que para poder hablar de permuta no es necesario que ambos objetos a permutar existan en el instante mismo de la celebración del contrato, basta con que exista uno de ellos; el otro puede ser objeto de creación o nacimiento posterior (42).

IV. TRATAMIENTO JURIDICO

En nuestro ordenamiento jurídico no parece haber obstáculo al reconocimiento de este negocio de permuta, al amparo de los artículos 1.538 (43), 1.271 (44) y 1.255 (45) del Código Civil, que tendrá injertado prestaciones propias del arrendamiento de obras (46), pero sin llegar por ello a confundirse con este contrato como hacen algunos autores.

Al respecto debemos acudir a la Sentencia de la AP de Córdoba, de 25 de julio de 1996 (47), al decir que, «llámese “permuta especial” o “contrato

(41) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta* op. cit., pág. 344. El negocio consiste sustancialmente en el cambio proyectado. «No es ésta, desde luego, la única posibilidad negocial mediante la cual el dueño de un solar pueda conseguir la misma finalidad de adquirir en el futuro la propiedad de determinados apartamentos del inmueble que se vaya a realizar sobre el solar mismo. Las figuras pueden ser muy variadas. . Cabe, por ejemplo, el simple arrendamiento de obra o la cesión por el propietario del solar de una cuota indivisa sobre el mismo al constructor, equivalente a lo que éste vaya a quedarse luego en pisos y locales, o la formación de cualquier entidad asociativa, ya sea sociedad civil, mercantil, cooperativa, etc , o la transmisión del solar, pero reteniendo el dueño del terreno su dominio, etc.

(42) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta... op. cit.*, pág. 46. Recoge como supuesto específico de esta modalidad de permuta de cosa presente por cosa futura, «la permuta de solar edificable por parte de las viviendas a construir».

(43) El artículo 1.538 del Código Civil: «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».

No existe duda en definir el concepto de permuta en general, y la doctrina para ello parte de este artículo 1.538 del Código Civil

Vid. en este sentido, VÁZQUEZ BONOME, A., *Elementos de Derecho público y privado*, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1991, pág. 83.

(44) Artículo 1.271 del Código Civil: «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras...»

(45) Artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

(46) Simplemente considero aplicable algún precepto del arrendamiento de obra como es el artículo 1.591 del Código Civil. No queriendo decir que implique su aplicación el reconocimiento como tal contrato de obra, postura mantenida por parte de la doctrina y en algunas sentencias del Supremo, juzgándole como «permuta con prestación subordinada de obra»

(47) SAP de Córdoba, de 25 de julio de 1996. Arz. Civil núm. 1327. En la litis de autos la parte actora ejercita contra la demandada acción de resolución, con indemniza-

atípico" —ya que la calificación jurídica carece de efectos prácticos, doctrina y jurisprudencia parecen estar de acuerdo en conceder especial importancia a la voluntad de los contratantes que, en base a lo dispuesto por el artículo 1.255 del Código Civil, establecerán en el contrato cuantas cláusulas consideren necesarias para alcanzar los fines perseguidos por ambos al crear esta nueva modalidad de contratación. A falta de esa voluntad expresa, serán aplicables al contrato las normas que establece nuestro Código Civil para la compraventa o permuta, en caso— y, en lo que se refiere a los problemas relacionados con la obligación de hacer del constructor, algún que otro precepto regulador del arrendamiento de obra».

La consideración de contrato de permuta es encajable en el contrato de cambio de solar por edificación futura, ya que, como su nombre indica, se trata de un «cambio», y uno de los negocios por excelencia de la modalidad del cambio, es obvio, que es la permuta (48).

El tratamiento del caso presente tiene perfiles propios y peculiares problemas. Se centra en la figura de la permuta, contrato prácticamente ignorado por el Código Civil, que lo despacha en una definición, dos reglas precisas sobre permuta de cosa eviccionada y una norma de remisión, todo lo cual no hace sino poner de manifiesto que el Código Civil sólo contempla la permuta manual y deja sin tratamiento la figura en general, que hay que componer con principios y normas a inducir con mucha frecuencia en la doctrina general de las obligaciones y contratos. Estos problemas se verán notablemente agudizados cuando, una de las contraprestaciones no tiene existencia objetiva y es futura (49).

ción de daños y perjuicios, del contrato de permuta que liga a ambos, de fecha 26 de septiembre de 1994, por el que el actor se comprometía, como así hizo, a ceder a la otra parte la finca urbana de su propiedad, sita en la calle Héroes del Santuario de la Virgen de la Cabeza de Cabra, número 2A, hoy Avenida de José Solís, número 70, a cambio de que ésta construya sobre el solar resultante del derribo de la misma una nueva edificación, recibiendo como contraprestación los elementos que en el referido contrato se hacen constar.

(48) Vid. artículo 1.538 del Código Civil. Cada contratante se obliga a dar una cosa para recibir otra, no existe duda en cuanto a la existencia de intercambio de prestaciones, cuestión distinta es sobre el objeto de este contrato, es decir, qué bienes pueden ser objeto de este contrato. ¿Es posible la permuta de cosa futura? Contestamos afirmativamente, al igual que es posible para la compraventa.

Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II* Derecho de obligaciones, Vol. 2.º, 8.ª ed. Librería Bosch, 1989, Barcelona, pág. 104 y sigs., al tratar de la permuta.

Vid. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, 15.ª ed., Reus, S. A., Madrid, 1993. Revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella, págs. 200 y sigs., sobre la permuta en general.

(49) Vid. MONET y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963 Valencia, 1967, *op. cit.* pág. 71.

Existen obligaciones y derechos por ambas partes contratantes, y en su virtud, el dueño del solar transmitirá normalmente (50) la propiedad del solar a la otra parte contratante mediante la tradición instrumental, conforme al artículo 1.462 del Código Civil (51), aplicable a este caso por virtud del artículo 1.541 del mismo cuerpo legal (52).

ZURITA MARTÍN (53) opina que el supuesto de aportación que con más frecuencia aparece en nuestra jurisprudencia es el intercambio de solar por pisos o locales pertenecientes al edificio que se ha de construir sobre el solar en cuestión. Esta modalidad presenta conexiones con tres de los contratos que regula el Código Civil: la compraventa, la permuta y el arrendamiento de obra.

En el caso de la aportación, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada a cambio no de un precio cierto, sino de otra cosa que todavía no existe. El hecho de que nuestro contrato se caracterice por este intercambio de bienes de distinta naturaleza —presente y futura—, ha motivado que la mayoría de los autores que han tratado el tema se decanten por calificarlo de «permuta de cosa presente por cosa futura», evidenciando así la especial cualidad de uno de sus objetos, a saber: el edificio por construir.

DE LA CÁMARA incluye notas del arrendamiento de obra al hablar de obligación de construir, como vemos cuando dice: «El solar se transmite al constructor desde el momento en que se concierta la operación, consiste en una permuta de cosa presente por cosa futura. No se trata de una permuta simple, sino cualificada por la obligación del adquirente del terreno de construir» (54).

MUÑOZ DE DIOS (55) rechaza la naturaleza de permuta de este contrato de cambio de solar por edificación futura, basándose en argumentos históri-

(50) Digo «normalmente», ya que este tipo de contrato puede tener las cláusulas que las partes tengan por conveniente, siempre con el límite del artículo 1.255 del Código Civil. Por lo tanto, los contratantes pueden pactar que el dueño del solar no transmita inmediatamente el dominio del suelo estableciendo una reserva de dominio.

(51) Artículo 1.462 del Código Civil: «Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario».

(52) Artículo 1.541 del Código Civil: «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».

Vid. ENNECCERUS, L., *Derecho de obligaciones*, 15.ª revisión por Heinrich Lehmann. 3.ª ed., vol. 2, Doctrina especial, 1.ª parte, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1966.

Página 189: «A la permuta se aplican correlativamente en todos los aspectos las disposiciones sobre la compraventa».

(53) Vid. ZURITA MARTÍN, I., *El contrato de aportación de solar* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, pág. 10

(54) Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *Estudios de Derecho civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985, págs. 359 y 360.

(55) MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar...*, op. cit., pág. 24.

cos (56), legales, doctrinales, lógicos y jurisprudenciales, pero que no estimamos acertados.

No obstante, recoge este autor tres supuestos en que estima que puede hablarse de permuta (57): el caso de que se trate de una manzana o polígono, pretendiendo construirse en todo su conjunto, y sean titulares de su suelo varios propietarios; el de la agregación del solar aportado a otro de que era titular el constructor; y el caso de polígono con terrenos pertenecientes a varios propietarios, cuando se tenían que agrupar para construir una sola edificación.

Es más, afirma que la confusión doctrinal de considerar permuta esta figura proviene del abuso en la copia del derecho italiano, transportando al nuestro soluciones de aquél, sin analizar profundamente si pueden tener un encaje adecuado, en base a nuestros propios principios jurídicos (58).

Para MONET (59) la modalidad de cesión de suelo por vuelo puede presentarse como permuta del solar por apartamentos del edificio a construir sobre el mismo.

Se trata del supuesto en que el propietario del solar conviene con el constructor la permuta del solar, que así adquirirá en propiedad el constructor, por las unidades de obra que se pacten del edificio a levantar por el constructor sobre tal solar, que así pasarán a ser propiedad del cedente cuando se construyan.

Estamos ante el supuesto más típico, el más habitualmente vivido en la práctica de los hechos como solución primaria al problema general.

Debido a su objeto, podemos afirmar que estamos en presencia de un típico contrato sobre cosa futura objetivamente inexistente. Para MONET (60) siempre se tratará de contraprestación de pisos en proyecto, pues por definición no cabe que se trate de pisos en construcción. Postura que no aceptó la postura de DE LA CÁMARA de entender pisos en proyecto equivalentes a pisos comenzados, cuando estén perfectamente definidos conforme al proyecto de edificación correspondiente.

(56) Un estudio histórico detallado nos ofrece DE LA ROSA DÍAZ, P., *La permuta (desde Roma al Derecho español actual)*. Montecorvo, Madrid. 1976.

(57) MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar*, op. cit., examinado en sus páginas 28 y 29.

(58) MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar*, op. cit., pág. 30.

(59) Vid. MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963. Valencia, 1967, págs. 70 y sigs.

(60) MONET Y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial...* op. cit., pág. 71.

V. CONEXION CON EL CONTRATO DE OBRA

Igualmente MONET estima este supuesto, no como simple permuta por cosa futura, desconectándola de la obligación de construir que tiene el adquirente del solar. Se trata de permuta por cosa futura con prestación subordinada de hacerla, comporta prestar la actividad necesaria para la producción de la cosa que se espera, como medio de posibilitar y realizar la prestación principal del adquirente del solar y permutante de los pisos.

Estamos, en su opinión, ante un contrato de permuta de solar por pisos futuros que tiene obligación de hacer y dar el constructor.

La peculiaridad estriba en reconocer aplicable para el saneamiento el artículo 1.591 del Código Civil sobre arrendamiento de obras, así como la norma del artículo 1.589 del Código Civil, respecto a los riesgos.

Destaca la consideración que otorga sobre la cosa futura al distinguir: si llega a tener existencia, el contrato produce todos sus efectos reales y obligacionales, típicos y definitivos. Por el contrario, si la cosa no llega a existir, el contrato deviene ineficaz por nulidad absoluta o de existencia conforme al artículo 1.261 del Código Civil.

Postura que no comparto, pues debería aplicar a este contrato la misma argumentación que mantiene para la compraventa de pisos en construcción, es decir, aplicar el artículo 1.124 del Código Civil; me baso en la asimilación de pisos proyectados conforme a un proyecto urbanístico y la necesidad de determinación del objeto, conforme al artículo 1.273, ya que si esto no fuera posible es obvio que si se aplicaría el artículo 1.261 del Código Civil (61).

VI. ELEMENTOS

No vamos a detenernos en el análisis completo del contrato de permuta, pues simplemente —en epígrafe aparte— nos fijaremos en alguno de los elementos más utilizados en la práctica, principalmente la condición y el plazo, que las partes suelen añadir al contrato base.

Conviene indicar que algunos autores aconsejan consignar en el contrato el clausulado correspondiente a la facultad permisiva en el permutante constructor de constituir y distribuir hipotecas, otorgar declaraciones de obra nueva, constituciones de propiedad horizontal, formalización de estatutos en su caso, etc.

(61) No obstante, este mismo autor en su página 74, de esta obra, después de proclamar la aplicación del artículo 1.261 del Código Civil, se plantea el interrogante de sustituir el artículo 1.261 por el 1.124 del Código Civil, recurriendo al análisis del contrato concreto de que se trate y al grado de edificación que conste ya realizado

1. ELEMENTOS PERSONALES

Deben intervenir, al menos, dos personas, el dueño del solar y el adquirente del mismo.

A) *Dueño del solar. Tradens*

El dueño del solar, tradens o propietario del suelo (o edificio a demoler o rehabilitar), puede ser una sola persona o varias, según pertenezca la propiedad a una o varias personas y, en este último caso pueden actuar todas ellas conjuntamente o delegar en un representante que actúe por todos ellos.

B) *Adquirente del solar Accipiens*

El adquirente del solar, accipiens, será la persona que se obliga a entregar a cambio del suelo, unos determinados bienes inmuebles: pisos, locales, garajes o trasteros, que se vayan a construir generalmente sobre ese mismo solar, aunque a veces pueda pactarse la entrega de inmuebles sobre otro solar distinto.

Este adquirente es conocido en el sector inmobiliario con el nombre de promotor o constructor, según que simplemente actúe promoviendo la construcción de edificios, es decir, contrate con otra u otras personas la edificación futura de los inmuebles bajo su supervisión, o bien sea el mismo adquirente del solar el que efectivamente vaya a encargarse de la edificabilidad. Creemos que tiene importancia la distinción de estas figuras para aminorar las posibles consecuencias de incumplimiento del contrato de cambio. En todo caso, el concepto de promotor no lleva implícito el de constructor (62).

2. ELEMENTOS REALES

Elemento típico de este contrato de cambio de solar por edificación futura será, como su propio nombre indica, el terreno apto para ser edificable de acuerdo con las normas urbanísticas, y por tanto con la calificación de «solar», y su contraprestación será parte de esa edificación futura (63), bien

(62) ZURITA MARTÍN, *El contrato de aportación*, op. cit ..., habla simplemente de constructor, como la persona que se compromete a edificar sobre dicho terreno, sin referirse para nada al promotor, lo que considero un error.

(63) Si la cosa no existe al tiempo de celebrarse el contrato, pero se prevé la posibilidad de su existencia, estaríamos ante el problema de las cosas futuras, cuyo intercambio plantea numerosos problemas. Pero su reconocimiento es admitido tanto por nuestra doctrina patria como extranjera.

mediante una asignación específicamente determinada de qué bienes se entregarán o bien señalando unas características generales (64).

Por lo tanto, los elementos reales son: el solar y parte de la edificación futura, aunque también pueden incluirse el precio o porcentaje de venta de la edificación; dependerá, pues, de la modalidad que estemos celebrando, ya que también es posible que conjuntamente se entregue parte de la edificación y dinero (65), sin perder la consideración de contrato de permuta.

3. ELEMENTO FORMAL

Por razón de las circunstancias especiales de este contrato es posible, en virtud del principio de libertad de formas, que el contrato se plasme por escrito en documento privado o bien en escritura pública.

Normalmente se constata en documento privado el objeto del cambio de solar por pisos (66), y a la vez se acude al notario para realizar la venta del solar en que se fija un pago en especie de tantos pisos a construir (venta con precio aplazado), arrastrando numerosos perjuicios para al antiguo dueño del solar que puede verse privado de su contraprestación futura, incluso perder el solar, al transmitírselo al promotor o constructor para su inmediata efectividad, salvo que se garantice suficientemente.

Pienso que es preferible otorgar escritura pública de permuta de solar por los pisos convenidos, según proyecto que se acompañe a la escritura. Dicha escritura de permuta, sí es registrable al amparo del artículo 3 y 2 de la LH. No obstante, cierto sector doctrinal confiere verdadera eficacia a la permuta inscrita frente a terceras personas (67). ¿Se inscribe la permuta con constan-

(64) Debemos tener en cuenta las reglas y criterios de determinación del objeto, en especial, el artículo 1.273 del Código Civil.

(65) El precio puede ser, según la contraprestación pactada, elemento real del contrato de cambio de solar por edificación futura, y según el juego que se dé a este precio, podrá variar la calificación del contrato: como permuta o como compraventa, a tenor del artículo 1.446 del Código Civil. Sin olvidarnos que en la mayoría de los casos media el pago de dinero, pues es difícil una equivalencia total de los bienes objeto del cambio, y se compensa con la mediación de dinero.

(66) MUÑOZ DE DIOS, G., «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», en *RDP*, LXV, diciembre 1981, pág. 1074. Puede exigirse la escritura pública de compraventa en el momento en que habitualmente se otorga el documento privado, porque dicho instrumento público tendrá que ser autorizado más tarde o más temprano.

(67) Como MONET Y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, op. cit., pág. 74.

Pues la inscripción del solar a nombre del constructor expresará la permuta a que obedece, y contendrá, por tanto, amplia referencia de la contraprestación de los pisos

cia de la transmisión futura de los pisos pactados? ¿Afectaría a terceros y jugaría la protección registral del artículo 34 LH?

No voy a detenerme en estos interrogantes, pues nos extralimitaríamos de nuestra labor en este artículo. Adelantamos que el contrato de permuta accede al registro donde consta la titularidad del solar a favor del promotor o constructor (para poder acudir a la obtención del préstamo hipotecario), y no se dará la constancia registral de la contraprestación de tantos pisos con efectos reales (68). Es decir, la contraprestación es una obligación de entregar el precio *in natura* (pisos A, planta 2.^a), obligación puramente personal que no protege al anterior dueño (tradens), independientemente de que al inscribirse la escritura de permuta conste (como sistema causal) (69) la simple indicación de que se entregarán tantos pisos.

Distinto es el caso en que se estipule una condición resolutoria afecta a este cumplimiento, en que sí surtiría efectos frente a terceros, amparando el registro al tradens (70).

En todo caso, entiendo que la permuta de solar por pisos, por sí misma, no protege al tradens, salvo que se acompañe de tales cláusulas, y se tratará de un contrato con efectos meramente obligacionales.

Si se pacta por escrito el contrato de cambio de solar por edificación futura, bajo la forma de documento privado, es evidente que no tendrá acceso al registro en virtud del artículo 3 de la LH (71).

De ahí la conveniencia de reflejar el verdadero acuerdo en documento público, debiendo reflejar todas las cláusulas y pactos que contengan la verdadera intención de las partes.

proyectados, con lo cual se justifica suficientemente la causa de nulidad, conforme a los efectos del artículo 34 LH.

ALONSO CASADO, J., «Permuta (solar por pisos futuros)», en *BIR*, núm. 291, julio-agosto 1992, pág. 1757.

Como la causa del cambio consta explícitamente en el registro, la acción de rescisión se dará contra tercero de acuerdo con el artículo 37 I de la LH.

(68) Artículo 51.6.º *in fine* del RH: «No se expresarán en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

(69) RDGRN de 11 de junio de 1993, *RAJ*, núm. 5418, plasma el carácter causal, al decir, «la exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser la causa o presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y después practicar debidamente los asientos que procedan».

(70) Artículo 51 7.º RH: en ningún caso se indicarán los aplazamientos de precio no asegurados especialmente. Cfr artículo 11 LH.

(71) Artículo 3, LH: «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos».

Sin embargo, dependerá de los pactos reflejados en el contrato (72), el que sea oponible a terceros y se permita su acceso al registro.

La especialidad viene motivada por tratarse de cosa presente —solar— y cosa futura —inmuebles a construir, sean pisos, locales, garajes o trasteros—, pues a tenor del artículo 8.4 LH, la inscripción dependerá del estado en que se encuentre la edificación, pues como mantiene CAMY (73) respecto a las viviendas que deben entregarse a cambio, será sólo una promesa de transmisión futura, que no tendrá acceso al registro, salvo como condición resolutoria en cuanto a la entrega del solar permutado.

Interesa al respecto la RDGRN de 16 de mayo de 1996 (74). Esta resolución tiene su importancia en cuanto a su reflejo registral, en su fundamento de derecho número 4, que por su trascendencia reproduzco íntegramente:

CUARTO.—«Por otra parte, reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir ha de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que, *si el párrafo 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción —cfr. art. 8.4 de la Ley Hipotecaria—) nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca, aunque todavía figure registralmente como solar; antes al contrario*

(72) RDGRN de 27 de marzo de 1947, *RAJ*, núm. 440, acoge la posición jurisprudencial y legislativa modernas que se oponen a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder alcance real a los pactos.

Por su parte, la Resolución de 27 de octubre de 1947, *RAJ*, núm. 1480, «no cabe en nuestro sistema hipotecario constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real»

(73) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. II, 3.ª ed., Aranzadi, 1983, pág. 59.

Señala como supuesto de permuta especial, la de solares que se realicen a favor del Instituto Nacional de la Vivienda, para construir en ellos viviendas de renta reducida, la que podrá celebrarse a cambio de la entrega por éste al Ayuntamiento de la propiedad de un número de viviendas equivalentes al solar, de entre las que hubieran de edificarse (art. 96 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales). Por lo que en el momento del contrato, la transmisión del solar será un contrato de plena eficacia real, en tanto que respecto a las viviendas que deben entregarse a cambio será sólo una promesa de transmisión de cosa futura, que no tendrá acceso en el registro, salvo como condición resolutoria en cuanto a la entrega del solar permutado. Problema manifestado por el TS en el sentido de determinar que no pudiéndose precisar al otorgarse el contrato el piso que debe transmitirse, pues no constaban sus elementos individuales ni la cuota exacta en los comunes ni cuáles fueran éstos, el contrato había que calificarlo como de promesa de venta y no como contrato de venta.

(74) RDGRN de 16 de mayo de 1996, *RAJ*, núm. 3950.

avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (arts. 1, 2 y 9.3 LH); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8.4, párrafo 2.º, *in fine*, Ley Hipotecaria); la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquélla y del edificio resultante (cfr. arts. 392.2 del Código Civil, 2 de la Ley Hipotecaria, 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 8.4.º de la Ley Hipotecaria, y 16.2 de la RH y RDGRN de 5 de noviembre de 1982 y 18 de abril de 1988). Además, y de conformidad con lo anteriormente apuntado, *una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar determinará que la primera inscripción del elemento privativo, cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local, ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo».*

Así como su fundamento número 6: «Queda por último, la cuestión de si inscritos a favor del constructor todos los pisos y locales del edificio construido, puede practicarse una segunda inscripción de los cinco pisos y locales objeto de la permuta a favor del cedente, en virtud de ese mismo título. Puede pensarse que los principios registrales de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos registrales impiden esta segunda inscripción, toda vez que a favor del permutante promotor se inscribió en pleno dominio la totalidad del solar (sin que en el folio respectivo constara como carga, gravamen o coparticipación en esa titularidad dominical, los derechos que adquiriría o retenía la recurrente) lo cual, a su vez, determinó que por él sólo se declarara e inscribiera el régimen de propiedad horizontal, y a su favor se extendieran los primeros asientos de cada uno de los pisos resultantes. Ahora bien, tales obstáculos son sólo aparentes, pues, la inscripción parcial de un negocio en modo alguno puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídico reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento. En definitiva, lo que se pretende es inscribir esos cinco pisos a favor de otra persona en virtud de una transmisión otorgada por el propio constructor y titular registral actual, con la única particularidad de que dicho negocio traslativo es anterior a la inscripción a favor del transmitente de los bienes transmitidos».

VII. ELEMENTOS ACCIDENTALES

En el contrato de cambio de solar por edificación futura es frecuente añadir ciertos pactos condicionales y la intervención de un plazo que puede jugar según el verdadero querer de las partes.

En primer lugar, nos fijaremos en la condición, ciñéndonos a las condiciones usuales más utilizadas: suspensiva y resolutoria; en un segundo lugar nos referiremos al plazo.

El uso de estas condiciones se puede encontrar en numerosas sentencias, baste citar a título de ejemplo la STS de 21 de febrero de 1995 (75), en que se condicionó el otorgamiento de la licencia de obras por la Comisión Provincial a la realización de obras de infraestructura o saneamiento.

E igualmente la STS de 21 de diciembre de 1995 (76) en que procede la resolución de una compraventa bajo condición resolutoria de asignación al suelo de la finca vendida de una clasificación análoga a la de la finca contigua incluida en suelo urbanizable programado.

1. CONDICIONES MÁS UTILIZADAS

A) *Condición suspensiva*

Seguimos la postura de MUÑOZ DE DIOS (77) y preferimos no entrar en la polémica doctrinal de si la condición es una con dos efectos, suspensivo y resolutorio, o son dos condiciones distintas, sino que sólo nos limitaremos a considerar cuál es la más apropiada al supuesto negocial. En nuestro derecho goza de mayor predicamento y difusión la resolutoria, quizá por ser en la práctica la más aplicada a causa de las compraventas con precio aplazado y haberla elevado el artículo 11 de la LH al mismo rango de la hipoteca para garantizarlo, y aunque en nuestro caso, muchas veces, existe igualmente un precio aplazado *in natura*, sin embargo, hay una diferencia esencial, y es que en aquéllas normalmente se ha pagado la mayor parte o cantidad suficientemente apreciable y queda aplazada otra inferior que aun la inflación reducirá en su valor real, lo que hace presumir que será satisfecha, aconsejando que se realice la transmisión, porque, salvo un supuesto excepcional, normalmente llegará a consolidarse, pero en el caso que tratamos suele estar todo el precio aplazado, lo que hace indicable que desplacemos el centro de gravedad de la garantía de la resolución hacia la suspensión. Las razones fiscales abogan por la suspensiva.

(75) STS de 21 de febrero de 1995, *RAJ*, núm. 1698.

(76) STS de 21 de diciembre de 1995, *RAJ*, núm. 9429, añadiendo: La aprobación del plan califica el suelo de aquélla como urbanizable no programado. «Por ello no se trata de calificación de suelos análogos, sino perfectamente diferenciados y muy distintos en su tratamiento urbanístico y efectos. Se trata de un género integrado por las especies de programado y no programado».

(77) MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción*. . op cit., págs. 74 y 75.

La condición suspensiva puede estar acompañada de la previsión de un término dentro del cual el evento condicionante deba advenirse (78); de lo contrario, la parte que haya enajenado bajo condición suspensiva deberá, para readquirir la plena disposición del bien, promover el pronunciamiento judicial acerca de la falta de cumplimiento de la condición al haber transcurrido un lapso de tiempo oportuno dentro del cual el advenimiento previsto por las partes se hubiera debido verificar.

Muestra de lo dicho es la STS de 10 de mayo de 1994 (79), en que se establecía un plazo para el cumplimiento de la condición: «Si en el plazo de dieciocho meses, a contar desde esta fecha, no se obtuviese la calificación de suelo como urbano o urbanizable, las partes de mutuo acuerdo podrán prorrogar este contrato o dejarlo sin efecto». Además, se fijaba un mínimo de edificación: «se otorgue la oportuna licencia de edificación sobre dichos terrenos para la construcción en un mínimo de 40 viviendas unifamiliares adosadas y unifamiliares independientes».

a) Posición jurisprudencial

CAPILLA RONCERO (80) comenta la Sentencia de 18 de diciembre de 1985, contempla una compraventa de inmueble bajo condición suspensiva de solicitar el otorgamiento de la licencia de obras, necesaria para la construcción, y marcándose un plazo para su concesión, quedando tales condiciones sujetas a la efectividad de la compraventa.

El comprador adoptó (81) la precaución de condicionar la compra a la concesión de la licencia oportuna dentro de un determinado plazo de tiempo. Condición que es calificada como suspensiva, aunque su incumplimiento genere la obligación del vendedor de devolver la parte de precio que en concepto de señal le fue abonada en el momento de perfección del contrato. De no haberse adoptado semejante precaución, probablemente hubiera podido conseguirse un resultado equivalente, apreciando la concurrencia de error en el consentimiento del comprador acerca de la cualidad esencial de la cosa.

(78) En Derecho francés, la Sentencia de 3 de febrero de 1982, de Recueil Dalloz Sirey, 1982, pág. 532. Contempla el supuesto de venta bajo condición suspensiva de un terreno a edificar, en espera del otorgamiento del permiso de construir, pasado un tiempo más que prudencial (seis años) se declara que la venta de inmuebles ha caducado.

(79) STS de 10 de mayo de 1994, *RAJ*, núm. 4017.

(80) CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a la Sentencia de 18 de diciembre de 1985», en *CCJC*, 1986, enero-marzo, núm. 10, págs. 3327 y sigs.

(81) CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a la Sentencia de 18 de diciembre de 1985», en *CCJC*, 1986, enero-marzo, núm. 10, pág. 3334.

Igualmente, la STS de 8 de junio de 1990 (82), sobre cesión de solar en contraprestación de parte de edificación futura, tan pronto se obtuviese el correspondiente permiso de obras; o la Sentencia de 8 de marzo de 1995 (83), al expresar la cláusula tercera del contrato: «que esta transmisión queda sujeta a la condición suspensiva de obtenerse la cédula de calificación definitiva del edificio del que forman parte las fincas objeto de esta escritura, por parte de la entidad vendedora. Caso de no concederse dicha cédula de calificación definitiva en el plazo de tres años, la entidad compradora podrá, a su elección y mediante instancia, resolver el contrato o perfeccionar la compraventa»; o la de 7 de julio de 1995 (84), sometiendo el contrato a la condición suspensiva de obtener en plazo licencia de obras, con una edificabilidad mínima.

El contrato que esté pendiente de esta condición suspensiva, supeditada a la efectiva licencia de obras, no depende exclusivamente de la voluntad del *accipiens* para su cumplimiento; sin perjuicio de que éste viniese obligado a realizar todas las gestiones necesarias para la obtención de la licencia de edificación, pero su concesión dependía, única y exclusivamente, de la autoridad administrativa competente; estamos ante una condición simplemente potestativa cuya validez no ofrece duda alguna, como ciertamente expone la Sentencia de 30 de septiembre de 1993 (85).

La DGRN también se ha manifestado en el mismo sentido, así la Resolución de 5 de octubre de 1994 (86) es clara: se trata de una relación jurídico-real consolidada en la que solamente está pendiente su cumplimiento, que se encuentra necesariamente vinculado al otorgamiento de una licencia municipal de obras.

b) Estipulaciones

Debido a la finalidad del contrato que analizamos es frecuente estipular alguna condición como la siguiente (87): «La eficacia de este contrato queda supeditada a que a los compradores se les conceda el préstamo hipotecario, que deberán notificar al vendedor antes del 15 de noviembre del año en curso, y caso de que no se conceda la citada hipoteca quedará anulado el presente contrato». Se trata de una verdadera condición suspensiva, un acontecer futuro (se encontraba por venir) e incierto (la concesión del préstamo hipotecario podía o no producirse).

(82) STS de 8 de junio de 1990, *RAJ*, núm. 4743.

(83) STS de 8 de marzo de 1995, *RAJ*, núm. 2154.

(84) STS de 7 de julio de 1995, *RAJ*, núm. 5566.

(85) STS de 30 de septiembre de 1993, *RAJ*, núm. 6663.

(86) La RDGRN de 5 de octubre de 1994, *RAJ*, núm. 7654.

(87) Extraída de la STS de 20 de octubre de 1993, *RAJ*, núm. 7749.

Durante la fase de pendencia de las condiciones suspensivas, indicaremos que como bien dice la Sentencia de 24 de junio de 1995 (88): «aunque la obligación ya ha nacido no produce la plenitud de sus efectos, no obstante lo cual, es lo cierto, que el acreedor tiene ya las necesarias facultades para asegurar la tutela o garantía de sus derechos evitando, que en tanto la condición se cumple, pueda verse perjudicado en sus intereses, consecuencia de lo cual es que cumplida la *conditio*, el contrato adquiere plenitud y sus plenos efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

Otros autores acuden a la *conditio iuris* constituida por la construcción del edificio, que mantiene suspendida la eficacia real del negocio en tanto no se edifique.

B) *Condición resolutoria*

Para garantizar al dueño del solar permutado la construcción, se acostumbra a poner la cláusula resolutoria consistente en que si en el plazo fijado no se entrega la obra en las condiciones prefijadas, y salvo casos de fuerza mayor, se resuelve de hecho y de derecho el contrato y el dueño del solar recuperará la libre disposición del mismo y hace suyas las obras útiles y necesarias efectuadas por el constructor, mediante entrega al mismo de un tanto por ciento, a fijar, de su valor (89). Con ello se evita el incumplimiento del constructor (90), y por otra parte se garantizan, según MARTA (91), mediante el pago de parte del precio de la obra construida, las deudas que, por materiales o salarios, pudiera tener dicho constructor.

Para seguridad del dueño del solar cabe que se pacte en la permuta de cambio de solar por edificación futura que el incumplimiento por cualquier causa por parte del adquirente del solar, de su obligación de construir el piso o local o en general la edificación proyectada en los términos previstos, y tener los locales correspondientes a disposición del transmitente del solar, «operará como condición resolutoria explícita».

(88) STS de 24 de junio de 1995, *RAJ*, núm. 4984.

(89) La Sentencia de 18 de junio de 1990, *RAJ*, núm. 4766, contempla el supuesto de cumplimiento de la condición resolutoria expresa consignada en la escritura, siendo procedente por ello, declarar la resolución de la cesión gratuita y la reversión a favor del Ayuntamiento.

La validez de las cláusulas resolutorias se permite al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, como bien señala la Sentencia de 23 de enero de 1991, *RAJ*, núm. 311.

(90) STS de 5 de abril de 1990, *RAJ*, núm. 2944, se garantiza el cumplimiento de las obligaciones del constructor con condición resolutoria expresa.

(91) MARTA FONTAS, E., *Venta de solares en la modalidad de permuta* Bosch, Barcelona, 1979, pág. 9.

Aclarando más el sentido de dicha condición, convendrá añadir: «en otros términos, incumplida que sea su obligación en el tiempo y modo previsto por el adquirente del solar, podrá el transmitente ejercitar un derecho potestativo extintivo de resolución del presente negocio que al efecto se le reconoce para dicho evento, evento que se considerará suficientemente probado con la simple certificación del arquitecto. Quedará resuelto el contrato con la notificación que de su voluntad en ese sentido haga el transmitente al adquirente por medio de acta notarial. Ahora bien, como el adquirente del solar, en la mayoría de los casos, acudirá al crédito y difícilmente recibirá dinero a préstamo con garantía hipotecaria mediando tal condición resolutoria, conviene entonces pactar la posposición de esta condición resolutoria en favor de la hipoteca que se ha de constituir, cumpliendo los requisitos del artículo 241 RH, que pensamos puede aplicarse a este caso. Realmente, no se pospone, al parecer de LUCAS FERNÁNDEZ (92), condición que, no existe aquí en relación al menos con el total negocio jurídico, sino el derecho potestativo extintivo de agresión patrimonial que correspondería al transmitente para el caso en que se produzca el evento del incumplimiento por parte del adquirente de la obligación que le incumba.

La misma línea es seguida por CHICO Y ORTIZ (93), afirmando que «el dueño del terreno lo es por compra con condición resolutoria de que a la terminación de las obras como parte del precio aplazado deberá ser adjudicado al vendedor los apartamentos que se indican. Pero surge entonces la dificultad de la obtención del crédito: la hipoteca que se constituya quedaría a merced del cumplimiento de esa condición resolutoria y es difícil que en esas condiciones las entidades crediticias ofrezcan dinero. Cabe la solución que apuntaba RODRÍGUEZ ADRADOS al entender que la condición resolutoria expresa funciona como un derecho real de garantía y que, al igual que la hipoteca, tenga un rango registral que, en principio, es negociable, siendo, a su juicio, la cláusula de posposición del pacto comisorio».

ROCA (94) se refiere al problema importante del pacto de *lex commissoria*, si entraña el establecimiento de una verdadera condición y si ésta es suspensiva o resolutoria.

(92) LUCAS FERNÁNDEZ, F., «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *RDN*, abril-junio 1967, pág. 309.

(93) CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad*. Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1978, págs. 275 y 276.

(94) ROCA SASTRE, R. M y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*. Tomo III, octava edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 424.

Hay que sostener que el pacto envuelve el establecimiento de una condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado, porque el efecto resolutorio solamente se produce si el vendedor decide optar por la resolución y no por la acción de cumplimiento del contrato, o sea, por cobrar el precio aplazado que se le debe.

Para GARCÍA-BERNARDO (95) si el piso o local se construye de acuerdo con lo pactado, simplemente hay que prevenir el evento del fracaso de la construcción y de la pérdida del solar por deudas del adquirente. La condición resolutoria y negativa, cuyo objeto sea la no construcción del piso en los plazos y forma convenidos, es una solución, esto tiene en cierto modo carta de naturaleza en el artículo 11 LH y 58 RH.

a) Posición jurisprudencial

La RDGRN de 13 de junio de 1962 (96) permite el aplazamiento de pago garantizado con condición resolutoria.

En el mismo año la Resolución de 18 de junio de 1962 también lo permite (97).

Así como la Sentencia de 27 de septiembre de 1962 (98): Cualesquiera que sean los términos gramaticales empleados en la redacción de la cláusula de aplazamiento de pago del precio siempre que resulte inequívocamente la voluntad de las partes de configurar el impago como condición resolutoria podrá inscribirse, conforme al artículo 11 de la LH, en el Registro de la Propiedad, a fin de que sea eficaz respecto de terceros.

También es frecuente pactar una condición resolutoria del contrato, para el supuesto de que el Ayuntamiento, o los demás organismos oficiales, no autoricen la construcción según el proyecto realizado por el arquitecto X, modalidad contemplada en la Sentencia del TS de 13 de diciembre de 1989 (99).

(95) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Piso futuro y viviendas acogidas», en *RCDI*, 1970, págs. 742.

(96) Vid. CAMY, B., «Comentario a la RDGRN de 13 de junio de 1962», en *RDP*, Tomo XLVI, 1962. En la página 683 recoge unos postulados necesarios para la plena validez de esta condición resolutoria.

(97) CAMY, B., «Comentario a la RDGRN de 18 de junio de 1962», en *RDP*, Tomo XLVI, 1962, págs 913 y sigs. Se somete la compraventa a la condición resolutoria de la falta de pago en sus respectivos vencimientos de cualquiera de las letras de cambio. Se exige que la obligación de pagar el resto del precio aplazado tenga un cumplimiento fijo.

(98) STS de 27 de septiembre de 1962. *RAJ*, núm. 4306 Compraventa condición resolutoria expresa

(99) STS de 13 de diciembre de 1989, *RAJ*, núm 8825.

Lo encontramos en la STS de 19 de noviembre de 1994 (100): «de no autorizarse por el Excmo. Ayuntamiento y Organismo competentes la edificación del número de plantas prevista, el contrato se entendería nulo y sin valor y efecto».

2. ¿HAY CONDICIÓN IMPLÍCITA EN EL SUPUESTO DE ADQUISICIÓN DE SOLAR INEDIFICABLE CREYENDO QUE ERA EDIFICABLE?

Existe verdadera condición cuando las partes la han estipulado expresamente en el contrato, pero qué ocurre si del examen del mismo deducimos que la intención de las partes era que el solar reuniera unas condiciones, como puede ser la susceptibilidad de edificación, incluso la adquisición de una determinada edificabilidad (101).

Este tema está fuertemente vinculado a los vicios del consentimiento, pues el prestado por el *accipiens* adolece de error en la identidad del objeto, siendo posible anular el contrato en virtud del artículo 1.265 del Código Civil, para lo que cuenta con un plazo de cuatro años.

MEDINA LEMUS (102) pone el ejemplo siguiente: si se compra una determinada superficie declarándose que supone la cantidad imprescindible para construir un determinado inmueble y después resulta que es menor e inadecuada para la construcción exigida, se ha producido un error no de puro cálculo, sino esencial, y en consecuencia, el comprador tiene derecho a la anulación del contrato y el vendedor no puede pretender mantenerlo con una simple reducción en el precio.

También será posible la resolución contractual, cuando, a través del cum-

(100) STS de 19 de noviembre de 1994, *RAJ*, núm. 8537.

(101) Supuesto diverso a la adquisición de solar inedificable vendido como edificable contempla la Sentencia de 7 de febrero de 1994, comentada por REBOLLEDO VARELA, A., *CCJC*, núm. 35, abril-agosto, 1994, págs. 505 y sigs., en que se deniega la licencia de edificación resultando la imposibilidad de cumplir su prestación la vendedora sin culpa alguna por su parte, debido a decisión administrativa, estimando la resolución. A juicio de este autor, la edificabilidad, sujeta a la normativa urbanística, corre por cuenta y riesgo del constructor-vendedor, salvo existencia de condición, caso fortuito o fuerza mayor. Y en esta sentencia se une denegación de licencia de construcción, a imposibilidad legal por impedimentos urbanísticos y al carecer de culpa el vendedor se consiente la resolución, criticando REBOLLEDO la posición jurisprudencial esperando que «la tesis de la presente resolución no acabe constituyendo doctrina legal».

Por mi parte, estoy de acuerdo en la necesidad de sentar tal distinción, ya que se permite por la Ley el juego de los elementos accidentales, como se constata por el uso frecuente de condiciones en los contratos.

(102) Vid. MEDINA DE LEMUS, M., *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 255.

plimiento defectuoso de la prestación —entrega del solar inedificable—, se frustra el fin perseguido por el negocio.

A esta posibilidad se refieren, entre otras, las siguientes sentencias:

- STS de 18 de febrero de 1985 (103), estimando la venta de una parcela con finalidad de construir sobre ella, resultando no ser edificable por no tener la condición de solar y admitiendo el error sobre el objeto determinante de la nulidad del contrato.
- Sigue la misma línea marcada por la sentencia antes vista, la STS de 27 de marzo de 1989 (104), bajo la creencia inexacta de que dicho terreno era apto para la edificación, llega a la nulidad del contrato. A su tenor: «...los hechos básicos acreditados son aptos para extraer la deducción lógica de que, de haber conocido la prohibición de edificar, el comprador no hubiera adquirido el terreno o no hubiera dado por él un precio excesivo; llegándose a la conclusión que el error a que fue inducido fue la única razón de haber celebrado el contrato. Hay, en definitiva, un enlace preciso y directo, entre las circunstancias fácticas del terreno objeto de la venta, y la conclusión que de las mismas indujeron al comprador a error por no habersele oportunamente informado de ellas, llegando mediante ese error a la nulidad del contrato, a través de los artículos 1.261, núm. 1 y 1.265 del Código Civil».
- En cambio, la STS de 8 de febrero de 1993 (105) no protege el vicio o error pretendido por el comprador, puesto que el carácter urbanizable no fue condición especial que motivase la prestación del consentimiento. Es más, en la fecha de celebración del contrato no se permitía tener por cierto el destino urbanístico del solar antes de la aprobación del plan parcial correspondiente, incluso se dice que al tiempo de la perfección del contrato, la situación urbanística coetánea y las previsiones, más o menos probables, eran conocidas por la entidad recurrente.
- Estudiando la Sentencia de 20 de junio de 1996 (106), conviene fijarse en ciertos datos. «Atendiendo a la literalidad del contrato, lo que se vendió fueron unos solares perfectamente identificados con existencia real y constatación registral. No se supeditó la eficacia del negocio a edificabilidad inmediata de las parcelas enajenadas ni a condicionamiento urbanístico alguno. *Aunque no resulta preciso que se mencione la palabra condición, ésta cabe entender que se pactó cuando del*

(103) STS de 18 de febrero de 1985, *RAJ*, núm. 560.

(104) STS de 27 de marzo de 1989, *RAJ*, núm. 2201.

(105) STS de 8 de febrero de 1993, *RAJ*, núm. 690.

(106) STS de 20 de junio de 1996, *RAJ*, núm. 5105.

contenido contractual se deduzca de forma totalmente clara y contundente la intención de los contratantes de hacer depender el negocio concertado de un acontecimiento futuro e incierto, lo que exige se lleve a cabo actividad interpretadora por los tribunales, pues, en todo caso, la existencia de condición en las obligaciones no se presume, al presentarse la obligación condicional como excepción.

En el caso de autos, esta incertidumbre no concurre determinante en relación a las posibles incidencias urbanísticas que podían afectar a los solares enajenados y tanto respecto a los vendedores como a la sociedad compradora y a ésta con mayor intensidad, por dedicarse habitualmente a actividades constructivas. En este sentido hay que hacer constar y reputar como actividad normal de diligencia en una constructora, procurar conocer la situación de las parcelas que adquiere, si lo es con la finalidad decidida de edificar en las mismas, lo que le facilitaba la normativa legal, ya que el artículo 55 del TRL del Suelo, de 9 de abril de 1976, reconoce el derecho que corresponde a todo administrado de que el Ayuntamiento le informe por escrito en el plazo de un mes a contar de la solicitud del régimen urbanístico aplicable a una finca o sector (lo que mantiene el art. 43 de la vigente Ley de 26 de junio 1992), y si bien las partes ejercitaron dicho derecho de información, lo fue con posterioridad a la celebración del contrato, cuando bien pudieron llevarlo a cabo en tiempo anterior.

Por consecuencia de lo expuesto nos encontramos ante una obligación concertada libremente sin condicionamientos expresos ni deducidos y, por tanto, de naturaleza pura, que resulta exigible en sus propios términos contractuales, pues el artículo 113, declara su exigencia «desde luego», es decir, sin limitación que no se hubiera pactado.

En el contrato nada se pactó sobre las incidencias urbanísticas, ni que los solares se hubieran vendido condicionados a su inmediata edificabilidad, pues la misma no resulta totalmente prohibida, sin perjuicio de los efectos por actividades urbanísticas de reparcelación.

- La Sentencia de 28 de septiembre de 1996 (107) se plantea la compra como solar apto para su inmediata edificación de inmueble que urbanísticamente no reúne tal condición, y se declara la nulidad relativa en base al error sobre las cualidades sustanciales de la cosa.

En el presente caso se analiza el término «solar», recurriendo el fundamento 4.º de esta sentencia a la definición dada por la Real Academia de la

(107) STS de 28 de septiembre de 1996, *RAJ*, núm. 6820.

Lengua, al entender este término como «porción de terreno donde se ha edificado o que se destina a edificar en él», lo que implica una aptitud o posibilidad inmediata de edificación.

En la presente, adquirido el terreno objeto de la compraventa con la finalidad de la construcción o edificación inmediata en el mismo (de una nave industrial) y habiendo resultado la imposibilidad de alcanzar ese fin propuesto por no reunir el inmueble la condición urbanística de solar que el vendedor le había dado en la escritura pública... *se aprecia la existencia de un error vicio invalidante del consentimiento prestado por los compradores al recaer sobre las condiciones esenciales de la cosa vendida, como es la de su calificación urbanística determinante de su aprovechamiento en uno u otro sentido*. Textualmente se dice: «...los vendedores recurrentes conocían los motivos o la finalidad para la cual eran adquiridos los terrenos, siendo indudable la trascendencia jurídica de esa motivación determinante de la prestación del consentimiento que, aunque no pueda confundirse con la causa del contrato, tiene la entidad suficiente, en caso de que resulte frustrada, para viciar el consentimiento prestado».

- Analizaremos la Sentencia de 5 de octubre de 1996 (108). Las partes celebraron un contrato de compraventa, por el que los hermanos... vendían a la entidad mercantil URBICSA un solar (plenamente identificado). Del expresado contrato interesa aquí destacar los siguientes extremos: En el expositivo tercero del mismo se hizo constar lo siguiente:

3. Condicionada la presente compraventa a que con la presentación de un contrato de promesa de venta en opción de compra, que en este mismo acto se suscribe, URBICSA logre la Calificación Provisional si se decide por la modalidad de Protección Oficial, y en cualquier caso «la Licencia Municipal de Edificación, de forma que de no obtenerse la calificación, licencia y demás permisos de los distintos Organismos Oficiales, quedará sin efecto alguno este contrato, lo que *se establece como condición fundamental*». En la cláusula tercera se pactó lo siguiente: «La transmisión a URBICSA se hace, en principio, mediante este contrato, comprometiéndose los vendedores a otorgar escritura pública libre de cargas, gravámenes, arrendamientos y al corriente de pagos en toda clase de contribuciones, impuestos y arbitrios, cuando URBICSA obtenga los permisos que le permitan el inicio de la construcción, tanto si opta por la modalidad de Protección Oficial como si optase por hacer promoción libre».

(108) STS de 5 de octubre de 1996, *RAJ*, núm. 7041

En la cláusula novena del mencionado contrato se pactó lo siguiente: «Para el supuesto caso de que URBICSA no obtenga, en el plazo de siete meses desde la fecha de este contrato, los distintos permisos de Organismos Oficiales, que hagan posible el inicio de la promoción y construcción en el solar objeto de la presente compraventa, podrá optar por la resolución de este contrato».

Fundamento 5: «...de todo lo expuesto se desprende que la *intención de los contratantes fue la de supeditar la producción de efectos del contrato litigioso a la obtención por la entidad compradora de las repetidas licencias, que es la dinámica negocial propia de las condiciones suspensivas...*»

3. FORMA EN QUE DEBE HACERSE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CONDICIONES

Mientras en el Derecho alemán los derechos condicionales no son susceptibles de inscripción y solamente los efectos que puedan derivarse de la misma se aseguran mediante una anotación preventiva (109), en nuestro sistema inmobiliario registral las condiciones suspensivas o resolutorias establecidas en los actos inscribibles y que afecten directamente al dominio o derecho real limitado inmobiliario tienen franca entrada en el Registro (110), debiendo copiarse literalmente en la inscripción del acto principal como elemento integrante del mismo. Su inscribibilidad está consagrada por varios preceptos, como el artículo 9.2 LH y el artículo 51.6.º RH.

La manera de hacer constar en el Registro de la Propiedad las condiciones suspensivas o resolutorias (111) viene formulada por el artículo 51.6.º del RH al establecer que «se copiarán en la inscripción literalmente las condiciones suspensivas o resolutorias establecidas en el título que se inscribe». Esto no viene a ser más que el desarrollo de lo que dispone el artículo 9.2.º de la LH, al establecer que, «en la inscripción deberán hacerse constar las condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba». Todo ello sirve para la determinación de la extensión del derecho que se inscribe. Se refieren a la inscripción de las condiciones suspensivas o resolutorias de los actos inscribibles en el Registro, los artículos 10, 11, 23 y 107 LH y complementarios del RH.

No obstante, hay que evitar el ingreso de estipulaciones contractuales al amparo de una interpretación amplia de la palabra condición. El artículo 51,

(109) Vid. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994, *op cit*, págs 435 y sigs.

(110) ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario Fundamentos de la publicidad registral*. Tomo III, 8.ª ed, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 370 y sigs.

(111) Vid. CHICO Y ORTIZ, *Estudios Tomo I, op cit*, pág. 438.

regla 6.^a establece, de una manera general, que «no se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real» (112).

No comparto la tesis mantenida por ALONSO CASADO (113) al proclamar «anticipamos que trazar la línea recta para determinar si tal relación jurídica tiene carácter real u obligacional no nos resultará sencillo, y tampoco nos será fácil sacar adelante palabras para razonar que la figura nueva surge a la vida e ingresa en el Registro sujeta a la condición esencial de derecho de que el *accipiens* construya sobre el solar recibido, o para asimilar la garantía del *tradens* que lo entregó».

Pienso que la entrada al Registro de una permuta de edificación futura no desvirtúa la naturaleza contractual, y no debemos esforzarnos en predicar el carácter real de toda escritura que llegue al Registro, en el presente contrato hay una obligación de dar, concretamente de entregar X pisos, que como tal obligación no tendrá constancia registral, siendo en este punto interesante acudir al objeto del contrato, concretamente al aspecto y naturaleza jurídica de la venta de cosa futura (114).

VERGER (115) duda de los efectos de garantía que pueden producir las condiciones y expone: «el anterior dueño del solar antes de la entrega por el constructor de los pisos determinados que ha de construir y que constituyen la contraprestación del valor del solar, tiene, respecto a los mismos, sólo un derecho personal o a lo más un *ius ad rem* desde que se acomete la construcción de los mismos. No obstante, la constatación en el registro de la obligación del constructor respecto a dicha entrega de pisos determinados al transmitente del solar excluye la buena fe de posibles adquirentes, a quienes aquél pretenda transferir los pisos que debe adjudicar a éste. Sin embargo, el transmitente del solar está expuesto, hasta la entrega, al posible riesgo de un embargo sobre la totalidad de la finca por obligaciones propias del constructor o que éste constituya, contra los intereses del antiguo dueño del solar, una hipoteca sobre todos los pisos, incluso, si no se ha excluido expresamente esta posibilidad, sobre los pisos determinados, objeto, en su día de la adjudicación. La difícil posición del primitivo dueño del solar no se aligera mediante el establecimiento, como se pacta en algún caso, de una condición resolutoria

(112) Respecto a los efectos que producen las condiciones anteriores o posteriores al cumplimiento. Vid. CHICO Y ORTIZ, *Estudios. Tomo I, op. cit.*, págs. 439 y sigs.

(113) ALONSO CASADO, J., «Permuta (solar por pisos futuros)», en *BIR*, núm. 291, julio-agosto, 1992, pág. 1747.

(114) Tema que analizo separadamente por la especial trascendencia en muchos de los efectos del contrato de cambio de solar por edificación futura, en mi libro *Cambio de solar por edificación futura* (en prensa).

(115) VERGER GARAU, J., «Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal», en *RJC*, enero-marzo, Barcelona. 1981, pág. 243.

con el fin de asegurar las obligaciones del constructor. Entiendo que dichas condiciones resolutorias automáticas, una vez efectuada la notificación fehaciente, son improcedentes para asegurar la obligación de construir unos pisos, ya que no estamos ante una permuta propia o pura, que permita hacer jugar la resolución de pleno derecho del contrato, como en la compraventa por falta de pago del precio en el tiempo convenido, según artículo 1.504 del Código Civil (habla del Código de Comercio, entiendo que es un error), pues es evidente que no se puede equiparar debidamente el pago de una cantidad líquida de dinero con la entrega de unos pisos futuros que se han de construir con sujeción a unos planos. Se trata, sin duda, de obligaciones distintas que no permiten un tratamiento idéntico, especialmente cuando se pretende aplicar un precepto especial y excepcional como es el pacto comisorio del artículo 1.504 que sólo está establecido propiamente para la compraventa. Al contrario, se puede ejercitar normalmente con relación a estas obligaciones referentes a la construcción de pisos, como en todas las demás obligaciones recíprocas en el supuesto de incumplimiento por una de las partes, la acción personal de resolución del contrato, por la que se ha cumplido sus obligaciones, pero por la vía del artículo 1.124 del Código Civil, mediante intervención judicial, cuando las partes no se ponen de acuerdo para verificar la resolución extrajudicialmente».

No comparto íntegramente esta opinión, no siendo el lugar adecuado para rebatirla, pues mezcla varios aspectos, que analizo separadamente, como: condición, trascendencia real, embargo, aplicación del artículo 1.504, etc. Por lo tanto, sería conveniente acudir a cada uno de ellos para ver la línea defendida (116).

4. TRATAMIENTO FISCAL DE LOS CONTRATOS SUJETOS A CONDICIÓN

Para su análisis conviene fijarnos en unas resoluciones que se comentan por MARTÍNEZ LAFUENTE (117) que contemplan dicha estipulación, cuestionándose incluso el que se esté en presencia de una auténtica condición; así se expresó la Dirección General de Tributos en Resolución de 11 de marzo de 1987:

«La obtención de la autorización de la DG de Transacciones Exteriores no puede conceptuarse como una verdadera condición en

(116) Vid. estos aspectos en mi libro *Cambio de solar por edificación futura* (en prensa).

(117) MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 110 y sigs.

sentido técnico-jurídico, sino más bien como un requisito legalmente establecido que determina la plena eficacia traslativa del dominio de un determinado contrato de compraventa de bienes inmuebles a favor de otra parte contratante...

Con arreglo a lo establecido en los artículos 1.113 y 1.114 del Código Civil, a cuyos preceptos se remite el artículo 7 TR del ITP de 1967, para la calificación de las condiciones que se establezcan en un acto o contrato, el contenido de la cláusula contenida en la escritura de compraventa (que condiciona la operación al otorgamiento de la autorización de la DG de Transacciones Exteriores para la adjudicación de la finca a la vendedora) no puede ser calificada en sentido técnico-jurídico como una verdadera condición suspensiva de la que dependa la producción de los efectos jurídicos del contrato de compraventa, sino que éste se ha perfeccionado por la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1.450 del Código Civil y ha producido uno de sus más fundamentales efectos, cual es la entrega del precio pactado a los vendedores, *debiendo calificarse tal limitación o condición, a lo sumo, como condición resolutoria y no como condición suspensiva, pues la misma tendría efecto resolutorio de la compraventa efectuada, caso de que tal autorización no llegara a obtenerse*»

El Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales ha contemplado expresamente este supuesto calificándole de condición resolutoria (118) al indicarse en el artículo 2, apartado cuarto, que:

«La misma calificación se atribuirá a la condición que subordine la transmisión del dominio de terrenos o solares al otorgamiento de licencias o autorizaciones administrativas cuya denegación no afecte a la licitud de la transmisión».

Sin embargo, y como se ha apuntado, otro es hasta ahora el parecer de los Tribunales de Justicia, siendo de mencionar en tal sentido lo expuesto por la

(118) Debemos tener presente para las condiciones resolutorias expresas el artículo 7 TR, de 24 de septiembre de 1993, en su número 3. «Las condiciones resolutorias explícitas de las compraventas a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria se equiparán a las hipotecas que garanticen el pago del precio aplazado con la misma finca vendida. Las condiciones resolutorias explícitas que garanticen el pago del precio aplazado en las transmisiones empresariales de bienes inmuebles sujetas y no exentas al Impuesto sobre el Valor Añadido no tributarán ni en este Impuesto ni en el de Transmisiones Patrimoniales. El mismo régimen se aplicará a las hipotecas que garanticen el precio aplazado en las transmisiones empresariales de bienes inmuebles constituidas sobre los mismos bienes transmitidos»

Audiencia Nacional, que en Sentencia de 23 de marzo de 1993, entendió que procedía demorar la exigibilidad del impuesto que recayó sobre la transmisión de unos terrenos hasta su conversión en solares y obtención de las correspondientes licencias urbanísticas:

«Para resolver esta cuestión es preciso analizar el contenido y finalidad de los pactos suscritos, y concretamente en la escritura de 25 de septiembre de 1984 se establece en la estipulación primera que “la Sociedad Austral y las Sociedades Promoción de Viviendas Levantinas y Urbanizadora y Constructora Levantina, S. A., reconocen que se han cumplido todas las condiciones de las que pendía el otorgamiento de la venta”, y “dándola por perfeccionada, la consuman”, y al efecto, el representante de Austral Inmobiliaria transmite por esa escritura el dominio de las parcelas a las promotoras adquirentes y las posesiona instrumentalmente de las mismas, según les corresponde; del propio tenor literal de estos pactos se deduce —sin necesidad de acudir a ningún criterio interpretativo— que la voluntad de los intervinientes fue realmente suspender la efectividad de la compraventa al cumplimiento de la condición, que consistía en que los terrenos objeto del negocio jurídico adquirieran la condición de solar.

En efecto, de esta segunda escritura se desprende, con total claridad, que la adquisición no se consumó hasta que por parte de la sociedad enajenante se cumplió tal exigencia, de manera que hasta que los terrenos no obtuvieron la calificación jurídica de solares y contaron con la infraestructura urbanística prevista en la normativa vigente, no se llevó a cabo la transmisión prevista y así se deduce que *la compraventa dependía de un hecho futuro e incierto, característica propia de las condiciones suspensivas*.

Así, pues, es en el momento del cumplimiento de este hecho futuro que se verifica en la segunda escritura de 25 de septiembre de 1984, cuando a tenor del artículo 2.2 del Texto Refundido del Impuesto debe realizarse el pago del mismo, siendo correcta la conducta llevada a cabo por la promotora, que ingresó el importe del impuesto exigible por la transmisión contemplada».

Sintetizando:

Si el contrato *se cumple* y estaba sometido a condición resolutoria, estarán pagados todos los impuestos desde el momento del otorgamiento del contrato, por lo que no procede girar ninguna otra liquidación, salvo la del cumplimiento de la condición resolutoria por Actos Jurídicos Documentados, para hacer constar este cumplimiento en el Registro de la Propiedad. En el supuesto de existir condición suspensiva, se pagará la liquidación correspondiente

que quedó suspendida al otorgar el contrato. Si *se incumple* el contrato y la condición era suspensiva, no procede girar liquidación de ninguna clase. En el caso de la condición resolutoria, si llegara a resolverse por incumplimiento procederá la devolución de lo satisfecho.

5. FIJACIÓN DE UN PLAZO

He indicado la posibilidad de que las partes puedan señalar un determinado plazo para dar inicio o fin a sus estipulaciones (119). El juego de un plazo puede comprender diversos aspectos que oscilan entre: fijar un plazo a partir del cual se entienda producida la condición (120), o bien, marcar un plazo para la entrega de la edificación futura: dentro del cual incluimos el tratamiento del precio aplazado.

A) Reglas prácticas

En casi todos los contratos de permuta de solar por edificación futura nos topamos con el juego de un plazo fijado por la voluntad de las partes, siendo frecuente alguna de estas cláusulas: «La construcción del edificio sobre el solar objeto del presente contrato será realizada en un plazo de ... meses a partir de la concesión de la licencia para la construcción de dicho edificio».

«Dichos inmuebles serán entregados por la sociedad compradora a la parte vendedora, en un plazo no superior a ... meses, a partir de la fecha de la firma de esta escritura».

«El plazo de realización de las obras será de ... meses a partir de la fecha en que don ... (accipiens) obtenga las licencias y permisos necesarios, y libre el solar de obstáculos o impedimentos. A este plazo se añadirá el tiempo que determine el arquitecto director de las obras por conceptos como huelgas, realización de mejoras, etc.».

O bien, «fijándose el plazo máximo de ... meses para iniciar el derribo, y el también máximo de ... meses para la terminación del edificio en condiciones de habitabilidad».

(119) Vid. MIRANDA CABRERA, A., *Manual del promotor inmobiliario*, Comares, Granada, 1995, pág. 135. En el mismo acto del replanteo suele fijarse el día inicial del cómputo del plazo de ejecución pactado.

(120) STS de 15 de febrero de 1994, *RAJ*, núm. 1311. Lo pactado fue la venta de cosa futura por piso a construir, y en cláusula específica se previó la posibilidad de apartarse del contrato el comprador para el supuesto de que las obras no comenzaran en el plazo de seis meses. Por su parte, la SAP de Valladolid, de 13 de septiembre de 1993, contiene un plazo para la entrega de las viviendas, empezando a contar desde la fecha en que la autoridad municipal autoriza de forma definitiva el comienzo de las obras

Es posible, incluso, reforzar el cumplimiento de la obligación principal mediante la asunción por el adquirente del solar de una prestación complementaria de la principal (entrega del inmueble edificado), consistente en una pena, normalmente de carácter económico para el caso de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento de la obligación principal. A diferencia de los restantes medios de reforzamiento de la responsabilidad del deudor, en la cláusula penal, son las mismas partes del contrato —*tradens* y *accipiens*— los que en el mismo convienen incrementar la responsabilidad del *accipiens* mediante la inclusión de una específica cláusula que agrava la situación del deudor al imponer un plus a la prestación inicial.

SANZ VIOLA (121) señala que entre todas las funciones de la cláusula penal parece esencial la función de garantía. La cláusula penal garantiza la obligación principal, refuerza el vínculo obligatorio asegurando de alguna manera especial, frente al crédito ordinario, la efectividad del derecho del acreedor. Esta función es reconocida por la generalidad de la doctrina que estudia la cláusula penal dentro de las garantías de la obligación.

Se suelen estipular en el contrato en estudio, penalizaciones como:

«Si, habiéndose cumplido en el plazo establecido todos los requisitos y condiciones esenciales antes mencionados, y no existiendo ningún otro impedimento para la realización de la construcción, antes del otorgamiento de la correspondiente escritura pública de formalización de acuerdos así pactados, alguna de las partes decidiera rescindir unilateralmente este contrato, deberá abonar, en concepto de daños y perjuicios, a aquélla que no deseara su rescisión, la cantidad de ... pesetas, quedando además de cuenta del que rescinda todos los gastos derivados de este contrato hasta ese momento».

Por otro lado, se encuentra generalmente la estipulación de la cláusula penal como medida preventiva y eficaz de entrega de los inmuebles en el plazo fijado por las partes, pues de lo contrario se señalan unas cantidades, normalmente elevadas, tendentes a dar cumplimiento de los plazos marcados. Puedo citar algunas sentencias que se han ocupado de esta cuestión:

- STS de 3 de noviembre de 1990 (122): la pena convencional establecía un tanto por cada día de retraso.
- La STS de 12 de julio de 1993 (123), igualmente, prevé una indemnización por cada día de retraso, extendiendo su eficacia dicha cláusula hasta la total terminación de las obras.

(121) SANZ VIOLA, A., *La cláusula penal en el Código Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 16.

(122) STS de 3 de noviembre de 1990, *RAJ*, núm. 8460.

(123) STS de 12 de julio de 1993, *RAJ*, núm. 6008.

- La STS de 6 de junio de 1995 (124) estipuló un plazo de tolerancia de quince días sobre el fijado de terminación, pasado el cual el contratista incurriría en una sanción de 25.000 pesetas por cada día de retraso.

B) *Estipulación de los efectos del incumplimiento del plazo*

El dueño del solar agota el cumplimiento de sus obligaciones con el otorgamiento de la escritura de transmisión del solar, que, mediante la tradición instrumental provoca la transmisión del solar. Queda, por tanto, pendiente la obligación asumida por el adquirente, de éste. Quizá lo aconsejable sea concertar que, caso de incumplimiento de tal obligación en el plazo establecido, el transmitente del solar pueda optar, entre exigir el cumplimiento (arts. 1.096 y 1.098 CC), con indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101 CC) (125), supuesto contemplado en la Sentencia de 7 de marzo de 1989, o bien, resolver de pleno derecho la transmisión operada para lo que expresamente se sujeta a la condición resolutoria de falta de cumplimiento de sus obligaciones por el contratista en el plazo establecido (126). Suele estipularse que, caso de resolución, readquirirá el transmitente el pleno dominio de lo transmitido, con las edificaciones o construcciones levantadas, sin tener que abonar cantidad alguna, por éstas (o abonando un determinado porcentaje), a cuyos efectos se entiende que tales obras actúan como indemnizatorias de daños y perjuicios, y que el posible exceso se considera como cláusula penal. Es aconsejable pactar que dicha resolución sólo se produzca tras el requerimiento al deudor y un prudencial plazo de gracia, durante el cual persista el incumplimiento y es igualmente conveniente concertar que el transmitente del solar pueda otorgar por sí solo una escritura de resolución y readquisición del dominio para lo que el contratista le concede poder irrevocable supeditado al requerimiento dicho y el transcurso del plazo de gracia que, en su caso, se le conceda. Suelen completarse las escrituras con lo concerniente a gastos registrales, fiscales y notariales del otorgamiento, a cargo

(124) STS de 6 de junio de 1995, *RAJ*, núm. 5055.

(125) La STS de 7 de marzo de 1989, *AC*, núm. 613, 1989-2, págs. 2118 y sigs., muestra un supuesto de permuta en que se impone al demandado que no cumple, con la entrega pactada más los daños y perjuicios que fija el artículo 1.124 del Código Civil.

(126) Puede establecerse el pacto que permite un derecho de resolución a favor del comprador, para el supuesto de que el vendedor-constructor (*accipiens*) no termine completamente el apartamento en el plazo estipulado. Dicho pacto no es muy frecuente, dado que es corriente que el constructor no termine el piso o local dentro del plazo fijado, y por lo tanto, no le interesa establecer dicho pacto, el cual puede ir acompañado de cláusula penal a favor del *tradens*.

del contratista, incluso los judiciales y extrajudiciales que provoque su incumplimiento.

Así pues, en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de la edificación en el plazo previsto, el comprador podrá, o pedir la resolución del contrato (127) o conseguir que el edificio se eleve a expensas del vendedor con indemnización de daños y abono de perjuicios en ambos casos.

En la Sentencia de 18 de septiembre de 1996 (128) se estima la resolución de un contrato de cesión de solar por pisos a construir en base a un incumplimiento del plazo para edificar. Los hechos se recogen claramente en el Fundamento de derecho 1, al exponer: «...La señora demandante cedió al demandado-constructor la casa situada en la calle Enriqueta Lozano, número 11, de la ciudad de Granada, con 290 metros de extensión superficial, y la obligación por cuenta del constructor de proceder a su demolición y entregar a la dueña de la misma la propiedad de tres pisos en la nueva construcción. El plazo máximo fijado para la terminación de la obra fue de treinta meses, contados a partir de la concesión de la licencia municipal autorizando la demolición de la casa, concesión que tuvo lugar con fecha 23 de septiembre de 1980, por lo que el día *a quem*, para el cómputo del plazo constructivo, finalizaba el día 23 de marzo de 1983».

En el contrato de permuta se hacía constar, al final de la estipulación décima, y después de autorizar la transmisión de sus respectivas pertenencias, «que la validez de cualquier transmisión quedará en todo caso supeditada a la condición suspensiva de que previamente se haya cumplido por parte del señor R., toda la contraprestación convenida a favor de la señora C. M.».

VIII. TRATAMIENTO FISCAL DEL CONTRATO DE PERMUTA

La regla tradicional sobre dicho contrato es la de que en ellas hay que pagar el impuesto por cada transmisión. Es decir, que devienen contribuyentes, ambos permutantes, pues los dos tienen que satisfacer el impuesto (129).

De ahí que uno de los inconvenientes que se ha objetado para el uso del contrato de permuta sea el pago del impuesto, no obstante, el apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario está en alza, pues se garantizan conve-

(127) STS de 24 de noviembre de 1993, *RAJ*, núm. 9210: «Se produce causa de resolución contractual cuando por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó, no puede ser cumplido».

(128) STS de 18 de septiembre de 1996, *RAJ*, núm. 6726.

(129) Esta dualidad de sujetos pasivos es una de las diferencias de la permuta con la compraventa, pues en ésta sólo hay un obligado al pago del impuesto: el comprador.

nientemente los intereses de las partes y por ello no debemos desterrar esta figura jurídica.

1. REGULACIÓN FISCAL

Ninguno de los dos Textos Refundidos aparecidos hasta la fecha contiene una norma específica relativa a las reglas de liquidación de las permutas; ha sido el Reglamento del Impuesto TP de 29 de mayo de 1995, el que recordando algo que es obvio dispone en su artículo 23: «En las permutas de bienes o derechos tributará cada permutante por el valor comprobado de lo que adquiera, salvo que el declarado sea mayor o resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 21 anterior, y aplicando el tipo de gravamen que corresponda a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes o derechos adquiridos».

La regla general, según MUÑOZ DE DIOS (130), es la tributación por IVA en todo lo relacionado con el sector económico-empresarial y de la construcción y promoción inmobiliaria, hasta la primera venta de lo construido, y lo excepcional es la aplicación del ITP.

2. CALIFICACIÓN

Las liquidaciones a practicar a cada uno de los adquirentes en función de los bienes y derechos transmitidos, no suscitan otra temática que la calificación de una concreta operación como permuta o como compraventa; recuérdese que el artículo 1.538 del Código Civil dispone que: «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra»; al tener el dinero la condición de cosa, se plantea de inmediato el encontrar un criterio diferenciador entre este contrato y el de compraventa, lo cual viene resuelto por el Código Civil de la forma siguiente: «Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente, y por venta en el caso contrario».

La calificación jurídica de los bienes objeto de transmisión, bajo la perspectiva de la intención de las partes al contratar, será lo que permita la exacción única o doble del impuesto de transmisiones patrimoniales, recordando que si hay compraventa existe, asimismo, una doble transmisión patri-

(130) Vid. MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar...*, op cit, pág. 129.

monial, estando la recepción del dinero exenta del pago del impuesto a tenor del artículo 45.I.B.4) del Texto Refundido del ITP (131).

Pero además de lo que se obtiene de las calificaciones basadas en el Ordenamiento privado, hay que atender igualmente a lo que se desprende de la consideración sistemática de los tributos; ello quiere significar que la afirmación genérica de que en la permuta se practican dos liquidaciones en función de los bienes y derechos adquiridos, hay que ponerla en conexión con la delimitación del impuesto en el seno de la tributación indirecta.

Por ello, en la cesión de solar (132) a cambio de obra pueden aparecer operaciones no sujetas al ITP o limitarse éste a la tributación de la entrega del terreno sobre el que va a ejecutarse la construcción; ya que la cesión de la edificación (133), aún presidida por la idea de permuta, está sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, en concepto de «primera entrega», por lo que, obviamente, no habrá lugar a aplicar el citado precepto reglamentario, que en cualquier caso ha de respetar los principios de ordenación de los tributos.

Aplicando la vigente ley del IVA, la Dirección General de Tributos, por Resolución de 12 de noviembre de 1993, llegó a la misma conclusión al indicar:

«Primero.—En la permuta de un solar por una parte de un edificio a construir sobre el mismo, la entrega del referido solar produce el devengo del Impuesto sobre el Valor Añadido por dicha operación y, además, constituye el pago anticipado de la totalidad

(131) El artículo 45.I.B.4) del Texto Refundido dispone: «B Estarán exentas: 4. Las entregas de dinero que constituyan el precio de bienes o se verifiquen en pago de servicios personales, de créditos o indemnizaciones».

(132) También podemos encontrarnos con dos supuestos:

1. *Rehabilitación de edificios*

Como quedó anteriormente expuesto, la exención no se extiende a la transmisión de edificios para su rehabilitación inmediata en las condiciones que reglamentariamente se determinen; ello significa mantener la tributación por el Impuesto sobre el Valor Añadido, y en caso contrario, someter la misma al Impuesto sobre Transmisiones Onerosas.

2. *Demolición de edificios*

El supuesto que ahora se contempla actúa, como el anterior, a modo de excepción a la exención y, en consecuencia, la adquisición de un edificio para su demolición que, obviamente, tendrá la consideración de segunda entrega, comporta la sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido: la doctrina se plasma en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de junio de 1993, que se remite a otras anteriores y fija la doctrina en los siguientes términos: el régimen tributario es siempre el mismo. sujeción y no exención al Impuesto sobre el Valor Añadido y, por tanto, no sujeción al de Transmisiones Patrimoniales

(133) Vid MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 226, remitiéndose a lo expuesto sobre la cesión de solar a cambio de obra, en especial págs. 141 y 142.

de la contraprestación correspondiente a la entrega del inmueble que la consultante recibe a cambio del solar. Por tanto, será en ese mismo momento (el de la entrega del solar) en el que se producirá el devengo del Impuesto sobre el Valor Añadido referente a la entrega del local comercial, viviendas y plazas de aparcamiento a construir sobre el local permutado.

Segundo.—La entrega que la consultante realiza del local comercial recibido del promotor en la permuta tiene por objeto el edificio terminado, aun cuando la operación se convenga estando esté aún en fase de construcción. Por tanto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20, apartado 1, número 22, de la Ley del Impuesto, dicha transmisión tendrá la consideración de segunda entrega de edificaciones, estando, por consiguiente, exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido salvo que el consultante renuncie a la aplicación de dicha exención si concurrieran los requisitos establecidos por el precitado artículo 20.»

3. TIPO A APLICAR

Sobre el tipo a aplicar, hay que acudir, bien a la LTP o a la LIVA (134).

Artículo 11 TR de TPJ, de 24 de septiembre de 1993, dice: «La cuota tributaria se obtendrá aplicando sobre la base liquidable los siguientes tipos:

- a) El 6 por 100, si se trata de la transmisión de inmuebles, así como la constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto los derechos reales de garantía».

Artículo 91, Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, contempla unos tipos impositivos reducidos. «1) Se aplicará el tipo del 7 por 100 a las operaciones siguientes:

(134) No debemos olvidarnos del artículo 7 TR, de 24 de septiembre de 1993.

5. No estarán sujetas al concepto de «transmisiones patrimoniales onerosas», regulado en el presente título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido. También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido de garantía».

7.º Los edificios o parte de los mismos, aptos para su utilización como viviendas, incluidos los garajes y anexos en ellos situados que se transmitan conjuntamente.

A efectos de esta Ley no tendrán la consideración de anexos a viviendas los locales de negocio, aunque se transmitan conjuntamente con los edificios o parte de los mismos destinados a viviendas».

Se aplicará el tipo impositivo general para los locales de negocio y plazas de garaje transmitidos con independencia de la vivienda. Es decir, para estos supuestos tendremos que acudir al artículo 90 de la Ley del IVA que dice: «El impuesto se exigirá al tipo del 16 por 100, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente».

4. APLICACIÓN GENERAL

Con carácter general hay que tener en cuenta la nueva Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias.

Artículo 7.1. «Se cede a las Comunidades Autónomas el rendimiento sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados producido en su territorio en cuanto a los siguientes hechos imposables:

1. Transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.
2. Constitución de derechos reales, préstamos...
3. Constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades...»

Artículo 13.4. «En relación con la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad “Transmisiones Patrimoniales Onerosas”, las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen en las concesiones administrativas, en la transmisión de bienes inmuebles, así como en la constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto los derechos reales de garantía».

M.^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO
Doctora en Derecho
Profesora de la Universidad de Valladolid

El principio hipotecario de usucapión *secundum tabulas*

SUMARIO: I. CONCEPTO.—II. FORMULACION.—III. FACTORES PARA LA COMPRENSION DEL PRINCIPIO DE «USUCAPION *SECUNDUM TABULAS*».—IV. LA FINALIDAD DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA.—V. LAS DOS FUNCIONES DISTINTAS DE LA INSCRIPCION DE QUE SE VALE EL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA.—VI. LA INSCRIPCION EN SU FUNCION DE PUBLICIDAD EN SUSTITUCION DEL «JUSTO TITULO».—VII. LOS TERMINOS DEL PRECEPTO RESPECTO A LA INSCRIPCION COMO JUSTO TITULO —VIII. LA INTERPRETACION SISTEMATICA.—IX. LOS ANTECEDENTES DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA.—X. RELACION ENTRE LOS ARTICULOS 33 Y 35 DE LA LEY HIPOTECARIA.—XI. LA RELACION DEL ARTICULO 35 CON EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA.—XII. EL ARTICULO 35 Y EL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA.—XIII. LA DOCTRINA DE LOS AUTORES SOBRE LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA.—XIV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INSCRIPCION Y EL JUSTO TITULO EN EL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA —XV. CONSECUENCIAS DE LA POSICION QUE SE SIGUE RESPECTO A QUE LA INSCRIPCION EQUIVALE A JUSTO TITULO.—XVI. LA APLICACION DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA A CATALUÑA Y NAVARRA.—XVII. LA FUNCION DE LA INSCRIPCION COMO REFUERZO DE LA POSESION *AD USUCAPIONEM*.

I. CONCEPTO

Es aquel principio hipotecario en virtud del cual, aunque el título en base al cual se haya practicado la inscripción sea nulo o inexistente, o sea nula o inexistente la inscripción, se considera que ésta es justo título para usucapir y se presume la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa.

II. FORMULACION

Este principio se encuentra formulado en el artículo 35 LH, que establece: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

III. FACTORES PARA LA COMPRESION DEL PRINCIPIO DE «USUCAPION *SECUNDUM TABULAS*»

En los últimos tiempos han surgido varios civilistas que interpretan el artículo 35 LH, en nuestra opinión, en forma equivocada, haciendo tabla rasa del mismo y condenándole a letra muerta.

Para volver a la lectura clásica, normal y correcta del texto del artículo 35 LH, que ha de aplicarse conforme a lo que establece, sin desvirtuarlo, han de tenerse en cuenta una serie de factores, que no siempre son apreciados por algunos autores:

1.º) Nuestro sistema inmobiliario registral, que pasa en el mundo comparado por ser uno de los más perfectos, no ha seguido como regla general el principio de inscripción constitutiva, pero en lugar de ello ha atribuido a la inscripción una serie de efectos o ventajas, como no podía ser de otra manera, pues si se prescinde de la inscripción constitutiva y de los efectos que la legislación hipotecaria atribuye a la inscripción, el sistema inmobiliario se desmoronaría y quedaría sustituido por un sistema meramente civil de clandestinidad inmobiliaria que los legisladores de 1861 y los modernos analistas económicos del Derecho tratan de obviar por las nefastas consecuencias económicas y jurídicas que conlleva.

Pues bien, el artículo 35 LH es uno de los preceptos que establece unos determinados efectos para la inscripción, y su texto terminante no puede ser desvirtuado, eliminado y derogado, dejando el precepto en letra muerta y la inscripción como algo totalmente inútil para la usucapción *secundum tabulas*.

2.º) Además del Código Civil y de las diferentes Compilaciones o textos normativos de las Comunidades Autónomas, existe también la Ley Hipotecaria, que ha de aplicarse en el ámbito de los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, en los términos que resultan de la propia Ley Hipotecaria.

Es decir, la Ley Hipotecaria no es una legislación excepcional, misteriosa y atípica, que habría de ceder ante los conceptos clásicos del Derecho Civil, sino que es un cuerpo legal fundamental en la aplicación de los derechos reales inmobiliarios y en la regulación de los modos de adquirir.

No puede olvidarse que la propia Constitución en el artículo 149.1.8.º considera todo lo relativo a la ordenación de los Registros no como legislación adjetiva o formal, sino como *legislación civil*.

Y una vez más hay que aludir al importantísimo, aunque casi siempre olvidado, artículo 608 del Código Civil, cuando dice que «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, *efectos* y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y *el valor de los asientos de sus libros*, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

Enlazando este precepto y el artículo 149.1.8.º de la Constitución con el artículo 35 LH, resulta que este último es como si se encontrara dentro del Código Civil, que ha de ser respetado y aplicado igual que lo sería uno del Código Civil, pues es el propio Código el que se remite en cuanto a *los efectos de la inscripción* (y uno de ellos es el efecto del art. 35 LH) y *en cuanto al valor de los asientos* (y también está en juego el valor del asiento en el art. 35 LH), a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

3.º) Hay una secular tendencia entre los civilistas a interpretar la materia civil desde la perspectiva del Derecho romano y de sus principios, olvidando que desde el año 1861 en que se aprueba la legislación hipotecaria, entró en nuestro sistema la inspiración del Derecho germánico y los requisitos y efectos de la publicidad registral en el ámbito civil inmobiliario, como si formara un cuerpo único con la legislación civil.

Por tanto, los conceptos clásicos del Código Civil, como el «justo título» y la «posesión» no pueden entenderse al margen de la legislación hipotecaria interpretándolos al más puro estilo romanista, sino que han de interpretarse de acuerdo con los principios germánicos que inspiran la regulación del tráfico jurídico inmobiliario y la seguridad jurídica y económica de los bienes.

Así, en una economía primitiva o medieval podía seguir hablándose del «justo título» o de la «posesión» como conceptos ajenos totalmente a la publicidad registral. Pero en los tiempos modernos de publicidad registral, la inscripción tiene mucho que decir, según el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, respecto al «justo título» y a la posesión.

4.º) No hay que olvidar tampoco que nuestra reforma hipotecaria de 1944-46 tuvo como inspiración en el artículo 35 LH la usucapión «tabular» de los sistemas germánicos, con la diferencia de exigir el requisito de la posesión, si bien presumida por la inscripción, pero entonces, para que no quedara en letra muerta el precepto, y ya que se exige el elemento de la posesión, no podía también exigirse el elemento «justo título» como independiente de la inscripción, pues en tal caso, como después veremos, carece de sentido regular la usucapión *secundum tabulas*, sencillamente porque la regulación del artículo 35 LH no valdría absolutamente para nada.

IV. LA FINALIDAD DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA

El principio de usucapión *secundum tabulas*, recogido en el artículo 35 LH tiene una finalidad muy clara: «acortar, a través de la inscripción registral, el largo plazo de treinta años de la usucapión extraordinaria».

Si se desvirtúa la letra del artículo 35 LH hasta el límite, como hacen algunos autores, pierde todo sentido el citado precepto y la función que tiene encomendada «a efectos de la prescripción adquisitiva», sencillamente, porque con esas interpretaciones, queda en letra muerta.

Seguramente no hubiera planteado ninguna polémica ni interpretación el artículo 35 LH si el texto del precepto dijera: «A los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito, la inscripción servirá para acortar el plazo de treinta años de la prescripción extraordinaria, aplicándose los plazos de la usucapión ordinaria y presumiéndose a través de la inscripción la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante el plazo de vigencia del asiento y de sus antecesores de quienes traiga causa».

Pero ese es el único sentido y finalidad del artículo 35 LH, aunque emplee la expresión «será justo título», en lugar de decir que la inscripción «acortará el plazo de la usucapión extraordinaria, aplicándose los plazos de la usucapión ordinaria», pues en otro caso, carece de eficacia práctica, lo cual sería absurdo, pues un precepto se establece para que tenga aplicación y no para lo contrario.

V. LAS DOS FUNCIONES DISTINTAS DE LA INSCRIPCION DE QUE SE VALE EL ARTICULO 35 LH

Para conseguir la finalidad anteriormente apuntada, el artículo 35 LH establece dos funciones totalmente diferentes de la inscripción registral, que no pueden ser identificadas como pretenden algunos autores, sin comprender la motivación última del precepto y del principio hipotecario de usucapión *secundum tabulas*.

Por un lado, está la inscripción en sí misma, como valor de publicidad, que sustituye la clandestinidad del «justo título» entendido en sentido tradicional romano.

Y por otro lado, está la inscripción como presunción de posesión y de los caracteres de ésta necesarios para la usucapión ordinaria.

VI. LA INSCRIPCION EN SU FUNCION DE PUBLICIDAD EN SUSTITUCION DEL «JUSTO TITULO»

La primera de las funciones de la inscripción en el artículo 35 LH es la de ser sustitutiva del «justo título». Aquí no hay «presunción» sino «equivalencia», y ello, no sólo por los términos del precepto, que luego comentaremos, sino porque es la característica típica de la usucapición *secundum tabulas*. Si para una usucapición ordinaria, la inscripción lo único que hace es presumir *iuris tantum* del título, el artículo 35 LH no tendría ningún sentido. En primer lugar, porque sería una repetición del artículo 38 LH. Y en segundo lugar, porque carecería de toda eficacia práctica, pues todos sabemos lo sencillo que es desvirtuar ante los Tribunales el valor de la inscripción por cualquier medio de prueba.

La inscripción no puede ser relegada a una mera «presunción de justo título», en contra de los términos del precepto, porque se olvida el valor de «publicidad» que tiene la inscripción a efectos de la usucapición, tanta o más que la posesión misma en los tiempos modernos en que la inscripción registral se vive intensamente, y sería imperdonable para el *verus dominus* dejar descuidado un aspecto tan importante como la «publicidad registral», permitiendo que otro la utilice y quedar él en completa «clandestinidad inmobiliaria». Esta clandestinidad podía admitirse en Derecho romano en que no existía el Registro, o en la Edad Media o Moderna de incipiente publicidad registral. Pero es totalmente improcedente en el momento actual. Y por eso, la legislación hipotecaria introduce la «inscripción», o sea, «el elemento de publicidad registral» como ingrediente fundamental de la usucapición ordinaria, en sustitución del «justo título», porque no se trata de hacer un «remedo» del título, sino de valorar la «publicidad registral» frente a la clandestinidad inmobiliaria.

VII. LOS TERMINOS DEL PRECEPTO RESPECTO A LA INSCRIPCION COMO JUSTO TITULO

Si del plano de las motivaciones o fundamentos pasamos a los términos del precepto, que no hay que olvidar que constituyen un elemento de interpretación fundamental cuando son claros y concluyentes, se confirmará que en el pensamiento del artículo 35 LH nada hay más ajeno que la «presunción *iuris tantum*» de justo título.

Hay dos aspectos importantes a estos efectos:

- a) En primer lugar, el artículo 35 LH es muy claro. No dice que la inscripción tiene el valor de *presunción de justo título*, sino que dice que *será justo título*. La expresión es muy clara, máxime en el con-

texto de la Ley Hipotecaria, que es una Ley que maneja frecuentemente las presunciones, y sin embargo en este aspecto ha eludido tajantemente la idea de presunción. Ante esos términos claros y rotundos, que excluyen la idea de presunción, no puede la doctrina de los autores hacer decir al precepto lo que no quiso decir ni dijo de ninguna manera, pues entonces no servirían para nada las leyes, que podrían ser interpretadas a capricho del intérprete.

- b) En segundo lugar, el tema queda todavía más claro si se examina el resto del precepto, pues a continuación, el legislador sí que emplea la expresión de la «presunción» para referirse a la posesión. Es decir, el legislador es consciente, en el breve texto del precepto, de lo que dijo y quiso decir pues, seguidamente, para referirse a la posesión, emplea la expresión de «presunción», y no lo hace en cambio, cuando se refiere al «justo título». Por tanto, la frase inicial: «la inscripción será justo título» queda todavía más clara dentro del contexto del propio precepto y de sus propios términos.

VIII. LA INTERPRETACION SISTEMATICA

El artículo 35 LH no constituye un precepto aislado, sino que va unido a todo el conjunto de preceptos que regulan los efectos de la inscripción, y que van desde el artículo 32 hasta el artículo 41 LH.

Todos esos preceptos constituyen el «contexto sistemático» en que va encuadrado el artículo 35 LH, porque todos esos preceptos se refieren a los «efectos de la inscripción».

Comienza el artículo 32 LH regulando el principio hipotecario de inoponibilidad, en el sentido de que lo no inscrito no puede perjudicar al tercero que ha inscrito, lo que tiene aplicación fundamental en el caso de la doble venta, tal como aparece regulado en el fundamental artículo 1.473.2.º del Código Civil, que no es más que el trasunto del antiguo artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, coincidente con el actual artículo 32.

En la doble venta, se trata de dos ventas válidas desde el punto de vista estructural o de los requisitos del negocio jurídico, pues lo único que hay es un conflicto de títulos, que se regula por el principio de prioridad registral, sin que entre en juego el problema de la validez o nulidad, pues ambas ventas son válidas desde el punto de vista de los requisitos *internos* del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa, según el art. 1.261 del Código Civil).

Ahora bien, podría suceder que alguna de esas ventas fuera nula por razón del consentimiento, del objeto o de la causa, es decir, no por razón de la doble venta o del conflicto de títulos, y en tal caso, viene a continuación el artículo 33 de la Ley Hipotecaria para advertir que «la inscripción no convalida los

actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». Por tanto, si una de las ventas es nula por falta de consentimiento, objeto o causa, o por infracción de alguna ley imperativa (art. 6 del Código Civil), aunque inscriba primero, la inscripción no la convalida.

Si todo quedara aquí, se derrumbaría el sistema inmobiliario de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario en relación con los terceros, y de ahí que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria establezca el principio hipotecario de fe pública registral de base germánica en favor del tercero que reúne los requisitos de dicho precepto, regulando la adquisición *a non domino* propia de los sistemas germánicos y totalmente desconocida en el Derecho romano en que imperaba el clásico principio *Nemo plus iuris...*

Pero el artículo 34 tiene a su vez una continuación, si bien en distinto ámbito, en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que a su vez es también continuación del artículo 33 de la misma.

Y la explicación es la siguiente: si la legislación hipotecaria sólo protegiera al titular registral en caso de conflicto de títulos otorgados por el mismo titular (doble venta, doble hipoteca, etc.) y sólo protegiera a los terceros hipotecarios del artículo 34 LH, con toda esa serie de requisitos exigidos muchas veces con gran rigidez y dureza por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resultaría que quedaría todo un mundo de titulares registrales y personas que no tendrían ningún efecto favorable a pesar de haber obtenido la inscripción.

Concretamente, quedarían sin estímulo todo el mundo de los donatarios, herederos y demás adquirentes a título gratuito, que han de tener ventajas registrales si cumplen las reglas de juego de la publicidad registral, pues en otro caso preferirían mantenerse en el mundo oculto de la clandestinidad inmobiliaria, con grave detrimento para un cuadro completo de publicidad registral, que es lo que persigue el legislador.

Quedarían también sin ningún estímulo los inmatriculantes e incluso los terceros a los que les faltara en el momento de la adquisición el requisito de la previa inscripción.

Incluso personas que fueron parte en el acto o contrato nulo, pero que venían poseyendo de buena fe, también quedarían sin ventaja alguna a pesar de haber actuado diligentemente obteniendo la publicidad registral que el legislador trata de fomentar por razones de seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario.

Para completar el cuadro de protección registral de una forma moderada, el legislador ha implantado el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, apoyándose en la experiencia germánica de la usucapción *secundum tabulas*, pero apoyada en la posesión.

Más adelante, a los efectos que ahora nos interesan, el legislador ha establecido un sistema de «presunciones *iuris tantum*» a favor del titular registral en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

El paisaje hipotecario de preceptos que acabamos de dibujar, en el que se encuentra incluido el artículo 35 LH, revela que dicho precepto ha de ser interpretado en coherencia con dicho contexto. Y así, el artículo 35 LH:

- a) Significa una matización del artículo 33 LH, en la misma línea, pero en sentido distinto, que la matización que hace al artículo 34 LH. El artículo 33 LH dice que la inscripción no convalida el acto o contrato nulo. Pero en relación con el tercero del artículo 34 LH, la inscripción sí convalida ese contrato nulo operando una adquisición *a non domino*. Y el artículo 35 LH también convalida el acto o contrato nulo a través no sólo de la inscripción, sino de ésta unida al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria más la presunción de posesión que implica. Es decir, en el artículo 35 LH la inscripción no es que se presuma que es justo título, sino que la inscripción misma convalida el acto o contrato nulo porque equivale directamente al título verdadero, válido y probado, siempre que vaya unida a la presunción de posesión y al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria.
- b) Tiene que significar algo más y distinto de lo que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues si sólo fuera una presunción de «justo título», sería un precepto idéntico y repetido del artículo 38 LH, lo que sería absurdo usando las reglas de la lógica interpretativa, pues si el legislador ha establecido un precepto específico, y con unos determinados términos claros, no puede reconducirse a los términos repetitivos del artículo 38 LH, precepto de distinta finalidad. Por tanto, el artículo 35 LH es un precepto autónomo, con unos efectos propios, que dan lugar al que hemos denominado principio hipotecario de usucapión *secundum tabulas*, que también goza de autonomía respecto al principio de legitimación registral, porque no se trata de una simple presunción *iuris tantum*, sino de una sustitución del requisito del justo título por la inscripción como elemento de publicidad inmobiliaria para acortar el largo plazo de la usucapión extraordinaria.

IX. LOS ANTECEDENTES DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA

El artículo 3 del Código Civil no sólo alude a los elementos gramatical, lógico y sistemático, entre otros cánones interpretativos, sino que también alude a los antecedentes históricos y legislativos.

El material histórico apenas nos sirve en este caso, pues el artículo 35 LH en su nueva redacción de 1944-46 constituye una novedad respecto a la legislación anterior.

En cambio, los antecedentes legislativos son altamente significativos respecto a lo que significa el artículo 35 LH al asignar a la inscripción la condición de «justo título».

En este sentido, la Exposición de Motivos, como material legislativo fundamental explicativo de lo que se pretendía con la implantación del artículo 35 LH, es bien significativa.

Por una parte, alude al «valor jurídico inatacable que conviene dar a los asientos registrales».

Por otra parte, después de señalar las dos clases de prescripción, dice respecto a la llamada «prescripción tabular», que «convalida y ratifica las situaciones registrales». Pues bien, para «convalidar y ratificar situaciones registrales», la única forma es considerar la inscripción como equivalente al título, aunque éste sea nulo, prescindiendo por tanto, del título, que es la única forma de convalidarlo.

X. RELACION ENTRE LOS ARTICULOS 33 Y 35 DE LA LEY HIPOTECARIA

El artículo 33 de la Ley Hipotecaria establece que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

A veces este precepto no ha sido rectamente entendido. Es evidente que si se interpreta sin más aisladamente, daría al traste con los efectos «convalidatorios» que tiene la inscripción en nuestro sistema, según otros preceptos.

Para comprenderlo, hay que observar que en su formulación originaria, el actual artículo 33 era el primer párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y luego se estableció lo que dispone el artículo 34 LH, iniciándolo con un «no obstante». Aunque ahora estén en preceptos separados, el planteamiento sigue siendo el mismo. Aunque la inscripción no convalide el acto o contrato nulo (art. 33 LH), no obstante, respecto al tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH, la inscripción de este tercero convalida para él el acto o contrato nulo precedente.

Es decir, el artículo 34 LH introduce una primera modalización o matización al artículo 33 LH.

Pues bien, el artículo 35 LH introduce una segunda modalización o matización al artículo 33 LH, de distinto signo que la establecida por el artículo 34 LH.

Esa modalización o matización del artículo 35 LH consiste en que, si bien la inscripción no convalida el acto o contrato nulo, «a efectos de la prescripción adquisitiva», cuando haya transcurrido el plazo de la usucapión ordinaria existiendo posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe, esa inscripción con transcurso de plazo y con presunción de posesión de esas carac-

terísticas, convalida el acto o contrato nulo y sustituye al acto o contrato inexistente.

A esta matización del artículo 35 LH respecto al 33 LH, invita a un triple orden de consideraciones:

1.^ª) La consideración de la inscripción como «justo título» en el artículo 35 LH, lo que significa que «a efectos de la prescripción adquisitiva» se prescinde del «título material», es decir, del acto o contrato, a que se refiere el artículo 33 LH, y ya no importa que sea nulo, inexistente, falso o con vicios o defectos.

2.^ª) La explicación del artículo 35 LH en la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, como precepto que sirve para «convalidar situaciones registrales».

3.^ª) La colocación sistemática misma del artículo 35 LH, a continuación del artículo 34 LH, que es la primera modalización o matización del artículo 33, y por tanto, el artículo 35 que viene a continuación representa la segunda modalización o matización de dicho precepto. No es propiamente una excepción al artículo 33 LH, pues la inscripción convalida el acto o contrato nulo, porque va unida a la presunción de posesión y al transcurso del plazo de usucapión. Pero si se entendiera que ello representa una excepción al artículo 33 LH, no hay más que aceptar que lo es, tal como resulta del propio precepto, si bien limitado al ámbito de la «prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito», como el artículo 34 LH limita la excepción al ámbito del tercero de la fe pública registral que reúna los cuatro requisitos de dicho precepto.

XI. LA RELACION DEL ARTICULO 35 CON EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA

La única relación del artículo 35 con el artículo 34 LH consiste en que ambos constituyen una modalización o matización del artículo 33 LH, y en tal sentido, ambos representan una «convalidación» de situaciones registrales.

Pero fuera de este parecido, nada tienen que ver uno y otro precepto, porque se refieren a ámbitos diferentes.

El artículo 34 LH se refiere al ámbito de la fe pública registral, y concretamente al tercero hipotecario que reúna los cuatro requisitos de dicho precepto, y contempla una adquisición «instantánea», *a non domino*, en virtud de la inscripción registral.

En cambio, el artículo 35 LH se refiere al ámbito de la «usucapión *secundum tabulas*», y nada tiene que ver con el tercero del artículo 34 LH, sencillamente porque ese tercero no necesita acudir a la usucapión *secundum tabulas*, al gozar ya de una especie de prescripción «instantánea», o adquisición directa *a non domino*, en virtud del artículo 34 LH.

Aunque a veces la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha involucrado el artículo 35 con el 34 LH, llegando a decir que el artículo 35 se refiere al tercero hipotecario, esta interpretación carece de sentido, pues si así fuera, sobraría el artículo 35, ya que para quien es tercero del artículo 34 LH, ya existe este precepto, que hace inútil la usucapión ordinaria.

El artículo 35 LH se refiere a aquellos supuestos en que no se trata de un tercero, o bien, aquellos supuestos en que el tercero no reúne los requisitos de los artículos 32 o 34 LH.

Efectivamente, el artículo 35 se refiere «al titular inscrito», y al prescindir del título material, lo mismo da que se trate de «parte» en el contrato nulo, que de un tercero que no reúna los requisitos del artículo 34. Por tanto, lo mismo se refiere al que fue parte en un contrato nulo, pero que posee de buena fe, que al que es tercero a ese contrato nulo, pero no reúne los requisitos del artículo 34 LH (inmatriculante, adquirente inscrito al que le falte la previa inscripción en el momento de adquirir, adquirente a título gratuito o heredero o legatario).

XII. EL ARTICULO 35 Y EL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA

Uno de los males en la interpretación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria ha sido el querer relacionarlo con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando se trata de dos preceptos independientes que responden a principios diferentes.

El artículo 38 se refiere a una presunción *iuris tantum* de titularidad del derecho y de posesión del mismo.

En cambio, el artículo 35 LH no habla para nada de «presunción» de justo título, sino que dice de modo claro y directo que la «inscripción será justo título», cuando lo sea por haber transcurrido el plazo de la usucapión ordinaria sin que haya sido impugnada. Por tanto, no estamos en el ámbito de la presunción de legitimación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, el principio de legitimación del artículo 38 LH opera a los efectos de ser considerado como titular en el sentido de estar «legitimado» para actuar en el ámbito tanto judicial como extrajudicial. En cambio, en el artículo 35 LH, no se trata de ninguna legitimación. Se trata de coadyuvar a la adquisición por usucapión ordinaria, sin necesidad de esperar el largo plazo de la usucapión extraordinaria. Pero esto no es legitimación, sino «publicidad registral» y eficacia de tal publicidad a efectos de la usucapión, con independencia de toda legitimación. Es un problema de «adquisición del derecho inscrito por usucapión», y no un problema de legitimación para actuar en el tráfico o en el ámbito procesal o administrativo.

En la segunda parte del artículo 35 LH se alude, en cambio, a una presunción: la de posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe. Pero aun en este segundo aspecto, tampoco se identifica con la presunción del artículo 38 LH, pues mientras ésta se refiere a la presunción de «ejercicio» del derecho, o de «posesión espiritual», precisamente para dar una acción al titular registral que no posee materialmente frente al ocupante o perturbador material, a través del artículo 41 LH, en cambio, la presunción de posesión del artículo 35 LH, tiene dos diferencias:

- a) Que se trata de una presunción de posesión a efectos de conseguir la adquisición del derecho por el transcurso del plazo de la usucapión ordinaria.
- b) Que se trata no ya de presumir la posesión en concepto de dueño, pues esto no es necesario, al resultar directamente del asiento registral (la inscripción del derecho tal como resulta del asiento en sustitución del justo título), sino de presumir una serie de caracteres de esa posesión a efectos de obtener la usucapión ordinaria, es decir, la presunción de posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe, nada de lo cual aparece en el artículo 38 LH, porque a este precepto le preocupa la legitimación del titular registral en el tráfico y en el proceso, y no el problema de la adquisición del derecho a través de la usucapión ordinaria, que es lo que pretende el artículo 35 LH.

XIII. LA DOCTRINA DE LOS AUTORES SOBRE LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA

Existen dos posiciones doctrinales acerca de la interpretación del artículo 35 LH: la que entiende que la inscripción es justo título y que suple dicho requisito; y la que entiende que la inscripción no es más que una presunción de justo título de carácter *iuris tantum*, desvirtuable por la prueba en contrario.

A) *La primera posición doctrinal acerca del artículo 35 de la Ley Hipotecaria es aquélla que entiende que la inscripción no supone una simple presunción de justo título, sino que ella misma «es y equivale» al justo título.*

Dentro de esta primera posición hay importantes autores, como son PORCIOLES, ROCA SASTRE, NÚÑEZ LAGOS, LA RICA, BADOSA COLL, ENCARNACIÓN ROCA y ALBALADEJO, aparte de otros muchos anteriores, que constituyen lo que se puede denominar «doctrina clásica del artículo 35 LH».

PORCIOLES, cuya opinión es especialmente importante, por ser miembro de la Comisión que redactó el Anteproyecto de la Ley Hipotecaria, que sirvió de antecedente a la Ley de 1944, dice:

«El artículo 35, que se contrae a la prescripción tabular, refuerza sólidamente la posición del titular inscrito. A la inscripción se le concede el carácter de justo título, y se sienta la presunción, naturalmente *iuris tantum* de que el titular del Registro ha poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia de su asiento. Las dudas que en nuestra patria se habían suscitado sobre lo que debe estimarse por justo título, y especialmente por verdadero y válido, quedan en gran parte obviadas para los titulares que estén prescribiendo según el Registro. La usucapición mientras subsista equivaldrá al justo título, y sólo mediante su rectificación en la forma que determine la LH podrá desposeerse de este carácter al titular inscrito» («La prescripción y el Registro de la Propiedad», en *Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*, 1945, pág. 189).

ROCA SASTRE dice lo siguiente:

«No es, pues, que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria *presuma* la existencia de tal justo título, con presunción *iuris tantum*, sino que rotundamente quiere que la inscripción *valga como título*. En una palabra, según este artículo 35 la inscripción, en tanto esté vigente, implica de por sí justo título a favor del titular registral a los efectos de la prescripción adquisitiva ordinaria. La inscripción por sí sola, independientemente de toda idea de existencia de título formal o documental *hace las veces* de causa hábil o de título justo para la usucapición ordinaria. La inscripción por sí sola es el *sucedáneo* del justo título requerido para este tipo de usucapición siempre con tal que la misma persona del usucapiente figure como titular registral del mismo dominio o derecho real objeto de la usucapición, y en tanto subsista como tal inscripción. Ante lo terminante del precepto huelga o es ocioso querer penetrar en el examen de la validez, idoneidad o existencia de un título documental base de la inscripción correspondiente, pues aunque éste, como caso insólito no hubiera existido, la inscripción existiría y haría las funciones de tal *título justo* a efectos de la usucapición ordinaria. El artículo 35 dispone que mientras tal inscripción subsista o no esté cancelada despliega la fuerza de *iusta causa usucapionis* a los fines del artículo 35 que comentamos. Y esto aunque tal inscripción lo sea de inmatriculación» (Derecho Hipotecario, II, 7.^a ed., 1976, págs. 13 y sigs.).

Nos parece impecable la exposición de ROCA SASTRE en pro de la autonomía y subsistencia del artículo 35 LH, pero entendemos que debería haberse esforzado en resaltar más los argumentos derivados del texto del precepto, así como los que resultan de su finalidad, pues la mera expresión «será justo título la inscripción», aunque contundente y básica, va a ser zarandeada posteriormente por otros autores, por lo que convenía dejar mejor perfilada la argumentación.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, en su importante artículo de la *RGLJ* «Realidad y Registro», llega a la conclusión de que «la inscripción equivale al justo título», y «mientras no se extinga el asiento, la inscripción es justo título irremediablemente, y una vez pasado el plazo de usucapión ordinaria sin posible prueba en contrario... Transcurrido el plazo para la usucapión ordinaria, ésta podrá impugnarse por haber faltado la posesión de hecho, pero no por el título si ha habido inscripción» (*RGLJ*, 1945, I, pág. 454).

LA RICA conceptúa la inscripción en el artículo 35 LH como «afirmación» más que «presunción», o bien «presunción *iuris et de iure*», entendiendo que «la inscripción en el Registro actúa siempre como *justo título*, suple a cualquier otro título mejor o peor» (*Comentarios a la reforma de la Ley Hipotecaria*, 1945, pág. 99).

Muy importante es la opinión de BADOSA COLL, que se mueve en esta misma línea, diciendo:

«Respecto a la relación título material-inscripción, el principio fundamental que las rige es el artículo 33 LH, en virtud del cual la inscripción no convalida el título material inválido. O lo que es lo mismo, el título material, aunque esté inscrito, sigue rigiéndose por sus reglas específicas (las de Derecho material). Pues bien, el artículo 35 de la Ley Hipotecaria aporta indirectamente una modificación a tal regla del artículo 33, no convalidando el título inválido (lo que significa derogar este último), pero sí supliendo sus irregularidades y concretamente su ineptitud para actuar en la usucapión. O sea, que el título del artículo 35 funciona como si corrigiera las deficiencias del título material inscrito. Aunque en realidad lo que hace es crear un nuevo título con una virtualidad *per se* y autónoma. En la práctica es, pues, como si lo hubiera convalidado (a los solos efectos de la usucapión). En el caso de que el título inscrito sea válido, nos encontramos con dos títulos: el material inscrito y la inscripción, ambos adecuados para la usucapión. ¿Cuál es entonces la utilidad del artículo 35 de la Ley Hipotecaria? La facilidad de la prueba. Evidentemente, al título del artículo 35 le es perfectamente aplicable el artículo 1.954 del Código Civil, lo mismo que al material inscrito. Lo que ocurre es que es mucho más fácil probar el título por equivalencia, gracias a la publicidad formal del Registro, que probar el título material, por lo que en la mayoría de los casos el título que se alegrará para la usucapión será la inscripción».

Y más adelante, señala: «Repercusión del artículo 35 de la Ley Hipotecaria respecto del título material inexistente. En cuanto al título material inexistente es evidente que, prescindiendo el artículo 35 de toda alusión a la buena fe, es perfectamente posible que el título por equivalencia supla un título material inexistente, puesto que sólo exige la mera inscripción sin referirse al proceso que ha llevado a ella ni a lo que sea de un título material existente (en tal caso, sin embargo, faltaría la buena fe)».

Y añade seguidamente: «El artículo 35 de la Ley Hipotecaria deroga la regla del artículo 1.940, que exige un justo título como requisito de la usucapión. En efecto, el artículo 1.940 exige para la usucapión ordinaria un justo título. Y éste es el que legalmente basta para transmitir el derecho real que se usucape (art. 1.952). Pues bien, el artículo 35 de la Ley Hipotecaria constituye en título *ad usucapionem* a un asiento registral, que como tal no es adecuado para transmitir el derecho real que pública. Al admitir la inscripción como título a efectos de la usucapión, el artículo 35 de la Ley Hipotecaria viene a modificar el contenido del artículo 1.940 del Código Civil, haciendo posible excepcionalmente que un título que no es “justo” sea, sin embargo, adecuado para la usucapión» (En Seix, XIV, 1971, en la voz «Justo título», págs. 698 y 699).

También ENCARNA ROCA niega que la inscripción sea presunción de título, pues ésta convierte en título para la usucapión al título material defectuoso (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979, enero-febrero).

Otro autor importante que hay que incluir en este grupo es ALBALADEJO, que siempre ha defendido que el sentido del artículo 35 LH es configurar la inscripción como «equivalente» a justo título, y no como presunción *iuris tantum* de título.

Destaca, pues, su acérrima defensa del sentido literal, lógico y terminante del precepto, frente a aquellas sentencias y autores que han tratado de desvirtuar su letra y su sentido.

Especialmente importantes son las observaciones críticas a las sentencias y autores defensores de la posición contraria, según veremos más adelante, pues aprovecharemos esas importantes críticas de ALBALADEJO al exponer la doctrina y la jurisprudencia.

Lo más significativo de su aportación es, no sólo atender a la letra del precepto, que no admite otra interpretación que la de que la inscripción *es* justo título, sino también resaltar que, en otro caso, el artículo 35 LH sería inútil y no serviría absolutamente para nada.

Lo único que tenemos que criticar de la última posición del autor es que, después de haber mantenido una trayectoria digna de elogio en pro de la eficacia del artículo 35 LH, últimamente manifieste algunas fisuras importantes que pueden dar al traste con dicha eficacia del precepto, a pesar de lo cual, nos resistimos a excluirle de este primer grupo de autores que dan eficacia a la inscripción como justo título.

Concretamente, no aceptamos dos aseveraciones de ALBALADEJO, últimamente manifestadas en su trabajo «La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapión» (*Anuario de Derecho Civil*, 1992, fascículo I, págs. 5 y sigs.), que son las siguientes:

1.ª) Que, después de todo, es indiferente mantener la tesis de que la inscripción equivale al justo título y la tesis de que la inscripción es una

presunción *iuris tantum* de justo título, como si con una y otra se llegase a idénticos resultados.

2.ª) Que, como secuela de lo anterior, la inscripción es justo título mientras no sea impugnada por nulidad de la inscripción o del título, y que tal impugnación puede hacerse en cualquier tiempo, incluso cuando ya ha transcurrido el plazo de la usucapión ordinaria.

Disentimos abiertamente de estas dos últimas observaciones de ALBALADEJO, pero la impecable trayectoria de este autor en defensa de la inscripción como justo título y sus aportaciones críticas frente a los autores que derivan el artículo 35 LH hacia la inutilidad y la ineficacia, nos llevan a continuar incluyendo a ALBALADEJO entre los autores que defienden que la inscripción equivale al justo título.

B) *La segunda posición doctrinal acerca del artículo 35 de la Ley Hipotecaria es aquélla que entiende que la inscripción no es más que una presunción iuris tantum de justo título y no una equivalencia de justo título.*

Hay que incluir en primer lugar, dentro de este grupo de autores, a BÉRGAMO, en una conferencia publicada en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, titulada «La usucapión y el Registro de la Propiedad» (págs. 271 a 314 del Volumen III, año 1946).

Pero el planteamiento de BÉRGAMO obedece a dos presupuestos que no compartimos, porque darían al traste con la eficacia del artículo 35 LH.

Por una parte, BÉRGAMO se muestra dubitativo, pues dice que «es dudoso que esta presunción de justo título, que el artículo 35 atribuye a la inscripción constituya un postulado jurídico inatacable». Luego no está muy seguro de su propia posición.

Sigue diciendo BÉRGAMO que «si pretendiéramos concederle el rango de presunción *de iuris et de iure*, no sólo tropezaríamos con el obstáculo fundamental que opone el artículo 1.954 del Código Civil, a tenor del cual «el justo título debe probarse, no se presume nunca»...

Respecto a esta primera observación de BÉRGAMO, entendemos que la alegación del artículo 1.954 del Código Civil está desenfocada, pues si precisamente quiere significar algo el artículo 35 LH, y su introducción por el legislador hipotecario en 1944-46, es para modalizar o modificar ese precepto del Código Civil. Por otro lado, el artículo 35 LH no establece una presunción, ni *iuris tantum* ni *iuris et de iure*, sino una consideración de que la inscripción equivale al justo título, lo que quiere significar que ha de prescindirse del título material a efectos de la usucapión del titular inscrito, para estar exclusivamente a la inscripción.

En segundo lugar, BÉRGAMO opina también que si se tratase de presunción, *iuris et de iure*, «echaríamos al olvido que la presunción legitimadora, típica de la inscripción, tiene en su fondo, por la propia esencia de las presunciones

iuris tantum un simple juego procesal, consistente en echar la carga de la prueba sobre el adversario del Registro.

Con esta segunda observación, BÉRGAMO confunde el artículo 35 LH con el artículo 38 LH, cuando es un precepto autónomo e independiente del artículo 38, con una función convalidante similar a la del artículo 34, en ámbito diferente, que no tiene el artículo 38 LH, limitado al ámbito de la legitimación registral.

SANZ FERNÁNDEZ es otro de los autores que ha propugnado que la inscripción no es justo título, sino una simple presunción *iuris tantum* de justo título (*Instituciones de Derecho Hipotecario*. 1948, págs. 532 y 533).

El enfoque del artículo 35 LH por parte de SANZ no es convincente, porque parte de una serie de «apriorismos» que necesitan demostración.

Por un lado, SANZ cree que el artículo 35 LH es una mera derivación del artículo 38 LH, con lo que confunde el principio de legitimación registral de este precepto con la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH, que nada tiene que ver con ello, según hemos indicado anteriormente.

Por otro lado, SANZ cree que hay que atender a los requisitos establecidos en el Código Civil para la usucapión ordinaria. Pero entonces no tendría ningún sentido, la existencia del artículo 35 LH, que si existe es para señalar unas especialidades respecto al Código Civil, máxime remitiéndose el artículo 608 del Código Civil a la Ley Hipotecaria en cuanto a los efectos de la inscripción.

Otros inconvenientes graves de la opinión de SANZ consisten en que para nada tiene en cuenta el texto terminante del artículo 35 LH («la inscripción será justo título»), ni la explicación del precepto por la Exposición de Motivos de la Ley de 1994 como precepto que sirve para «convalidar situaciones registrales».

Dentro de esta posición doctrinal también merece destacarse a ANTONIO M. MORALES MORENO, pues a partir de sus observaciones, siempre sugerentes en un civilista profundo como él, motivó que otros civilistas posteriores se sintieran convencidos y cambiaran incluso de criterio, como ocurrió en el caso de LACRUZ. Expone su interpretación en su trabajo: «La inscripción y el justo título de usucapión», en *Anuario de Derecho Civil*, 1971, fascículo IV, págs. 1123 y sigs.

Disentimos de la posición de este nuestro compañero de estudios de Derecho y buen amigo, por las consideraciones que siguen. Se hace inevitable hacer la correspondiente crítica a la posición de dicho autor, pues estamos ante un tema crucial: la supervivencia o la muerte del principio hipotecario de «usucapión *secundum tabulas*».

Interesa, por tanto, aunque sea penoso para el que escribe estas notas, que aprecia la importancia de dicho autor en otras parcelas del Derecho Civil, tratar de desvirtuar la interpretación de ANTONIO MORALES sobre el artículo 35 LH.

ANTONIO MORALES basa su opinión en un doble orden de argumentos:

- a) Por una parte, la idea de coordinación de la Ley Hipotecaria con el Código Civil.
- b) Por otra parte, la idea de coordinación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria con la protección que dispensa el Registro de la Propiedad.

a) Respecto al primer aspecto, parte ANTONIO MORALES MORENO de que la interpretación que equipara la inscripción con el justo título, «resulta contradictoria, o al menos perturbadora», «desde el plano de los requisitos del justo título exigidos por el Código Civil en la usucapión ordinaria», lo que le parece que no es conforme con «el espíritu de armonía con el Código Civil que parece animar el artículo 35 LH», al aludir «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito» y a la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944.

Pero este planteamiento no es convincente, pues precisamente el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, si tiene alguna finalidad, no es repetir los requisitos de la usucapión ordinaria del Código Civil, sino todo lo contrario, señalar las especialidades que la inscripción representa para la usucapión ordinaria. En otro caso, no tendría sentido dicho precepto, pues bastaría la regulación del Código Civil y los preceptos de la Ley Hipotecaria relativos a otros principios hipotecarios.

La frase del artículo 35 LH «a los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito» revela únicamente el ámbito del precepto, que es la «usucapión *secundum tabulas*», y no la usucapión *contra tabulas*, de la que se ocupa el artículo 36 siguiente, pero no revela por sí misma ningún criterio u orientación de asimilación a la regulación del Código Civil, sino el encuadramiento del precepto en el ámbito de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito. Más bien determina una diferencia con los requisitos del Código Civil, pues mientras «los efectos de la prescripción adquisitiva a favor de quien no sea titular inscrito» quedarían regulados los requisitos por el Código Civil, en cambio, en relación con el «titular inscrito» los requisitos de la prescripción adquisitiva son los que contempla el artículo 35 de la Ley Hipotecaria.

Por tanto, no importa que la inscripción no sea exponente del justo título material que invoca el Código Civil, pues se trata de una regulación en el ámbito registral y de unos efectos de la inscripción, que resultan del artículo 35 LH y no del Código Civil, y que éste respeta a través de la remisión en cuanto a efectos de inscripción en el ya citado artículo 608 del Código Civil.

Por lo mismo, no ha de extrañar que sea posible una usucapión ordinaria sin justo título, y que eso sea «difícilmente concebible desde el Código Civil»

(pág. 1130), pues lo que se está planteando es la especialidad de la regulación de la Ley Hipotecaria respecto a la regulación del Código Civil.

Por eso, tampoco ha de extrañar que si «el derecho referido en el título sustantivo aparece diversamente configurado que en la inscripción», «la adquisición se producirá conforme a la inscripción, al margen de la voluntad (consentimiento) de las partes, que cristalizó en el título material», pues al ser propósito del artículo 35 LH que la inscripción sirva para acortar el plazo de prescripción propio de la usucapión extraordinaria, poco importa la voluntad de las partes en el título, sino que lo que importa es la «publicidad registral» de la situación jurídica unida a la posesión, a la que la inscripción también refuerza, ahora sí, desde el punto de vista de la presunción. La especialidad de la regulación de la legislación hipotecaria está precisamente en prescindir del justo título, centrándose lógicamente en la eficacia de la inscripción.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1944, lejos de ser un obstáculo a la suplencia del justo título por la inscripción, significa un argumento, según vimos con anterioridad, pues en ella se habla de «convalidar situaciones registrales», lo que sólo puede producirse considerando la inscripción en su función convalidatoria de títulos nulos o inexistentes, y no en una función meramente presuntiva.

Tampoco convence la argumentación de MORALES MORENO en relación con la buena fe, pues al prescindir el artículo 35 de la Ley Hipotecaria del justo título, y centrarse en la publicidad registral de la inscripción y en la posesión reforzada por la inscripción, lo que interesa exclusivamente es la buena fe en la posesión como simple «creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio» (art. 1.950 del Código Civil), independientemente de si existía o no objetivamente justo título, verdadero y válido, pues la buena fe es un requisito meramente subjetivo que no se empaña por considerar que no es necesario el requisito objetivo del justo título porque la inscripción lo suple. Como dice el propio MORALES, «la nulidad o inexistencia del título puede ser desconocida para el sujeto por error de hecho o de derecho», y caben los ejemplos del «heredero del adquirente o de quien actuó a través de representante en el acto de la adquisición».

En todo caso, si el legislador prescinde en el artículo 35 LH del requisito del «justo título» y lo sustituye por la inscripción, no es lógico que se trate de resucitar el requisito del «justo título» a través del requisito de «la buena fe en la posesión», que es un requisito diferente.

b) Respecto al segundo orden de consideraciones que señala ANTONIO MORALES, se refiere a la coordinación del artículo 35 LH con «la protección que dispensa el Registro de la Propiedad», a base de entender que es más conforme con ella asignar a la inscripción un valor de presunción *iuris tantum*, que no de equivalencia o sustitución del justo título.

En este aspecto, dice ANTONIO MORALES que «la plena equiparación de la inscripción al justo título puede implicar, transcurrido el tiempo de usucapión ordinaria, una protección definitiva al titular registral en parte derivada *abstractamente* de la inscripción, protección que bien mirada también choca con el sistema protector general de la Ley Hipotecaria» (pág. 1136).

Pero este párrafo revela que ANTONIO MORALES no ve la autonomía del artículo 35 LH respecto a otros preceptos de la misma Ley. Lo lógico es deducir esa conclusión que el autor señala, de la regulación del artículo 35 LH, si bien añadiendo que se necesita también el requisito de la posesión que la inscripción, aquí sí, presume.

Por tanto, hay una confusión aquí por parte de dicho autor entre el artículo 35 LH, que tiene regulación propia y autónoma, con el artículo 38 LH, al que cita más adelante, pues este último se ocupa del principio de legitimación registral y de los efectos de presunción *iuris tantum*, y no cabe suponer una simple repetición por parte del artículo 35 LH de lo dispuesto en el artículo 38 LH, pues en tal caso, el precepto sería inútil y absurdo. Y que no se diga que es una «reiteración conveniente», «pues podría pensarse que el artículo 38 presume la titularidad (y sus presupuestos) en los casos en que esta titularidad puede ofrecer duda, pero no en aquéllos en que, como sucede en la usucapión, se parte de su no existencia» (pág. 1141). Con esto, se olvida que el artículo 38 LH dice «a todos los efectos legales», luego la presunción de título por parte del artículo 38 LH es «total y absoluta», y si el artículo 35 LH significa algo, tiene que añadir lo que resulta de su propio texto, que es la suplencia de la inscripción al justo título.

Parte también ANTONIO MORALES de que «nuestro Derecho Inmobiliario Registral deriva de la inscripción dos órdenes de efectos, unos provisionales y otros definitivos» (pág. 1136), lo que es acertado, pero lo que no convence es la idea de asignar seguidamente al artículo 35 LH ese ámbito de efectos provisionales propio de la legitimación registral del artículo 38 LH, cuando se trata de un precepto diferente, más bien enmarcado dentro de los preceptos que se ocupan de los efectos definitivos, como son el artículo 34 y el 36 LH.

Ya sabemos que el artículo 33 LH destaca que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Pero dicho precepto tiene dos matizaciones: la representada por el principio de fe pública registral, recogido en los artículos 34 y 36 en relación con el tercero hipotecario; y la representada por el principio de usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH, respecto al titular registral uscapiente. El error está en considerar el artículo 35 LH como secuela del principio de legitimación registral del artículo 38 LH, cuando nada de esto resulta de la legislación hipotecaria, sino todo lo contrario, al contemplar dos preceptos diferentes que, por lógica, no pueden referirse a la misma cuestión.

Otro inconveniente de la tesis de ANTONIO MORALES es que pretende distinguir, a efectos de la prescripción adquisitiva del titular inscrito, dos tipos de inscripciones: aquéllas que se apoyan en un título material, de aquéllas otras que, como el expediente de dominio, no recogen un determinado título material, pretendiendo que estas segundas no sirven para la usucapión *secundum tabulas*. Pero precisamente, una visión amplia y correcta del artículo 35 LH, que se refiere a la inscripción y no al título material, determina que sea indiferente la clase de inscripción y la existencia o no de un título material que le haya podido servir de base, máxime tratándose de expedientes de dominio, en que por todas las pruebas producidas y por la apreciación judicial que lleva consigo, puede llegar a ser de probabilidad de existencia de título tan fuerte o más que las inscripciones ordinarias. Por eso, en contra de esa interpretación, que ya latía en SANZ FERNÁNDEZ, hay que llegar a la conclusión de que el artículo 35 LH no distingue la clase de inscripción, y comprende, lógicamente, al no distinguir, las resultantes de un expediente de dominio, o de cualquier otro procedimiento en que no se haya acreditado la existencia de un concreto título material.

Por último, la conclusión a que llega ANTONIO MORALES respecto al artículo 35 LH, en el sentido de ser «una mera presunción *iuris tantum*» (pág. 1140) de justo título, no convence porque dejaría en letra muerta el artículo 35 LH, pues es facilísimo en un procedimiento judicial en que se plantea la usucapión, desvirtuar una inscripción a través de la desvirtuación del título, con lo que en definitiva no valdría para nada la previsión del legislador. Si algún valor puede tener el precepto, y es lo que pretende el mismo con su terminante redacción, es atribuir a la inscripción el papel o valor del justo título en la usucapión ordinaria y no presumir *iuris tantum* la existencia de justo título.

Y es que el gran obstáculo de la opinión de ANTONIO MORALES sigue siendo también el texto terminante del artículo 35 LH, al decir que «será justo título la inscripción», y que no logra superar. Por eso, es acertado ALBALADEJO al comentar esta posición de MORALES diciendo: «Yo, para mí tengo que nada hay que más se adapte al sentido de la letra de “será justo título la inscripción”, que entender que “la inscripción es justo título”. Lo demás son expedientes para huir de un sentido literal que está clarísimo, que es perfectamente admisible y que no hay otro elemento de interpretación que aconseje excluir» (*ob. cit.*, pág. 25).

Por su parte, mi también buen amigo LUNA SERRANO (*Comentarios al Código Civil*, del Ministerio de Justicia, II, 1991, págs. 2129 y 2132), sigue la posición que podríamos denominar «meramente civilista» en la interpretación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, comentando los correspondientes preceptos del Código Civil como si la usucapión *secundum tabulas* del citado precepto hipotecario no contara prácticamente en el reforzamiento de tal

usucapión ordinaria, pues limitarla a una mera presunción *iuris tantum* de justo título, deja el precepto en letra muerta, sin autonomía ni independencia respecto al precepto de distinto tenor y sentido que es el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, según hemos comentado anteriormente. Por todo ello, considero acertada la crítica que ALBALADEJO hace de esta posición de LUNA SERRANO (*loc. cit.*, págs. 23 y 24). Y así concretamente, dice ALBALADEJO: «Yo me pregunto por qué la inscripción no va a poder sustituir al título material, si lo establece la Ley cuando afirma que “será justo título la inscripción”. ¿Es que la Ley no va a poder hacer las cosas como le parezca, y así cambiar en nuestro caso título por inscripción? Sería como si dijese que inscrito a favor del usucapiente el derecho en usucapión, la inscripción *es* el título (ese *es*, no se diferencia, a nuestros efectos, del *será*, que es lo que dice el artículo, luego es por si dijera *es*). ¿Y no va a poder hacer eso el legislador que puede, como puede y hace, en la usucapión extraordinaria *suprimir* la necesidad de título?» Y más adelante, comenta ALBALADEJO, respecto a la incongruencia que ve LUNA, si se interpreta la inscripción como equivalente a título, entre los artículos 33 y 35 LH: «Y por mi parte he de confesar que no veo los “aspectos de incongruencia” que se trata de “salvar”, pues sólo hay algo claro y congruente, que la Ley para el caso del artículo 35 LH sustituye al título por la inscripción» (*ob. cit.*, pág. 24).

XIV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INSCRIPCION Y EL JUSTO TITULO EN EL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA

Como dice muy bien ALBALADEJO, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no sigue un criterio uniforme, sino que se inclina en unas sentencias por la tesis de que la inscripción equivale a justo título, y en otras entiende que se trata de una mera presunción *iuris tantum*.

Por nuestra parte, sistematizaremos las sentencias existentes sobre el particular en dos grupos:

A) *Sentencias para las cuales la inscripción es una mera presunción iuris tantum de justo título.*

La Sentencia de 4 de octubre de 1969, en un supuesto de inscripción de venta de bienes de un Ayuntamiento sin cumplir los requisitos legales de enajenación de tales bienes, entiende que al existir nulidad absoluta de la transmisión, no es aplicable el artículo 35 LH, que se refiere sólo a los actos anulables, rescindibles o resolubles y a las adquisiciones no derivadas del legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical.

Así, dicha sentencia señala: «A no ser admitiendo la existencia de una flagrante, aunque sea parcial, contradicción entre lo dispuesto en los artículos 33 y 35 de la LH, se ha de estimar que cada uno se refiere a actos o contratos diferentes, y así: el artículo 33 al establecer que la inscripción no convalida los actos que sean nulos con arreglo a las leyes, se refiere a los negocios jurídicos afectados de nulidad insubsanable o radical, bien por no haber nacido a la vida del Derecho, al faltarles un elemento esencial (inexistencia) o ya porque a su viabilidad jurídica, se opone la misma Ley cuyos preceptos han sido vulnerados (nulidad absoluta); en cambio, el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente susceptibles de invalidación, comprendiendo a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas del legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical. B) De aquí que, en el caso de autos, no quepa hablar de prescripción adquisitiva a favor del demandado, por estar afectados de nulidad total o insubsanable, los actos jurídicos que se intentó llevar a cabo, con vulneración de los preceptos legales que, imperiosamente, habrían de ser observados y ello cualquiera que fuese el grado de conocimiento que de los vicios existentes tuviera el demandado y de la buena o mala fe con que interviniera, ya que, por otra parte, finalmente, no ostenta la calidad de “tercero” con arreglo a los preceptos de la Ley».

Esta sentencia, aunque no entra propiamente en el problema de si la inscripción es justo título o si es una presunción *iuris tantum* de justo título, en el fondo, pone en flotación la idea de que la inscripción es justo título, por otra vía distinta: por la de excluir del ámbito del artículo 35 LH los actos y contratos en que exista nulidad absoluta, con lo que vacía de contenido en una gran parte dicho precepto, pues la idea del artículo 35 LH es prescindir del «título material», para centrarse en la inscripción junto con la posesión, pero sin referencia al título.

Por otra parte, es una sentencia que no comprende bien la relación entre el artículo 35 LH y los artículos 33 y 34 LH, que se refieren a supuestos diferentes, según he indicado antes, por lo que responde a un confusionismo de preceptos que es claramente rechazable.

Por eso, comparto la crítica que a dicha sentencia hace ALBALADEJO, que acertadamente comenta:

«El desacierto de la sentencia puede ponerse claramente de relieve con la consideración de que no se haya de tratar de evitar (como hace la sentencia) choques imaginarios entre el artículo 35 y el 33, ya que el que éste proclame que la inscripción no convalida los actos nulos, no obliga a reducir aquél a los impugnables (pensando que si comprendiese también los nulos chocaría con el 33), pues el que la inscripción valiese como título, aun si es nulo el acto inscrito, no convalida éste (que sería lo que chocaría con el repetido

art. 33), sino que ocurriría que, *aun continuando*, el acto *sin convalidar*, se le daría valor de título, no a tal acto, sino a la inscripción, aun siendo ésta, ciertamente atacable».

«Y para el que estime (erróneamente) que al dar algún valor a la inscripción del acto, de algún modo se convalida éste, bastaría decir que si así fuera (que no lo es), no había sino aceptar que, en su terreno, el artículo 35 constituiría una excepción al 33».

«Por último —y esto sería objeción decisiva por sí sola—, reducir el artículo 35 a que haga título a la inscripción de actos y contratos impugnables, es relegarlo a un papel inútil, porque si el título es impugnado, la adquisición se produce, de forma que la usucapión ya no es precisa» (*ob. cit.*, pág. 9).

La Sentencia de 13 de mayo de 1970, también referida a un caso de venta de fincas de un Ayuntamiento, sin haberse cumplido los requisitos legales de la enajenación, insiste en que si el contrato es nulo con nulidad absoluta, la inscripción no puede producir efecto alguno «ni registral ni extrarregistral». Con ello, esta sentencia desconoce también la función «convalidante» de la inscripción en el ámbito del artículo 35 LH, destacada por la Exposición de Motivos de la Ley de 1944.

Y la propia sentencia añade que el artículo 35 «tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien como el actual recurrido fue parte en el contrato que provoca la inscripción». Con esto, la sentencia confunde el ámbito del artículo 35 con el del artículo 34, pues mientras respecto a este último, se exige que se trate de tercero apoyado en una previa inscripción, nada de esto se exige en el artículo 35, que parte exclusivamente de un «titular registral» sin más, con los requisitos de «inscripción», «transcurso del tiempo» y posesión reforzada por la propia inscripción.

La Sentencia de 3 de octubre de 1974 se ocupó también de un caso de nulidad de la inscripción, y habla en general, sin distinguir los matices del artículo 35 LH, de que la presunción del precepto es sólo *iuris tantum*.

La Sentencia de 13 de mayo de 1970 es otra sentencia desafortunada, pues limita el campo del artículo 35 LH a los terceros hipotecarios del artículo 34 LH, confundiendo la buena fe del artículo 35 con la del artículo 34, y dejando, en definitiva, el artículo 35 en letra muerta. Por eso, dice ALBALADEJO, acertadamente, a propósito de esta sentencia, que le «parece un despropósito, desde luego por lo que toca a que sólo el tercero hipotecario se estima de buena fe a efectos de usucapión, pero aún más, si cabe, por lo que toca a que la buena fe no sea compatible con la falta de título, que claro que sí lo es» (*ob. cit.*, pág. 13).

La Sentencia de 8 de mayo de 1982 es considerada por el propio ALBALADEJO, como «una de las sentencias más erróneas en el tema en estudio», por

contener «una serie de afirmaciones inadmisibles, amén de en gran parte innecesarias, porque para denegar la usucapición pretendida bastaba sostener, como sostuvo, la carencia de buena fe en el usucapiente» (*ob. cit.*, pág. 14).

Dicha sentencia señala: «Es precisamente la sentencia que cita el recurrente, de 11 de noviembre de 1969, la que especifica con claridad “que si bien la inscripción equivale a justo título para prescribir *ex* artículo 35 de la LH, añade seguidamente —de acuerdo con la mayoría de la doctrina— que dicho artículo contiene dos presunciones *iuris tantum* y como tales susceptibles de prueba en contrario, relativamente a la posesión pública, pacífica e ininterrumpida, y a la buena fe, es decir, mientras los Tribunales no declaren la inexactitud del asiento por su discordancia con la realidad jurídica —Sentencias de 5 de abril de 1961, 6 de mayo de 1961, 22 de enero de 1963—, y es esta realidad la que precisamente da como existente la sentencia impugnada al dar como probada la ausencia de buena fe en los adquirentes, sabedores de que su transmitente no era dueña de las fincas y que, consiguientemente, el título base de la inscripción no era apto, sino viciado, lo que por sí impedía la usucapición *secundum tabulas*, apreciación correcta porque por mucha eficacia que se quiera dar a la inscripción es claro que ello no puede purgar defectos sustanciales del título como el aquí cuestionado, y al que si bien no puede calificarse de inexistente o nulo —dada la admisibilidad de la venta de cosa ajena— sí merece el calificativo de ineficaz o inapto para producir la transmisión —y tradición— de las fincas no integradas en el patrimonio de la vendedora, ni tampoco ocupadas (no hay que olvidar que el derecho transmitido era la mitad indivisa de tres fincas) ni apropiadas por los compradores, que no tienen, como se ha dicho, condición de terceros hipotecarios, inatacables en su adquisición, realmente *a non domino*”».

Frente a esta sentencia, asumimos también las acertadas críticas de ALBALADEJO, que son las siguientes:

«1.º) Ciertamente que la Sentencia de 11 de noviembre de 1969 afirma que el artículo 35 contiene dos presunciones *iuris tantum*, las relativas a la posesión y a la buena fe, pero no dice que sea presunción la del justo título».

«2.º) Como he expuesto ya para sentencias anteriores, es equivocado mantener que el usucapiente haya de tener la condición de tercero hipotecario».

«3.º) Pero la más errónea de todas es la afirmación de que para usucapir no pueda estimarse la eficacia de la inscripción, no ya de un acto nulo, sino de una transmisión ajena. Criterio totalmente inaceptable por la escasa ayuda a la usucapición que prestaría el Registro si es que el acto extrarregistral que constituiría el título hubiese de ser completamente válido, perfecto y operante de por sí, pues de seguir el criterio de la sentencia hasta se excluiría de valer como título registral la inscripción de un título material que como el de

compraventa de cosa ajena, por ejemplo, vale como título en la usucapión extrarregistral» (*ob. cit.*, pág. 15).

La Sentencia de 18 de junio de 1992 completa este panorama de sentencias, ciertamente desolador para la eficacia del artículo 35 LH, al decir que «la inscripción es declarativa y no implica justo título para usucapir, sino sólo presunción *iuris tantum*».

Esta última sentencia es altamente criticable por las siguientes razones:

1.^a) Parte de que la inscripción es declarativa en nuestro sistema, respecto a lo cual, ya tenemos dicho en otro lugar que el concepto de «inscripción declarativa» está totalmente vacío de contenido y de ineficacia total, que no puede pensarse haya sido el criterio del legislador.

2.^a) Que aunque para abreviar en el modo de expresión pueda decirse que la inscripción es «declarativa» en nuestro sistema, esto sólo constituye una regla general que aparece desvirtuada en numerosos artículos para ámbitos concretos de aplicación, como son los casos de los artículos 32, 34 y 36, y también en el artículo 35 LH, en que la inscripción no es meramente declarativa de un título, sino que «equivale» ella misma al justo título, sustituyendo a éste, y siendo «convalidante» de dicho título material.

B) *Dentro del grupo de sentencias que parten de que el artículo 35 LH contempla la inscripción como equivalente al justo título y no como simple presunción iuris tantum del mismo, tenemos las siguientes:*

La Sentencia de 22 de enero de 1969, en un caso de doble inmatriculación, señala que tanto los documentos como «la inscripción de la finca litigiosa en el Registro de la Propiedad que sirvieron de fundamento a la entidad actora para obtener su disfrute constituyen el justo título para la usucapión ordinaria del dominio exigen los artículos 1.940, 1.952 y 1.957 del Código Civil, según indican entre las las sentencias de esta Sala de 12 de marzo y 14 de abril de 1958, y el artículo 35 de la LH».

Aunque dicha sentencia atribuye la condición de justo título también a los documentos y no sólo a la inscripción registral, lo importante es que también admite que la inscripción, por sí, sea o constituya justo título para la usucapión ordinaria, conforme al artículo 35 LH.

Por su parte, *la Sentencia de 11 de noviembre de 1969* es bien clara en favor de la configuración de la inscripción como justo título, al decir: «concretamente se refiere (el art. 35 LH) a la prescripción adquisitiva *secundum tabulas*; mas, en orden al contenido de este precepto legal, debe destacarse primeramente que dentro de nuestro sistema registral, a diferencia de otras legislaciones, no se admite en forma pura la usucapión tabular, o sea, la exclusivamente apoyada en el Registro y sin el concurso de la posesión efectiva, de manera que por la simple permanencia de la inscripción en los libros

del Registro se opere la usucapición; más también ha de señalarse que, dada la redacción del mencionado artículo, la inscripción debe estimarse equivalente a justo título para usucapir, pues así lo dice terminantemente el mismo artículo 35, aunque esto no implica que sea título inatacable; pero, por otra parte, el precepto analizado contiene dos presunciones *iuris tantum*, como tales susceptibles de prueba en contrario, pues en efecto, según su texto, se presume la posesión pública, pacífica e ininterrumpida como también se presume la buena fe, lo cual no quiere decir que se tenga como acreditada una y otra en virtud de la mera inscripción, pues ésta realmente se limita a facilitar la usucapición que extrarregistralmente gana el titular inscrito, proporcionándole una equivalencia de justo título apto para prescribir y favoreciéndole con unas presunciones *iuris tantum*.

Y dicha sentencia añade de modo terminante: «Conforme a los términos del repetido artículo 35 LH, a la vista de los mismos es indudable que dicho precepto equipara la inscripción, aunque adolezca de vicios sustanciales o formales, al justo título, de tal manera que una vez lograda aquélla adquiere independencia y sustantividad propia para funcionar como título hábil o idóneo dentro de la mecánica de la prescripción ordinaria de la propiedad».

Palabras estas terminantes de la sentencia, que son bien significativas en pro de una interpretación adecuada del artículo 35 LH como equiparador de la inscripción al justo título.

La Sentencia de 26 de noviembre de 1970, en un tono algo menor, también contribuye a esta interpretación del artículo 35 LH, pues dice que el artículo 35 LH, «preceptúa que la inscripción *será justo título*, presumiendo que se posee pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe», con lo cual, como dice ALBALADEJO, la presunción se predica únicamente de la posesión y no del justo título (*ob. cit.*, pág. 11).

La Sentencia de 6 de mayo de 1975, aunque en forma breve, es también significativa, pues dice que «en nuestro sistema hipotecario vigente no se admite de forma pura la usucapición *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inscripción, por requerirse, además para lograr tal efecto, el concurso de la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir por parte del usucapiente y la buena fe de éste en la posesión». Es decir, esta sentencia centra perfectamente el precepto: el legislador español no acepta la pura usucapición tabular, pero no es por menoscabo de la inscripción como justo título, sino porque añade a la inscripción, la posesión, que el propio asiento presume.

La Sentencia de 18 de febrero de 1987 advierte que «no ha de olvidarse que la *ratio* o motivación finalista del citado artículo 35 es posibilitar al titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 de la propia Ley, que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición por vía de usucapición ordinaria».

Esta sentencia es importante por dos razones:

1.^a) Porque sale al paso de aquel otro grupo de sentencias que había confundido los ámbitos de los artículos 34 y 35 de la Ley Hipotecaria, al destacar que el artículo 35 opera en aquellas situaciones en que no actúa el tercero del artículo 34.

2.^a) Porque centra muy bien la *ratio* del artículo 35 LH en la «consolidación abreviada de la adquisición por vía de usucapión ordinaria», recordando que la finalidad del artículo 35 LH, tal como expusimos anteriormente, es abreviar el largo plazo de la usucapión extraordinaria y no simplemente regular los requisitos de la usucapión ordinaria al estilo del Código Civil.

La Sentencia de 27 de mayo de 1991, en un caso de doble inmatriculación, si bien advierte que el artículo 35 LH no opera cuando la finca está también inscrita a nombre de la otra parte, señala la finalidad del artículo 35 LH en «suministrar al titular inscrito, no una presunción de título, sino un “equivalente del *iustus titulus o iusta causa usucapionis*, consistente en la inscripción misma”».

La lista de sentencias sobre el artículo 35 LH ha de terminar, de momento, con la cita de la Sentencia de 13 de julio de 1995, que advierte que no se aplica el artículo 35 cuando ni en el título constitutivo del local ni en la inscripción registral figura la mención de existir un sótano, por lo que falta el justo título. De esta sentencia se desprende la importancia de la inscripción como justo título respecto al contenido del propio asiento.

Ni que decir tiene que, de lo que llevamos dicho y de lo que se indica a continuación, somos partidarios de esta segunda corriente jurisprudencial que da eficacia y contenido al texto del artículo 35 LH, frente al primer grupo de sentencias, que desnaturaliza el precepto y lo convierte en letra muerta.

XV. CONSECUENCIAS DE LA POSICION QUE SE SIGUE RESPECTO A QUE LA INSCRIPCION EQUIVALE A JUSTO TITULO

Si la inscripción, conforme defendemos, «es» justo título para la usucapión, «equivale y sustituye» al mismo, las consecuencias son las siguientes:

1.^a) Que el requisito del «justo título», tal como lo entienden los artículos 1.940 y 1.950 del Código Civil, queda modificado en el sentido de que, tratándose de titular registral, basta alegar la inscripción de su derecho en el Registro, aunque el título material que dio lugar a la misma no sea suficiente para la transmisión del dominio. Naturalmente, en tal supuesto excepcional de discordancia, ha de resultar de la propia inscripción, que el derecho inscrito es aquél al que se refiere la pretendida usucapión, dado que el artículo 35 LH

alude al asiento registral como base de la prescripción adquisitiva. No es que se prescinda de todo «justo título», sino que éste es la inscripción misma del derecho que es objeto de usucapión, y en los términos que resulten del propio asiento.

2.^a) Que los requisitos que el Código Civil exige para la usucapión ordinaria respecto al «título», y que son la necesidad de que sea «verdadero» y «válido» (art. 1.953 del Código Civil) y probado (art. 1.954 del Código Civil), han de referirse a la inscripción y no al título. En consecuencia, aunque el título sea «falso» o «inexistente», por tratarse de negocio simulado o con causa falsa, si existe la inscripción, cumple el requisito de «verdad» a efectos de la usucapión. Únicamente, si se demostrara que la inscripción no es verdadera, por haberse aportado una certificación registral falsa, entonces no se cumpliría el artículo 35 LH. Por otra parte, el requisito de «validez» del título material tampoco interesa, porque la inscripción es el «justo título» y no el título material mismo, que es indiferente a efectos del artículo 35 LH. Esto significa que una vez transcurrido el plazo de la usucapión ordinaria, ya no puede impugnarse la inscripción por nulidad del título, pues la usucapión se ha producido ya en base a la inscripción únicamente. La impugnación, según veremos seguidamente, ha de producirse antes de que transcurra el plazo para la usucapión ordinaria.

Respecto al requisito de título «probado» del artículo 1.954 del Código Civil, es evidente que ha quedado superado claramente por el artículo 35 LH, pues basta probar la inscripción aunque no se pruebe la existencia del título.

3.^a) La inscripción puede impugnarse por defectos del título material, pero sólo mientras no se haya producido la usucapión, pues una vez producida ésta por transcurso del plazo, ya no cuenta para nada el título material, del que el artículo 35 LH prescinde, sino únicamente la inscripción con autonomía e independencia del título, que tiene una función «convalidante» respecto a la nulidad, inexistencia o falsedad del título nulo.

Esta es la opinión de la mejor doctrina, y concretamente, ROCA SASTRE y NÚÑEZ LAGOS.

La razón de ello es que si la inscripción es el «justo título» y el artículo 35 LH prescinde del título material, es la inscripción únicamente, prescindiendo de su contenido material, la que sirve a efectos de la usucapión. Y por tanto, una vez que se ha consumado ésta, ya no cabe plantear problemas relativos al título material, pues si así fuera, sería una forma de considerar como «justo título» al título material y no a la inscripción, que es precisamente lo que no permite el artículo 35 LH.

Por otra parte, el artículo 35 LH dice que «será» justo título la inscripción, lo que significa que es en el futuro («será») cuando se consolida la misma como tal justo título. Mientras no se ha producido la usucapión por transcurso de plazo, no se ha convalidado la situación registral, y por tanto,

cabe en ese plazo impugnar la inscripción por defectos o inexistencia del título material, conforme al artículo 79 de la Ley Hipotecaria. Pero una vez producida la usucapión, la función convalidante de la inscripción impide que se pueda replantear un problema de nulidad de la misma por defectos en el título, porque éste no cuenta para la Ley Hipotecaria.

Otro argumento en favor de esta posición es el que resulta de la Exposición de Motivos de la Ley de 1994, que alude a la función de la inscripción en la usucapión consistente en «convalidar situaciones registrales».

Y en fin, el propio artículo 35 LH, al aludir al «tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa», significa que, para la «prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito», es fundamental «el tiempo de vigencia del asiento» no ya sólo para la presunción de posesión, sino incluso para la persistencia de la inscripción como «justo título».

Mientras la usucapión no se ha consumado, tiene plena vigencia el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, y puede impugnarse la inscripción por defectos del título, no porque en ese plazo se considere que el «justo título» es el título material, sino porque toda inscripción puede impugnarse por defectos o inexistencia del título, y no puede operar como «justo título» de la usucapión si existen esos defectos. Pero una vez transcurrido el plazo de la usucapión, es la inscripción como tal y con independencia y autonomía del título material, la que sirve de «justo título», por lo que sería un contrasentido considerar que es «justo título» la inscripción y no el título material, y sin embargo replantear el problema por defectos del título. El «será» del artículo 35 LH hay que referirlo precisamente al «tiempo de vigencia del asiento», pues la oración gramatical «durante el tiempo...» no sólo completa la presunción de posesión, sino también la consideración de la inscripción como «justo título».

Este es el *quid* del artículo 35 de la Ley Hipotecaria. Por eso, no comparemos el planteamiento de ALBALADEJO, cuando considera que «es la misma la esencia de las dos tesis defendibles» acerca del artículo 35 LH.

Así, dice ALBALADEJO: «Con la primera tesis y con la segunda, la inscripción vale como título mientras que es cancelada, sea porque es título que sólo desaparece entonces, sea porque es presunción de título que sólo se destruye entonces». «Y digo yo —continúa ALBALADEJO—, para eso, ¿a qué tanta discusión? Y para eso, ¿a qué cambiar de opinión algún autor, como hemos visto, para pasarse a otra teoría que es la misma que la que deja? Porque si es que ocurre que se acaba admitiendo que hay que destruir la inscripción para que venga a faltar el título, o la presunción de título como prefieren decir otros, eso es lo que ya dijeron tanto PORCIOLES como ROCA, puesto que, ciertamente, defendieron que la inscripción es título, pero sólo mientras subsiste, y ni a ellos, ni antes ni ahora a otros, se les ha ocurrido mantener que valga como título una vez destruida. En definitiva, resulta que se llega a la misma

conclusión, después de tanta teoría y construcciones para atacar lo que desde un principio dijeron los que mantuvieron que la inscripción es título y no presunción de él, pero que lo es sólo mientras que subsiste» (*ob. cit.*, págs. 29 y 30).

Naturalmente, no podemos compartir estas observaciones, pues no puede admitirse que las dos tesis que discuten largamente sobre el artículo 35 LH lleguen a idéntica conclusión, ya que la clave del asunto, y en donde se ven las consecuencias de una y otra tesis, es precisamente cuando se plantea el problema de la pretensión de impugnación de la inscripción por defectos del título material cuando ya se ha producido la usucapión y se ha convalidado la situación registrada.

Por el contrario, se trata de dos tesis radicalmente contrarias, pues si se defiende que el justo título de la usucapión es el «título material», que la inscripción simplemente presume, siempre se podrá impugnar ésta por falta de «justo título de la usucapión». En cambio, si se considera, como aquí defendemos, que la inscripción es el «justo título», la consecuencia ineludible es que la inexistencia o defectos del título material no cuenta para nada, una vez que se ha consumado la usucapión por la existencia durante el plazo de la misma de la inscripción registral.

La clave de todo es la configuración de la inscripción como «convalidante» del título material una vez se ha producido la usucapión. Y en este sentido, tienen razón NÚÑEZ LAGOS y ROCA SASTRE cuando dicen, aquél, que «mientras no se extinga el asiento, la usucapión es justo título, y una vez pasado el plazo de usucapión ordinaria, sin posible prueba en contrario...»; y ROCA SASTRE, cuando dice que la impugnabilidad de la inscripción como título es «en tanto que la usucapión no se haya consumado». Y es que, en definitiva, la inscripción en el artículo 35 LH, al prescindir del título material, tiene una función convalidante del título material nulo, inexistente o falso, pues ésa es la única forma de considerar la inscripción como «justo título» autónomo e independiente, a efectos de la prescripción adquisitiva, respecto al título material, conforme a las palabras de la Exposición de Motivos, pues otra solución nos lleva a la opinión de que el «justo título» es el título material y no la inscripción, en contra del texto y sentido del artículo 35 de la Ley Hipotecaria.

Por todo ello, no se trata de un tema «baladí», como parece opinar ALBALADEJO, sino del tema crucial del artículo 35 LH, en que la inscripción, como «justo título», «es justo título con independencia del título material», pero naturalmente una vez que se ha producido la convalidación propia de toda usucapión.

Como ocurre en la usucapión extraordinaria, basada únicamente en la posesión en concepto de dueño, aunque la acción de nulidad absoluta sea imprescriptible, desde el momento en que se ha consumado aquélla, ya no

puede alegarse la inexistencia o nulidad absoluta, pero antes de la consumación de la usucapión, sí. Pues bien, en el fondo es lo mismo, ya que la finalidad del artículo 35 LH es acortar los plazos de la usucapión extraordinaria, apoyándose sólo en la inscripción registral, si bien añadiendo los requisitos presumidos de la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de sus antecesores de quienes traiga causa.

XVI. LA APLICACION DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA A CATALUÑA Y NAVARRA

La plena vigencia del artículo 35 LH en toda España podría plantear algún problema respecto a Cataluña y Navarra, desde el momento en que en estas Comunidades sólo se admite actualmente la usucapión extraordinaria y no la ordinaria, basada en justo título y posesión de buena fe.

Aunque la usucapión ordinaria no está prevista en estas Comunidades, sin embargo el artículo 35 LH, en cuanto señala los efectos de la inscripción en favor del titular inscrito, ha de tener aplicación también en Cataluña y Navarra, si se entiende, como así pensamos, que de lo que se trata es de abreviar el plazo de la usucapión extraordinaria en aquellos supuestos en que la publicidad registral puede permitir esa abreviación, conforme al artículo 35 LH, precepto de aplicación general, en cuanto señala los efectos de la inscripción.

Es decir, no se puede pretender la simple lectura superficial del precepto como relativo exclusivamente a la usucapión ordinaria, sino que ha de profundizarse en la contemplación de la inscripción en la Ley Hipotecaria, como una verdadera «usucapión *secundum tabulas*», la cual, por la fuerza de la inscripción, y prescindiendo de calificarla de ordinaria o extraordinaria, ha de tener aplicación en todos los territorios, para evitar desigualdades en esta materia, de aplicación general; conforme al artículo 149.1.8.º de la Constitución.

Lo que constituye la verdadera lectura del precepto es que la fuerza y eficacia de la inscripción determina que se abrevien los plazos de la usucapión extraordinaria en beneficio del titular registral. Y en cuanto tal efecto de la inscripción, el artículo 35 LH es aplicable también en Cataluña y Navarra, porque no se trata de admitir, sin más, una usucapión ordinaria que sería extraña a dichas Comunidades, sino una «usucapión *secundum tabulas*» derivada de los efectos de la inscripción y de la publicidad registral, que favorece a todos los titulares registrales, por tratarse de un efecto de la inscripción.

En este sentido, el artículo 35 LH hay que enfocarlo como si dijera realmente lo siguiente:

«A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, la inscripción del derecho permite acortar el plazo de la usucapión ordinaria siempre que exista posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante el tiempo de la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa, posesión de estas características que la inscripción presume, y siendo el plazo de usucapión en tales supuestos, no de treinta años, sino de diez años entre presentes y veinte entre ausentes».

Como tal forma especial de usucapión *secundum tabulas* resultante de la regulación de la Ley Hipotecaria, de aplicación general, entendemos que es aplicable también a Cataluña y Navarra, pues en otro caso, los titulares de bienes en Cataluña y Navarra tendrían un trato discriminatorio respecto a los titulares de bienes en otras Comunidades, a pesar de constituir un efecto derivado de la inscripción del derecho en el Registro, que por ser precepto de ordenación de los Registros es de aplicación general en toda España.

En apoyo de esta aplicación del artículo 35 LH en toda España se manifiesta también ROCA SASTRE, que dice acertadamente:

«Por todo lo dicho entendemos que como este artículo 35 de la Ley Hipotecaria es de imperio general para toda España y responde al afán de consolidar con la ayuda del Registro, o sea, de la publicidad registral, la propiedad territorial española, no puede quedar inoperante su actuación por los regímenes especiales de usucapión que existen en algunas regiones españolas, por cuya razón a estos efectos protectores se considerará que es de vigencia general, como acoplado a este artículo 35, la regulación que el Código Civil establece en cuanto a la usucapión ordinaria» (Derecho Hipotecario, Tomo II, 1968, pág. 16).

XVII. LA FUNCION DE LA INSCRIPCION COMO REFUERZO DE LA POSESION AD USUCAPIONEM

El artículo 35 LH no sólo señala la fuerza y eficacia de la inscripción como equivalente al justo título, acortando así el plazo de la usucapión extraordinaria, sino que, al no tratarse de una usucapión meramente tabular y exigir la posesión, no obstante presume la existencia de ésta, con las características de una presunción pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa.

Aunque en este aspecto se trata de una presunción *iuris tantum*, ha de destacarse la importancia que tiene la inscripción en esta función de presunción, pues en otro caso, podría ser difícil la prueba del tiempo de posesión mirando al pasado, e incluso algunos de los requisitos de la misma.

El artículo 35 LH no pretende exclusivamente establecer una presunción de posesión, que ya resulta del artículo 38 LH, sino que aplica la presunción a las características de la posesión misma como apta para la usucapión, cosa que no resulta del citado artículo 38 LH.

No alude el artículo 35 LH a la presunción de posesión «en concepto de dueño», y ello es porque el concepto de dueño o de titular del derecho, no necesita de una presunción *iuris tantum*, sino que resulta *iuris et de iure* del propio asiento registral, por razón de la equivalencia de la inscripción con el justo título. Por tanto, el problema será si se posee o no se posee y con qué requisitos. Pero el problema de la posesión «en concepto de dueño» queda resuelto directamente por la expresión del propio asiento registral, que dirá de modo directo el concepto en que es dueño o titular el que figura como tal en el Registro.

El artículo 35 LH se refiere a la presunción de posesión *pública*. Realmente, será muy difícil desvirtuar esta presunción, pues la publicidad registral determina por sí misma este aditamento a la posesión, por lo que no es concebible que estando publicado el asiento en el organismo oficial de la publicidad registral, pueda decirse que la posesión no fue pública. En tal sentido, se puede llegar perfectamente a la conclusión de que la presunción opera aquí como *iuris et de iure* por definición y por la propia naturaleza de las cosas.

De este parecer es también SANZ FERNÁNDEZ, que dice:

«Donde no puede admitirse que exista presunción es en el carácter público de la posesión. Cuando ésta corresponde al estado de derecho que proclama el Registro de la Propiedad, es indudable que es pública, sin que pueda hablarse de presunción en este sentido. El titular inscrito podrá tener posesión o no; pero si la tiene, es evidente que la tiene públicamente, sin que pueda haber vicio de clandestinidad. Consecuencia de ello es que nunca sea posible prueba en contrario respecto de este carácter» (Instituciones de Derecho Hipotecario, I, pág. 534).

También se refiere el artículo 35 LH a la presunción de posesión *pacífica*. Aquí sí que podrá probarse que existe cualquier demanda contra el titular registral en que se haya puesto en duda la posesión del mismo. Pero mientras esto no se pruebe, opere con toda fuerza la presunción. Naturalmente, si en el Registro figura una anotación de demanda, por la fuerza misma de la publicidad registral, el requisito de posesión pacífica queda desvirtuada.

El artículo 35 se refiere igualmente a la presunción de posesión *ininterrumpida*. Frente a esta presunción cabe probar que ha habido una interrupción judicial o extrajudicial, pero si no llega a probarse cumplidamente ésta, la inscripción operará con toda su fuerza presuntiva.

Respecto a la presunción de posesión de *buena fe*, podría plantearse para qué vale la presunción del artículo 35 LH si ya el artículo 434 del Código

Civil presume siempre la posesión de buena fe. Para que el artículo 35 LH tenga alguna utilidad y especialidad respecto al artículo 434 del Código Civil, hay que observar que este último se refiere a la buena fe como «ignorancia de que en el título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide». Ahora bien, como el artículo 35 LH prescinde absolutamente del título, la buena fe hay que referirla a la inscripción, en el sentido de que será de buena fe el adquirente que ignore que en la inscripción exista un vicio que la invalide». Es decir, se trata de confiar en la inscripción más que en el título, lo que puede dar lugar a diferencias en algunos supuestos concretos.

Por último, el artículo 35 LH se refiere a la presunción de posesión durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa. Este requisito podría ser de difícil prueba en el ámbito extraregistrar, por la dificultad de probar una posesión durante un largo plazo. Pues bien, el artículo 35 evita la prueba en este punto tan importante, sin más que atender a la fecha de la inscripción del titular registrar unida a la de los titulares registrales anteriores de quienes traiga causa (*accessio possessionis* de carácter registrar). En este sentido, el artículo 35 LH representa un importante refuerzo al artículo 1.960.1.º del Código Civil. Este último precepto permite que «el poseedor actual pueda completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo el suyo al de su causante». Ahora bien, existe la dificultad probatoria respecto a que se haya producido realmente esa posesión del causante anterior. El artículo 35 LH resuelve el problema con la presunción fehaciente que resulta de las fechas de los respectivos asientos registrales, y de la derivación o conexión entre asiento antecedente y ulterior.

Por todo lo expuesto, consideramos el artículo 35 LH como un precepto muy útil para convalidar y reforzar los requisitos de la usucapión ordinaria y, en definitiva, para acortar, a través de la publicidad que representa la inscripción, el largo plazo de la usucapión extraordinaria, en relación con los titulares registrales. Y ello, porque, como decían ya en 1827, DRDACKE y PACKMANN, «*el poseedor tabular es un médico con título; el poseedor natural es un anodino curandero*» (cita de BÉRGAMO, *ob. cit.*, pág. 278).

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

La hipoteca de propiedad intelectual^{*}

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. ELEMENTOS: § 1. OBJETO. A. *Legislación y doctrina sobre el objeto* B *Conexión de derechos patrimoniales y derechos morales, e incidencia de aquélla en la hipoteca.* C. *Autonomía de los derechos de explotación e hipoteca* § 2. SUJETOS. *Coautor y usufructuario de propiedad intelectual* § 3. FORMA.—III. EL PACTO ANTICRETICO.—IV EL CREDITO HIPOTECARIO: DURACIÓN DEL CRÉDITO Y DURACIÓN DE LA HIPOTECA.—V CESION DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACION Y CESION DEL CREDITO HIPOTECARIO.—VI. EL REGIMEN REGISTRAL.—VII. LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA: § 1. CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN. § 2. LA PREVIA INSCRIPCIÓN DEL DOMINIO. § 3. ACTOS INSCRIBIBLES EN RELACIÓN CON LA HIPOTECA.—VIII. LA HIPOTECA DE PELICULAS CINEMATOGRAFICAS.

I. INTRODUCCION

Una primera aproximación al tema de la hipoteca de propiedad intelectual suscita varias dudas iniciales: cómo puede conciliarse el carácter marcadamente personal de la propiedad intelectual con su ejecución forzosa y transmisión a un tercero; cómo deben conjugarse los dos instrumentos de publicidad que son el Registro de Hipoteca Mobiliaria y el Registro de Propiedad Intelectual, Registros que —frente a lo que suele decirse— son de igual naturaleza: ambos están destinados a dar seguridad jurídica al tráfico entre particulares: cómo puede servir de garantía un derecho de tan incierto valor económico como la propiedad intelectual —salvo excepciones, los derechos de autor no suelen alcanzar cifras elevadas (aunque, entre los derechos que pueda producir un libro de versos y los que pueda producir un programa de ordenador exista, en ocasiones, un abismo).

Hay un dato empírico que no anima a deshacer esas dudas, y, en general, a abordar un estudio detenido de la hipoteca de propiedad intelectual: la muy escasa aplicación práctica de la figura. La lectura de la estadística del *Anuario* de la Dirección de los Registros y de los tomos del Registro de Hipoteca Mo-

^{*} Conferencia pronunciada en el Seminario «Valoración y garantías mobiliarias sobre bienes inmateriales» (mayo de 1997), dirigido por el Prof. EMILIO BELTRÁN.

biliaria de Madrid —único competente para la inscripción de hipotecas de propiedad intelectual— pone de manifiesto que se ha constituido un número insigificante de hipotecas de propiedad intelectual. La estadística del *Anuario* publica el número conjunto de hipotecas de propiedad intelectual e industrial:

Año 1994: siete hipotecas de propiedad intelectual e industrial, por un capital asegurado de 78.242.120, de un total (1) de 81 hipotecas mobiliarias, que alcanzan un capital total asegurado de 264.570.913.

Año 1995: 29 hipotecas de propiedad intelectual e industrial, por un capital asegurado de 117.469.216, de un total de 38 hipotecas mobiliarias, que alcanzan un capital total asegurado de 1.558.253.023.

Año 1996: 38 hipotecas de propiedad intelectual e industrial, por un capital asegurado de 1.322.116.041, de un total de 138 hipotecas mobiliarias, que alcanzan un capital total asegurado de 1.558.253.023.

Año 1997: hasta el momento de escribir estas líneas (mayo), se han inscrito once hipotecas de propiedad intelectual e industrial.

A diferencia de la estadística oficial, que ofrece un número global de hipotecas de propiedad intelectual e industrial, los libros del Registro de Hipoteca Mobiliaria revelan el verdadero número de hipotecas de propiedad intelectual: una en el año 1994, con un capital garantizado de 90.718.769, que aparece distribuido entre 37 películas cinematográficas; y otra en el año 1995, con un capital garantizado de 20.900.000. Remontando el examen a los años anteriores sólo aparece otra hipoteca constituida con la garantía de la propiedad intelectual: en el año 1964 se constituyó una hipoteca, asegurando un capital de 8 millones de pesetas con diversas películas cinematográficas.

No obstante, es necesario superar el desánimo que esa comprobación suscita. Hay instituciones que, después de permanecer en letargo durante años, encuentran en una época su momento de aplicación; bastaría recordar, en estos últimos tiempos, la ejecución extrajudicial de hipoteca —tras la reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por el Real Decreto 290/92, de 27 de marzo— o la subrogación en los préstamos hipotecarios —que la Ley 2/94 ha convertido en una figura de aplicación diaria y masiva—. Es posible que, en algún momento futuro, la producción intelectual se considere una garantía adecuada para el aseguramiento de los créditos. Quizá hoy

(1) Este total —como el de los años sucesivos— suma hipotecas de distinto ámbito territorial: en él aparecen englobadas todas las hipotecas de propiedad intelectual e industrial constituidas, durante un año, en todo el territorio nacional, y las hipotecas mobiliarias sobre los demás objetos (establecimientos mercantiles, automóviles y otros vehículos y maquinaria industrial) constituidas, durante un año, en el término municipal de Madrid. Sin embargo, no aparecen las hipotecas mobiliarias constituidas sobre aeronaves, que no se inscriben en el Registro de Hipoteca Mobiliaria, sino en el Registro Mercantil.

—como se ha escrito— «las instituciones de crédito no han ni tan siquiera descubierto la potencialidad de este mercado» (2).

II. ELEMENTOS

§ 1. OBJETO

A. *Legislación y doctrina sobre el objeto*

Según el artículo 12 LHM y PSD, el objeto de la hipoteca es «la propiedad intelectual». Por virtud de otro precepto de la misma Ley —el art. 1, párr. 1.º— hay que reducir ese objeto: la hipoteca mobiliaria —al igual que la prenda sin desplazamiento— sólo pueden constituirse «sobre los bienes enajenables», y el derecho de propiedad intelectual no puede enajenarse en su totalidad. Por tanto, el objeto de la hipoteca será *la parte enajenable* de la propiedad intelectual.

La LPI llega a esa misma conclusión, cuando declara hipotecables *los derechos de explotación*. «Los derechos de explotación de las obras protegidas por esta Ley podrán ser objeto de hipoteca con arreglo a la legislación vigente» (art. 53, ap. 1).

El objeto de la hipoteca de propiedad intelectual no es, por tanto, *la propiedad* intelectual. Porque la propiedad intelectual tiene una parte de su contenido que es inalienable; concretamente los derechos que enumera el artículo 14 LPI:

- 1.º Decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma.
- 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con el nombre del autor, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
- 3.º Exigir el reconocimiento de la condición de autor de la obra.
- 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscabe su reputación.
- 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y la exigencia de protección de los bienes de interés cultural.
- 6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales.
- 7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que corresponda al autor.

(2) RAMS ALBESA, «Comentario al artículo 53 LPI», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dir. ALBALADEJO, t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, pág. 821.

Pero se ha planteado en la doctrina si ese objeto lo constituyen los derechos de explotación o la obra misma. La verdad es que este problema no es nuevo: es el mismo que se plantea al interpretar el artículo 106 de la Ley Hipotecaria, que declara hipotecables: «1.º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. 2.º Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes». Siempre ha causado cierta perplejidad que ese artículo enumere cosas tan heterogéneas como bienes y derechos, y las teorías que se han formulado sobre la cuestión han sido varias y contrapuestas.

En materia de hipoteca de propiedad intelectual se ha defendido tanto que el objeto de la hipoteca lo constituye la obra, como que lo constituyen los derechos de explotación.

Para PEÑA (3), no caben los derechos sobre derechos —siguiendo la idea de su maestro F. DE CASTRO—; como tampoco la hipoteca inmobiliaria recae sobre *la propiedad* del inmueble, sino sobre el inmueble mismo, la hipoteca de propiedad intelectual no recae sobre los derechos de explotación sino sobre la obra intelectual. Los derechos de explotación no constituyen el objeto de la hipoteca, sino el límite de las facultades del acreedor hipotecario sobre el objeto inmaterial correspondiente.

Para AMORÓS, el objeto de la hipoteca de propiedad intelectual no es *la obra*, sino *los derechos de explotación*. «Lo que sale a pública subasta en caso de ejecución hipotecaria —escribe— son esas facultades de explotación». En términos muy semejantes se expresa el artículo 46, apartado 2 del Código portugués del derecho de autor y de los derechos conexos, de 17 de septiembre de 1985: «En caso de ejecución, ésta recaerá específicamente sobre el derecho o derechos que el deudor hubiese dado en garantía respecto de una o varias obras».

La cuestión del objeto de la hipoteca de propiedad intelectual no debe resolverse separadamente de la cuestión de la hipoteca sobre los derechos a que se refiere el número 2 del artículo 106 de la Ley Hipotecaria. Y a mi juicio, ambas cuestiones han de resolverse en el sentido de que, cuando se hipoteca un derecho limitado —y los derechos de explotación lo son, puesto que no abarcan la totalidad de la propiedad intelectual— el objeto de la hipoteca no es el inmueble —en el caso de hipoteca inmobiliaria— o la obra intelectual —en el caso de hipoteca de la propiedad intelectual—, sino el derecho mismo. Sólo en el caso de que se hipoteque el dominio, lo que queda gravado es el inmueble. El número 1 del artículo 106 LH se refiere, a mi juicio, a la hipoteca de dominio, y el número 2 a la hipoteca de los derechos

(3) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 398.

reales limitados. Como ha escrito J. M. GARCÍA GARCÍA, el artículo 106 LH *señala dos tipos de objeto*. La hipoteca de derechos reales limitados tiene especialidades, como advierte este autor, que requieren una regulación distinta y especial. No comparto la distinción que se ha formulado —LLOPIS GINER— (4) entre un objeto de primer grado —«las cosas, sean estas materiales o inmateriales»— y un objeto de segundo grado —los derechos—. Cuando se ejecuta un usufructo inmobiliario o los derechos de explotación de una obra intelectual, lo que se pone a disposición del rematante no es la cosa en sí, sino determinados derechos que existen sobre ella.

Los derechos de explotación son, a la vista de la Sección 2.^a del Capítulo III LPI, los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

Esta enumeración de los derechos que integran la categoría genérica de derechos de explotación es abierta. Así se deduce del artículo 17 LPI, «Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, *en especial*, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley», y ese es también el criterio de la doctrina (5).

Pero es necesario hacer aquí un inciso para precisar la naturaleza de los llamados «derechos de explotación». Como ha advertido RIVERO (6), el término «derechos» suele emplearse en este ámbito por razones históricas y de inercia terminológica. Más que de «derechos» se trata de formas de explotación. El derecho de explotación es uno: se trata del *ius fruendi* o facultad de disfrute. Este derecho de explotación ha admitido formas distintas al compás de la evolución tecnológica. Durante muchos siglos sólo han existido dos formas de explotación: la reproducción y la representación escénica. En este último siglo, y especialmente en los últimos decenios, se han multiplicado las formas de explotación: la radiodifusión, la transmisión vía satélite, por fibra óptica o por cable, el acceso a bases de datos de ordenador, la técnica videográfica...

A la luz de la verdadera naturaleza de los llamados «derechos de explotación» debe reconsiderarse el tema del *nummerus appertus*.

- a) En primer lugar, no es que, con la invención de nuevas formas de explotación aumente el número de derechos de explotación; aumentan únicamente las vías para hacerlos efectivos.

(4) LLOPIS GINER, «El objeto de la hipoteca inmobiliaria (comentario al art. 106 de la LH)», en *RCDI*, núm. 617, julio-agosto de 1993.

(5) RODRÍGUEZ TAPIA, voz «Derechos de explotación», en *EJB Civitas*, vol. II, Madrid, 1995.

(6) RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 17», en *Comentarios LPI*, dir. BERCOVITZ, pág. 348.

- b) En segundo lugar, la variedad y amplitud de formas que el artículo 20 LPI prevé en relación con el derecho de comunicación pública, vacían en realidad de sentido ese carácter abierto que el artículo 17 da a la enumeración de derechos de explotación.

Fuera del artículo 17, la LPI reconoce la existencia de otros derechos de explotación: se trata del derecho de colección. Existen, además, determinados derechos, que la Ley no menciona en esa Sección 2.^a del Capítulo III, pero que tienen un indudable carácter patrimonial: el derecho de participación o de seguimiento y el derecho de remuneración por copia privada. Aunque la Ley no los incluya expresamente entre los derechos de explotación —y por tanto no sean contenido *natural* de la hipoteca de propiedad intelectual—. ¿Se extiende a ellos la hipoteca?

- a) Del primer derecho —el de colección— se ha dicho que no es transmisible, y ello por dos razones: *a'*) porque es un derecho que queda en poder del autor después de cedidos los derechos de explotación (según el art. 22 LPI); y *b'*) porque la vigente LPI, a diferencia de la Ley de 1879, no declara que el derecho de colección sea enajenable.

Sin embargo, estos argumentos no son suficientes para demostrar la inalienabilidad —y por tanto la no hipotecabilidad— de ese derecho. El artículo 22 se limita a declarar que la cesión que haga el autor de los derechos de explotación no le impide publicar sus obras reunidas en colección escogida o completa. De esta regla sólo puede deducirse que el derecho de colección es un *derecho de explotación que se retiene*, y que si la cesión —o la hipoteca— tiene por objeto, genéricamente, los derechos de explotación, el derecho de colección no queda incluido en la cesión o la hipoteca. Pero no puede deducirse que sea inalienable. No faltan autores que manifiestan un criterio favorable a la enajenabilidad del derecho (7).

No puede olvidarse la trascendencia económica del derecho de colección. Si el autor lo ejercita después de constituida la hipoteca, puede vaciar de contenido la garantía: no es difícil imaginar que una buena parte de los posibles compradores se orienten hacia la edición de las obras completas o escogidas (8).

Partiendo, pues, del carácter enajenable —y por tanto hipotecable— del derecho de colección, habrá que entender que la hipoteca de los derechos de

(7) RAMS, *loc. cit.*, pág. 426

(8) Así lo reconoce RIVERO, a pesar de ser el más enérgico defensor del carácter inalienable de este derecho (*Comentarios LPI*, pág. 436).

explotación no englobará este derecho de colección, pero que cabe que por pacto expreso la hipoteca se extienda a ese derecho.

- b) El derecho de participación o seguimiento es de transmisión restringida: «se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa*», dice el artículo 24, apartado 3 LPI, cerrando con ello la posibilidad de que la hipoteca de propiedad intelectual pueda recaer sobre este derecho. La intransmisibilidad *inter vivos* del derecho de participación es algo aceptado sin discusión por la doctrina (9).
- c) La extensa regulación del derecho de remuneración compensatoria por la reproducción para uso privado —o por copia privada, como dice de manera concisa el epígrafe del art. 25 LPI— no contiene referencia alguna a la transmisibilidad del derecho. La Ley se limita a enumerar los acreedores de la remuneración («los autores de las obras publicadas en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1 [aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de otras publicadas en forma de libros o publicaciones que, a estos efectos, se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual], juntamente, en sus respectivos casos, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas»), pero esa enumeración no implica la imposibilidad de una titularidad derivativa del derecho. Es necesario partir de la naturaleza del mismo para determinar su transmisibilidad; y esa naturaleza es la de «derechos de propiedad dejados de percibir», según los términos del artículo 25 LPI: el lucro cesante, la retribución no percibida. Si la cesión de los derechos de explotación implica la transmisión de los «ingresos de explotación» (*ex* art. 46, ap. 1 LPI), parece que deberá abarcar también los «ingresos de explotación no percibidos» por las reproducciones privadas. Ahora bien: no establece la Ley esta transmisión automática. Pero nada parece impedir que, lo que no es efecto *ex lege*, sea efecto pactado.

B. *Conexión de derechos patrimoniales y derechos morales, e incidencia de aquélla en la hipoteca*

Pero los derechos patrimoniales que integran la propiedad intelectual —es decir, los explícitamente considerados por la LPI derechos de explota-

(9) Vid., por todos, CASAS VALLES, «El derecho de participación de los artistas plásticos (*droit de suite*) en la LPI bases teóricas», en *Derechos del artista plástico*, coord. A. BERCOVITZ.

ción, y los derechos de colección y remuneración compensatoria— están en estrecha conexión con los derechos morales. Como indica RODRÍGUEZ TAPIA, los derechos de reproducción y distribución están estrechamente vinculados al derecho moral de divulgación (art. 14.1.º LPI); el derecho de transformación está en conexión con el derecho moral de respeto a la integridad (art. 14.4.º LPI) y el de modificación (art. 14.5.º LPI); todos los derechos de explotación están mediatizados por el derecho moral de retirada (art. 14.6.º LPI).

De lo anterior puede deducirse con facilidad que los derechos patrimoniales no son cedibles en su integridad, o de modo absoluto, sino, como se ha dicho, sólo son susceptibles de *cesión limitada* (10). Si los derechos morales no son cedibles, parece que tampoco pueden ser íntegramente cedibles unos derechos patrimoniales profundamente condicionados por los derechos morales. Esta es la razón por la que algunos ordenamientos europeos, como el italiano, prohíban la constitución de derechos reales de garantía sobre los derechos de explotación, y sólo permitan la prenda de los *beneficios* obtenidos de la explotación de las obras (11).

La cuestión que ahora se plantea es en qué medida puede el autor ejercer esos derechos morales que condicionan o limitan los derechos patrimoniales, una vez que éstos han sido hipotecados. ¿Puede un autor —por ejemplo— «arrepentirse» de una obra cuyos derechos de explotación ha hipotecado? ¿Puede modificar una obra —reduciéndola considerablemente— después de haber hipotecado sus derechos de explotación?

Creo que la solución hay que ir a buscarla al 14 LPI. Ese artículo se preocupa, no sólo de enumerar los derechos morales, sino también de determinar su ejercicio en relación con los derechos de terceros. Y la solución que adopta no es uniforme: así como el derecho de modificación de la obra debe respetar los derechos adquiridos por terceros (núm. 5.º), el derecho de retirar la obra del comercio por cambio de las convicciones intelectuales o morales no tiene ese límite del respeto de los derechos de terceros; pero el autor debe indemnizar los daños y perjuicios que ocasione a los titulares de los derechos de explotación (núm. 6.º). Y añade la Ley que «si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra, deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos, y en condiciones razonablemente similares a las originarias».

(10) RAMS, *ibidem*, pág. 692.

(11) Según el artículo 111 de la Ley italiana sobre derecho de autor, los derechos de explotación «no podrán ser objeto de confiscación, pignoración o embargo». «podrán, en cambio, ser dados en prenda [...] los beneficios de tal explotación».

C. Autonomía de los derechos de explotación e hipoteca

Para terminar el examen del objeto, hay que destacar que la hipoteca de propiedad intelectual puede gravar los derechos patrimoniales separadamente. Estando así previsto respecto de la cesión, no hay motivo para no trasladar esa previsión a la hipoteca (12). Según el artículo 23, «Los derechos de explotación regulados en esta sección son independientes entre sí»; según el artículo 43, apartado 1 LPI, «Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos inter vivos, quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen».

La autonomía de los derechos de explotación, que hoy proclama la LPI, obliga a dar nueva interpretación al artículo 46 LHM y PSD. Pero esa interpretación no debe llevar a la conclusión, como se ha sostenido (13), de que el artículo 46 resulte hoy *inaplicable*. Establece este artículo que, «La hipoteca del derecho principal comprenderá, como accesorios, salvo pacto en contrario: 1.º La adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o adición de la obra hipotecada [...]». Si la hipoteca de propiedad intelectual abarca la totalidad de los derechos de explotación —que es a lo que, en la terminología de hoy, quiere referirse la LHM y PSD—, estas facultades que enumera el artículo 46 habrán de considerarse comprendidas dentro de su ámbito. Pero si se hipoteca únicamente alguno de los derechos de explotación —como el derecho de comunicación pública— (que sería lo que LHM y PSD prevé al hablar del «pacto en contrario»), esas facultades no podrán considerarse incluidas en el ámbito de la hipoteca. Lo que del artículo 46 LHM y PSD resulta hoy inadmisibles, es la distinción entre «derechos principales» y «derechos accesorios»: todos ellos son, hoy, derechos autónomos, sin relación alguna de jerarquía o subordinación.

Mayor problema podría plantear la aplicación a la hipoteca de las *presunciones de extensión* previstas para la cesión. Podría verse una posible colisión entre el artículo 53, apartado 1 y el artículo 43, apartado 2 LPI. Si se hipotecan todos o algunos derechos de explotación, sin que se precise el tiempo y el ámbito territorial, ¿se entenderá, a la vista del artículo 53 LPI, que tales derechos se gravan sin limitación de tiempo y ámbito, o se entenderán éstos limitados en el modo que establece el artículo 43 LPI —cinco años y territorio nacional—?

Pero, a mi juicio, no existe contradicción entre esos preceptos. El artículo 53 se limita a señalar el objeto posible de la hipoteca. En todo lo relativo

(12) No creo acertado el criterio contrario, que sostiene AMOROS, sin aducir razones, *ib.*, pág. 822.

(13) RODRÍGUEZ TAPIA, *ibidem*, pág. 2388

a la ejecución de ese objeto se aplicarán las reglas de la cesión —la ejecución es en realidad una cesión forzosa—. Por tanto, si no se ha previsto lo contrario, el adjudicatario adquirirá los derechos de explotación que habían sido hipotecados con las limitaciones de todo cesionario: las previstas en el artículo 43, apartado 2 LPI.

§ 2. SUJETOS

Nada dicen la LPI y la LHM y PSD sobre el constituyente de la hipoteca de propiedad intelectual. El problema que se plantea es si, además del autor y sus sucesores *mortis causa*, pueden serlo los cesionarios de los derechos de explotación.

El problema ha de resolverse en sentido afirmativo (14). Puesto que el cesionario en exclusiva puede «transmitir a otro su derecho» (art. 49 LPI) —a diferencia del cesionario no exclusivo, cuyo «derecho será intransmisible» (art. 50 LPI)—, podrá también hipotecarlo. Ahora bien, como para la transmisión requiere el cesionario «el consentimiento expreso del cedente» (art. 49 LPI), también necesitará obtener ese consentimiento para poder constituir la hipoteca. Si no lo obtiene, habrá de aplicarse, *mutatis mutandis*, la regla del párrafo 2.º del artículo 49: cesionario-constituyente de la hipoteca y adjudicatario en la subasta «responderán solidariamente frente al primer cedente de las obligaciones de la cesión».

Confirma esta interpretación amplia el proceso formativo de la Ley de Propiedad Intelectual. Frente a la redacción del artículo 54 del Proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes —«Serán objeto de hipoteca los derechos de explotación pertenecientes al autor o a sus herederos o legatarios— [...]», el texto aprobado prescindió de esta enumeración restrictiva de sujetos.

Desde la perspectiva registral veremos luego que la cesión habrá de estar inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual para que pueda practicarse la inscripción de la hipoteca en el Registro de Hipoteca Mobiliaria.

Coautor y usufructuario de propiedad intelectual

El artículo 1, párrafo 2.º, establece una limitación subjetiva: ni el copropietario, ni el usufructuario, ni el nudo propietario (en nuestro caso, de pro-

(14) GÓMEZ-ACEBO, *ibidem*, pág. 194, sostuvo lo contrario, pero sobre una base, a mi juicio, equivocada. Partía este autor de que la hipoteca de propiedad intelectual recaía sobre un «derecho pleno» —la propiedad intelectual en su conjunto—, y que los derechos de explotación eran «derechos limitados» que el autor desgajaba de aquélla para transmitirlos a tercero. y concluía que los derechos de explotación, como derechos limitados (que

propiedad intelectual) pueden hipotecar sus derechos. La razón que ha movido al legislador a establecer esta prohibición no es teórica —si lo fuera, no cabría tampoco la hipoteca inmobiliaria de esos derechos, que el art. 107 LH permite—, sino práctica. Dice la Exposición de Motivos de la LHM y PSD que «se ha creído conveniente no admitir la posibilidad de hipoteca [...] de bienes [...] que se hallan en situaciones jurídicas especiales; así ocurre con los bienes anteriormente hipotecados, pignorados o embargados, y con las cuotas indivisas de aquéllos».

Para dejar clara la razón de la exclusión, el preámbulo añade: «Aunque, en principio, no existe inconveniente teórico para admitirlas, se ha estimado que, desde un punto de vista práctico, debían excluirse, con el fin de dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad posibles, y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos y que en el momento de la ejecución crearían un confusionismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas». Y añade: «Tal vez, y ello se ha tenido muy en cuenta, se limiten las posibilidades de crédito, y por tal razón, acaso en ulteriores reformas legislativas pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas prohibiciones; pero, en la actualidad, es preferible establecerlas para asegurar el éxito de la institución».

Resulta sorprendente que, después de prohibir la hipoteca de cuota, el número 10 del artículo 84 LHM y PSD dicte una regla especial para el caso de que «el rematante fuera copropietario» (regla, por lo demás, tan evidente que resultaría innecesaria, pues se limita a establecer que en ese caso la ejecución quedará limitada a las participaciones indivisas que se ejecuten).

§ 3. FORMA

Conforme a la regla general del artículo 3 LHM y PSD, la hipoteca de propiedad intelectual habrá de documentarse en escritura pública. El contenido necesario de la escritura lo determinan la LHM y PSD y su Reglamento desde la perspectiva de la inscripción —no se olvide que la hipoteca mobiliaria es, como la inmobiliaria, un derecho sujeto a inscripción constitutiva—. La escritura habrá de expresar:

1. La naturaleza, especie y demás características de los bienes que se hipotequen (art. 47.1.^ª LHM y PSD). El Reglamento precisa que la descripción de los bienes hipotecados, tratándose de hipoteca de propiedad intelectual

él consideraba, además, de naturaleza personal), no eran susceptibles de ser gravados con hipoteca.

El enfoque correcto de la cuestión debe partir de premisas distintas: lo que se hipoteca son sólo los derechos de explotación (art. 53 LPI). Esos derechos no cambian de naturaleza por el hecho de pertenecer al autor o haber sido cedidos por éste a un tercero.

tual, habrá de hacerse expresando «la clase de la propiedad (literaria, musical, etc.); el título o nombre con que sea conocida; y la fecha y número de la inscripción en el Registro especial (art. 16.7.^o).

2. Las licencias, autorizaciones o concesiones otorgadas por su titular a terceras personas (art. 47.3.^a LHM y PSD).

3. Aunque no lo dicen la Ley ni el Reglamento de Hipoteca Mobiliaria, habrán de expresarse también los derechos de explotación que se gravan con hipoteca. Esta necesidad de expresión nominal de los derechos cedidos deriva de la aplicación analógica del artículo 23 LPI —«Los derechos de explotación [...] son independientes [...]»— y, especialmente, del artículo 43, apartado 1 —«Los derechos de explotación [...] pueden transmitirse [...], quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos [...]». La independencia de los derechos de explotación que consagran estos preceptos no es sólo —como indica RIVERO— una autonomía estática, sino también —y sobre todo— una autonomía funcional (15).

La limitación de la cesión a los derechos cedidos exige determinar el objeto concreto de la cesión —y, en nuestro caso, de la hipoteca—, «es decir, que se ha de señalar de forma directa si la cesión comprende sólo la reproducción de la obra o también se extiende a la distribución, comunicación pública o transformación de la misma, y si alcanza o no al de colección» (16). De no hacerse una declaración expresa, la Ley obliga a interpretar la declaración tácita: la declaración sólo alcanzará a aquello «que se deduzca necesariamente del propio contrato» (art. 43, ap. 2 LPI) (17). Pero al inscribir la hipoteca de propiedad intelectual, el Registrador habrá de exigir —por el

(15) Como escribe RIVERO (*Comentarios LPI*, pág. 440), «la independencia de los derechos de explotación entre sí, de que habla el artículo 23, no tendría apenas trascendencia, ni necesitaría de un pronunciamiento legal de esa clase, si se limitara a una autonomía de tipo estático: simplemente, ser derechos distintos, que no se confunden entre sí porque la reproducción es diferente de la comunicación pública, y ambas lo son de la traducción, de la adaptación, etc.».

(16) GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 43», en *Comentarios LPI*, pág. 674.

(17) Como escribe GETE-ALONSO Y CALERA, *ibidem*, «clara y manifiesta la voluntad de llevar a cabo la cesión de uno o varios derechos de explotación sobre una obra, tal cesión, aun sin especificar, se mantiene. De modo que, junto a la declaración de voluntad expresa, se admite también la declaración de voluntad tácita [...] Pero, junto a este criterio subjetivo que implica el tomar en consideración la voluntad de las partes, se añade otro que puede calificarse de objetivo en cuanto que la transmisión se limita también a aquel derecho y modalidad de explotación que “sea indispensable para cumplir la finalidad” del contrato de cesión [...]. La cesión en favor de la cual se manifiesta [la Ley] es sólo la estrictamente imprescindible —“indispensable”— y no otra. En la duda, se decanta hacia la menor cesión de derechos (cfr. art. 1.289 del Código-Civil), dado el “principio de interpretación restrictiva del alcance de los derechos cedidos”, al que se hace mención en la Exposición de Motivos de la Ley y que se encuentra expresado, entre otros, en el artículo 43».

principio registral de especialidad— que se determinen los derechos de explotación que se gravan; de no hacerlo así, quedará indeterminado el contenido del derecho, y a merced de la interpretación que pueda hacerse conforme a ese apartado 2 del artículo 43, con la consiguiente incertidumbre y daño de los terceros.

Me confirma en la necesidad de una rigurosa determinación de los derechos hipotecados la diversidad de criterios mantenidos en la doctrina sobre el alcance de una hipoteca en la que resulten gravados, genéricamente, los derechos de explotación. GONZÁLEZ-BUENO —por citar uno de los autores que más recientemente se han ocupado de esta cuestión— considera «si existe duda, adquirirá todas las facultades que puedan ejercitarse sobre la propiedad especial, siempre que de acuerdo con su legislación particular no sean intransmisibles (es el caso de los denominados derechos morales que todo autor tiene sobre su obra y que el art. 14 LPI declara irrenunciables e intransmisibles, añade este autor en nota) y que el hipotecante no las hubiese excluido expresamente de la hipoteca en la escritura de constitución» (18). Pero a mi juicio no basta con qué excluir los derechos intransmisibles o los derechos morales; también habría que excluir el derecho de colección que —precisamente por su natura de *derecho de explotación que se retiene*, como hemos visto— exige un pacto expreso para considerarlo incluido. Lo mismo podría decirse con el derecho de remuneración por copia privada: es un derecho transmisible, no es un derecho moral, y, sin embargo, no puede afirmarse, a mi juicio, que quede incluido en una hipoteca «de derechos de explotación», porque no puede afirmarse rotundamente que sea esa su naturaleza, al haber sido regulado fuera de la Sección 2.ª del Capítulo III LPI.

A pesar de que la Ley de Propiedad Intelectual declara que «las cesiones de derechos para cada una de las distintas modalidades de explotación deberán formalizarse en documentos independientes» (art. 57, párr. 2.º), no es necesario otorgar tantas escrituras de constitución de hipoteca como derechos de explotación queden gravados por ella. Estas «modalidades de explotación» no equivalen a lo que el artículo 43 denomina «modalidades de explotación», que son los diversos «derechos de explotación». Las modalidades a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 57 han de entenderse referidas a las mencionadas en el párrafo primero: edición, representación y ejecución.

4. Por último, en el caso de «hipoteca conjunta de varios [...] derechos de propiedad intelectual [...], deberá distribuirse entre ellos la responsabilidad real por principal y, en su caso, por intereses y costas» (art. 14 LHM y PSD). Según precisa el Reglamento, «Cuando, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14, se constituya una hipoteca sobre dos o más bienes, se inscribirá aquélla, respecto de cada bien, en folio independiente [...]».

(18) GONZÁLEZ-BUENO, *Comentarios*, pág. 115.

Las dudas que pudiera suscitar el texto legal sobre el objeto de la distribución —pues parece referirse a cada uno de los derechos o facultades que integran la propiedad intelectual— los disipa el texto reglamentario: la distribución ha de recaer sobre los «bienes» objeto de la propiedad intelectual. Es decir: sobre las obras. Sólo si se hipoteca más de una obra —literaria, artística o científica— deberá procederse a la distribución. La interpretación no podía ser otra, pues, siendo la finalidad de la distribución la ejecución separada, esa ejecución separada no podía recaer sobre un derecho —o facultad— aislado de los que integran la propiedad intelectual, cuando se hayan hipotecado varios conjuntamente.

III. EL PACTO ANTICRETICO

A diferencia de lo que sucede con los inmuebles objeto de hipoteca inmobiliaria, y de manera más acentuada de lo que sucede con otros objetos de hipoteca mobiliaria —automóviles, aeronaves, maquinaria industrial— el valor económico de la propiedad intelectual decae vertiginosamente —de ordinario— con el paso del tiempo. Un ejemplo: son muy escasos los libros que alcanzan una segunda edición; en el año 1996 —por ejemplo— se han publicado 39.476 primeras ediciones, y sólo 2.814 segundas ediciones (19). Otro ejemplo: la media de los días que una película está en cartel es dieciocho días. Transcurrido el tiempo de la primera —y generalmente única— edición de un libro o de la primera proyección de una película, los rendimientos de la obra son muy escasos, y, por tanto, muy reducido el valor de la hipoteca y de los derechos adquiridos por el adjudicatario en el caso de ejecución.

De lo anterior se deduce el acierto de la modalidad de pacto anticrético que la Ley de Hipoteca Mobiliaria admite precisamente en el ámbito de la hipoteca de propiedad intelectual (20). La regulación del pacto es muy reducida (21): se limita al artículo 49; una regulación más detallada se hizo

(19) En ese mismo año, el número de terceras ediciones ha sido 1 373; de cuartas ediciones, 773; de quintas, 621; de sextas, 347; de séptimas, 255; de octavas, 203; de novenas, 169, y de décimas, 135 (datos obtenidos de la Dirección General del Libro y Bibliotecas). El dato del tiempo medio de proyección de películas lo he obtenido del Instituto de Cinematografía y Artes Audiovisuales.

(20) Se habla de *modalidad* de pacto anticrético, y no de pacto anticrético en sentido estricto, porque éste se refiere a los frutos (naturales o civiles) y la retribución que se obtiene por la obra intelectual no son frutos (cfr. art. 355, párr. 3º del Código Civil). Además, la anticresis y el pacto anticrético son una garantía inmobiliaria y pacto añadido a una garantía inmobiliaria (ex art. 1.881 del Código Civil).

(21) Y una parte de ella es inaplicable: no cabe exigir hoy la notificación a la Sociedad de Autores, que ha perdido el monopolio de la gestión de los derechos de autor (cfr. Disposición Transitoria 7ª LPI de 1987 y Título IV LPI de 1996).

—bajo el epígrafe de «pacto de transmisión de rendimientos»— en el Decreto 3837/1970, de 31 de diciembre, que regula la hipoteca de películas cinematográficas. Por el pacto anticrético, el acreedor adquiere la facultad de cobrar el importe de los derechos del titular, en su totalidad o en una determinada proporción, imputando las sumas percibidas al pago de intereses, y, en lo que excediere, a la amortización del capital. Por paralelismo con la anticresis extintiva (art. 1.881 del Código Civil), podría decirse que se trata de un pacto anticrético extintivo.

Es evidente que la aplicación del pacto ha de tener lugar antes de vencida la deuda. Su utilidad radica precisamente en que facilita el cobro al acreedor cuando la obra o los derechos de explotación producen rendimientos —en los tiempos inmediatos a la distribución o comunicación pública. Además, una vez vencida la deuda, el acreedor tiene una facultad más eficaz que la obtención de los rendimientos: la ejecución forzosa de la obra o los derechos; y, además, vencida la deuda, la Ley permite al acreedor que solicite la administración de los bienes hipotecados y perciba las rentas que produzca (art. 84, regla 3.ª LHM y PSD) —lo que haría innecesario un pacto sobre la misma cuestión—.

A tenor del artículo 49 LHM y PSD, el pacto anticrético no atribuye una mera facultad de percibir los frutos, sino una *«facultad de cobrar los derechos del titular»*. Resulta pues, que el acreedor hipotecario puede dirigirse directamente contra el deudor de tales derechos (editor, distribuidor, entidad de radiodifusión...), lo que sólo puede tener por base una cesión del crédito hecha por el autor (o cesionario en exclusiva) —deudor hipotecario al acreedor hipotecario—. En el Decreto 3837 se prevé expresamente la acción directa (art. 14) para reclamar los rendimientos de la película; y aunque no se alude expresamente a la cesión del crédito, se regula la notificación al deudor-cesionario (art. 20) y las obligaciones que éste asume respecto del acreedor hipotecario-cesionario (arts. 16 a 19).

IV. EL CREDITO HIPOTECARIO

No se impone, ni en la LPI ni en la LHM y PSD, limitación alguna a los créditos que pueden ser garantizados con hipoteca de propiedad intelectual. Por tanto, pueden ser garantizados con ella toda clase de créditos u obligaciones. La LHM y PSD prevé incluso que puedan garantizarse con hipoteca mobiliaria cuentas corrientes de crédito y letras de cambio (art. 7) y títulos al portador o transmisibles por endoso (art. 15).

En principio, no cabe que los autores constituyan hipoteca de propiedad intelectual en garantía de obligaciones —entendidas como títulos-valor—. El artículo 5, apartado 1, afirma que autor es «la persona natural que crea al-

guna obra literaria, artística o científica», y la Disposición Adicional 3.^a LSRL prohíbe hoy, desde la entrada en vigor de la Ley 2/1995, que las «personas físicas [puedan] emitir y garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones». Pero en el caso especial de que el titular de la propiedad intelectual sea una sociedad anónima —lo que podrá tener lugar, a la vista del art. 8 LPI, en los casos de «obra colectiva creada por la iniciativa y coordinación» de ella, dando lugar a «una creación única o autónoma, sin que sea posible atribuir separadamente a los autores un derecho sobre el conjunto de la obra realizada»—, sí podrá esa sociedad constituir una hipoteca de propiedad intelectual en garantía de obligaciones.

Dada la amplitud con que se admiten los créditos que pueden ser garantizados con hipoteca, parece que puede aplicarse íntegramente en esta cuestión la legislación hipotecaria —como prevé, con carácter general, la Disposición Adicional 3.^a LHM y PSD—. No hay, pues, obstáculo para que se constituya hipoteca de propiedad intelectual en garantía de rentas o prestaciones periódicas (cumpliendo los requisitos del art. 157 LH), o en garantía de obligaciones indeterminadas en cuanto a su cuantía o a su existencia misma (cumpliendo los requisitos de los arts. 142 y 153 LH); ni tampoco, por tanto, para que se constituyan hipotecas de seguridad o de tráfico, o hipotecas de máximo.

La hipoteca mobiliaria de propiedad intelectual puede garantizar no sólo el principal del crédito, sino también sus intereses. Según la regla general del artículo 9 LHM y PSD, «Salvo pacto en contrario, la hipoteca mobiliaria [...] en garantía de una obligación que devengue intereses, asegurará, en perjuicio de tercero, además del principal, los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente». Ahora bien, a ese «pacto en contrario» sobre la extensión de los intereses garantizados, ¿puede aplicársele, como Derecho supletorio —*ex* Disposición Adicional 3.^a LHM y PSD—, el límite de los cinco años que prevé el artículo 114 LH? Esta es una cuestión que no ha pasado inadvertida, naturalmente, a los autores. Pero los criterios que han sostenido son contradictorios. Así, mientras VIOLA SAURET considera que el silencio del artículo 9 LHM y PSD supone una ausencia de límite (22) —y, entre los autores más recientes, GONZÁLEZ-BUENO— (23), J. M. GARCÍA GARCÍA entiende que debe aplicarse supletoriamente el límite del artículo 114 LH (24). El problema entronca con la cuestión más general que plantea

(22) VIOLA SAURET, «Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios», en *AAMN*, t. IX, 1961, pág. 448.

(23) GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, Madrid, 1996, pág. 53.

(24) GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, 1990, pág. 879, nota al artículo 9.

Cossio en relación con la Disposición Adicional 3.^a LHM y PSD: «no siempre será fácil determinar si nos encontramos ante una verdadera laguna de la Ley o ante una deliberada omisión de norma por parte del legislador, o lo que es lo mismo, ante la imposibilidad de extender la aplicación de un precepto inmobiliario a derechos reales que tienen por objeto bienes muebles».

En este concreto punto del límite de los intereses garantizables en perjuicio de tercero, me inclino por la solución negativa: el pacto no tiene límite. Si la Ley de Hipoteca Mobiliaria no hubiese regulado en absoluto la responsabilidad por intereses, habría sido de aplicación íntegra el artículo 114 LH. Pero si ha transcurrido sólo el párrafo primero de este artículo 114 —y lo ha hecho casi literalmente—, y ha guardado silencio sobre el segundo, este silencio me parece una omisión deliberada. Téngase en cuenta, además, que ha permitido, con carácter general, el «pacto en contrario», lo que es una forma de establecer una regla contraria a la del párrafo 2.^o del artículo 114 LH; o dicho con otras palabras: admitir, sin límites, el pacto, es incompatible con el límite de cinco años. No hay, en realidad, una laguna que deba integrar el Derecho supletorio.

DURACIÓN DEL CRÉDITO Y DURACIÓN DE LA HIPOTECA

Es necesario plantear aquí una cuestión que no se suscita en el ámbito de la hipoteca inmobiliaria, al no establecerse —salvo en la Disposición Transitoria 3.^a LH— la caducidad de la inscripción de hipoteca. El artículo 11 LHM y PSD establece que «la acción hipotecaria [y la pignoratícia] prescribirán a los tres años, contados desde que puedan ser legalmente ejercitadas»; y el artículo 79 de la misma Ley, que «las inscripciones de hipoteca caducarán y se cancelarán de oficio o a instancia de parte, una vez transcurridos seis años (desde el vencimiento de la obligación garantizada)». Cossio vio en estos plazos «una discrepancia fundamental difícilmente explicable» (25).

Las cuestiones que se plantean son en realidad dos. la prescripción del derecho sin caducidad del asiento; y el supuesto inverso, la subsistencia del derecho, habiendo caducado el asiento. En cuanto a la primera cuestión, la situación que se habrá planteado supondrá que el acreedor no podrá ya dirigirse contra el deudor, pero el Registro seguirá advirtiéndolo a los terceros sobre una posible reclamación que conduzca a una ejecución hipotecaria. En cuanto a la segunda cuestión, la situación consistirá en que, habiéndose producido reclamaciones —por parte del acreedor— o reconocimientos —por parte del deudor—, la acción personal subsiste más allá de los seis años, pero

(25) Cossio, *loc cit.* , pág. 442

no podrá hacerse efectiva la garantía —que al ser de inscripción constitutiva, no existirá ya— en perjuicio de terceros —sean de buena o mala fe— una vez cancelada, por caducidad, la inscripción de hipoteca.

En este punto se plantea una última cuestión: ¿es inexorable el plazo de caducidad? ¿Cabría extender la vigencia del asiento, más allá de los seis años, cuando la acción hipotecaria subsista, por no haber prescrito a los tres años? A mi juicio, el plazo de seis años de vigencia del asiento no es ampliable. Los plazos de caducidad operan *ex lege*, y no son alterables por las partes. Para que la caducidad admita prórroga es necesario que la propia Ley lo determine (como sucede por ejemplo, en el art. 86 LH). La Resolución de 16 de marzo de 1959 dejó clara la indisponibilidad de los plazos de caducidad, contemplada desde la perspectiva registral: «La caducidad opera de un modo automático por el simple transcurso del tiempo previamente señalado por la Ley, y se halla fundada en la necesidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico, y por eso no es susceptible de interrupción ni su vida puede prolongarse, cuando se trata de asientos registrales, más allá del previsto por el legislador; transcurrido el cual, los asientos deberán reputarse inexistentes, aun cuando subsista el derecho anotado».

La opinión de Cossio es contraria a la que acaba de exponerse: a juicio de este autor «parece excesiva» la conclusión de que el derecho garantizado deba considerarse extinguido por caducar la inscripción de hipoteca. A su juicio, esa extinción «podrá ser impedida mediante el otorgamiento de una escritura pública de prórroga de la garantía e inscripción de la misma en el Registro antes de que haya transcurrido el término de caducidad».

Pero, a mi juicio, una escritura de prórroga, otorgada entre acreedor y deudor, no podrá acceder al Registro. La calificación habrá de ser denegatoria, sobre la base del artículo 79 LHM y PSD: si la Ley prevé que a los seis años, el Registrador habrá de cancelar el asiento —por la vía que prevé el art. 42 del Reglamento—, no cabe inscribir un negocio que impida el cumplimiento de la norma legal.

V. CESION DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACION Y CESION DEL CREDITO HIPOTECARIO

A. La transmisión del bien hipotecado, realizada por su titular, tiene un régimen distinto en la hipoteca inmobiliaria y en la hipoteca de propiedad intelectual. Así como en la primera la transmisión es libre (art. 118), en la segunda está restringida:

- a) Según el artículo 4 LHM y PSD, «El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados [...] sin el consentimiento del acreedor».

- b) Según el artículo 29 de la misma Ley, «El acreedor podrá, aunque no haya transcurrido el plazo estipulado en el contrato, dar por vencida la obligación por cualquiera de las siguientes causas: 3.º Enajenación por el deudor, sin consentimiento del acreedor, de alguno de los bienes hipotecados [...]».
- c) Según el artículo 48 de la misma Ley —precepto específico de la hipoteca de propiedad intelectual—, «El titular no podrá renunciar a su derecho ni ceder su uso o explotación, total o parcial, sin consentimiento del acreedor».

Plantean estos preceptos dos problemas interpretativos: a) la diferencia entre la enajenación del bien hipotecado (art. 4) y la cesión del uso o explotación del derecho hipotecado (art. 48); b) si la sanción por incumplimiento del requisito de obtener el consentimiento del acreedor determina la nulidad radical de la transmisión o sólo la posibilidad de que el acreedor dé por vencido el crédito hipotecario.

- a) En cuanto al primer problema, debe tenerse en cuenta que la prohibición de enajenar el bien hipotecado —art. 4— está situada entre las *disposiciones comunes* de la Ley (Título primero), mientras que la prohibición de ceder el uso o explotación del derecho hipotecado —art. 48— está situada entre las normas específicas de la hipoteca de propiedad intelectual (Cap. VI del Tít. II): esta última es una aplicación concreta de la primera; al hablar de «derecho hipotecado» se está concretando la expresión «bien hipotecado» a las particularidades de propiedad intelectual; además se está distinguiendo entre cesión *total* y *parcial*, precisamente porque, tratándose de propiedad intelectual, cabe la cesión separada de sus distintos derechos de explotación.

El artículo 48 LHM y PSD no es un precepto «enigmático», como lo considera GÓMEZ-ACEBO, ni hay por qué verlo como contradictorio con el artículo 4: se limita a adaptar y matizar este último en su aplicación concreta a la propiedad intelectual.

- b) En cuanto al segundo problema, hay que entender que ambos efectos se producen simultáneamente. La transmisión no consentida es nula (26). Se trata de la contravención de una norma prohibitiva, para la que no se establece una sanción distinta a la del artículo 6,

(26) Así lo entienden COSSIO, *El sistema registral mobiliario*, pág. 454, y GÓMEZ-ACEBO, *La hipoteca de propiedad intelectual*, pág. 207.

apartado 3 del Código Civil. «En tanto que la adquisición no haya sido impugnada —escribe Cossio—, persistirá la posesión en poder del tercero, y cabe entonces preguntarse acerca de cuál sea su verdadera situación jurídica en dicho caso. Desde luego que tal adquirente no gozará de los derechos que la Ley concede al tercer poseedor, pudiéndose seguir el procedimiento de ejecución sin concederle acceso al mismo, ni posibilidad, por lo tanto, de defensa alguna».

Además de ser nula la transmisión no consentida, el acreedor hipotecario podrá instar la ejecución de la hipoteca, dando por vencida la obligación.

B. La cesión del crédito hipotecario tiene un régimen idéntico en la hipoteca inmobiliaria y en la hipoteca mobiliaria. Según el artículo 8 LHM y PSD, «El crédito garantizado con hipoteca mobiliaria [...] podrá enajenarse o cederse en todo o en parte por escritura, en todo caso, con los requisitos y efectos de los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria». Esos efectos son distintos según se haya dado o no conocimiento de la cesión al deudor:

- a) Si se le ha dado conocimiento, el cedente quedará desligado de toda relación con el deudor y con el cesionario.
- b) Si no se le ha dado conocimiento, el cedente será responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Entre esos perjuicios estará el que puede derivar del artículo 1.527 del Código Civil: que «el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación».

VI. EL REGIMEN REGISTRAL

En la publicidad de la propiedad intelectual concurren dos Registros —el de Propiedad Intelectual y el de Hipoteca Mobiliaria—. No se trata de Registros de distinta naturaleza —administrativo uno y jurídico otro— como tantas veces se ha dicho, sino Registros de una misma e idéntica naturaleza, dirigidos a un mismo fin: la seguridad jurídica de los particulares.

En el Registro de Propiedad Intelectual se inscriben la propiedad de las obras literarias, artísticas y científicas, la titularidad de terceros sobre los derechos patrimoniales de la propiedad intelectual, y los derechos reales limitados constituidos sobre la misma (cfr. art. 1, Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual). En el Registro de Hipoteca Mobiliaria se inscribe uno sólo de esos derechos reales limitados: la hipoteca (art. 68 LHM y PSD), y, en ciertos casos, la titularidad de terceros sobre los derechos patrimoniales de la propiedad intelectual —según entiende la doctrina—.

Como puede verse, existe una clara coincidencia en parte del objeto de ambos Registros. El legislador podía haber resuelto el régimen registral de la hipoteca de propiedad intelectual como lo ha hecho respecto de la hipoteca de aeronaves: limitándolo a un solo Registro. En el mismo Registro en que se inscribe la propiedad de la aeronave, se inscribe también la hipoteca sobre la misma (27).

Al recurrir a dos Registros, el régimen registral de la hipoteca de propiedad intelectual es más completo:

1. La hipoteca se inscribe en el Registro de Hipoteca Mobiliaria (art. 68 LHM y PSD).

2. Para practicar la inscripción de la hipoteca, se requiere la previa inscripción de la propiedad intelectual en el Registro de la Propiedad Intelectual (art. 47.2.^a *in fine* LHM y PSD).

3. Una vez practicada la inscripción de la hipoteca, el Registrador de la Propiedad ha de comunicar la constitución al encargado del Registro de la Propiedad Intelectual (art. 76 LHM y PSD).

4. El encargado del Registro de la Propiedad Intelectual ha de extender una anotación haciendo constar la constitución de la hipoteca en el otro Registro (art. 76 LHM y PSD).

Este es, probablemente, el mejor momento para simplificar el sistema. La Ley de Reforma Mercantil de 25 de julio de 1989, ordenaba crear un Registro de Bienes Muebles que agrupara los susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, y los buques y aeronaves (Disposición Final 2.^a) y la Ley 6/1990 ha extendido este Registro a los bienes vendidos a plazos con las garantías de la LVP. Caben pues, en este momento, dos posibilidades: o trasladar íntegramente la publicidad de la propiedad intelectual al Registro de Bienes Muebles, o trasladarla íntegramente al Registro de la Propiedad Intelectual. En esta alternativa no es fácil sugerir una solución más allá de la necesaria unificación del régimen registral —con abandono de la actual dualidad de Registros—.

En favor del Registro de la Propiedad Intelectual está el arraigo de la institución, ya más que centenaria. Pero en contra hay importantes argumentos: la pluralidad de Registros a que dio lugar la reforma de la LPI llevada a cabo por la Ley 20/1992, y el RRPI de 14 de mayo de 1993 (el llamado Registro Central es meramente informativo [art. 4 RRGPI]), la pluralidad de funcionarios —de distintas Comunidades Autónomas— encargados de su llevanza, y el riesgo de una pluralidad de criterios de calificación. En general,

(27) En una primera época ha sido el Registro Mercantil. Hoy está previsto —aunque no se ha llevado aún a la práctica— que sea el Registro de Bienes Muebles.

toda pluralidad es contraria a la naturaleza misma de la propiedad intelectual, en que se tiende precisamente a lo contrario: a internacionalizar las instituciones dirigidas a su protección.

En favor del Registro de Bienes Muebles está la unidad del Registro respecto de la propiedad intelectual —que hoy establece el artículo 2 LHM y PSD, y el Real Decreto de 23 de mayo de 1984, y que debe mantenerse en el futuro—, y el carácter eminentemente jurídico del régimen registral, que hace conveniente encomendarlo a Registradores de la Propiedad. Además, si tanto la transmisión de los derechos de propiedad intelectual, como la hipoteca de propiedad intelectual, requieren documento público para su inscripción (arts. 11 RRGPI y 3 LHM y PSD), sólo resulta congruente que sea un Registrador de la Propiedad quien realice la calificación de esos documentos notariales.

VII. LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA

§ 1. CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN

La inscripción de la hipoteca de propiedad intelectual es constitutiva: el derecho real nace con la inscripción. La LHM y PSD no lo establece con esos términos —las normas registrales no suelen utilizar las expresiones *inscripción constitutiva* o *eficacia constitutiva* (salvo el art. 16 RH, en relación con el derecho de superficie, y el art. 19 LGC, en relación con la constitución, modificación estatutaria, fusión, escisión, escisión-fusión, descalificación, disolución y liquidación de sociedades cooperativas); según el artículo 3 LHM y PSD, «La falta de inscripción de la hipoteca [...] privará al acreedor hipotecario [...] de los derechos que, respectivamente, les concede la Ley». Este modo impropio de expresarse la Ley (28) ha hecho que algún autor (29)

(28) No debería hablar de «acreedor *hipotecario*» cuando se está aludiendo a la hipoteca no inscrita. sin inscripción de la garantía el acreedor es un acreedor ordinario. Además es un contrasentido la regla legal que el acreedor *hipotecario* no puede ejercitar los derechos que concede la Ley (que derivan de la constitución de la hipoteca).

(29) GÓMEZ-ACEBO, *ibidem*, pág. 211; también VALLET DE GOYTISOLO, «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», en *RDP*, junio 1953, pág. 493, y *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, 1973, pág. 555. Una posición intermedia es la de GARCÍA-PITA Y LASTRES, «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en el Derecho mercantil», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coord. NIETO CARROL Y MUÑOZ CERVERA, t. II, vol. 1, Madrid, 1996, pág. 206, que considera que la inscripción es constitutiva frente a terceros, pero no *inter partes*; no obstante, este autor se alinea, en realidad, entre los que consideran que la inscripción es constitutiva, al afirmar que, antes de la inscripción sólo existe «un simple derecho personal del acreedor». No tiene, pues, sentido decir que la inscripción no tiene carácter

considere, erróneamente, que la inscripción de la hipoteca mobiliaria sólo determina la oponibilidad, y su no inscripción, la inoponibilidad. Pero la inoponibilidad registral presupone *siempre* la oponibilidad extrarregistral en los casos de mala fe. Una inoponibilidad absoluta, tanto en el caso de buena fe como de mala fe, significa eficacia constitutiva de la inscripción.

Cuestión distinta es la eficacia que deba darse a la falta de la «anotación» o la «toma de razón» de la hipoteca en el Registro de la Propiedad Intelectual. Debe tenerse en cuenta que este Registro rige el principio de legitimación (art. 27, ap. 1 RRPI: «Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos de forma definitiva existen [...]»), y esta presunción de existencia de lo inscrito beneficia al titular y afecta al tercero. Por tanto, lo inscrito existe respecto del tercero, y lo no inscrito no existe (salvo prueba en contrario).

Ahora bien, precisamente por la distribución de materias inscribibles en el Registro de la Propiedad Intelectual y en el Registro de Hipoteca Mobiliaria, resulta que la inscripción de la hipoteca en el segundo es constitutiva, y la anotación de la hipoteca en el primero es meramente informativa. El silencio del Registro de la Propiedad Intelectual sobre la hipoteca no la hace inoponible. La existencia o inexistencia de la hipoteca sólo la determina el Registro de Hipoteca Mobiliaria. «La falta de toma de razón en los Registros especiales no alterará en ningún caso los efectos de la inscripción en el Libro de Hipoteca Mobiliaria» (art. 76, párr. 2 LHM y PSD).

Precisamente porque la falta de la anotación de hipoteca en el Registro de la Propiedad Intelectual no priva de efectos a la inscripción practicada en el Registro de Hipoteca Mobiliaria, no cabe entender, a mi juicio, que la inscripción de un titular derivativo de los derechos de propiedad intelectual —sea de buena o de mala fe respecto de una constitución de hipoteca no «anotada», es decir, tanto si conoce la constitución de ese derecho como si la ignora— produzca un cierre registral que impida una posterior inscripción a favor del adjudicatario (30). Aquel titular de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual deberá soportar la hipoteca por el hecho de estar inscrita en el Registro de Hipoteca Mobiliaria —y aunque este derecho conste en un Registro distinto de aquél en que inscribe su adquisición—. Tras la inscripción del derecho de ese primer titular derivativo podrá practicarse —aunque ese derecho figure como libre en el Registro de la Propiedad Intelectual— la inscripción de su derecho a favor del adjudicatario. Debe tenerse en cuenta, además,

constitutivo entre partes. Inscripción constitutiva quiere decir inscripción que hace nacer el derecho real. Si antes de la inscripción sólo existe entre las partes un derecho personal, no resulta coherente afirmar que la inscripción de la hipoteca no es —entre partes— constitutiva.

(30) Como sostiene GONZÁLEZ-BUENO, *Comentarios*, pág. 117.

que ni el Registro de la Propiedad Intelectual ni el Registro de Hipoteca Mobiliaria producen el efecto de fe pública registral: es decir, ni uno ni otro pueden determinar una adquisición inatacable del derecho —sea este derecho la hipoteca o la propiedad intelectual—.

Pero la función de esa anotación de la hipoteca en el Registro de la Propiedad Intelectual no se agota en informar al tercer adquirente de la existencia de la hipoteca; sirve también para facilitar la calificación de las cesiones de derechos de explotación, puesto que estando la propiedad intelectual hipotecada, se requiere el consentimiento del acreedor hipotecario para la validez de la cesión (arts. 4 y 48 LHM y PSD). Sólo si consta en el Registro de la Propiedad Intelectual la constitución de la hipoteca, podrá el encargado exigir que concurra el consentimiento del acreedor (31).

§ 2. LA PREVIA INSCRIPCIÓN DEL DOMINIO

El Registro de Hipoteca Mobiliaria es un Registro de gravámenes. El historial de cada bien mueble no arranca de una previa constatación del dominio, no existe la inmatriculación. Esa carencia haría necesaria la previa comprobación del dominio gravado en el momento mismo de inscribir el gravamen.

El legislador no exige sin embargo esa comprobación; se conforma con la manifestación que realice el propietario en la escritura de constitución de hipoteca. Podía haber exigido, al menos, la previa inscripción del bien en otros Registros ya existentes, que en unos casos serán Registros administrativos y en otros casos Registros jurídicos. Pero tampoco lo ha hecho así con carácter general. En el caso de hipoteca del establecimiento mercantil —por ejemplo— no exige la previa inscripción del dominio (en caso de hipotecante propietario: arts. 19 y 28 LHM y PSD) o del arrendamiento (en caso de hipotecante no propietario: art. 19 LHM y PSD); la Dirección de los Registros ha llevado hasta el extremo esta falta de control y no exige siquiera que el arrendamiento conste en escritura pública (Resolución de 19 de diciembre de 1979).

Tratándose de propiedad intelectual sí ha exigido el legislador la previa inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual. El acierto de esta previsión es evidente; no se olvide que los encargados de los Registros Territoriales de PI (no el encargado del Registro Central) han de calificar «las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos o contratos» (art. 21 RR-GPI). Esta previa inscripción dará pues una base sólida a la inscripción de

(31) Y quizá fuera conveniente que, para inscribir cualquier cesión de derechos de propiedad intelectual, el encargado del Registro de Propiedad Intelectual exigiera una certificación negativa del Registro de Hipoteca Mobiliaria

hipoteca de propiedad intelectual que se practique en el Registro de Hipoteca Mobiliaria. Es cierto que la principal razón por la que el legislador de 1954 exigía la previa inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual derivaba del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de propiedad intelectual en la LPI de 1879; pero la desaparición de ese carácter en la vigente Ley («la propiedad intelectual [...] corresponde al autor por el solo hecho de su creación», dice el art. 1) no priva de fundamento a la exigencia de previa inscripción.

Ahora bien, la referencia a la titularidad sobre la propiedad intelectual que haga el Registro de Hipoteca Mobiliaria no queda cubierta por el principio de legitimación —o presunción de exactitud—. Sucede lo mismo que con la «anotación» de la hipoteca en el Registro de la Propiedad Intelectual. Aunque, según el artículo 3, inciso último, LHM y PSD, «Los asientos practicados en los libros especiales de hipoteca [...] están bajo la protección de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se cancelen o se declare su nulidad», esta declaración legal ha de entenderse referida al objeto propio del Registro de Hipoteca Mobiliaria: los actos de gravamen (32). Lo que Cossio llama impropriamente «menciones de dominio» —impropriamente, porque el término «mención», en el ámbito hipotecario tiene otro sentido— no constituyen el objeto propio de ese Registro, y por tanto no están favorecidas por la presunción de exactitud.

§ 3. ACTOS INSCRIBIBLES EN RELACIÓN CON LA HIPOTECA

En el Registro de Hipoteca Mobiliaria se inscribe no sólo la constitución de la hipoteca de propiedad intelectual, sino también la cesión del crédito hipotecario [art. 68.b) LHM y PSD], la adjudicación *mortis causa* del crédito [art. 68.c) LHM y PSD], las demandas de nulidad de los títulos inscritos (que serán constitución o cesión) [art. 68.d)], las demandas en que se reclamen la propiedad de bienes hipotecables o créditos garantizados con hipoteca mobiliaria, o la nulidad, rescisión, revocación, resolución o cancelación de los actos inscritos (art. 13.1.º RHM y PSD) y las resoluciones judiciales que declaren la nulidad o la cancelación de las hipotecas inscritas [art. 68.e)]. También se practicarán las cancelaciones de las hipotecas, sea en virtud de escritura de cancelación (art. 43, párr. 1 RHM y PSD), sea por mandamiento judicial, como consecuencia de la ejecución (*ib*, párr. 2).

Nada dice la Ley sobre la inscribibilidad de la cesión de los derechos hipotecados, ni de la adjudicación en la subasta. Partiendo, por un lado, de

(32) En este sentido, J. M. GARCÍA GARCÍA, *Código*, pág. 879.

que el Registro de Hipoteca Mobiliaria es un Registro de gravámenes, y, por otro lado, de que la enumeración de actos inscribibles no contiene una cláusula abierta (aunque es cierto que tampoco de cierre, como el art. 13.3.º RHM y PSD), habría que concluir que tales actos no son inscribibles. No obstante, como indica CAMY (33), no hay una prohibición expresa, y, además, al decir la Ley que «en ningún caso será necesaria» la previa inscripción a favor de la persona que otorgue el título inscribible, no está excluyendo las inscripciones de propiedad, sino haciéndola innecesaria.

Ahora bien, respecto de la cesión de los derechos de explotación que hubiesen sido hipotecados puede aducirse un argumento importante para admitir su inscripción. Ese argumento es el que da CAMY para defender, en general, la inscribibilidad de las transmisiones de los objetos hipotecados: que según dispone el artículo 84.C) LHM y PSD, el tercer poseedor ha de ser requerido de pago. Para que este requisito pueda cumplirse en todos los casos, y para evitar la nulidad del procedimiento de no cumplirse, el instrumento adecuado es precisamente la inscripción de la transmisión.

VIII. LA HIPOTECA DE PELICULAS CINEMATOGRAFICAS

Una aplicación especial de la hipoteca de propiedad intelectual, que ha merecido regulación propia —el Decreto 3837/1970, de 31 de diciembre— (34), es la que recae sobre películas cinematográficas (35). Los derechos de explotación que integran la propiedad intelectual pertenecen, en este caso, *plenamente* al productor (36), aunque pueden corresponder al distribuidor y al exportador «cuando así lo hubieran adquirido a precio alzado, con la extensión que se derive de sus respectivos títulos adquisitivos» (art. 2 del citado Decreto). No obstante, lo que en el Real Decreto 3837 era una *cessio legis*, ha pasado a ser, desde la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, norma dispositiva, reforzada por una presunción legal. La Ley de Propiedad Intelec-

(33) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Garantías patrimoniales Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993, pág. 370.

(34) La vigencia de este Derecho la establece expresamente la Disposición Derogatoria única de la LPI de 1996, en su apartado 2.c).

(35) Sobre esta modalidad de hipoteca, vid. el interesante estudio de COBOS SANTOS, «Garantías reales sobre películas cinematográficas», en *RCDI*, núm. 506, enero-febrero de 1975.

(36) No obstante, debe tenerse en cuenta el cambio de criterio que ha supuesto, en cuanto a la titularidad de los derechos del productor, la LPI de 1987 (y hoy la LPI de 1996. cfr. art. 88) de un sistema de *cessio legis* que era el acogido por la Ley 17/1966, sobre propiedad intelectual sobre obras cinematográficas— se ha pasado a un sistema de presunción *iuris tantum* de cesión. Sobre esta cuestión, vid. CASAS VALLES, *Comentarios*, dir. ALBALADEJO, pág. 152.

tual establece una presunción —*iuris tantum* (art. 1.251 del Código Civil)— a favor de la cesión de los derechos de explotación: «por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtitulado de la obra» (art. 88, ap. 1). Pero añade a continuación: «No obstante, en las obras cinematográficas será siempre necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación, mediante la puesta a disposición del público en copias en cualquier sistema o formato, para su utilización en el ámbito doméstico, o mediante su comunicación pública a través de radio-difusión».

Por tanto, la hipoteca de películas cinematográficas podrán constituirlos los autores (si no han cedido los derechos de explotación) (37) o el productor —o el distribuidor o el exportador— (si se les han cedido tales derechos). En el caso de cesión, la hipoteca no comprenderá la venta o alquiler de vídeos —«explotación mediante copias para uso doméstico»— ni la radiodifusión —a menos que se hayan incluido expresamente en la cesión, lo que no parece impedir el párr. 2 del ap. 1 del art. 88 LPI, porque la «autorización expresa» podrá anticiparse—.

El Decreto 3837 prevé la posibilidad de hipotecas parciales —es decir, que no abarquen la totalidad de los derechos de explotación—: «En caso de película española puede ser objeto de la hipoteca tanto su explotación en España como en el extranjero; si fuere extranjera, sólo es hipotecable su derecho de explotación en todo o parte del territorio nacional» (art. 3).

Una importante particularidad de la hipoteca de películas cinematográficas frente a la generalidad de la hipoteca de propiedad intelectual, es la posibilidad de que recaiga sobre *obras o derechos de explotación futuros*. «Puede constituirse la hipoteca, tratándose de película española, aunque la misma no esté aún realizada, siempre que se haya obtenido el permiso de rodaje [...]» (art. 4). Ahora bien, la eventualidad que en este caso caracteriza al objeto de la hipoteca —que podrá existir o no en el futuro— se traslada en cierto modo, por el legislador, a la hipoteca misma, que se considera provisional y caducable: «Tratándose de películas en realización —dice el art. 9—, la hipoteca se registrará mediante anotación preventiva, que caducará a los dos años de su fecha, salvo que antes se convierta en inscripción, en cuyo caso surtirá ésta sus efectos desde la fecha de la anotación». Es indudable que esta hipoteca *provisional* es cedible —*ex* art. 8 LHM y PSD,

(37) Según el artículo 87 LPI son autores de la obra audiovisual: 1. El director-realizador 2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos 3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para la obra.

dando o no conocimiento de ello al deudor—, y la cesión —siguiendo el criterio doctrinal que nos parece más acertado— podrá acceder al Registro, lo que habrá de realizarse en este caso mediante anotación preventiva, que quedará subordinada a la caducidad de la anotación de hipoteca, de la que trae causa. Si antes de transcurridos los dos años se acredita la terminación de la película, la anotación se convertirá en inscripción (art. 10), y lo mismo se hará con la anotación que refleje la cesión.

Ya hemos dicho antes que el Decreto 3837/1970 regula extensamente el que denomina «pacto de transmisión de rendimientos», que es en realidad un pacto anticrético. Esa regulación se centra en la notificación a los deudores (que según los casos serán los distribuidores, los subdistribuidores, los exhibidores, las empresas intermediarias de exportación [vid. arts. 16 a 19]) de la obligación de satisfacer los rendimientos al acreedor hipotecario, y del modo en que ese pago ha de realizarse: «a través de una cuenta bancaria especial, cuyas circunstancias se especificarán en todos los contratos [...]. El acreedor, titular de la cuenta, hará saber al Banco depositario la finalidad de la misma y la cantidad a que ascienden crédito e intereses garantizados, y autorizará al hipotecante a conocer en cualquier momento el total de lo ingresado en la mencionada cuenta» (art. 21).

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad
Vocal de la Comisión General de Codificación

DICTAMENES Y NOTAS

Análisis y valoración del usufructo universal viudal y la cláusula de opción compensatoria de la legítima

SUMARIO: INTRODUCCION AL TEMA.—EL USUFRUCTO UNIVERSAL VITALICIO DEL CONYUGE VIUDO Y LA CAUTELA SOCINI.—CONCLUSION.

INTRODUCCION AL TEMA

Nuestro Código Civil concede al cónyuge viudo una legítima sobre los bienes del causante premuerto, legítima que se caracteriza, en primer lugar, por ser variable según los parientes de dicho causante y, en segundo lugar, por ser un usufructo y no un pleno dominio. Nuestro legislador tomó modelo, para ello, de la legislación histórica más nacional, así como de diversos Códigos contemporáneos al nuestro.

Cuando el cónyuge causante atribuye al cónyuge viudo el derecho a usufructuar todos los bienes de la herencia del esposo fallecido, estamos ante el denominado usufructo universal vitalicio, pensado, fundamentalmente, con el objeto de fomentar la unidad de la familia, sobre todo si existen hijos, bajo la dirección del cónyuge viudo, si bien tiene otros inconvenientes para aquéllos, ya que se retarda, de este modo, la percepción de unos recursos económicos y, en definitiva, de unos ingresos que, en muchas ocasiones, necesitan para lograr una plena autonomía e independencia financiera.

La institución del usufructo universal vitalicio o usufructo viudal universal tiene un gran arraigo en una parte del territorio nacional. Aragón y Navarra la regulan detalladamente desde hace siglos, imponiéndose tanto en la sucesión intestada cuanto en la testamentaria. La Ley Catalana de Sucesión Intestada, Ley 9/1987, de 25 de mayo, acogió este derecho, atribuyéndolo al cónyuge viudo que concurre con descendientes.

Desde el punto de vista histórico, la *Lex Visigothorum* y el Fuero Juzgo concedieron a la viuda —no al viudo— el usufructo de una porción igual a la de cada hijo mientras no contrajere segundo matrimonio. Esta modalidad llegó a influir en la redacción de la base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1888, según la cual habría de establecerse en favor del viudo o viuda el usufructo que algunas legislaciones especiales le conceden, pero limitado a una cuota igual a la que, por su legítima, hubiere de percibir cada uno de los hijos, en caso de haberlos.

La regulación del Código Civil fue modificada por la Ley de 24 de abril de 1958. Más tarde, la reforma de 1981 supuso una agilización y flexibilidad, al no hacerse distinción ya entre los hijos según su procedencia matrimonial o no. El Derecho Comparado nos muestra también cómo dispensa una aceptación al usufructo viudal universal. El Código Civil belga, tras la reforma operada en 1981, ordenó este derecho a favor del cónyuge viudo que concurre con descendientes en la sucesión intestada. Esta reforma es particularmente trascendental porque consigue romper con la tradición francesa, fuertemente enraizada allí, y además, de este modo, se ha reconocido al usufructo viudal universal una existencia y realidad que, de manera tradicional, se había puesto en duda.

El tema que voy a plantear está referido a la posibilidad de establecer, en testamento, el usufructo universal del cónyuge viudo, insertando una cláusula testamentaria penalizadora para aquel descendiente del causante que se oponga al mismo. Se trata de la llamada *cautela Socini*. Procedamos a su exposición y desarrollo.

EL USUFRUCTO UNIVERSAL VITALICIO DEL CONYUGE VIUDO Y LA CAUTELA SOCINI

Puede definirse el usufructo universal viudal como aquél que, por ministerio de la Ley o por disposición de la voluntad, tiene el cónyuge supérstite sobre todos los bienes o el patrimonio relicto del cónyuge premuerto mientras se mantenga en estado de viudedad de aquél.

Nuestro Código Civil concede al viudo o viuda, en relación con la herencia testada o intestada de su cónyuge premuerto, un derecho legitimario afectante a sólo una parte de dicha herencia. El artículo 834 del Código Civil expresa que tiene derecho a la legítima viudal «*el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto*». Si bien la regulación del matrimonio otorgada tras la reforma llevada a cabo en 1981 no es propicia a apreciar culpabilidades en sede de separación conyugal, lo cierto es que no se ha rechazado este precepto hasta la actualidad, por lo que hay que concluir que el cónyuge separado por culpa del otro conserva su derecho a la legítima. La

legítima del cónyuge viudo es de cuantía variable. Si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. Sin embargo, la inmensa mayoría de los testadores con hijos desean dejar no este usufructo, sino el denominado usufructo universal vitalicio a su cónyuge, por lo que, naturalmente, se han arbitrado medios al objeto de que los testadores puedan llevar a cabo sus deseos. Hay que decir que esta posibilidad en el Derecho Común es plenamente admitida en el supuesto de inexistencia de otros herederos forzosos, porque, en este caso, al ser obligatorio atribuir al cónyuge viudo los dos tercios de la herencia en usufructo y pudiendo disponer libremente de su nuda propiedad, así como del pleno dominio del tercio restante, *ex* artículo 838 del Código Civil, estará legalmente permitido que cada cónyuge, testamentariamente, disponga de toda la herencia en favor de su consorte, ya sea en propiedad o en usufructo. Según expone MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ (1), surge la duda cuando hay otros herederos forzosos en concurrencia con el cónyuge viudo, siendo la doctrina discrepante en este punto, porque, aunque la mayor parte de los autores propugnan la implantación del usufructo viudal universal en un futuro, hay otros muchos que sostienen que en el momento actual no se puede admitir, e incluso entre quienes lo admiten se discute si puede ser establecido de forma obligatoria para los demás legitimarios o si, por el contrario, es necesario que presten su consentimiento para que aquél pueda constituirse válidamente.

A mi juicio, esta reserva que mantienen algunos autores choca claramente con la realidad y la práctica generalizada en nuestro país, pues no hay que olvidar que, desde el punto de vista estadístico, alrededor del 90 por 100 de los testamentos otorgados por personas casadas con descendientes contienen un usufructo universal a favor del cónyuge sobreviviente, con la simultánea atribución de la nuda propiedad de todo el patrimonio relicto a los descendientes. Es evidente que el Derecho no puede desconocer esta realidad.

Además, se ha argumentado a favor de la institución del usufructo universal vitalicio del cónyuge supérstite por otros autores, como PUIG PEÑA (2), que defendió la posibilidad de atribuir este tipo de usufructo, aunque existieran otros herederos forzosos, atendiendo a razones de justicia y conveniencia, al tener en cuenta que, con el mismo, el cónyuge viudo no ve disminuidos sus poderes, su soberanía doméstica, sobre lo que, hasta el momento de enviudar, ha sido el patrimonio familiar, respetando así la normal voluntad del premuerto que, tras la unión que conlleva el matrimonio, suele ser la de que su cónyuge continúe en la misma posición que disfrutaba durante su existencia, voluntad

(1) CÁRCABA FERNÁNDEZ, MARÍA, «Posibilidad en el Derecho común de atribuir testamentariamente al cónyuge viudo el usufructo universal de los bienes del causante», en *La Ley*, núm. 1.209, 1985

(2) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, 1975

que gustosamente es respetada por los descendientes en los supuestos de buena armonía familiar, poniéndose de manifiesto su oportunidad, sobre todo en el caso de que, por ser los hijos menores, tiene que completar el padre o la madre supérstite la misión fundamental de su crianza y establecimiento.

A mayor abundamiento, y siguiendo con las ventajas que ofrece esta institución, su necesidad es más patente aún en los medios rústicos, porque el patrimonio familiar, que suele incluir tanto la vivienda como el medio de ganarse la vida, al disgregarse con el reparto de las legítimas, tal como ha puesto de manifiesto SALAS MARTÍNEZ (3), modifica profundamente la posición en la que hasta entonces se había encontrado el cónyuge supérstite. De ahí que se propugne su acogida de cara al futuro dentro del marco de nuestro Código Civil, siempre que se establezca como una facultad del testador y no como un derecho del cónyuge viudo, y que tenga su campo de aplicación en el seno de las familias campesinas. El propio ROCA SASTRE llegó a afirmar que, en la familiar troncal o rural, el cónyuge viudo no debía ser legitimario, sino mucho más: Usufructo universal del patrimonio familiar (4).

En esta práctica, efectivamente, no subyace ningún tipo de sanción respecto de los hijos o descendientes, ya que, de hecho, éstos adquieren más, es decir, adquieren la propiedad de todo el patrimonio relicto, si bien gravada con el usufructo del cónyuge supérstite. Por lo tanto, adquieren más de lo que estrictamente por legítima les corresponde, que supone los dos tercios de la herencia.

Por ello, esta institución no sólo está pensada, desde mi punto de vista, para reforzar o proteger la posición del cónyuge viudo frente a los demás herederos forzosos, generalmente frente a los hijos, sino que, con ella, no se perjudica en absoluto la legítima de los hijos o descendientes, tal como tendré ocasión de fundamentar en páginas posteriores.

No obstante, se han apuntado inconvenientes a la admisión en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil del usufructo universal en favor del cónyuge viudo, y a dichos inconvenientes voy a referirme seguidamente.

En primer lugar, el artículo 813 de nuestro Código Civil expresa que *«el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la Ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo»*.

Las palabras «gravamen», «condición» y «sustitución» incluidas en el párrafo 2 del artículo 813 suponen cualquier carga, modalidad, limitación o impedimento, sea de naturaleza real o personal, que, de algún modo, restrinja

(3) SALAS MARTÍNEZ, FRANCISCO, «El usufructo viudal universal en el Derecho Civil Común Español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1947.

(4) ROCA SASTRE, «La necesidad de diferenciar lo rústico y lo urbano en el Derecho sucesorio», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 1943.

o merme el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima, o cree cualquier obligación en relación con ella, por lo que han de entenderse con la máxima amplitud, en beneficio, como ha señalado FUENMAYOR (5), de la completa percepción por el legitimario de cuanto le corresponde.

El párrafo 2 del citado artículo 813 de nuestro Código Civil supone el establecimiento del denominado principio de intangibilidad de la legítima, si bien deja a salvo el usufructo del viudo. La infracción de la legítima puede ser cuantitativa o meramente cualitativa. Es cuantitativa cuando se priva al legitimario, en todo o en parte, de la cuantía de bienes que le corresponde. Es cualitativa cuando el heredero forzoso percibe un valor equivalente o superior al mínimo previsto en la Ley, pero en forma tal que su cuota no le queda enteramente libre y cubierta con objetos del caudal del causante.

Siguiendo el hilo de esos razonamientos, cabe preguntarse si la institución del usufructo universal vitalicio o usufructo viudal universal supone, de alguna manera, la violación de la intangibilidad de la legítima.

Para tratar este tema, lo primero que procede detenerse es en la doctrina que ha estudiado esta cuestión. En función de ello, hay que resaltar que el 90 por 100, como ya dije antes, de los testamentos contiene, en sus cláusulas, una opción compensatoria de la legítima o *cautela Socini*, por la que el testador deja a su viudo/a el usufructo universal de su herencia, instituyendo a sus hijos por partes iguales y estableciendo que, si alguno de éstos no se conformare con tal disposición, se le asignará únicamente lo que le corresponda por legítima estricta, acreciendo su parte en los tercios de mejora y libre a los que estuvieran conformes.

De este modo, aquel hijo que reclama contra el gravamen impuesto se va a ver privado de lo que, de no reclamar, le correspondería en la mejora y en el tercio libre.

Hay autores, como IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO (6), que han estimado que se trata de una condición ilícita, contraria a la Ley, que ha de tenerse por no puesta en función del artículo 792 del Código Civil. En consecuencia, en armonía con esta tesis, mantiene que se repartirán por igual los dos tercios de legítima entre todos los descendientes, sin premiar a los conformes ni castigar a los disidentes. Pero, como expresa ALICIA REAL PÉREZ (7), esta consecuencia es enteramente contraria a la voluntad del testador que quiso, para su viudo/a, el usufructo universal, quedando, en cambio, reducido a percibir

(5) FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, «Intangibilidad de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, 1948

(6) IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, JOSÉ MANUEL, «Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre de 1950.

(7) REAL PÉREZ, ALICIA, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Madrid, 1988.

solamente el usufructo del tercio libre, lo cual es contrario a lo previsto en la Ley, porque el propio artículo 834 del Código Civil establece que el cónyuge viudo, cuando concurre en la herencia con hijos o descendientes, tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Otro sector doctrinal piensa que la *cautela Socini*, que pone al legitimario en el trance de escoger entre su legítima estricta y pura o una mayor porción de la que legalmente le correspondería, pero gravada, es ilícita porque entraña un fraude a la Ley.

Esta objeción a la *cautela Socini* supone en realidad la idea de que el testador, por medio de ésta, persigue imponer indirectamente lo que está prohibido imponer directamente. NÚÑEZ LAGOS lo expresó afirmando que las Leyes tienen una finalidad que cumplir, y que la finalidad de los preceptos protectores de la legítima, aún no siendo ésta de orden público, quedan más o menos frustradas con la *cautela*, concluyendo que quizá en las inteligencias sencillas de los juristas actuales no quepa que algo que esté prohibido de modo directo esté, sin embargo, permitido de modo indirecto, dando un rodeo (8).

A esta objeción, hay que contraobjetar, siguiendo a ANDREOLUS (9), que manifestaba que, si es lícito instituir al hijo sólo en su legítima y disponer libremente del residuo, resulta muy cierto que lo que directamente puede hacerse, mucho más puede hacerse indirectamente, no pudiendo decirse impedido quien puede remover el impedimento, ni tampoco gravado quien puede remover el gravamen, como el hijo que puede elegir su legítima pura e intacta.

Otra objeción que hay que examinar tiene una base dogmático-conceptual. En este sentido, se ha dicho que la atribución del testador tiene carácter condicional, sometida a condición resolutoria o suspensiva, o a revocación condicional. Ya KIPP mantuvo que esta objeción era insostenible, porque, si bien estimó que era posible que el testador hiciera depender una institución hereditaria o un legado de la condición suspensiva de que el legitimario no impugnare el testamento o no reclamare la legítima, creía que, en caso de duda, debe entenderse que se trata de una condición resolutoria con respecto a la atribución del testador y, por tanto, de una institución de heredero fideicomisario o de un legado sujeto a restitución fideicomisaria a favor de tercero, eventualmente de los herederos legales, para el supuesto de que el legatario infringiera la voluntad del testador resultante de una cláusula interpretada conforme a su sentido (10).

Se ha formulado, asimismo, la idea de que aceptar la *cautela Socini* supone una limitación de los derechos de los legitimarios a sus derechos de

(8) NÚÑEZ LAGOS, «La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 180, 1946.

(9) ANDREOLI, *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1942.

(10) KIPP, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1976.

legítima, limitación que puede llegar a perjudicar a sus propios legitimarios. A este respecto se manifiesta ESPINAR LAFUENTE (11), sosteniendo que el gravamen fideicomisario sobre la legítima es nulo, en aplicación del artículo 813 del Código Civil, pues no sólo perjudica al legitimario, sino también a sus ulteriores herederos legales. Ni el testador ni el heredero pueden hacer trueques, ni cambalaches, ni permutas con la herencia legítima. Aplicada su teoría a la *cautela Socini*, indica que su juego se reduce de forma muy importante, pues tal restricción consiste en que, si existieran herederos forzosos de ulterior grado, habrían de entrar en lugar del heredero que repudia, con derecho a pedir la reducción del legado consolidado a su favor por el renunciante. ROCA SASTRE combate este argumento, aduciendo que en ningún lugar del Código se ordena que la herencia legítima haya de aceptarse o rechazarse en bloque, por lo que el legitimario puede aceptar su legítima gravada, pues quien puede lo más —renunciar la legítima—, puede lo menos, es decir, admitirla con gravamen (12). A la vista de esta contraobjeción, parece evidente que la tesis mantenida por ESPINAR LAFUENTE no puede sustentarse.

Igualmente, se ha objetado que la *Cautela* es formulada como una sanción o imposición de pena, que priva del exceso sobre la legítima atribuida testamentariamente al legitimario que no acepte un gravamen sobre su legítima.

No parece viable tampoco admitir esta tesis contraria a la *Cautela*, pues no es razonable el argumento esgrimido, en este aspecto, de que con dicha cláusula se perturba la libre decisión del legitimario, que se ve coartada, presionado o coaccionado. Según VALLET DE GOYTISOLO (13), las disposiciones *mortis causa* a título de pena han sido consideradas de muy diversas formas a lo largo de la historia. Fueron nulas en el Derecho Romano Clásico, pero admitidas en el Derecho Justiniano. Durante los siglos xv, xvi y xvii fueron discutidas con respecto a las impuestas al heredero que no aceptare un gravamen a su legítima. Más recientemente, llegó a predominar la opinión favorable a su eficacia. Bastante después de las Codificaciones se volvió a discutir sobre el tema, también en España. En este sentido se manifiesta algún sector doctrinal, como HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (14), que estima que con la *cautela Socini* se obliga indirectamente a los legitimarios, de modo que, quien no acepte, queda sancionado.

(11) ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento (Estudio doctrinal y de Derecho positivo)*, Barcelona, 1956

(12) ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la legítima. Teoría de la *debita pars valoris bonorum*», en *Revista de Derecho Privado*, 1944

(13) VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *Estudio de Derecho sucesorio*, volumen II, Madrid, 1981

(14) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, LUIS, «La cuota viual y su regla fija», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946.

Para IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO (15) y GONZÁLEZ PALOMINO (16), al objeto de dar una solución al problema del usufructo universal del cónyuge viudo, sin desamparar la realidad entrañable a que responde, suele operarse con amenazas de graves penas en los testamentos y con pactos de renunciaciones y cesiones recíprocas de usufructo y nuda propiedad en las particiones, opinando que no es lícito castigar a los legitimarios que no quieren pasar por el aro y favorecer a los resignados que sí pasan, pues esto sólo sería correcto y lícito si el testador tuviera en su mano, como derecho suyo, la facultad de disponer del usufructo universal.

Semejante postura, pero aún más radical, mantiene FUENTES TORRE-ISUNZA, para el que la parte de la cláusula que amenaza o coacciona a los legitimarios con no tener participación en los tercios libre y de mejora es francamente inmoral y contraria a la Ley (17).

Al propio VALLET DE GOYTISOLO, al comentar esta objeción a la cláusula discutida, le parece que la redacción en forma de sanción o privación, es decir, con fórmula de imposición de un castigo o pena, es indudablemente incorrecta. Pero, tal como él arguye, no basta que una redacción sea torpe o incorrecta para que, sin más, deba reputarse inválida o inmoral, pues hay que penetrar hasta el fondo de la disposición para juzgarla, por lo que habría que concluir que son válidas dichas cláusulas aunque estén incorrectamente redactadas. Además, no hay verdadera pena, pues al legitimario no se le priva de nada que hubiera sido suyo antes de heredar al testador, ni de nada que legalmente deba corresponderle después. A mayor abundamiento, la privación de la parte disponible podría evitarla el legitimario si prefiriese no sufrirla y admitir el otro término de la alternativa, que, en realidad, se le ofrece con fórmula más o menos incorrecta.

Sí habrían de tener cuidado los testadores en emplear correctamente la expresión en estas cláusulas, al objeto de evitar discusiones y discordias familiares que a nada positivo llevan. Pero de ahí a juzgar inmorales estas cláusulas va un abismo.

También se ha señalado que la *cláusula Socini* constituye un acto de desheredación parcial, encerrando una especie de represalia contra la posible actitud, plenamente lícita, del legitimario que rechaza el gravamen impuesto a su *portio legítima*. Así lo mantuvo DONDERIS TATAY (18).

(15) IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, JOSÉ MANUEL, *ob. cit.*, nota 6.

(16) GONZÁLEZ PALOMINO, «El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», en *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1936.

(17) FUENTES TORRE-ISUNZA, JUAN, «Usufructo viudal universal (una cláusula de estilo)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951.

(18) DONDERIS TATAY, «De la *cautela Gualdense o Socini*», en *Revista General de Derecho*, 1945.

Hay que poner de relieve que esta objeción no es correcta desde el punto de vista literal, porque desheredar significa privar de la legítima. Es evidente que con el mecanismo de la *cautela Socini* el testador no priva a sus legitimarios en modo alguno de su legítima. La opción que se les da, en tal sentido, es recibirla estricta y puramente, o bien recibir una cuota mayor, pero gravada por el usufructo viudal universal. No se trata, por tanto, de una desheredación, tesis que no puede mantenerse a la vista del propio ordenamiento jurídico.

Por fin, se han opuesto a esta cláusula objeciones de tipo moral, que, generalmente, están desprovistas de interés, ya que no tienen un contenido jurídico. BORRACHERO expresó, para rebatir esta objeción, que la *cláusula Socini* no es inmoral, porque defender a ultranza al cónyuge viudo entra dentro de las normas de la más rigurosa ética matrimonial y familiar (19).

Hasta aquí las objeciones que, tradicionalmente, se han opuesto a la validez y eficacia de la denominada *cautela Socini*. Desde mi punto de vista, esta cláusula se limita a ejercer una cierta presión sobre aquel legitimario que fuere reacio a aceptar el usufructo universal de su padre o madre. Estimo que la cláusula permite al testador gozar de una deseada tranquilidad y prevé que, tras su fallecimiento, su cónyuge viudo o viuda conservará el patrimonio familiar, lo disfrutará y gozará en su totalidad, siendo los legitimarios nudo propietarios de aquél. Aceptado por éstos este gravamen —que recordemos que el Código Civil prevé en su artículo 813.2, al disponer que no se puede imponer sobre la legítima gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo referente al usufructo del viudo—, los legitimarios van a tomar, al fallecimiento de su padre o madre, mayor porción en la herencia de lo que, por legítima estricta, les correspondería. De no aceptarlo, su *quantum* se vería reducido en consecuencia.

Los argumentos que se han esgrimido a favor de la cláusula mencionada son, en general, mayoritarios y a ellos voy a referirme a continuación.

Para PUIG BRUTAU (20), queda perfectamente claro que esta cláusula es completamente admisible, añadiendo que *«es curioso comprobar que en las objeciones parece que se trasluce cierto enojo contra el testador porque deja abierta al legitimario la posibilidad de obtener más de lo que corresponde a su legítima, aunque con cierto gravamen, como si el causante cometiera algo reprochable, no por dejar al legitimario reducido a su legítima, sino por abrirle dicha posibilidad.. Sin la opción concedida, el legitimario no tendría motivo para dudar, pero tampoco se le ofrecería posibilidad de obtener más,*

(19) BORRACHERO, MIGUEL, «Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1955.

(20) PUIG BRUTAU, «Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral», en *Estudio de Derecho Privado*, Madrid, 1948

y parece que es contra la circunstancia de ponerle ante dicha duda y no ser liberal por completo que ha reaccionado un sector de la doctrina. Pero, en definitiva, la posibilidad de que se observe estrictamente la Ley depende de la libre elección del legitimario».

A mi juicio, no puede afirmarse, como se ha hecho reiteradamente, que la alternativa ofrecida al legitimario perjudique o lesione sus derechos sucesorios. Lo único que se le da es la posibilidad de moverse entre dos alternativas y elegir, de entre ellas, una, lo cual es perfectamente lícito y, por lo tanto, admisible. La Jurisprudencia ha aceptado la cláusula y su validez.

Según mantiene ROCA SASTRE (21), con la *cautela Socini* el testador establece dos vocaciones hereditarias alternativas a favor del legitimario: O todo con la carga, o sólo la legítima libre de gravámenes, pero estricta. De suerte que, fallecido el testador, surgen a favor del legitimario dos delaciones o llamamientos entre los que ésta libremente ha de optar, ya que no le es dado escoger los dos al mismo tiempo, ni parte de uno y parte de otro. Lo normal será que opte por aceptar con su gravamen la mayor parte de la herencia de mayor valor que el importe de lo que por legítima le correspondería, pues sería absurdo establecer la cláusula si dicha opción no le compensara. La cláusula que analizo ha de reunir ciertos requisitos para que pueda funcionar correctamente y a ellos voy a aludir a continuación:

1. La atribución testamentaria ha de ser en concepto de legítima. Este requisito quiere decir que el testador debe estar contemplando de forma expresa la cualidad de legitimario del gravado.

Hay que resaltar que este requisito ha sido puesto en entredicho y recusado por algún sector doctrinal, siendo significativa la postura que mantiene ALICIA REAL PÉREZ, para quien, al no exigirse en el sistema del Código Civil, pues la legítima puede atribuirse por cualquier título con tal de que realmente se deje al legitimario, *ex* artículo 815 del citado *corpus* legal, no nos encontraríamos ante un verdadero requisito (22), opinión ésta que estimo está cargada de razón.

2. Al legitimario debe atribuírsele mayor *quantum* del que se le debe legalmente. Este requisito es ciertamente ineludible, pues esa mayor atribución debe compensarle, efectivamente, el *quale* inferior que se le deja, al objeto de que pueda optar entre una alternativa y lo que el testador le propone en su testamento, sea algo ventajoso o, al menos, interesante.

Algunos autores recusan también este requisito, afirmando que la insuficiencia cuantitativa no anula la disposición, porque el causante no tiene obli-

(21) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado, Sucesiones*, tomo II, Madrid, 1948

(22) REAL PÉREZ, ALICIA, *ob. cit.*, nota 7

gación de ofrecer a los legitimarios opción alguna, cumpliendo con asignarles la legítima estricta y libre de todo gravamen (23).

No obstante, estimo que, si se ofrece al legitimario una opción, se le da la posibilidad de elegir una entre dos alternativas y, si estamos ante una cláusula de opción compensatoria, parece obvio que una de las alternativas ofrecidas debe ser más ventajosa para el legitimario, pues, de otra manera, no se entiende que pudiera prosperar la voluntad testamentaria en punto a la institución del usufructo viudal universal. Por ello, estimo que este requisito debe ser observado a pesar de las objeciones que se le han hecho.

3. El gravamen ha de imponerse expresamente sobre la legítima, de tal manera que resulte alterada en su calidad. En realidad, este requisito se extiende al gravamen establecido sobre la legítima, consistente en el usufructo universal, por lo que siempre afectará a la legítima, ya que precisamente es universal.

4. Al legitimario ha de imponérsele la necesidad de optar entre las alternativas que se le ofrecen. Este requisito ha sido analizado en páginas anteriores repetidamente. Consiste en la posibilidad de elección concedida al legitimario entre la mayor atribución con el gravamen correspondiente, o bien sus estrictos derechos legitimarios. Se trata, fundamentalmente, de hacer prevalecer la voluntad del testador que desea que su cónyuge disfrute de todo su patrimonio hereditario con carácter vitalicio.

Nuestro Código Civil, en su artículo 820.3, previendo que el gravamen impuesto por el testador sea un usufructo universal, concede a los legitimarios un derecho de opción entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la porción libre en pleno dominio.

5. El legitimario ha de aceptar la atribución testamentaria con el gravamen. Este requisito supone que el legitimario acepte el gravamen y, por ende, la limitación de su *quale* legitimario. VALLET DE GOYTISOLO ha expresado que, más que un requisito para la eficacia de la *cautela*, se trata de un requisito para la efectividad del gravamen impuesto, por lo que, si no hay aceptación del legitimario, el gravamen no puede tener lugar (24). Estimo que el gravamen viene impuesto, generalmente, en los testamentos y su efectividad ha de desplegarse con independencia de que los legitimarios lo acepten o no. En todo caso, si no lo aceptaran, la cláusula surte sus efectos, porque el legitimario sólo va a percibir, en este último supuesto, su legítima estricta.

Muchas son las fórmulas que pueden utilizarse para la *cautela Socini*. Basta fijarnos aquí en alguna de ellas, sin carácter exhaustivo. Así, la siguiente es bastante correcta:

(23) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, tomo V, Barcelona, 1981.

(24) VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *ob cit.*, nota 13.

«Lega a su cónyuge el usufructo vitalicio, relevado de inventario y fianza, de toda su herencia (cláusula 1.ª).

En la nuda propiedad o pleno dominio, si premuriera al otorgante su cónyuge, instituye herederos por partes iguales a sus hijos... vulgarmente sustituidos por sus respectivas stirpes legítimas, aplicándose, si no hubiera lugar a tal sustitución, el derecho de acrecer (cláusula 2.ª).

Si algún hijo o descendiente no respetara el usufructo universal dispuesto en la cláusula primera, por reclamar sus derechos legitimarios, quedaría reducido a la legítima estricta, acreciendo lo que por ello dejara de percibir a los demás que lo respetaran, y si ninguno lo respetara, lega a su expresada esposa el tercio de libre disposición en pleno dominio, sin perjuicio y además de la cuota viudal legitimaria (cláusula 3.ª).

Siempre que procediera la reducción del usufructo universal dispuesto en la cláusula primera, quedará a elección de la esposa del otorgante percibir como derecho sucesorio, en concepto de legado o usufructo vitalicio, relevado de inventario y fianza, del remanente que quedara después de la reducción, o el tercio de libre disposición en pleno dominio, sin perjuicio y además de la cuota legitimaria en usufructo» (cláusula 4.ª).

Una fórmula más breve, pero muy clara, suele ser la siguiente:

«Lega a su esposola el usufructo vitalicio de toda su herencia, o bien, si alguno se opone a este legado, le lega en este caso el tercio de libre disposición en pleno dominio, sin perjuicio de la cuota en usufructo que el Código Civil asigna al viudo».

También es viable la fórmula que aparece referida directa e inmediatamente al Código Civil, del siguiente tenor:

«Lega a su esposola el usufructo vitalicio de toda su herencia, con relevación de fianza, cumpliéndose, si alguno de los herederos se opone a este legado, lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 820 del Código Civil, aunque el usufructo legado no tenga valor mayor que la porción disponible».

CONCLUSION

La institución del usufructo viudal universal está, en nuestro país, ampliamente extendida. La práctica notarial ha sido, en este punto, la encargada de dar forma a esta utilizadísima institución, deseada por la inmensa mayoría de los testadores casados y con hijos, que buscan, con la misma, que su esposo/a supérstite mantenga una posición económica similar o en todo semejante a la que tenían cuando aquéllos vivían. No es en absoluto extraño este deseo,

esta última voluntad de los testadores que optan por esta institución, sino enteramente legítima. No hay razón para ver en la voluntad del causante, así emitida, un deseo de sancionar a los hijos o descendientes. Se trata tan sólo de un intento de proteger al cónyuge viudo/a, para que no se sienta, al quedar en ese estado, desamparado económicamente o con una importante merma de sus intereses. El usufructo viudal universal trata, así, de dar respuesta y salida a los deseos legítimos de aquellos testadores casados que quieren que todo su patrimonio sea disfrutado por su esposo o esposa tras el fallecimiento de aquéllos. Hay que recordar que, a salvo siempre las legítimas, la voluntad del testador es la Ley de la sucesión, y este principio está íntimamente relacionado con la interpretación del testamento. La Sentencia de 23 de enero de 1959 declaró que, *«sabido es cómo el testador debe ser respetado y consti. tuye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la Ley o al derecho necesario que sobre ella deba imperar»*.

Si bien no plantea problemas la admisión del usufructo viudal universal en el supuesto de no concurrencia en la sucesión con herederos forzosos, sí reviste problemática la admisión de dicho usufructo cuando a la herencia concurren hijos o descendientes del causante.

La admisión de la validez y eficacia de la cláusula denominada *cautela Socini* está, en la actualidad, fuera de toda duda y logra, con su implantación en los testamentos, evitar equívocos y erróneas interpretaciones en punto a la voluntad testamentaria libremente otorgada.

No se le puede reprochar a dicha cláusula que viole o lesione, de algún modo, la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, pues el testador puede, efectivamente, aspirar a extender un gravamen a todo cuanto recibe el legitimario, pero brindando a este último la posibilidad, en compensación, de recibir un valor superior al mínimo legal, que sólo percibirá si acepta el gravamen. De ahí la denominación de cláusula compensatoria de la legítima, denominación que ha sido utilizada y empleada por la doctrina patria.

Si bien el artículo 813 de nuestro Código Civil dispone que sobre la legítima no podrá imponerse gravamen de ninguna especie, se deja a salvo, en el mismo precepto, lo que concierne al usufructo del viudo, por lo que estimo que es absolutamente admisible y correcta, desde el punto de vista jurídico, la admisión de la validez y eficacia de dicha cláusula en los testamentos. La Sentencia de 20 de junio de 1968, entre otras que pudieran citarse, reconoció la plena admisión y validez de la llamada *cautela Socini*, pues el Tribunal Supremo ha concluido afirmando que dicha cláusula es perfectamente válida y eficaz, señalando que el testador, en su libérrima voluntad, ha colocado a los legitimarios en el trance de elegir entre dos alternativas: O su legítima libre, o bien un legado de valor superior a ésta, pero gravado.

Es obvio que el testador es libre de ordenar esta disyuntiva y estimo que las objeciones que se han opuesto por ciertos sectores doctrinales a esta cláu-

sula no son lo suficientemente contundentes ninguna de ellas para rechazarla. Quizá los problemas más arduos que puedan plantearse con la inclusión de esta cláusula en los testamentos vengan de la mano de las particiones efectuadas por contadores-partidores sin tener en cuenta la verdadera voluntad de los testadores, lo cual, como es lógico suponer, complica la cuestión.

En definitiva, estamos ante una institución, el usufructo vidual universal, utilizadísima en nuestro país y, en consecuencia, ante una cláusula, la llamada *cautela Socini*, perfectamente válida y eficaz desde el punto de vista jurídico, a pesar de las objeciones que se han aducido en su contra.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Comentarios de aproximación al Proyecto de Ley del Suelo de 1997

SUMARIO 1. INTRODUCCION —2. OBSERVACIONES PRELIMINARES.—
3. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROYECTO DE LEY —4. COMENTARIOS AL ARTICULADO DEL PROYECTO. PRINCIPALES NOVEDADES:
4.1. OBJETO DE LA LEY (ART. 1.º) 4.2. FACULTADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD (ART. 2.º). 4.3 PARTICIPACIÓN EN LAS PLUSVALÍAS (ART. 3.º). 4.4. ACCIÓN URBANÍSTICA E INICIATIVA PRIVADA (ART. 4.º). 4.5 REPARTO EQUITATIVO DE BENEFICIOS Y CARGAS (ART. 5.º) 4.6. INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN EL PLANEAMIENTO Y LA GESTIÓN (ART. 6.º). 4.7. NUEVOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DEL SUELO (ARTS. 7 A 11). 4.8. DERECHOS Y DEBERES DE LOS PROPIETARIOS (CAP. II DEL TÍT. II): a) *Ejercicio de derechos y deberes (art 12)*. b) *Derechos de los propietarios de suelo urbano (art 13)* c) *Deberes de los propietarios de suelo urbano (art 14)*. d) *Derechos de los propietarios de suelo urbanizable (art. 15)*. e) *Reglas para el ejercicio del derecho (art 16)*. f) *Usos y obras provisionales (art 17)*. g) *Deberes de los propietarios de suelo urbanizable (art 18)* h) *Deberes legales de uso, conservación y rehabilitación (art. 19)*. i) *Derechos de los propietarios de suelo no urbanizable (art. 20)* j) *Transmisión de fincas y deberes urbanísticos (art. 21)* k) *Declaración de obra nueva (art 22)*. 4.9. VALORACIONES (TÍT III. ARTS. 23 A 31). 4.10. EXPROPIACIONES (TÍT. IV: ARTS. 32 A 39). 4.11. SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS (TÍT. V. ARTS. 40 A 43). 4.12. DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DEROGATORIA.

1. INTRODUCCION

Recientemente (el pasado 9 de junio de 1997) ha aparecido publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados el texto de un nuevo Proyecto de Ley sobre «Régimen del suelo y valoraciones» remitido previa su aprobación por el Gobierno de la Nación (1), que sin duda constituirá un punto de

(1) Los datos de publicación son: Serie A, núm 66-1 de 9 de junio de 1997 Se inserta al final de este estudio un anexo con el texto completo del Proyecto.

inflexión importante en la historia del urbanismo en España sobre la base de dos vectores que atraviesan el completo articulado del Proyecto, a saber, el reconocimiento explícito y amplio de las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas en línea con la más reciente doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, y el espíritu liberalizador que inspira la filosofía del texto proyectado avanzando en la senda ya iniciada el pasado año mediante el Real Decreto-ley 5/1996.

Tal espíritu liberalizador se plasma, como veremos seguidamente, en una profunda transformación de diversas técnicas e instrumentos urbanísticos, de las que serán objeto preferente de estudio en este trabajo las que afectan al ámbito del Derecho privado y registral, que realmente se ha trasladado al mismo centro de gravedad del Proyecto de Ley, ya que gran parte de la habilitación competencial para su elaboración le viene al Estado por la vía de las atribuciones que la Constitución le hace para regular las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad (*ex art. 149, núm. 1.1.ª y 8.ª*), derecho paradigmático por antonomasia de nuestro Ordenamiento jurídico-privado. Comenzaremos haciendo unas observaciones preliminares con objeto de proporcionar inicialmente una sinopsis de las principales novedades que nos aporta este Proyecto que, por otro lado, viene con ciertas urgencias, pues se dispone por Acuerdo de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 1997, su tramitación por procedimiento de urgencia.

2. OBSERVACIONES PRELIMINARES

1.º El Proyecto de nueva Ley del Suelo responde al criterio liberalizador que ya inspiraba al Real Decreto-ley 5/1996, sobre medidas liberalizadoras en materia de suelo. Entronca ello, al menos en parte, con la doctrina sentada en diversos informes por el Tribunal de Defensa de la Competencia, así como con los criterios programáticos del actual Gobierno en el sentido de reducir el intervencionismo administrativo y fomentar paralelamente la iniciativa privada, tratando de eliminar excesos burocráticos y costes económicos innecesarios, con objeto de contribuir a la reducción del precio de los bienes y servicios, y en particular, en este caso, coadyuvar al abaratamiento del precio de la vivienda.

2.º La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, presenta un enorme alcance e importancia en la materia, pues declara inconstitucionales y, por tanto, nulos, más de la mitad de los preceptos del citado Texto Refundido de 1992. El criterio que determina la nulidad de la mayor parte de los preceptos inconstitucionales radica en entender que el Estado ha extralimitado sus com-

potencias legislativas en la materia, y considerando que la facultad de desarrollo legislativo en materia de planeamiento, gestión y disciplina urbanística corresponde a las Comunidades Autónomas (2). Así, hay que recordar, por ejemplo, que se declaran nulos la inmensa mayoría de los preceptos del Texto Refundido de 1992, relativos al planeamiento y a los diversos sistemas de ejecución urbanística (reparcelaciones, compensaciones, expropiaciones). A ello hace alusión expresa el Preámbulo del Proyecto de Ley, indicando que la misma ha querido mantenerse absolutamente en el marco de las competencias del Estado claramente delimitadas por la sentencia del Tribunal Constitucional, por lo que ha renunciado a incidir lo más mínimo en los aspectos relativos al planeamiento, a la gestión urbanística y al control de aquél y de ésta (3).

3.º Por el contrario, la sentencia del Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad de la práctica totalidad de los preceptos de la Ley del Suelo de 1992, relativos a materias relacionadas con el Registro de la Propiedad —apenas existen preceptos en dicho texto legal que aludan a intervenciones notariales—, respecto de aquéllos que habían sido objeto de recurso. Considera al respecto el Alto Tribunal que el artículo 149, número 1.8.ª de la Constitución, al atribuir al Estado competencia exclusiva en materia de

(2) Declara al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional que, «El orden constitucional de distribución de competencias ha diseccionado ciertamente la concepción amplia del urbanismo que descansaba en la legislación anterior a la Constitución de 1978, pues no es posible desconocer, como se ha dicho, que junto a la atribución de la competencia urbanística a las Comunidades Autónomas, el artículo 149.1 CE reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales o la legislación sobre expropiación forzosa, o el sistema de responsabilidad o el procedimiento administrativo común, por citar algunos de los instrumentos de los que el urbanismo, con esa u otra nomenclatura, suele hacer uso». Sigue diciendo el Alto Tribunal: «Pues bien, expuesto lo anterior, ha de afirmarse que *la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales* que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa). Pero ha de añadirse, a renglón seguido, que no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la CE es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales Entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto».

(3) Así, a título de ejemplo, declara la Sentencia de 20 de marzo de 1997. del Tribunal Constitucional, que «A la luz de lo expuesto, el Plan Nacional de Ordenación, así configurado, invade la referida competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, pues en virtud de la eficacia vinculante que a dicho Plan atribuye el artículo 67 TRLS, las políticas territoriales de las Comunidades Autónomas quedan condicionadas desde el mismo Plan Nacional y por su propia eficacia, así como por las eventuales actualizaciones o revisiones de que sea susceptible el instrumento de planeamiento que ahora enjuiciamos».

Registros e instrumentos públicos, da cobertura a los citados preceptos de contenido registral (4). La única excepción reseñable es la relativa a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de edificación ruinoso o inadecuada (art. 229 del TR de 1992).

Lo mismo cabe decir de los preceptos reguladores de técnicas urbanísticas basados en la utilización de instituciones o figuras procedentes del Derecho Civil, como es el caso del derecho de superficie, respecto de los cuales declara el Tribunal que: *«Finalmente, entre los títulos competenciales en favor del Estado, susceptibles de afectar al urbanismo, merecen ahora citarse los que consagran los artículos 149.1.8.º y 18.º CE. Por virtud del primero, al Estado incumbe con carácter exclusivo la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan, competencia cuya incidencia habrá que considerar cuando las normas impugnadas contengan efectivamente legislación civil. No obstante, y habida cuenta del escaso número de impugnaciones deducidas por la pretendida infracción competencial de este título, no es necesario hacer aquí una consideración especial y previa acerca de su significado, sobre el que, por otra parte, se ha producido ya una*

(4) Así declara el Tribunal Constitucional en la citada sentencia que: *«Finalmente, entre los títulos competenciales en favor del Estado, susceptibles de afectar al urbanismo, merecen ahora citarse los que consagran los artículos 149.1.8.º y 18.º CE. Por virtud del primero, al Estado incumbe, con carácter exclusivo, la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan, competencia cuya incidencia habrá que considerar cuando las normas impugnadas contengan efectivamente legislación civil. No obstante, y habida cuenta del escaso número de impugnaciones deducidas por la pretendida infracción competencial de este título, no es necesario hacer aquí una consideración especial y previa acerca de su significado, sobre el que, por otra parte, se ha producido ya una dilatada jurisprudencia (entre otras, SSTC 58/1982, 71/1982, 85/1984, 37/1987, 227/1988, 15/1989, 170/1989, 17/1990, 121/1992, 88/1993, 156/1993, 264/1993, 102/1995, 146/1996, etc.)»*. Añade a continuación el Alto Tribunal que: *«Por su parte, el artículo 149.1.18.º CE atribuye al Estado numerosas competencias, de diverso alcance y naturaleza, cuya proyección sobre el urbanismo habrá que examinar, también en cada caso “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” que garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; “el procedimiento administrativo común”, y, sobre todo, “la legislación sobre expropiación forzosa” y el “sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”*. Como es evidente, el artículo 149.1.18.º CE contiene en su conjunto un bloque de materias de mayor espectro que el que representa el artículo 149.1.1.º CE, que sólo es susceptible de afectar a la intervención pública sobre los derechos en juego en el ámbito del urbanismo, *señaladamente del derecho de propiedad*. Adelantando lo que, al enjuiciar las correspondientes impugnaciones, habrá que resolver, el problema capital reside en determinar si, y en qué medida, el Estado, a partir del artículo 149.1.18.º CE (cuya heterogeneidad impide, sin embargo, un tratamiento unívoco), puede aprobar normas especiales, circunscritas a un sector específico, como el urbanismo, más allá de la legislación general de expropiación forzosa y de las garantías comunes del expropiado; o del sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones públicas».

dilatada jurisprudencia (entre otras, SSTC 58/1982, 71/1982, 85/1984, 37/1987, 227/1988, 15/1989, 170/1989, 17/1990, 121/1992, 88/1993, 156/1993, 264/1993, 102/1995, 146/1996, etc.)»

En definitiva, tras la sentencia se conserva en el ámbito de la competencia estatal la definición de las denominadas ideas-dogma, es decir, función social, no indemnizabilidad y recuperación de las plusvalías, el destino del suelo no urbanizable, la definición de los derechos, deberes y facultades básicas de los propietarios, el tema de las valoraciones, la regulación de la expropiación urbanística, la determinación de los supuestos sujetos a indemnización, el derecho de superficie, la regulación del régimen jurídico del suelo y todo lo relativo al Registro de la Propiedad (5).

4.º Desde un punto de vista jurídico-privado general, y registral, en particular, cabe destacar las siguientes innovaciones del nuevo Proyecto de Ley del Suelo:

- a) Desaparece el sistema de «escalera» o de adquisición gradual de facultades urbanísticas que integran el contenido de la propiedad inmobiliaria conforme al vigente artículo 23 de la Ley de 1992, relativas a las facultades de urbanización, al aprovechamiento urbanístico, al derecho de edificar y al derecho a la edificación, cuyas facultades se subordinaban al cumplimiento de determinados deberes urbanísticos, y que había venido a derogar el régimen tradicional de la accesión contenida en el Código Civil, y que ahora de nuevo recuperaría su vigencia.
- b) Como consecuencia de lo anterior, se reconoce que el *ius aedificandi* constituye una facultad ínsita en el dominio, de forma que la licencia pierde el carácter que le confiere la Ley de 1992 de ser el título jurídico atributivo del derecho a edificar, siendo este último un derecho preexistente en el patrimonio del propietario del suelo al margen de la licencia, que recupera su función tradicional en el ámbito del Derecho Administrativo de constituir una autorización reglada que produce la remoción de un obstáculo legal al ejercicio de un derecho preexistente.
- c) Igualmente pasa a integrarse en el contenido urbanístico ordinario del derecho de propiedad inmobiliaria, en este caso de forma novedosa, la denominada facultad de «promover la transformación del suelo urbanizable», consistente en la facultad de iniciativa en la actuación urbanística que se atribuye a los propietarios, recayendo en la Administración facultades de mero control y dirección, pero sin subordinar

(5) Puede verse una extensa exposición de esta materia en JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER, *La Ley del Suelo después de la Sentencia del TC de 20 de marzo de 1997*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, págs 167 y sigs.

la iniciativa que corresponde a los propietarios a la previa aprobación de «programas de actuación urbanística» que hasta ahora habían venido condicionando el ejercicio de las facultades de urbanización y de edificación de los propietarios de terrenos urbanizables.

De esta forma, el contenido de la propiedad inmobiliaria, en lugar de restringirse —como hacía el Texto Refundido de 1992—, se expande.

- d) Sin embargo, subsiste en el texto del Proyecto el principio de subrogación urbanística en las cargas y deberes del anterior propietario, en caso de transmisión de fincas, así como en los compromisos que éste hubiere contraído con la Administración urbanística competente, y que en cuanto a este último punto —el de los compromisos contraídos por el anterior propietario con la Administración actuante—, constituía uno de los aspectos más criticables del Texto Refundido de 1992, por ser contrario al principio de publicidad urbanística. Ahora bien, respecto de la regulación del año 1992 se introduce la trascendental novedad de subordinarse la subrogación en los compromisos asumidos por el anterior propietario al requisito de que tales compromisos «hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real». El tema es de gran importancia desde el punto de vista de la seguridad del tráfico jurídico, y desde el ángulo de la adecuada coordinación entre la publicidad urbanística y la publicidad registral, y constituye sin duda un importante acierto del Proyecto, como se argumentará más adelante.
- e) En cuanto al tema del otorgamiento de licencias, desaparece del Proyecto aprobado por el Gobierno un precepto que figuraba en los primeros borradores en cuya virtud se sancionaba de forma explícita la importante novedad, que ya fue contemplada en el Anexo o normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción de actos urbanísticos, aprobado mediante Real Decreto 1093/97, de 4 de julio de 1997, de introducir el principio del silencio administrativo en la materia (6), y ello, en concreto, en su modalidad de silencio positivo, es decir, entendiendo estimada la petición de licencia de obras

(6) Así, el artículo 48, número 2 del citado Anexo al Reglamento Hipotecario, en relación a los títulos de declaración de obra nueva y a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, declara que: «En caso de que la concesión de la licencia tenga lugar por acto presunto, se incorporarán a la escritura, en original o por testimonio: a) La certificación administrativa del acto presunto; b) En caso de que no se hubiese expedido esta última, el escrito de solicitud de la licencia y, en su caso, el de denuncia de la mora, el escrito de solicitud de la certificación del acto presunto, todos ellos sellados por la Administración actuante, y la manifestación expresa del declarante de que, en los plazos

o de edificación una vez transcurrido el período de tres meses desde su solicitud sin recaer resolución expresa. Esta novedad, que finalmente no figura recogida explícitamente en el texto del Proyecto remitido a las Cortes, era totalmente congruente con la nueva concepción de la licencia como acto de mera autorización administrativa, no atributiva de derechos, sino meramente habilitante del ejercicio de derechos preexistentes, y resultaba igualmente congruente con las normas que al respecto establece la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (42 y 43).

- f) En cuanto al precepto que se dedica en el proyecto a la declaración de obras nuevas, mantiene en su práctica literalidad —salvo algún pequeño detalle de estilo— el texto del artículo 37 del Texto Refundido de 1992. Resulta, a mi juicio acertado, mantener el texto actualmente vigente por cuanto que el mismo trata de asegurar la coincidencia no sólo entre la obra material y el proyecto para el que se obtuvo la licencia, sino, además, su coincidencia con la descripción que de tal obra se hace en la escritura y que, por tanto, va a ser objeto de publicidad registral. Prescindir de esta coordinación entre la licencia, el proyecto, la obra ejecutada y la descripción que será objeto de publicidad registral implicaría un retroceso respecto de la situación actual, que ha sido cuidadosamente evitado por el texto remitido a las Cortes manteniendo en este punto la redacción actual del artículo 37, que ha tenido desde la misma entrada en vigor del TR de 1992 una aplicación efectiva plena, calando en la conciencia de los operadores inmobiliarios y, desde luego, en la práctica documental notarial y registral.
- g) En cuanto al tema de las valoraciones, se trata de acudir como criterio general a los valores de mercado, entendiendo que sólo ellos merecen la consideración de verdaderos valores justos, y obtenidos a través del método de la comparación con otras fincas de características similares. En este tema, cabría sugerir la posibilidad de que el método de comparación se articulara de forma más técnica, incorporando los criterios particulares que sobre tasación de terrenos y edificaciones establece la Ley del Mercado Hipotecario de 1981.
- h) Por último, en cuanto al tema de las expropiaciones urbanísticas, manteniendo una regulación, en lo afectante a la materia registral, muy similar a la ya existente, cabe apuntar dos novedades de cierto relieve:

legalmente establecidos para la concesión de la licencia solicitada y para la expedición de la certificación del acto presunto, no se le ha comunicado por la Administración la correspondiente resolución denegatoria de la licencia solicitada ni tampoco se le ha expedido la certificación del acto presunto»

- se introduce una nueva nota marginal posterior a la de haberse expedido la certificación de dominio y cargas, en la que se habrá de identificar la concreta porción expropiada si la actuación no afectase a la totalidad de la finca. Esta novedad es plausible, por cuanto que refuerza el principio de especialidad hipotecaria, en lo relativo a la determinación precisa de los derechos y situaciones jurídicas sujetas a publicidad registral;
- se sienta el criterio de entender fijado el justiprecio, a los efectos de practicar la inscripción —en los supuestos de procedimientos de tasación conjunta—, cuando lo fije la Administración actuante, no siendo, por tanto, necesario esperar a que dicho justiprecio, en caso de discrepancia del particular, sea fijado por el Jurado Provincial de Expropiación, en contra del criterio tradicional del artículo 32 del Reglamento Hipotecario. Este tema ya fue recogido en el Anexo del Reglamento Hipotecario en términos coincidentes con la mencionada novedad del Proyecto de nueva Ley del Suelo, y respecto de cuya novedad mi opinión no es del todo favorable, según indicaré más adelante, si bien en este momento entiendo que cabe aceptar sin excesivas reservas tal innovación, sobre la base de que se han alterado, como he indicado, los parámetros de valoración de los terrenos para ajustarse a criterios de valores de mercado, y sin minusvalías por el mero hecho de fijarse el justiprecio con ocasión de un expediente expropiatorio. Por tanto, ahora se prima el criterio de eficacia administrativa, pero salvaguardando al tiempo los legítimos intereses de los propietarios afectados por la expropiación, al vincular a la propia Administración actuante a los criterios de valoración de mercado.

3. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROYECTO DE LEY

1. El Proyecto de Ley del Suelo surge como reacción frente al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, y al hilo de la línea de inspiración marcada por el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo.

En esta última disposición ya se ponía de manifiesto en su Exposición de Motivos que la finalidad de la misma era la de incrementar la oferta de suelo disponible con la meta de abaratar su coste. Para ello se introdujeron reformas orientadas a simplificar los procedimientos y a acortar los plazos con que contaban las Administraciones Locales para aprobar el planeamiento. Junto a ello se reducía el porcentaje de suelo de cesión obligatoria a los Ayuntamien-

tos, rebajándolo del 15 al 10 por ciento. El objetivo de todo ello no era sino el de garantizar con mayor facilidad la efectividad del derecho al acceso a la vivienda.

En esta misma línea, el nuevo Proyecto pretende alcanzar los citados objetivos reduciendo la complejidad de este sector normativo, al disminuir notablemente el número e intensidad de las intervenciones administrativas en el conjunto del proceso de desarrollo urbanístico, reduciendo las tasas de discrecionalidad con que contaban las Administraciones públicas, y eludiendo lo que se denomina «limitación artificial de la oferta de suelo», mediante la supresión de la distinción, dentro de la categoría de suelo urbanizable, entre el programado y el no programado.

El propio Proyecto habla a este respecto muy gráficamente de «fracaso» de la reforma operada por la Ley 8/1990, de 25 de julio, que exageraba la tendencia intervencionista de las Administraciones en materia urbanística, por lo que el Proyecto pretende en palabras de su exposición de motivos realizar una «enérgica rectificación».

2. El objetivo de aumentar la oferta del suelo se pretende conseguir atribuyendo la consideración de «susceptible de ser urbanizado» a todo el suelo no urbano en el que no concurren especiales razones para su preservación en razón de sus valores ambientales, paisajísticos, arqueológicos, etc. Para ello se adoptan básicamente las siguientes medidas:

- a) la ya citada de suprimir la distinción entre suelo urbanizable programado y no programado;
- b) fomentar la iniciativa para el planeamiento de desarrollo de los particulares o propietarios y, en general, estimular su contribución a la acción urbanística de los entes públicos;
- c) tiende a reducir básicamente el contenido de los planes generales a la determinación de lo que se denomina «estructura general del territorio», la cual vendrá definida fundamentalmente por dos elementos: la determinación de los usos prohibidos en los distintos sectores delimitados en el territorio afectado por el plan y la fijación de las intensidades máximas de edificación, si bien la decisión sobre el contenido concreto de los citados planes generales corresponde a las Comunidades Autónomas.

De esta manera se evita el imponer a los propietarios de terrenos un régimen de «actuaciones programadas» por la Administración, que implican un dirigismo urbanístico burocratizante, costoso e incierto en cuanto a su efectivo desarrollo.

3. Además de lo anterior, se pretende reducir la discrecionalidad de las Administraciones urbanísticas para decidir sobre la viabilidad de las iniciativas particulares promovidas respecto de terrenos de suelo urbanizable, me-

dante el establecimiento de un sistema de «consulta previa», de forma que cualquier promotor de una iniciativa urbanística sobre suelo urbanizable pueda *ab initio* someter a consulta de la Administración la inexistencia de objeciones a la misma por razones de incompatibilidad con la estructura general del territorio prevista por el planeamiento general. Este esquema, que en los borradores iniciales del Proyecto se aplicaba en todo caso respecto de los propietarios de suelo urbanizable, se ha limitado en el texto remitido por el Gobierno a las Cortes a los supuestos en que el planeamiento general se limite a definir los criterios de delimitación de sectores, los usos incompatibles y las intensidades máximas de edificación. En cualquier caso, a la consulta se le atribuye carácter vinculante en relación con la tramitación ulterior del planeamiento de desarrollo.

4. En cuanto a los criterios de valoración del suelo, se adopta el de mayor aproximación posible al «valor real de mercado» en función del tipo concreto de suelo en que esté clasificado el terreno valorado. Con ello se eliminan las distinciones entre valor inicial y valor urbanístico, de un lado, y la dualidad entre valor a efectos de expropiaciones y valor a otros efectos no expropiatorios, de otro lado. Para el caso de no poder acudir a los valores de mercado a través del método de comparación con fincas similares a la que es objeto de valoración, se prevén otros métodos alternativos diferenciados en función de la clase de suelo, y que remiten a través del concepto de aprovechamiento urbanístico a los valores de repercusión recogidos en las ponencias catastrales. Con ello se pretende, además de una mayor justicia valorativa, aumentar la seguridad del tráfico jurídico.

5. Por otro lado, se establece, como parte del régimen jurídico de la propiedad del suelo, un sistema clarificador sobre las indemnizaciones que proceden por los perjuicios derivados de la alteración del planeamiento y de las limitaciones urbanísticas singulares impuestas a propietarios concretos.

6. Finalmente, se establece un régimen transitorio que permite la aplicación directa de muchas de las normas proyectadas, sin necesidad de la previa revisión o adaptación del planeamiento.

4. COMENTARIOS AL ARTICULADO DEL PROYECTO DE LEY DEL SUELO. PRINCIPALES NOVEDADES

ARTÍCULO 1.º OBJETO DE LA LEY

Este precepto trata al tiempo de fijar el objeto de la Ley y la delimitación competencial entre la legislación estatal y la autonómica. Establece

como objeto de la Ley y, por tanto, atribuye a la competencia del Estado, la regulación de la definición del contenido básico del derecho de propiedad de acuerdo con su función social y la regulación de las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo en territorio nacional (en base a los títulos competenciales del art. 149 de la Constitución, relativos a la regulación del derecho de propiedad privada y de la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos básicos por parte de todos los ciudadanos del Estado). Motiva para el desarrollo de dicho régimen jurídico-urbanístico y para la aplicación del planeamiento urbano.

Se ha eludido de esta forma configurar como objeto de la Ley el de la regulación del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, lo que podría haber planteado problemas de constitucionalidad, pues la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, ha declarado inconstitucionales y nulos la práctica totalidad de los preceptos del Texto Refundido de junio de 1992, relativos al planeamiento, incluyendo desde las disposiciones relativas a las clases de planes de ordenación hasta los relativos a procedimientos de elaboración y fijación de competencias sobre los mismos, salvando tan sólo algún precepto relativo a los efectos derivados de la aprobación de los planes, al partir la sentencia de la idea de que los diecisiete Estatutos de Autonomía atribuyen, de acuerdo con el texto constitucional, la competencia exclusiva en materia de urbanismo a las respectivas Comunidades Autónomas, sin que, por tanto, y sin perjuicio de otros títulos competenciales conectados con la materia urbanística, el Estado esté habilitado para generar un cuerpo legal que tenga como materia y objeto básico la del urbanismo.

ARTÍCULO 2.º FACULTADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Este precepto viene a refundir los artículos 5 y 6 del Texto Refundido que 1992, sin demasiadas novedades, a excepción de la de eludir el concepto de «función social» de la propiedad como concepto delimitador de su contenido, quizá porque dicho concepto había sido utilizado acaso en forma abusiva en la normativa de los últimos años, conduciendo a un cierto vaciamiento del concepto de propiedad privada, como se ponía que manifiesto en los votos particulares a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1994 sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuyos votos criticaban el sentido de la sentencia que declaraba la constitucionalidad del derecho de subrogación en cadena que establecía dicha Ley, por implicar el citado vaciamiento del concepto de propiedad privada, al ser compatible con el mismo toda privación de utilidad económica del objeto para su propietario.

ARTÍCULO 3.º PARTICIPACIÓN EN LAS PLUSVALÍAS

Este precepto recoge el antiguo artículo 7 del Texto Refundido de 1992. Obsérvese que, puesto que las plusvalías urbanísticas surgen básicamente del proceso de ejecución del planeamiento, y la competencia para legislar sobre el mismo corresponde a las Comunidades Autónomas, resulta lógico que se haya añadido al final del artículo el inciso de «y las demás que sean de aplicación», que permite entender que contiene una remisión a la legislación urbanística de la respectiva Comunidad Autónoma al respecto.

ARTÍCULO 4.º ACCIÓN URBANÍSTICA E INICIATIVA PRIVADA

Este precepto parte de una dualidad de conceptos: el de iniciativa urbanística, que se pretende trasladar en la medida más amplia posible a los propietarios, y el de dirección de la acción urbanística, que corresponde a los entes públicos. Estos conceptos ya figuraban en el artículo 4 del Texto Refundido de 1992, pero ahora se invierte la perspectiva, ya que se estimulan con carácter preferente los sistemas de actuación con participación privada, previéndose su sustitución exclusivamente cuando la misma no alcanzase a cumplir los objetivos necesarios, en tanto que en el Texto vigente la presunción era la contraria, y además se contemplaba la iniciativa privada a través del concepto de concesión.

No se declara expresamente una preferencia respecto de los sistemas de actuación con participación privada que, no obstante, tiende a estimularse indirectamente desvelando la preferencia del autor prelegislativo, por lo que parece que dicha no declaración expresa responde a la intención de evitar problemas de constitucionalidad, al haberse declarado inconstitucionales los párrafos 2.º y 3.º del vigente artículo 4, relativos a la gestión urbanística asumida directamente por la Administración o encomendada a la iniciativa privada a través de sistemas de gestión indirecta. Parece, pues, que la preferencia al respecto la habrá de definir la legislación autonómica.

ARTÍCULO 5.º REPARTO EQUITATIVO DE BENEFICIOS Y CARGAS

Este precepto trata el tema del reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, y de la fijación de los criterios de participación en tales beneficios y cargas por parte de todos los propietarios. Viene a mantener una línea de continuidad con la legislación vigente, interesando, no obstante, destacar dos aspectos:

- a) Se establece como criterio exclusivo para la distribución de beneficios y cargas el de la proporcionalidad a las respectivas aportaciones

de todos los propietarios afectados. Se ha suprimido respecto de las primeras versiones del anteproyecto las referencias explícitas al aprovechamiento medio de la unidad de ejecución como criterio concreto de distribución. La concreción de este punto hubiera podido resultar atentatoria contra el régimen competencial definido por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que ha declarado nulos la mayor parte de los artículos del título IV del Texto Refundido de 1992, incluyendo los relativos a los sistemas de ejecución del planeamiento por compensación y por cooperación, que se basan en los mismos criterios de aprovechamiento urbanístico y de superficie de las parcelas (así, por ejemplo, se han declarado inconstitucionales, entre otros, los apartados *a*) y *b*) del art. 166).

- b*) Por otra parte, no termina de clarificarse —a diferencia de lo que ocurría en alguna versión anterior del anteproyecto— algo que había sido objeto de discusión: que la Administración urbanística participa tanto en el aprovechamiento de la unidad de ejecución que le pueda corresponder en caso de ser propietaria de terrenos afectados (en particular se contemplan los supuestos de bienes de dominio y uso público que hayan de ser objeto de desafectación), así como en los costes de urbanización en proporción a los aprovechamientos que le correspondan.

No obstante no aclararse explícitamente, cabe considerar que ésta es la solución patrocinada por el prelegislador como resulta de la alusión expresa a «*todos los propietarios* afectados por cada actuación urbanística». Con ello se parte de la idea de entender que la Administración actuante, desde el punto de vista de las transmisiones y reconocimientos de derechos dominicales y urbanísticos a que pueda dar lugar el reparto de beneficios y cargas con ocasión de la ejecución del planeamiento, actúa no investida de *imperium*, sino como un sujeto de derecho ordinario, despojada del régimen estatutario exorbitante. Así, la Administración deja de ser un ente prepotente y exento del régimen jurídico ordinario, para entrar en el reparto equitativo de beneficios y cargas urbanísticos en condiciones de igualdad con los demás propietarios afectados.

ARTÍCULO 6.º INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN EL PLANEAMIENTO Y LA GESTIÓN

Este precepto sienta el principio de publicidad del planeamiento y gestión urbanística, en un doble aspecto: por un lado, garantizando el «derecho a la información» por las entidades interesadas y por los particulares, y, de otro

lado, garantizando la «participación pública» en los procesos de tramitación y aprobación de los planes y de los instrumentos de ejecución. Se trata, pues, de principios generales en línea con lo indicado anteriormente acerca de la atribución de la iniciativa sobre las actuaciones urbanísticas a favor de los particulares, así como en congruencia con el principio de publicidad de las actuaciones administrativas recogido en la Ley 30/1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

El precepto recoge en su segundo párrafo el denominado derecho a la «consulta urbanística» o derecho a solicitar por escrito al Ayuntamiento respectivo información sobre el régimen urbanístico de una finca o sector, pero omite «rescatar» el párrafo número 3 del mismo precepto, según el cual los Ayuntamientos remitirán al Registro de la Propiedad que corresponda, copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de los deberes urbanísticos que incumben a los propietarios.

ARTÍCULOS 7 A 11. INTEGRAN EL CAPÍTULO I DEL TÍTULO II DEL PROYECTO, Y SE REFIEREN A LOS NUEVOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DEL SUELO

A) Mantienen las nuevas categorías de suelo acuñadas por el artículo 1.º del Real Decreto-ley 5/1996, de medidas liberalizadoras en materia de suelo, como consecuencia de la supresión de la distinción entre las categorías de suelo urbanizable programado y no programado, anteriormente apuntadas. Tales categorías son las siguientes: suelo urbano, urbanizable y no urbanizable. Estas categorías fueron posteriormente confirmadas por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales (cfr. art 1).

Esta nueva clasificación del suelo constituye, a mi juicio, una de las claves de la reforma, al incrementar de forma muy notable la cantidad de suelo urbanizable. Para ello, se invierten los términos entre las categorías de suelo urbanizable y de suelo no urbanizable, de manera que si en la legislación vigente la categoría residual definida de forma negativa, en caso de no concurrir los requisitos para ser englobado un terreno concreto en ninguna de las otras dos clases de suelo, estaba integrada por el suelo no urbanizable, ahora se pretende que tal categoría residual, en el sentido de definición negativa, corresponda al suelo urbanizable, el cual se define como «el suelo que no tenga la consideración de urbano o de no urbanizable...» el cual —se añade— «podrá ser objeto de transformación en los términos establecidos en la legislación urbanística y el planeamiento aplicable». Es decir, se da carta de naturaleza a lo que se ha denominado «presunción de urbanizabilidad» (7).

(7) Según feliz expresión acuñada por GONZÁLEZ-BERENGUER en *opus cit*

Por tanto, si consideramos que el suelo urbano es aquél que cuenta con una red de servicios de abastecimientos de aguas, electricidad, acceso rodado, o bien aquél que en ejecución del planeamiento haya sido urbanizado de acuerdo con el mismo (vid. art. 8 del Proyecto), y que el suelo no urbanizable sería en el nuevo proyecto aquél que esté sometido a algún «régimen especial de protección» incompatible con su transformación por motivos paisajísticos, arqueológicos, históricos, etcétera, o bien aquéllos que el planeamiento general considere necesario preservar (por su valor agrícola, forestal, o por ser manifiestamente inadecuados para un desarrollo urbano), y consideramos que el suelo urbanizable está integrado por el resto del territorio de los municipios, apreciaremos la gran expansión que se produce en la legislación proyectada sobre el suelo urbanizable, que hasta ahora requería que el plan general municipal lo declarase como terreno adecuado para ser urbanizable, sometiendo además la ejecución del planeamiento de desarrollo (básicamente los planes parciales) a la aprobación previa de un programa de actuación urbanística, lo cual ralentizaba enormemente la entrada de suelo en el proceso de urbanización.

Como novedades de menor alcance, cabe señalar las dos siguientes:

1.º Se abre la posibilidad de que las legislaciones urbanísticas autonómicas reconozcan la condición de suelo urbano, aún sin reunir los requisitos de contar con los servicios generales antes apuntados, a terrenos que correspondan a «formas tradicionales de asentamientos» (vid. art. 7, núm. 2). Esta novedad responde a la existencia real en el conjunto del territorio estatal de numerosos conceptos y formas de entender lo que se denomina un «núcleo de población».

2.º Se incorpora como un nuevo criterio determinante de la preservación de los terrenos de todo proceso de urbanización, el de estar sujetos a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público, que en los últimos años ha experimentado una enorme expansión, generando, a través de cada ley especial o sectorial que trataba la materia, una ampliación del ámbito espacial y de la intensidad de las limitaciones que comporta la proximidad de los predios a los bienes de dominio público, en cuanto a las servidumbres impuestas por dichas leyes en razón de la necesaria protección de las distintas categorías de bienes de dominio público: zonas marítimo-terrestres, carreteras y autopistas, zonas de régimen portuario, vías de comunicación ferroviaria, etc.

B) Desde el punto de vista de la constitucionalidad de los preceptos consagrados a establecer los nuevos criterios de clasificación del suelo, hay que señalar que el Proyecto trata de eludir los riesgos de posible inconstitucionalidad de los preceptos comentados eliminando la previsión que figuraba en alguno de los primeros borradores en el sentido de que la deli-

mitación de estas clases de suelo se realizaría por las legislaciones autonómicas adoptando para su definición «criterios de naturaleza similar a los establecidos en este capítulo». Esta constricción que se operaba, forzando a que las legislaciones autonómicas adoptasen para la definición de las distintas categorías de suelo «criterios de naturaleza similar» a los establecidos en el anteproyecto, podría haber resultado inconstitucional, pues la Sentencia de 20 de marzo de 1997, del Tribunal Constitucional, declara nulos entre otros preceptos de carácter supletorio del Texto Refundido de 1992, los artículos 9, números 2, 10, 11, 12 y 13 del mismo, los cuales contenían la precisión de los criterios de delimitación de las categorías de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, así como los criterios de clasificación del suelo en municipios sin planeamiento. Por ello parece acertado el planteamiento de indicar que la clasificación del suelo contenida en el texto del Proyecto se realiza «a los efectos de la presente Ley», es decir, a los efectos de y en la medida necesaria para definir el concepto básico del derecho de propiedad del suelo, asegurando la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional.

ARTÍCULOS 12 A 22. INTEGRAN EL CAPÍTULO II DEL TÍTULO II DEL PROYECTO, Y SE REFIEREN A LOS «DERECHOS Y DEBERES DE LOS PROPIETARIOS»

Artículo 12. Ejercicio de derechos y deberes

En este precepto se establece la regla de que los derechos y deberes de los propietarios se ejercerán de acuerdo con la normativa que sobre planeamiento, gestión y ejecución establezca la legislación urbanística. Más allá de suponer una remisión normativa en blanco a la legislación de las Comunidades Autónomas, este precepto aporta una novedad de principios muy importante, al transformar completamente la perspectiva que al respecto mantenía el Texto Refundido de 1992, el cual si, por un lado, como hemos visto, limitaba la capacidad de iniciativa urbanística de los propietarios de suelo subordinándola a la previa aprobación del planeamiento de desarrollo por parte de la Administración actuante, por otro lado, a partir de la aprobación de dicho planeamiento, no es que surgiese un derecho a urbanizar en favor del propietario, sino que se le imponía el «deber» de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio, es decir, se atribuye al ejercicio de la facultad dominical de urbanizar y edificar el carácter de forzoso, con graves sanciones en caso de incumplimiento, que iban desde la negación de la incorporación de la facultad urbanística al patrimonio del propietario, hasta la imposición de la expropiación con carácter sancionador, es decir, con una artificial reducción de la indemnización a pagar.

Artículo 13. *Derechos de los propietarios de suelo urbano*

Este precepto produce una doble expansión del contenido de la propiedad inmobiliaria desde el punto de vista urbanístico:

- Por un lado, como ya señalé anteriormente, desaparece el sistema de «escalera» o de adquisición gradual de facultades urbanísticas que integran el contenido de la propiedad inmobiliaria conforme al vigente artículo 23 de la Ley de 1992, relativas a las facultades de urbanización, al aprovechamiento urbanístico, al derecho de edificar y al derecho a la edificación, cuyas facultades se subordinaban al cumplimiento de determinados deberes urbanísticos, y que había venido a derogar o, al menos, a modalizar fuertemente el régimen tradicional de la accesión contenida en el Código Civil, y que ahora de nuevo recuperaría su vigencia. Como consecuencia de lo anterior, se reconoce que el *ius aedificandi* constituye una facultad ínsita en el dominio, de forma que la licencia pierde el carácter que le confiere la Ley de 1992 de ser el título jurídico atributivo del derecho a edificar, siendo este último un derecho preexistente en el patrimonio del propietario del suelo al margen de la licencia, que recupera su función tradicional en el ámbito del Derecho Administrativo de constituir una autorización reglada que produce la remoción de un obstáculo legal al ejercicio de un derecho preexistente.
- Por otro lado, se reconoce a favor de los propietarios de suelo urbano el «derecho a completar la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de solares» en las condiciones establecidas por la legislación urbanística y el planeamiento, como una manifestación concreta de la atribución a los particulares de la iniciativa en el campo de las actuaciones urbanísticas.

Artículo 14 *Deberes de los propietarios de suelo urbano*

Este precepto, junto con el artículo 18 del Proyecto, viene a definir los deberes de los propietarios de suelo urbano y urbanizable, que anteriormente en el Texto Refundido de 1992, contaban con un precepto genérico que era el artículo 20 de dicho Texto Refundido. Ahora se prescinde del establecimiento de un precepto genérico, arbitrándose dos normas distintas, una respecto de los propietarios de suelo urbano, y otra respecto de los propietarios de suelo urbanizable. Además de esta diferencia, hay que destacar que los deberes de los propietarios no se definen de forma gradual ni condicionándose la adquisición de parciales facultades urbanísticas al cumplimiento sucesivo de los deberes legales impuestos a los propietarios, tal y como hacía el

precepto del texto Refundido de 1992, citado mediante el referido sistema de «escalera».

Los deberes fundamentales de los propietarios de suelo urbano serán los de costear y, en su caso, ejecutar las obras de urbanización, ceder al Ayuntamiento los terrenos para zonas verdes y dotaciones públicas (ahora, además, se especifica que tales dotaciones públicas han de ser las de «carácter local») y el suelo preciso para la ejecución de los sistemas generales. Por último, los propietarios deberán ceder a la Administración el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento de la unidad de ejecución. Además, se introduce la importante novedad de establecer que este porcentaje tiene carácter de máximo, pudiendo la legislación autonómica reducirlo pero no ampliarlo.

Desaparecen, por consiguiente, los deberes de solicitar licencia y de edificar los solares en el plazo fijado en la propia licencia, salvo el deber de completar la urbanización y de edificar en plazo que se impone a los propietarios de terrenos de suelo urbano consolidado en caso de estar emplazado en aquellos ámbitos para los que así se haya establecido por el planeamiento. Además, se vuelve al porcentaje del 10 por 100 de cesión obligatoria del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada propietario —con el carácter de máximo ya comentado—, en lugar del 15 por 100 que estableció el Texto Refundido de 1992. Este mismo porcentaje de aprovechamiento, sujeto a cesión obligatoria a los Ayuntamientos, es el que se establece respecto del suelo urbanizable. Esta reducción implica una disminución de, al menos, el 5 por 100 en el coste del proceso urbanizador, ya que dicho aprovechamiento se refiere en todo caso a suelo edificable, de manera que tras costear los gastos de urbanización, los propietarios y promotores urbanísticos contarán con una disponibilidad de un 5 por 100 más de suelo edificable, lo cual está en línea con el propósito declarado de la reforma de contribuir al abaratamiento del precio de la vivienda, lo cual dependerá en cuanto a su efectividad de que dicha rebaja se repercuta en el precio final en favor de los usuarios.

Por otra parte, paralelamente se produce una disminución de un 5 por 100 en el aprovechamiento urbanístico que obtienen los Ayuntamientos, lo que se traduce en una importante pérdida de recursos financieros para las Haciendas Locales, ya que con frecuencia el aprovechamiento urbanístico que recibían los Ayuntamientos en virtud de la cesión obligatoria lo transferían de nuevo a los promotores a cambio del correspondiente precio (en menor medida se destinaba a integrar el patrimonio municipal del suelo). Este aspecto puede contribuir a agravar la crónica deficiencia de recursos presupuestarios que padecen las Corporaciones Locales, lo que ha despertado ya una reacción en contra por parte de numerosos Ayuntamientos y ciertas reservas en la Federación de Municipios, que dentro de la lógica de sus necesidades presupuestarias buscan fórmulas de compensación por la pérdida de recursos que la

citada reducción del porcentaje del aprovechamiento sujeto a cesión les comporta.

Hemos dicho que se suprimen los deberes de solicitar licencia y de edificar en plazo, salvo la excepción apuntada, de forma que, como cualquier derecho ordinario, la propiedad del suelo estará sujeta a un régimen de ejercicio más liberal.

Artículo 15. Derechos de los propietarios de suelo urbanizable

Este precepto da entrada, igualmente, al criterio de atribución de la iniciativa urbanística a los propietarios, sentando la idea de que los titulares de suelo urbanizable, que se califica como suelo de naturaleza rústica (por oposición, sólo será suelo urbano el calificado como tal conforme al art. 8.º, ya comentado), podrán además de «usar, disfrutar y disponer» de dichos terrenos conforme a su naturaleza rústica, «promover su transformación» instando de la Administración la aprobación del planeamiento de desarrollo.

Se ha suprimido la especificación que en alguna versión del anteproyecto se hacía en el sentido de definir el contenido del «planeamiento general» limitándolo a delimitar los sectores o fijar los criterios a que se habría de sujetar su delimitación posterior, y a determinar los usos incompatibles y las intensidades máximas de edificación. Esto último hubiese podido ser conflictivo en cuanto a su posible inconstitucionalidad, ya que al establecerse el contenido que habría de observar en cualquier caso el planeamiento general, podría haber chocado con la doctrina del Tribunal Constitucional que ha declarado nulos todos los artículos del Texto Refundido de 1992, relativos al planeamiento general (arts. 70 a 80) en los que, entre otras cosas, se fijaban las determinaciones que había de contener el plan general (clasificación urbanística del suelo, delimitación de áreas de reparto, criterios de distribución de cargas y beneficios, usos, intensidades y tipologías edificatorias, estructura general del territorio y los sistemas generales de comunicación y zonas de dotaciones públicas, etc.).

Artículo 16. Reglas para el ejercicio del derecho

Este precepto articula el sistema, anteriormente apuntado, de «consulta previa» a la Administración actuante por parte del propietario que decide ejercer el «derecho a promover» la transformación del suelo urbanizable, para el caso de que el planeamiento general se haya limitado a señalar los criterios para la delimitación de los sectores o ámbitos, los usos incompatibles y las intensidades máximas de edificación y otras condiciones similares (lo cual

será una opción en cuanto a definición del contenido del plan que habrá de ejercer, en su caso, la legislación autonómica competente por razón de la situación del suelo).

El sistema, que busca mayor seguridad jurídica en los operadores inmobiliarios y menor discrecionalidad administrativa por parte de la Administración actuante, se basa en una consulta, configurada con carácter vinculante, a la Administración sobre la adecuación de la misma al planeamiento y a las previsiones de la ordenación territorial o de los planes y proyectos sectoriales, así como sobre las obras que habrán de realizarse a su costa para asegurar la conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación. Se ha de subrayar el carácter vinculante de la consulta, lo que supone que la Administración no se podrá oponer al proyecto informado favorablemente en trámite de consulta con ocasión de la tramitación ulterior del planeamiento de desarrollo.

Artículo 17. Usos y obras provisionales

Este precepto establece la regla general de que los propietarios de suelo urbanizable no podrán realizar en el mismo ninguna actuación urbanística hasta tanto no se apruebe definitivamente el correspondiente planeamiento de desarrollo. No obstante ello, se admite con carácter excepcional la posibilidad de autorizar usos y obras de carácter provisional (que es lo que da rúbrica al artículo a pesar de tratarse de la excepción), siempre que no se trate de obras o usos prohibidos por el planeamiento general ni por la legislación urbanística o sectorial.

Esta posibilidad de autorizar usos y obras de carácter provisional ya se contemplaba en el artículo 136 del Texto Refundido de 1992 y, de forma coincidente con él, ahora se define el régimen jurídico de tales obras y usos diciendo que «habrán de cesar, en todo caso, y ser demolidas sin indemnización alguna, cuando lo acordare el Ayuntamiento».

Igualmente, se contempla ahora como entonces la inscripción de tales autorizaciones para obras y usos provisionales en el Registro de la Propiedad, previsión legal que se desarrolla reglamentariamente en el artículo 76 del Anexo al Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de actos de naturaleza urbanística, en el que se aclaró el carácter rogado de tal constancia registral, de forma concordante con los criterios generales que rigen en materia de procedimiento registral, al significar que: «La nota se tomará a solicitud del titular registral o, con su audiencia, a requerimiento de la Administración actuante». Además, se aclara expresamente que la licencia para usos provisionales se puede referir al supuesto de «edificios fuera de ordenación».

Por último, cabe significar que todo lo dicho se refiere al supuesto de se trate de obras o usos referidos a terrenos comprendidos en sectores ya deli-

mitados con vistas a su desarrollo inmediato. En el resto del suelo urbanizable sólo pueden autorizarse los usos que pueden serlo en los terrenos calificados como suelo no urbanizable de conformidad con el régimen establecido en el artículo 20 que después veremos.

Artículo 18. Deberes de los propietarios de suelo urbanizable

Además de las obligaciones o deberes impuestos a los propietarios de suelo urbano, a los titulares de suelo urbanizable se les impone el de proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo, cuya distribución se alcanza a través de los distintos sistemas de ejecución (reparcelaciones, compensaciones, expropiaciones). Son, por consiguiente, reproducibles los comentarios hechos anteriormente al artículo 14.

Artículo 19. Deberes legales de uso, conservación y rehabilitación

Este precepto es un trasunto del artículo 21 del vigente Texto Refundido de 1992. La única novedad reseñable radica en reflejar, en cuanto a los deberes legales de uso, un criterio más liberal que el del texto legal vigente, al establecerse que los propietarios de terrenos y construcciones «deberán destinarlos a usos que no resulten incompatibles con el planeamiento urbanístico», en tanto que el Texto Refundido de 1992 establecía que tales terrenos y construcciones debían ser destinados efectivamente «al uso en cada caso establecido por el planeamiento urbanístico». Es decir, en el texto vigente se parte de una mentalidad omnicomprensiva del planeamiento, de forma que éste lo ha de prever todo, en tanto que ahora se pretende que, en cuanto a los usos, el planeamiento se limite, con carácter general, a indicar los usos incompatibles, fuera de los cuales el uso efectivo podrá ser decidido en cada caso concreto por el propietario del terreno o la construcción.

Artículo 20. Derechos de los propietarios de suelo no urbanizable

Este precepto viene a sustituir en el proyecto de nueva Ley del Suelo al vigente artículo 16 del Texto Refundido de 1992. Además del cambio significativo de la rúbrica del artículo («derechos de los propietarios de suelo no urbanizable», en lugar de «prohibiciones y autorizaciones»), que indica un importante cambio de mentalidad, cabe indicar como novedades, dentro de una cierta continuidad, las siguientes:

A) Conforme a la nueva mentalidad reflejada en la rúbrica del artículo, lo primero que se establece en el mismo es la definición del contenido del derecho de los propietarios de suelo no urbanizable: éstos tendrán «derecho a usar, disfrutar y disponer de los terrenos de su propiedad de conformidad con la naturaleza de los mismos (hay que entender tal referencia como hecha a la naturaleza rústica de las fincas, ya que se reconoce o atribuye tal naturaleza incluso a los terrenos clasificados como urbanizables), debiendo destinarlos a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos u otros...», y ello dentro de los límites establecidos por las Leyes o el planeamiento.

B) Tras esta afirmación del derecho de los propietarios, el párrafo segundo de este precepto indica la posibilidad, sujeta a previa autorización, de realizar construcciones en tal clase de suelo, siempre que el destino de las mismas sea el de su afectación a la actividad de explotación agrícola o ganadera que se desarrolle en la finca correspondiente, o bien cuyo destino sea el de vivienda acorde a la naturaleza y extensión de la propia finca. Además de ello, y con carácter excepcional, podrán autorizarse otras actuaciones (cabe interpretar aquí el término actuaciones por el de construcciones o instalaciones) de «interés público». Esta fórmula sustituye a la que en el vigente artículo 16 del Texto Refundido de 1992, se refería a edificaciones o instalaciones «de utilidad pública o interés social». No contempla el artículo proyectado la otra posibilidad de autorización prevista por el vigente artículo 16, relativa a «las construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas», quizá por entender que al ser actuaciones de interés público no precisan una referencia especial, cabiendo englobarlas dentro del supuesto anteriormente contemplado, o quizá por entender que en tales supuestos es precisa una actividad expropiatoria previa que gozará de habilitación por razón del concreto interés social o utilidad pública que la justifique.

La diferencia fundamental entre el precepto proyectado y el vigente, radica en que este último entraba a regular de forma detallada las cuestiones de competencia y procedimiento para el otorgamiento de la autorización administrativa necesaria, en tanto que la norma proyectada omite toda referencia a tales cuestiones de competencia y procedimiento, que han de quedar residenciadas en su ámbito natural, esto es, en el ámbito de las legislaciones autonómicas. La razón de ello parece obvia si reparamos en que la Sentencia el Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997, ha declarado inconstitucional el número 3 del artículo 16 vigente, relativo a las limitaciones y prohibiciones de usos en suelo no urbanizable ahora comentado, precisamente por invasión de competencias autonómicas al entrar en el detalle de la regulación de tales procedimientos.

C) Termina el artículo 20 proyectado estableciendo una regla ya clásica en cuanto a las divisiones de terrenos no urbanizables, prohibiendo en los mismos las parcelaciones urbanísticas, las divisiones, segregaciones y frac-

cionamientos de cualquier tipo contrarios a la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza.

Esta parte del artículo se corresponde con los números 1.º y 2.º del artículo 16 vigente, respecto del cual no se ha declarado su inconstitucionalidad y, además, hay doctrina interpretativa en la jurisprudencia registral de la Dirección General de los Registros y del Notariado a través de su Resolución de 12 de julio de 1995, en la que se discutía acerca de la inscribibilidad de cierta escritura por la que los dueños de una finca rústica (destinada a huerta) segregan de la misma con destino a su enajenación en el propio instrumento público una porción de terreno de una superficie de 1.825 metros cuadrados, dentro de la cual existía una casa de dos cuerpos de alzada en estado ruinoso, sin acreditar para ello el otorgamiento de la oportuna licencia municipal de segregación o la declaración de su innecesariedad, exigidos por el Registrador conforme al artículo 259, número 3, de la Ley del Suelo. El recurrente se alzó contra la calificación del Registrador por considerar que la operación realizada constituía una segregación en suelo rústico o no urbanizable y no una parcelación urbanística a la que, por tanto, no resultaba aplicable el régimen jurídico de la Ley del Suelo (ni, por ende, el art. 259, núm. 3, de la misma, invocado en la nota de calificación) y considerando que, aún admitiendo la aplicabilidad de la Ley del Suelo a los terrenos que tengan la calificación de no urbanizables, la exigencia de licencia de parcelación o declaración alternativa de innecesariedad sólo puede entenderse referida a las propias parcelaciones urbanísticas y no indiscriminadamente a cualesquiera actos de división de terrenos.

La Dirección General de los Registros rechaza esta tesis del recurrente en base a su propia doctrina (8) alegando la siguiente bien fundada argumentación: *«el propio concepto de parcelación urbanística, definido en el artículo 257 de la Ley del Suelo; la sujeción a licencia de toda parcelación urbanística (vid. art. 259, núm. 2, de la Ley del Suelo); la sujeción a licencia de todo acto de uso del suelo y, entre ellos, la parcelación urbana (vid. art. 242 de la Ley del Suelo); la extensión de la competencia urbanística a la determinación en la configuración y dimensión de las parcelas aplicables, así como a la configuración de la parcela misma [vid. art. 3, núm. 2.i), y 4.a), de la Ley del Suelo]; la tajante exclusión de toda parcelación urbanística en suelo no urbanizable (vid. art. 16, núm. 2, de la Ley del Suelo); en fin, el propio tenor del artículo 259 de la misma Ley, que, ajeno a consideraciones sobre la calificación urbanística del terreno dividido, alude a “escrituras de división de terrenos” como determinante de la referida obligación de Notarios y Registradores de la Propiedad de exigir la acreditación de la licencia o del*

(8) Resoluciones de 22 de abril de 1985, 13 de mayo de 1994, 5 y 17 de enero, y 16 de junio de 1995.

certificado de innecesariedad, son razones suficientemente justificativas en el caso debatido para la suspensión recurrida en tanto quede debidamente acreditada —mediante la referida licencia o declaración alternativa— la inexistencia de obstáculos urbanísticos a la segregación calificada».

No obstante, en la actualidad se ha introducido cierta flexibilidad en esta materia a través de la regulación incorporada al respecto por el artículo 79 del Anexo al Reglamento Hipotecario en materia urbanística al prever la posibilidad de inscripciones de actos de parcelación en suelo no urbanizable, aún existiendo duda inicial fundada sobre el peligro de formación de núcleo de población a criterio del Registrador y aún resultando parcelas de dimensiones inferiores a la unidad mínima de cultivo, mediante un procedimiento de comunicación al Ayuntamiento remitiéndole copia del título presentado, en caso de que éste no remita al Registrador en el plazo de cuatro meses certificación del acuerdo adoptado por el órgano competente declarando la existencia de peligro de formación de núcleo de población o de posible parcelación ilegal (9).

(9) En caso de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, cuando de la operación que corresponda resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o, en todo caso, aún siendo superiores, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, sugiere duda fundada sobre el peligro de creación de núcleo de población, en los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable, los Notarios y Registradores de la Propiedad actuarán con arreglo a lo establecido en este artículo

1. Los Notarios no autorizan las escrituras públicas pertinentes sin la preceptiva licencia, cuando de los títulos anteriores, de las declaraciones que las partes o del contenido de la escritura cuya autorización se pretende, se den las circunstancias previstas en el número anterior.

2. Los Registradores de la Propiedad, cuando, a pesar de haberse autorizado la escritura pública, tuviesen la misma duda fundada a que se refiere el número anterior y no se aportase la licencia correspondiente, remitirán copia del título o títulos presentados al Ayuntamiento que corresponda, acompañando escrito con solicitud de que se adopte el acuerdo que, en cada caso, sea pertinente y con advertencia expresa de que en caso de no contestación se procederá con arreglo a lo establecido en este artículo. La remisión de la documentación referida se hará constar al margen del asiento de presentación, el cual quedará prorrogado hasta un límite de ciento ochenta días a contar de la fecha de la remisión.

3. Si el Ayuntamiento comunicase al Registrador de la Propiedad que del título autorizado no se deriva la existencia de parcelación urbanística ilegal, el Registrador practicará la inscripción de las operaciones solicitadas. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 80.

4. Si el Ayuntamiento remitiere al Registrador certificación del acuerdo del órgano competente, adoptado previa audiencia de los interesados, en el que afirme la existencia de peligro de formación de núcleo urbano o de posible parcelación ilegal, se denegará la inscripción de las operaciones solicitadas y el Registrador de la Propiedad reflejará el acuerdo municipal mediante nota al margen de la finca o resto de la finca matriz. Dicha nota producirá los efectos previstos en el artículo 73.

Por otra parte, cabe indicar que se ha suprimido en el Proyecto la referencia a «las transferencias de propiedad», que en algunos supuestos generan divisiones de terrenos contrarias a la legislación agraria por la vía del fraude que Ley. Es el caso, por ejemplo, de la enajenación de una finca por cuotas indivisas, asignando a cada cuota el «uso exclusivo» de determinada porción de terreno que se concreta en una superficie inferior a la unidad mínima de cultivo. No obstante, puesto que el criterio determinante es el fijado por la legislación agraria, será ésta la que deba recoger, eventualmente, tal supuesto, en prevención del posible fraude de Ley. Este supuesto viene recogido, por ejemplo, en el Decreto de 12 de abril 1983, que en Cataluña fija las extensiones por municipios de las unidades mínimas de cultivo, y cuyo artículo 2.º declara que se presumirá la existencia de una parcelación urbanística ilegal, no sólo cuando en cualquier operación de división de terrenos se infrinja la unidad mínima de cultivo, sino también cuando se enajenen partes indivisas de una finca rústica con derecho de utilización exclusiva de partes concretas de terrenos inferiores a la unidad mínima de cultivo, o bien en caso de constitución de asociaciones o sociedades en que la cualidad de socio incorpore el derecho de uso exclusivo sobre porciones inferiores a la unidad mínima de cultivo.

En cualquier caso, el régimen general al respecto está establecido en la Ley 19/1995, de 4 de julio, sobre modernización de explotaciones agrarias, en cuyo artículo 24 se establece que:

«1. La división-segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

2. 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.

3. La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aún en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles

5. Transcurridos cuatro meses desde la fecha de la nota puesta al margen del asiento de presentación, prevista en el número 2 de este artículo, si no se presentare el documento acreditativo de incoación del expediente a que se refiere el apartado siguiente con efectos de prohibición de disponer, el Registrador de la Propiedad practicará la inscripción de las operaciones solicitadas.

6. Si el Ayuntamiento o, en su caso, el órgano urbanístico competente, incoase expediente de infracción urbanística por parcelación ilegal, en el acuerdo correspondiente podrá solicitarse del Registrador de la Propiedad que la anotación preventiva procedente surja efectos de prohibición absoluta de disponer, en los términos previstos por el artículo 262.º de la Ley Hipotecaria.

por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos».

Sin embargo, existen determinadas excepciones que excluyen del radical régimen de nulidad sancionado por el artículo 24 de la Ley, los siguientes supuestos:

- a) 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 resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.
- b) 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, siempre que se haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación.
- c) Si es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos.
- d) Si se produce por causa de expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa (art. 25).

El citado artículo 25 de la Ley 19/95, indica que a los efectos del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 —remisión que habrá que entender hecha al art. 20 del nuevo Proyecto, caso de alcanzar éste sanción legislativa—, no se entenderá vulnerada la legislación agraria, cuando la transmisión de la propiedad, división o segregación tenga el destino previsto b), si bien, en buena lógica, hay que entender que tampoco cabrá considerar vulnerada la legislación agraria en ninguno de los otros supuestos de excepción al régimen de nulidad del artículo 24, anteriormente enumerados.

Artículo 21. Transmisión de fincas y deberes urbanísticos

Este precepto es clave en el tema de la coordinación entre la publicidad urbanística y la publicidad registral. Se refiere al tema de la subrogación en las cargas urbanísticas por parte del nuevo titular en caso de transmisión de fincas. En efecto, subsiste en el Texto del Anteproyecto, el principio de subrogación urbanística en las cargas y deberes del anterior propietario, en caso de transmisión de fincas, así como en los compromisos que éste hubiere contraído con la Administración urbanística competente, y que en cuanto a este último punto —el de los compromisos contraídos por el anterior propie-

tario con la Administración actuante—, constituía una de las novedades más criticables del Texto Refundido de 1992, por ser contrario al principio de publicidad urbanística.

Ahora bien, como dije anteriormente respecto de la regulación del año 1992, se introduce la trascendental novedad de subordinarse la subrogación en los compromisos asumidos por el anterior propietario al requisito de que tales compromisos «hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real». El tema es de gran importancia desde el punto de vista de la seguridad del tráfico jurídico, y desde el ángulo de la adecuada coordinación entre la publicidad urbanística y la publicidad registral, y constituye sin duda un importante acierto del Proyecto, pues da carta de naturaleza, por fin, al principio de coordinación entre la publicidad urbanística y la registral que había figurado como *desideratum* en todas las exposiciones de motivos de las sucesivas Leyes del Suelo desde 1956, pero que no había llegado a encarnarse debidamente con la lucidez y sencillez que se desprende del texto proyectado actualmente.

En efecto, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario se resiente notablemente cuando tratan de imponerse a los pronunciamientos registrales no ya propias «limitaciones legales», que vienen a definir los contornos ordinarios de la propiedad, sino incluso meras «limitaciones urbanísticas» sin distinguir entre el origen de las mismas, puesto que si bien tales limitaciones emanan generalmente de los planes urbanísticos y éstos tienen atribuida por la Ley eficacia normativa, no es menos cierto que su sistema de publicidad es claramente deficiente, puesto que en la Ley del Suelo de 1975 tan sólo se publicaba el texto del acuerdo de la aprobación del plan, pero no su contenido, contenido que desde la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 es obligatorio que se publique, pero no el *BOE* o en el *Diario Oficial de la Comunidad Autónoma*, sino tan sólo en el *Boletín Oficial de la Provincia*. Por ello se viene abogando desde hace tiempo por reforzar la publicidad de las limitaciones urbanísticas a través del Registro de la Propiedad.

Y es que, en efecto, en caso de que no exista dicha publicidad registral concurrente, las limitaciones y gravámenes urbanísticos que pesan sobre las fincas que se encuentran en proceso de urbanización devienen en cargas ocultas que generan inseguridad en el tráfico inmobiliario.

La situación de colisión entre la publicidad urbanística y la publicidad registral era muy evidente bajo el régimen de la anterior Ley del Suelo de 1975, cuyo artículo 88 partía del principio de que «la enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos, y el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiere contraído con las Corporaciones públicas respecto a la urbanización y edi-

ficación». Los gravámenes urbanísticos en que se ha de subrogar forzosa-mente el adquirente pueden surgir, pues, de tres fuentes distintas: 1.º de la propia Ley; 2.º de los actos de ejecución de la misma; 3.º de los compromisos entre los propietarios y las Corporaciones públicas. Este *statu quo* legal de la cuestión ha sido mantenido por el actual Texto Refundido de 1992, cuyo artículo 22 conserva el mismo principio, incluyendo, además, una cuarta fuente de gravámenes urbanísticos en que igualmente opera la subrogación forzosa («los derechos y deberes vinculados al proceso de urbanización y edificación»). Este principio, que mantiene el artículo 21 del Texto proyectado, ha recibido numerosas críticas doctrinales por considerarlo atentatorio a la seguridad jurídica, ya que si bien el efecto subrogatorio cabe admitirlo para el supuesto de limitaciones urbanísticas de origen legal —en virtud de la superior publicidad de la Ley—, por contra, es excesivo en los supuestos de las otras tres categorías de gravámenes urbanísticos, y muy especialmente en los supuestos relativos a los compromisos entre el anterior propietario y la Administración actuante.

Esta doble visión del tema ha quedado claramente reflejada en la jurisprudencia emanada de los dos órdenes jurisdiccionales, civil y contencioso-administrativo, a los que ha sido sometida la cuestión.

- a) Así, en tanto que los Tribunales contencioso-administrativos han mantenido como regla general la inflexibilidad del principio subrogatorio, justificándolo en la previsión de un sistema de publicidad urbanística contenido en el artículo 43 del Texto Refundido, que extiende la información que han de proporcionar los Ayuntamientos, no sólo al régimen urbanístico aplicable a una finca o unidad de ejecución, sino también al aprovechamiento tipo aplicable y al grado de adquisición de las facultades urbanísticas. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1990, justifica el perjuicio patrimonial que se le pueda ocasionar al comprador por razón del efecto subrogatorio en la propia negligencia informativa de aquél.
- b) Por contra, los Tribunales del orden civil han tratado de amparar a los compradores de inmuebles afectados por cargas urbanísticas pendientes u ocultas, acudiendo a diversos conceptos civilísticos, como la buena fe, la diligencia debida, el error, etc. Así:
 - la Sentencia de 27 de mayo de 1983 ha estimado error invalidante del consentimiento en la compra de una parcela para construir, si luego resulta que ello no es posible por impedimentos urbanísticos;
 - la Sentencia de 19 de enero de 1990 estima la procedencia de la resolución de la compra y sus efectos restitutorios en idéntico

supuesto por inexistencia o frustración de la causa del contrato («la edificación es el fin único con categoría de motivo causalizado»);

- la Sentencia de 27 de marzo de 1989 admite también la resolución del contrato por concurrir dolo al callar o no advertir a la otra parte sobre la situación urbanística de la finca, cuyo dolo y error incluso se llega a presumir —no es preciso prueba al respecto— atendiendo a que el artículo 45 del Texto Refundido impone la obligación a cargo del vendedor de terrenos no susceptibles de edificación de expresar tal circunstancia en el título de enajenación.

El carácter excesivo de la previsión subrogatoria para determinados casos —en particular, para el de los compromisos contraídos entre el anterior propietario y la Administración—, ha sido reconocido incluso por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en algún caso. Así, la Sentencia de 12 de junio de 1990, declara que no es extensible el efecto subrogatorio a las condiciones particulares impuestas en una licencia urbanística de obras, por entender que dichas condiciones no emanan directamente de la Ley ni de los actos de ejecución del planeamiento. Esta misma conclusión, que modaliza el efecto subrogatorio y no lo aplica de modo automático a toda carga urbanística, resulta trasposable al ámbito de los compromisos citados anteriormente, como ahora viene a aclarar expresamente el texto proyectado.

El acierto de esta reserva de inscripción de los compromisos en que se ha de operar la subrogación se incrementa si cabe, pues en el texto proyectado en realidad no sólo se mantiene, con la salvedad de dicha reserva, la regulación ya vigente en materia de subrogación urbanística, sino que la situación podría haber empeorado de no establecerse tal condicionante, ya que la regulación proyectada disminuye en otro aspecto el régimen de coordinación entre la publicidad urbanística y la registral, al disponerse la derogación del artículo 43, número 3 del vigente Texto Refundido, en el que se establecía la obligación a cargo de los Ayuntamientos de remitir al Registro de la Propiedad copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de los deberes urbanísticos, a fin de que se practicara nota marginal en las fincas respectivas, y cuya certificación podría comprender el cumplimiento de los deberes derivados de compromisos asumidos por los propietarios para con la Administración actuante. Así pues, la inscripción de los compromisos como requisito del efecto subrogatorio resulta imprescindible para evitar que los mismos devengan en cargas ocultas, que habrían de perturbar inevitablemente el tráfico jurídico privado sobre los inmuebles y de encarecer, en la proporción de incremento de riesgo que representa cualquier carga oculta, el crédito territorial en un sector, el inmobiliario, que dada la demanda existente de vivienda

se haya especialmente necesitado de recursos financieros abundantes y del menor coste posible.

Todo ello resulta, además, más acorde con el espíritu más respetuoso para con el derecho de los propietarios del suelo que inspira el texto proyectado, y con las previsiones de publicidad de situaciones urbanísticas que se contienen en los artículos 307 y siguientes del vigente Texto Refundido, que no son objeto de derogación por parte de la norma proyectada.

En cuanto al contra-argumento de que en el Registro no se inscriben obligaciones de transferir, modificar o extinguir derechos reales, sino la transferencia, modificación o extinción de los mismos, hay que subrayar el hecho de que tales obligaciones no inscribibles sólo desenvuelven su eficacia entre las partes contratantes y no son oponibles frente a terceros, pero en caso contrario —oponibilidad frente a terceros—, lo conveniente es el régimen de publicidad registral.

Por lo demás, se complementa la regulación del tema de la transmisión de fincas, estableciendo que en los títulos de transmisión de terrenos en proceso de urbanización o correspondientes a urbanizaciones de iniciativa particular se deben hacer constar expresamente los compromisos pendientes que el propietario hubiese asumido. La misma obligación de los transmitentes se establece para el caso de que el objeto de la transmisión fuesen terrenos no susceptibles de edificación o edificaciones en situación de fuera de ordenación, en cuyo caso tal situación se ha de expresar formalmente en los títulos de transmisión. En caso de incumplimiento de tales obligaciones por parte del transmitente, no sólo no se producirá el efecto subrogatorio respecto del adquirente ni de terceros poseedores posteriores, sino que además al adquirente se le reconoce la facultad de rescindir el contrato en el plazo de un año desde su otorgamiento y, en línea con algún antecedente jurisprudencial y rescatando una previsión que figuraba en el vigente Texto Refundido de 1992, se atribuye a aquél acción para exigir indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado.

Artículo 22 Declaración de obra nueva

Como ya anuncié en las observaciones preliminares, en cuanto a este precepto, que es el que se dedica en el proyecto a la declaración de obras nuevas, en el aspecto documental de la autorización de escrituras y de su inscripción registral, se ha optado por mantener la regulación actual contenida en el artículo 37 del Texto Refundido de 1992. La solución parece plausible, pues en el texto actualmente vigente se trata de asegurar la coincidencia, no sólo entre la obra material y el proyecto para el que se obtuvo la licencia, sino, además, su coincidencia con la descripción que de tal obra se hace en

la escritura, y que, por tanto, va a ser objeto de publicidad registral. Prescindir de esta coordinación entre la licencia, el proyecto, la obra ejecutada y la descripción que será objeto de publicidad registral, hubiese implicado un retroceso respecto de la situación actual que ha sido cuidadosamente evitado por el texto remitido a las Cortes manteniendo en este punto la redacción actual del artículo 37, que ha tenido desde la misma entrada en vigor del TR de 1992, una aplicación efectiva plena, como dije anteriormente, calando en la conciencia de los operadores inmobiliarios y, desde luego, en la práctica documental notarial y registral.

ARTÍCULOS 23 A 31. INTEGRAN EL TÍTULO III DEL PROYECTO DE NUEVA LEY DEL SUELO, Y SON RELATIVOS AL TEMA DE LAS VALORACIONES

Este conjunto de preceptos, presenta un carácter claramente novedoso, y se apoya en la idea central, ya avanzada, de que procede acudir como criterio general en el ámbito de las valoraciones urbanísticas a los valores de mercado, entendiendo que sólo ellos merecen la consideración de verdaderos valores justos, y debiendo ser obtenidos a través del método de la comparación con otras fincas de características similares.

Para ello se utiliza una doble vía: *a)* por un lado, se proclama expresamente la eliminación de las distinciones entre valor urbanístico y valor inicial, así como la supresión de la distinción entre las valoraciones relativas a supuestos expropiatorios, y las relativas a otros supuestos; *b)* por otro lado, se realiza una determinación de los criterios que se han de utilizar para alcanzar el valor de mercado (en general, mediante el método de comparación a partir de los «valores en venta» de fincas análogas, o mediante el método de «capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo»), acudiendo sólo a otros medios de valoración alternativos en caso de imposibilidad de determinar el valor de mercado o valor real.

En este tema, cabría sugerir la posibilidad de que el método de comparación se articulara de forma más técnica, incorporando los criterios particulares que sobre tasación de terrenos y edificaciones establece la Ley del Mercado Hipotecario de 1981, que incluyen criterios como el de coste actual de ejecución, valor de capitalización en función de los rendimientos esperados, valores probados de mercado, valor de reposición, reducido en los coeficientes que se deriven de diversos criterios como el de la calidad de la construcción, su antigüedad o estado de conservación, etc. (véanse arts. 34 a 37 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo).

El abrir la posibilidad a los diversos criterios valorativos contemplados, así como la fijación de un criterio de preferencia objetivo entre los mismos, puede resultar una mejora útil en el texto proyectado, especialmente en lo

concerniente a valoración de obras, edificaciones, instalaciones y plantaciones a que se refiere el artículo 30 del Proyecto, que viene a suponer una mera transcripción prácticamente literal de los actuales artículos 63 y 64 del Texto Refundido de 1992, y en cuyos preceptos se realiza una remisión a los criterios valorativos de la Ley de Expropiación Forzosa, los cuales contienen conceptos de resonancia arcaica (así, en cuanto a solares, el valor asignado a efectos del arbitrio municipal sobre incremento de valor de los terrenos aumentado en un 10 por 100; en cuanto a los edificios, la capitalización del tipo de interés legal del líquido imponible señalado para la contribución urbana, etc.) que desentonan con los criterios proclamados en el resto del articulado del Título III del Proyecto, y que parecen responder a un mero mimetismo con el texto vigente, de forma que impremeditadamente se cuelgan en el texto proyectado criterios valorativos procedentes del régimen actual, y ajenos al espíritu de la norma proyectada.

ARTÍCULOS 32 A 39. INTEGRAN EL TÍTULO IV DEL PROYECTO, RELATIVO A LAS EXPROPIACIONES

Por medio de los artículos 32 a 39 del Proyecto, se procede a dar una regulación de nueva planta a la materia de las expropiaciones urbanísticas, que vienen a sustituir al derogado (en el Proyecto) Título quinto del Texto Refundido de 1992, relativo a las expropiaciones y al régimen de venta forzosa. La regulación proyectada simplifica en una medida importante la regulación de la materia, si bien manteniendo muchos puntos en común con los preceptos a los que viene a sustituir, e incurriendo, en algún caso, en falta de previsión.

En materia de determinación del justiprecio, la norma introducida determina que el mismo habrá de fijarse conforme a lo establecido en el propio Proyecto en materia de valoraciones. Es ésta una novedad interesante que confirma el propósito de establecer criterios únicos de valoración, prescindiendo de la diferenciación entre valoraciones a efectos expropiatorios y a efectos no expropiatorios. Ahora bien, en algún caso, este criterio general plausible puede pecar de ilógico, como ocurre especialmente en el caso de las expropiaciones-sanciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, contemplada en el artículo 33, número 2 del Texto proyectado (generalmente tendrá lugar en los casos de inobservancia de los deberes urbanísticos y en los de parcelación ilegal en suelo urbanizable o no urbanizable). Parece evidente que en estos casos una expropiación a precio riguroso de mercado, en lugar de dar cuerpo a una sanción, puede resultar incluso —en zonas de mercado inmobiliario poco líquido, como ocurre actualmente en muchas zonas costeras— más bien un beneficio que incentive las prácticas urbanísticas ilegales que se tratan de reprimir.

En cuanto al *tratamiento registral del tema de las expropiaciones urbanísticas*, la regulación proyectada suprime algunas normas del vigente Texto Refundido de 1992 que, a mi juicio, convendría mantener.

a) Así, en cuanto al pago del justiprecio, el artículo 222, número 2 del vigente Texto Refundido indicaba que el pago del justiprecio sólo procederá, consignándose en caso contrario, a aquellos interesados que aporten certificación registral a su favor o, en su defecto, los títulos justificativos de su derecho, complementados con certificaciones negativas del Registro de la Propiedad referidas a la misma finca descrita en los títulos. Se añadía que, existiendo cargas, deberán comparecer los titulares de las mismas. Completaba la previsión legal el número 3.º del citado artículo, señalando que «cuando existan pronunciamientos registrales contrarios a la realidad, podrá pagarse el justiprecio a quienes lo hayan rectificado o desvirtuado mediante cualquiera de los medios señalados en la legislación hipotecaria o con acta de notoriedad tramitada conforme al artículo 209 del Reglamento notarial».

Estas previsiones resultaban totalmente concurrentes con el principio general contemplado en materia de expropiaciones por el artículo 3.º de la Ley de Expropiación Forzosa, según el cual las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de expropiación, y a tales efectos la Administración expropiante considerará propietario o titular, salvo prueba en contrario, a quien con este carácter conste en Registros públicos que produzcan presunción de titularidad que sólo pueda ser destruida judicialmente (en clara referencia al Registro de la Propiedad).

La eliminación de esta norma puede generar algunas dificultades en el proceso de inscripción de las certificaciones administrativas de resoluciones de aprobación definitiva de proyectos de expropiación por sistema de tasación conjunta.

b) Se elimina igualmente el artículo 221 del Texto Refundido de 1992, relativo al procedimiento de expropiación individual, el cual, por otra parte, ha sido declarado inconstitucional en la reiterada Sentencia de 20 de marzo de 1997. La dificultad que ello genera, no es tanto de regulación material o de fondo, por cuanto que parece claro que en todo caso en los supuestos de expropiación individual habrá de aplicarse la legislación expropiatoria e hipotecaria general, como de clarificación del ámbito de aplicación del artículo 38 del Proyecto relativo a «la ocupación e inscripción en el Registro» de los expedientes expropiatorios que, en todo caso, se refiere a los supuestos de expro-

piación por sistema de tasación conjunta, y así convendría aclararlo expresamente, puesto que en el texto proyectado no se desprende tal conclusión de la existencia de otro precepto consagrado a regular la misma materia en los casos de expropiaciones individualizadas.

- c) Otra supresión que determina, a mi juicio, una laguna indeseable, es la del número 4 del artículo 224 del vigente Texto Refundido, en el cual se prevé que para el supuesto de que una vez finalizado totalmente el expediente expropiatorio aparecieran fincas o derechos anteriormente inscritos y no tenidos en cuenta, la Administración expropiante solicitará del Registrador de la Propiedad que practique la cancelación correspondiente, para lo cual se señala que los titulares de tales fincas o derechos deberían ser compensados por la Administración expropiante, la cual habrá de formar un expediente complementario con las correspondientes hojas de aprecio, y sin perjuicio de que tales titulares puedan ejercitar cualquier otro tipo de acción que pudieran corresponderles. Y si el justiprecio se hubiere pagado a quien apareciese en el expediente como titular registral, la acción de los terceros no podrá dirigirse contra la Administración expropiante si éstos no comparecieron durante la tramitación en tiempo hábil.

Es decir, en los procedimientos de expropiación por sistema de tasación conjunta, la inscripción como una sola finca de la resultante, integrada por el conjunto de las fincas expropiadas, constituye una a modo de «doble inmatriculación controlada», en la que puede darse el caso de que alguna finca inscrita pase desapercibida en el expediente, no obstante hallarse enclavada en el perímetro de la unidad de ejecución. En el sistema vigente se considera que el hecho de subordinar el pago del justiprecio, conforme al citado artículo 222, a la necesaria acreditación de la titularidad registral del propietario expropiado (o complementando la falta de inscripción con un certificado registral negativo de titularidad a favor de terceros de la finca expropiada), constituía una garantía segura frente a posibles perjuicios a terceros y/o titulares inscritos como consecuencia del sistema de doble inmatriculación a que daba lugar la inscripción de fincas resultantes en los supuestos de sistemas de tasación conjunta. Suprimido el sistema de pago de justiprecio, previa acreditación de la titularidad registral —o al menos, suprimido el precepto que establecía tal principio con valor normativo— y eliminado el procedimiento paralelo de exigir un expediente complementario respecto de los titulares inscritos no tenidos en cuenta en el expediente para poder practicar la cancelación de los asientos correspondientes a tales titulares, introduce factores de posible descoordinación entre el Registro de la Propiedad y los expedientes de expropiación urbanística por sistema de tasación conjunta.

Además de lo ya apuntado, cabe recordar aquí lo dicho anteriormente sobre la nueva nota marginal prevista y sobre la adopción del criterio de entender que a efectos registrales, en los supuestos de tasación conjunta (vid. art. 37 del Proyecto), basta que se haya fijado el justiprecio por la Administración actuante sin esperar a la intervención del Jurado Provincial de Expropiación. En efecto:

- se introduce una nueva nota marginal posterior a la de haber expedido la certificación de dominio y cargas, en la que se habrá de identificar la concreta porción expropiada si la actuación no afectase a la totalidad de la finca. Esta novedad es plausible, por cuanto que refuerza el principio de especialidad hipotecaria, en lo relativo a la determinación precisa de los derechos y situaciones jurídicas sujetas a publicidad registral, por la vía de la exacta determinación de la concreta porción de finca afectada por la tramitación del expediente expropiatorio;
- parece sentarse el criterio de entender fijado el justiprecio, a los efectos de practicar la inscripción —en los supuestos de procedimientos de tasación conjunta— cuando lo fije la Administración actuante, y no siendo, por tanto, necesario esperar a que dicho justiprecio, en caso de discrepancia del particular, sea fijado por el Jurado Provincial de Expropiación, en contra del criterio tradicional del artículo 32 del Reglamento Hipotecario. Así parece desprenderse del hecho de que, por un lado, se declara como título inscribible «el acta o actas de ocupación acompañadas de las actas de pago o los justificantes de consignación del justiprecio de todas las fincas ocupadas» (art. 38, núm. 2) y, por otro lado, se establece que: «El pago o depósito del importe de la valoración establecida por el órgano competente al aprobar el proyecto de expropiación habilitará para proceder a la ocupación de la finca y producirá los efectos previstos en los números 6, 7 y 8 del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, sin perjuicio de la valoración, en su caso, por el Jurado Provincial de Expropiación» (art. 37).

Este tema ya fue recogido en el Anexo del Reglamento Hipotecario en términos coincidentes con la mencionada novedad del Proyecto de nueva Ley del Suelo, y respecto de cuya novedad mi opinión no era del todo favorable, si bien en este momento entiendo aceptable sin excesivas reservas la novedad, aunque también sin ningún entusiasmo, puesto que se han alterado, como he indicado, los criterios de valoración de los terrenos, para ajustarse a criterios de valores de mercado, y sin minusvalías por el mero hecho de fijarse el justiprecio con ocasión de un expediente expropiatorio. Por tanto, ahora se prima el criterio de eficacia administrativa, pero salvaguardando al tiempo los legítimos intereses de los propietarios afectados por la expropiación, al

vincular a la propia Administración actuante a los criterios de valoración de mercado.

Como decía, la novedad aparecía ya en el Anexo al Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de actos urbanísticos, cuyo artículo 26, número 3, establece que en las expropiaciones urbanísticas que se sigan por el sistema de «tasación conjunta», a los efectos registrales de obtener la inscripción, el justiprecio que ha de ser previamente pagado o consignado es el justiprecio fijado por la propia Administración actuante en la aprobación definitiva del proyecto, y no el fijado definitivamente en vía administrativa por el Jurado Provincial de Expropiación. La innovación parece arrancar de la ambigüedad del texto del artículo 222, número 2 del TR: de la Ley del Suelo («llegado el momento del pago del justiprecio...») que generó dudas doctrinales sobre si dicho justiprecio era el fijado inicialmente por la Administración urbanística o el determinado por el Jurado Provincial de Expropiación.

Dicha novedad va en contra del criterio tradicional de la necesidad del previo pago o consignación del justiprecio, entendiendo por tal el fijado por el Jurado Provincial de Expropiación, para lograr la inscripción definitiva de la finca a favor de la Administración o del beneficiario y, a mi juicio, es de peor condición que dicho criterio tradicional, por cuanto:

- a) El criterio tradicional es el más generalizado en la doctrina. La posición minoritaria de RAFAEL ARNÁIZ, la modificó recientemente en su libro «Registro de la Propiedad y Urbanismo» (10);
- b) Es el criterio de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 9 de junio de 1992, en que expresamente se había planteado esta cuestión: niega la posibilidad de inscribir a favor de la Administración actuante «cuando no consta en el título presentado que el importe depositado sea el definitivo justiprecio... y éste sólo existe jurídicamente cuando una de las partes acepta la tasación ofrecida por la otra o, en su defecto, cuando recae la correspondiente resolución del Jurado Provincial de Expropiación»;
- c) La solución novedosa propuesta por el precepto comentado generaría una arbitraria desigualdad con respecto a la posición jurídica del expropiado por el sistema de tasación individualizada, ya que en este caso las operaciones registrales se rigen, según el artículo 22, número 3, del Anexo al RH, por lo establecido con carácter general en la legislación hipotecaria y de expropiación forzosa, y conforme al artículo 32 de RH, el justiprecio a los efectos de la inscripción es el fijado, a falta de acuerdo, por el citado Jurado Provincial. Repárese

(10) Marcial Pons, Madrid, 1995. pág. 210.

que, en la actualidad, la Administración actuante puede decidir discrecionalmente entre el procedimiento de tasación conjunta o el de expropiación individual en todas las expropiaciones derivadas de la aplicación de la legislación urbanística (cfr. art. 218 LS), por lo que, de mantener un criterio de justiprecio diferente en uno y otro caso, se modifica en un aspecto sustancial la posición jurídica del expropiado en función del ejercicio concreto de una facultad de elección discrecional de la Administración.

- Una última novedad reseñable introducida en esta materia por el proyectado artículo 38, es la de determinar la necesidad de identificar la nueva finca mediante un adecuado sistema gráfico de coordenadas. A este respecto, cabe considerar como de mejor criterio el precepto actualmente vigente al disponer que, junto al título inscribible, se ha de acompañar un plano por duplicado de la finca resultante del sistema de expropiación por tasación conjunta que se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad, y ello sin perjuicio de que en su momento se incorporen bases gráficas digitalizadas, pero en la actualidad parece más razonable el aportar un plano de la finca en soporte papel.

Por último, en el capítulo de los *supuestos de reversión*, cabe destacar que el proyectado artículo 39 viene a integrar una refundición de los vigentes artículos 225 y 226 del Texto Refundido de 1992, si bien con las siguientes novedades de cierto relieve:

- Deja de considerarse como circunstancia que enerva la reversión en los supuestos de modificación del planeamiento, la de que la citada modificación elimine la calificación del terreno como afecto a un uso dotacional público para calificarlo como terreno destinado a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, con mantenimiento por la Administración de la titularidad del suelo afectado. Esta es una alteración del régimen legal vigente que convendría evitar, dado el notorio interés que para todas las Administraciones públicas presenta el problema de la escasez de viviendas disponibles a precios asequibles, que constituye un elemento programático coincidente en la mayoría de los diversos grupos políticos de representación parlamentaria.
- Por otra parte, se introduce como causa de reversión de los terrenos expropiados para la formación o ampliación del Patrimonio Municipal de Suelo, el de introducirse en la revisión del planeamiento alteraciones en los usos, intensidades o aprovechamientos. Esta novedad tampoco parece plausible en todo supuesto, ya que las modificaciones en

usos o intensidades pueden ser cuantitativa o cualitativamente de orden menor y, además, es posible que las modificaciones introducidas refuercen la idea de la necesidad de la formación del Patrimonio Municipal de Suelo. Dependerá en cada caso del contenido de la modificación practicada en el planeamiento.

- Por el contrario, se suprime como supuesto de reversión el del incumplimiento en plazo de cinco años de los deberes vinculados al proceso de edificación, lo cual resulta perfectamente congruente con la desaparición del antiguo concepto de *ius aedificandi* como equivalente a un derecho de ejercicio forzoso en todo y sujeto a plazo perentorio como norma general.

ARTÍCULOS 40 A 43. INTEGRAN EL TÍTULO V DEL PROYECTO, Y SE REFIEREN A LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS

Se introducen importantes modificaciones en esta materia, tanto por razón de la supresión del sistema de gradual adquisición de facultades urbanísticas contemplado en el vigente artículo 23 del Texto Refundido de 1992, como por la idea general que preside el Proyecto de mayor respeto al derecho de propiedad privada.

Así, se parte de la idea de que *toda modificación del planeamiento que implique una reducción del aprovechamiento genera derecho de indemnización a favor de los propietarios afectados*, si la citada modificación se produce antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución del planeamiento de desarrollo o cuando habiendo transcurrido el plazo la falta de ejecución sea imputable a la Administración. En la regulación vigente, coherentemente con el sistema de «escalera» que traspasaba toda la Ley, la indemnización se subordinaba a que el aprovechamiento hubiere sido previamente patrimonializado.

En cuanto a las situaciones «de fuera de ordenación» surgidas por cambios de planeamiento, se entienden indemnizables en los mismos términos indicados anteriormente, siendo así que en el régimen vigente se declara taxativamente que tales situaciones no son indemnizables.

Para los supuestos de que en el momento de entrar en vigor la modificación del planeamiento, el propietario afectado hubiere obtenido licencia de construcción, se diferencian dos supuestos según que la ejecución de la edificación haya comenzado o no. En este último caso se habrá de declarar extinguida la licencia, que era lo que se preveía en la legislación vigente para el caso de que entrado en vigor la modificación del planeamiento se hubiere patrimonializado el derecho a edificar, pero aún no se hubiere iniciado la edificación. No obstante, la regulación proyectada introduce dos novedades,

además de la de hacer depender el efecto previsto no de la previa patrimonialización del derecho a edificar —que en todo caso, se atribuye al propietario del suelo en virtud de su condición de tal—, sino del hecho de la obtención de la licencia. Tales *novedades* son las siguientes:

- se introduce la garantía de fijar un trámite de previa audiencia del interesado;
- además, se declara indemnizable no sólo la reducción del aprovechamiento resultante de las nuevas condiciones urbanísticas, sino también los «perjuicios que justificadamente se acredite» de conformidad con la legislación general de expropiación forzosa.

Por otra parte, en cuanto a la *indemnización por «vinculaciones singulares»*, el artículo 42 proyectado viene a remedar al vigente artículo 239 del Texto Refundido de 1992, con la particularidad de que en cuanto a las vinculaciones singulares relativas a la conservación de edificios, este último subordina el derecho indemnizatorio a que tales vinculaciones excedan de los deberes legales, subordinación que desaparece del nuevo texto, sin perjuicio de que, en todo caso, cabe sobreentenderlo siempre que tales deberes legales formen parte de lo que se denomina contorno ordinario del derecho de propiedad.

Finalmente en cuanto al proyectado artículo 43, viene a reproducir literalmente los vigentes artículos 240 y 241 del actual Texto Refundido, que establecen *reglas residuales de indemnización* por anulación de licencias, demora en su otorgamiento o denegación improcedente de la misma, así como respecto de los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador y edificatorio que resulten inservibles por cambio de planeamiento o por expropiación impuesta. Al respecto, sólo cabría hacer alguna observación en cuanto a la referencia genérica a los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador. Así, se ha suprimido del Proyecto la referencia que se hace actualmente en el TR de 1992 a los gastos inherentes al proceso edificatorio, lo cual resulta plenamente lógico, pues el derecho a edificar deja de ser configurado en el Proyecto como una facultad-deber, siendo un derecho de ejercicio potestativo ordinario, dejando al propietario la iniciativa para determinar el momento más oportuno para su ejecución, por lo que el precepto (art. 43, núm. 1) se limita a hacer una referencia a los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Como ya avanzamos en las observaciones preliminares, el Proyecto establece un importante grado de retroactividad de su contenido: así se establece

que el régimen urbanístico del suelo establecido en esta Ley será de aplicación desde la entrada en vigor de la misma a los planes vigentes, teniendo en cuenta que al suelo urbano y al suelo no urbanizable se les aplicará, respectivamente, el régimen establecido en el Proyecto para el suelo urbano y para el no urbanizable, en tanto que al suelo urbanizable programado, al suelo apto para urbanizar y al suelo urbanizable no programado se les aplicará el régimen establecido en la Ley para el suelo urbanizable. Además.

- En cuanto al *planeamiento general vigente* a la entrada en vigor del Proyecto, se prevé la necesidad de su adaptación a la nueva clasificación de suelo establecida cuando se proceda a su revisión.
- En cuanto al *planeamiento en tramitación*, se permite que continúe la tramitación sin adaptar su clasificación a la nueva Ley, pero estableciendo reglas particulares en cuanto al desarrollo de dicho planeamiento.
- Respecto al *planeamiento en ejecución*, se establece que a los procedimientos de distribución de beneficios y cargas que no hubiesen sido aprobados definitivamente a la fecha de entrada en vigor de la nueva Ley, «les será de aplicación el régimen urbanístico establecido en la misma».
- Idéntico criterio de retroactividad se establece respecto de los expedientes expropiatorios, en cuanto a los *criterios de valoración*, siempre que no hayan sido objeto de fijación definitiva en cuanto al justiprecio.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad de Barcelona
Letrado en Comisión de la Dirección General
de los Registros y del Notariado

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales

1. *Transportes por carretera*.—En el *BOE* del día 6 de junio se publica el Acuerdo Europeo sobre transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera, hecho en Ginebra el 30 de septiembre de 1957. Texto refundido.

2. *Convenio sobre Impuestos sobre la Renta*.—En el *BOE* de 12 de junio se publica el convenio entre España y Francia, a fin de evitar la doble imposición y prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995.

3. *Convenios de asistencia judicial con Marruecos*.—En el *BOE* de 19 de junio se publica la aplicación provisional de los convenios con Marruecos en materia de asistencia judicial y ejecución de resoluciones, firmados en Madrid el 30 de mayo de 1997.

4. *Convenio de asistencia judicial con Rusia*.—Se publica en el *BOE* del 25 de junio, referido al convenio sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990.

5. *Instrumento de adhesión de España* (*BOE* de 26 de junio), a los siguientes Tratados: Convenio Internacional de Cooperación relativo a la Seguridad de la Navegación Aérea «Eurocontrol» (Bruselas, 13 de diciembre de 1960); Protocolo Adicional al Convenio Internacional de Cooperación para la Seguridad de la Navegación Aérea «Eurocontrol» (Bruselas, 6 de julio de 1970); Protocolo modificativo del Protocolo Adicional al Convenio Internacional de Cooperación para la Seguridad de la Navegación Aérea «Eurocontrol» (Bruselas, 21 de noviembre de 1978); Protocolo de Enmienda al Convenio Internacional de «Eurocontrol» para la Cooperación en la Seguridad de la Navegación Aérea de 13 de diciembre de 1960 (Bruselas, 12 de febrero de 1981); Protocolo relativo a la aplicación de ciertas disposiciones del Convenio sobre «Eurocontrol» que afectan a la Defensa (Bruselas, 13 de diciembre de 1960); Acuerdo multilateral relativo a la protección de materias clasificadas «Eurocontrol» (Bruselas, 18 de noviembre de 1969).

B) Leyes nacionales

1. Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (BOE 20 de junio).

2. Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOE 4 de julio).

3. Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos (BOE 4 de julio).

Real Decreto 1093/1977, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

C) Leyes autonómicas

Andalucía.—Ley 1/1997, de 18 de junio de 1997. Adopta con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen del suelo y ordenación urbana.

Canarias.—Ley 4/1997, de 6 de junio de 1997, sobre sedes de los órganos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Galicia.—Ley 3/1997, de 9 de junio de 1997. La familia, la infancia y la adolescencia.

Murcia.—Ley 2/1997, de 19 de mayo de 1997. Consejo Jurídico de la región de Murcia.

Navarra.—Ley F. 8/1997, de 9 de junio de 1997. Regula el régimen general para la concesión, gestión y control de las subvenciones de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos autónomos.

La Rioja.—Ley 4/1997, de 27 de mayo, de la Cámara Agraria de La Rioja.

Valencia.—Ley 2/1997, de 13 de junio de 1997. Generalitat Valenciana. Modificación de la Ley de la Generalitat Valenciana 4/1992, de 5 de junio de 1992, del suelo no urbanizable respecto al régimen de parcelación y de construcción de viviendas aisladas en el medio rural.

Ley 4/1997, de 16 de junio de 1997. Generalitat Valenciana. Modificación de la Ley de la Generalitat Valenciana 1/1990, de 22 de febrero de 1990, sobre Cajas de Ahorro.

II. Información de actividades

1. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—El día 16 de junio se celebró sesión solemne en la cual el académico electo don GUSTAVO VILLA-

PALOS SALAS leyó su discurso reglamentario sobre el tema «Justicia y monarquía (Un punto de vista sobre su evolución en el reinado de los Reyes Católicos)», para tomar posesión como Académico de Número. Le contestó don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.

2. *Seminario sobre contratación bancaria.*—Organizado por Ausbanc, tuvo lugar el día 20 de junio con las siguientes ponencias:

- «Las tarjetas bancarias». NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ, magistrado y presidente de la Sección 19 de lo Civil de la Audiencia Provincial.
- «Garantía en la contratación bancaria: fianza, aval y prenda». GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL, magistrado y presidente de la Sección 21 de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid.
- «El descuento bancario». UBALDO NIETO CAROL, corredor de comercio.
- «Los préstamos bancarios». JUAN UCEDA OJEDA, magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.
- «El contrato de cuenta corriente». VICENTE GIMENO SENDRA, magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.
- «Contratos bancarios: Su publicidad. Autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión». JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ, vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

3. *Mesa redonda en el Colegio de Registradores*—Ha tenido lugar el día 26 de junio, con el objeto de estudiar y debatir el tema, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1997».

Intervinieron don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, doña CARMEN DE GRADO SANZ y don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Actuó como moderador el director del Centro de Estudios Registrales, don JUAN PABLO RUANO BORRELLA.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 30 de septiembre de 1996 —JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—La omisión de la comunicación previa puede subsanarse a posteriori —Sala 2.^a—Ponente Sr. García Mon.

Antecedentes.—Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Por la dependencia de Gestión Tributaria, se giró una liquidación al recurrente en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de 1985, por importe de 1.527 766 pesetas.

b) Frente a la misma interpuso recurso en vía económico-administrativa, que finalizó con la Resolución de 28 de enero de 1994, confirmatoria de la resolución inicial.

c) Interpuesto recurso contencioso-administrativo el 18 de abril de 1994, la Sala antes de admitir el recurso requirió a la parte para que acreditara haber efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 110.3 de la Ley 30/1992 y 57 de la LJCA, bajo apercibimiento de archivo de las actuaciones.

d) Mediante providencia de 8 de febrero de 1994, la Sala ordena el archivo de las actuaciones al haberse efectuado la comunicación en fecha posterior a la interposición del recurso y tratarse de un defecto insubsanable. Dicha providencia se recurrió en súplica y fue confirmada por Auto de 15 de junio de 1994, objeto de este recurso de amparo.

3. En la demanda de amparo se denuncia la infracción del artículo 14 CE, principio de igualdad en la aplicación de la ley, que se habría producido al separarse el Tribunal Superior de Justicia de Baleares de una línea de interpretación uniforme seguida por otros Tribunales, singularmente el Tribunal Supremo.

La vulneración del artículo 24.1 CE que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva se habría producido al considerar como insubsanable una mera irregularidad procesal, lo que es contrario a la doctrina tanto del Tribunal Supremo como de este Tribunal, que se cita con detalle en la demanda.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud.

1.º Reconocer la lesión del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.

2.º Restablecerle en su derecho y, a este fin, declarar la nulidad del Auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 15 de junio de 1994, y retrotraer las actuaciones al momento anterior al archivo del recurso contencioso interpuesto por el demandante, a fin de que por la referida Sala se dicte resolución que permita la plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 15 de junio de 1994, que confirma el archivo del recurso contencioso-administrativo formulado por el demandante de amparo. En esta resolución, la mencionada Sala estima que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 110.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 57.2 f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, el incumplimiento por parte del demandante de amparo del requisito de la comunicación previa al órgano administrativo autor del acto impugnado constituye un defecto insubsanable. De manera que, al no haber formulado el recurrente tal comunicación con carácter «previo» a la interposición del recurso contencioso, sino en un momento posterior, el órgano judicial sin admitir su subsanación, acuerda el archivo de las actuaciones, razonamiento que en lo esencial es compartido por el Abogado del Estado. Por contra, el demandante de amparo y el Ministerio Fiscal, sostienen que la interpretación literal realizada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los mencionados preceptos, sobre la insubsanabilidad de la referida exigencia, que conduce al archivo del recurso contencioso, vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE.

2. La cuestión que se plantea en el presente recurso de amparo ha sido resuelta en la Sentencia del Pleno de este Tribunal STC 76/1996 —reiterada posteriormente en las SSTC 83/1996, 84/1996 y 89/1996—, en la que declaramos la constitucionalidad del artículo 110.3 de la Ley 30/1992, y del artículo 57.2 f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre que se interpretaran en el sentido que señala el párrafo segundo del fundamento jurídico 7.º de la primera de estas resoluciones.

En él se decía que «de entre las distintas interpretaciones posibles de las normas cuestionadas ha de prevalecer no la que sostiene los autos de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que determina la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, impidiendo la resolución jurisdiccional de fondo, sino la que viene a hacer viable esta resolución con plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE y que se traduce en una configuración de la omisión de la comunicación previa como un defecto subsanable».

En el presente caso la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares ha optado por una interpretación puramente literal y formal de los citados preceptos, que conduce a la inadmisión del recurso contencioso formulado por el actor. Por consiguiente, de conformidad con la doctrina contenida en la indicada STC 76/1996, tal interpretación, que impide la posibilidad de subsanar el requisito de la comunicación

previa y la obtención de una resolución de fondo, no resulta conforme a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Razón por la que procede otorgar el amparo solicitado y retrotraer las actuaciones al momento anterior al que se acordó el archivo de las actuaciones a fin de que la Sala proceda a dictar nueva resolución, según la interpretación contenida en la citada Sentencia y conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Sentencia de 11 de noviembre de 1996.—LAUDO ARBITRAL.—Alcance del procedimiento de arbitraje—Sala 2.ª—Ponente Sr. González Campos.

Hechos.—A) El 23 de marzo de 1993, el hoy demandante de amparo y el representante de la mercantil «Promociones Rialga, S.L.», acordaron someter a arbitraje de equidad —designando como árbitro único al Arquitecto don Desiderio Mataix Moltó— la determinación exacta de la cantidad y pendiente de abono por el recurrente, como pago de las obras realizadas por la mencionada mercantil en la construcción de una vivienda de su propiedad. En el Convenio arbitral se señaló que el Laudo se emitiría en plazo de treinta días a contar desde el momento en que se entregara al árbitro la documentación pertinente.

B) Con fecha 1 de julio de 1992, el citado árbitro compareció ante Notario para protocolizar el Laudo Arbitral, dictado el 21 de mayo anterior, y proceder a su notificación a las partes; asimismo adjunta informe de 18 de junio del mismo año, en el que se realiza una valoración de determinadas deficiencias observadas en la construcción y cuyo valor habría que deducir del señalado a la obra realizada. Dicho informe consta como emitido «a petición de las partes».

C) Contra el mencionado Laudo interpuso el demandante recurso de nulidad que correspondió tramitar a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, basado en haberse emitido el Laudo fuera de plazo y en pronunciarse sobre extremos no sometidos a arbitraje, por referencia a la valoración de las deficiencias en la construcción, de 18 de junio de 1992.

D) La Sentencia de la Audiencia, objeto formal del presente recurso de amparo, desestimó el recurso, al no considerar probadas ninguna de las alegaciones del recurrente.

Se fundamenta el recurso de amparo en supuestas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva —artículo 24.1 CE— y del derecho al Juez ordinario determinado por la Ley —artículo 24.2 CE.

Sostiene el demandante, en síntesis, que el sometimiento de un asunto a arbitraje, como excepción al derecho a la tutela judicial, solamente puede ser eficaz durante el estricto plazo acordado por las partes. Asimismo, puesto que el Laudo debe necesariamente ser protocolizado (artículo 33.2 Ley de Arbitraje), únicamente existe en Derecho desde el momento en que se produce dicha protocolización, por lo que si ésta, como es el caso, tiene lugar fuera del plazo acordado, resulta ineficaz por cuanto para entonces ha quedado ya restablecida la competencia de los órganos judiciales ordinarios. La Sentencia impugnada, a su juicio, al rechazar este motivo de nulidad, vulneraría así sus derechos al Juez legal y a la tutela judicial efectiva.

Idéntica vulneración de dichos derechos se produciría, a juicio del recurrente, al haber sido resuelto por el árbitro extremo no sometido a su juicio

decisorio, como lo sería el extremo relativo a la valoración de las deficiencias observadas en la obra.

Por todo ello concluye suplicando se declare la nulidad de la Sentencia impugnada, así como la suspensión de su ejecución entretanto se sustancia el presente proceso constitucional.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo basándose en los siguientes.

Fundamentos jurídicos. 1. Se reduce el presente recurso a determinar si sendas alegaciones de nulidad en un Laudo Arbitral de equidad —haber sido dictado fuera de plazo y sobre cuestiones no sometidas al arbitraje, artículo 45, números 2 y 3 de la vigente Ley de Arbitraje—, desestimadas en el correspondiente proceso, pueden configurar a su vez supuestos de lesión de los derechos a acceder a la tutela judicial y al Juez ordinario legalmente predeterminado, respectivamente proclamados en los números 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución Española.

Todo ello, como aduce el Fiscal, en el bien entendido de que este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo Arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (artículo 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. Sólo en la medida, bien escasa como veremos, en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de nulidad frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial, o la prestación de dicha tutela por órgano judicial no legalmente predeterminado. Aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional.

2 De las dos alegaciones sostenidas por el recurrente, la segunda de ellas —vulneración del derecho al Juez legalmente predeterminado, por cuanto la instancia arbitral se extralimitó al resolver supuestamente fuera de plazo y sobre cuestión, de nuevo supuestamente, ajena al Convenio arbitral— merece una respuesta tan sencilla como rotunda no estando aquí en cuestión el carácter ordinario de la jurisdicción de la Audiencia Provincial para procedimientos como el de nulidad de Laudos Arbitrales (artículo 46.1 Ley de Arbitraje), ni su predeterminación legal —por el mismo precepto citado—, ni la independencia e imparcialidad de dicho órgano —que ni siquiera el recurrente discute—, es difícil imaginar cuál de las garantías contenidas en ese derecho pueden —siquiera hipotéticamente— ser vulneradas en un caso como el presente. Tal alegación, por tanto, puede ser desestimada sin necesidad de mayor argumentación.

3. No mejor suerte, aunque sí más detenido análisis, merece la primera y principal de las alegaciones contenidas en la demanda de amparo, que muy resumidamente cabría expresar como la eventualidad de que un no acogimiento por el órgano judicial ordinario competente de sendas pretensiones de nulidad de un Laudo Arbitral de equidad, a través del procedimiento legalmente establecido —artículos 45-51 Ley de Arbitraje—, pueda deparar una posible lesión del derecho a la tutela judicial por falta de acceso a la justicia.

Ahora bien, este planteamiento, por sí sólo, pone de relieve que la demanda parte de un inadecuado entendimiento del significado y alcance del dere-

cho fundamental que el artículo 24.1 CE reconoce y garantiza. El recurrente se queja de la imposibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria pero esa hipotética falta de acceso se ve desmentida por la misma sucesión de hechos de los que se ha dejado constancia en los antecedentes. Pues basta observar, en efecto, que tras dictarse el Laudo Arbitral no se ha visto privado en modo alguno de la posibilidad de pretender su nulidad a través del procedimiento legalmente previsto a este fin; por el contrario, utilizó dicho remedio procesal, sin obstáculos de ningún tipo, que concluyó con una resolución judicial, si bien la Sentencia desestimó por entero las pretensiones anulatorias del recurrente. Por tanto, si el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992, entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989, 18/1990 y 111/1995 entre otras muchas), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción.

4. No obstante, sentado lo anterior ha de precisarse que el núcleo de la queja del recurrente se basa en que, aun mediando un previo sometimiento del litigio al arbitraje, el órgano jurisdiccional no ha examinado, en el cauce del recurso contra el Laudo Arbitral, el fondo del asunto debatido ante el árbitro, peso a las causas de nulidad del mismo que fueron alegadas en dicho procedimiento. Lo que entraña, a su juicio, una limitación de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (artículo 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras).

5. No existiendo, pues, un obstáculo o limitación del acceso a la justicia, como el recurrente pretende en su demanda de amparo, sólo queda por examinar si, al decidir la no concurrencia en el presente caso de las causas de nulidad del Laudo Arbitral alegadas por el recurrente, el Tribunal *a quo* ha dictado una Sentencia manifiestamente irrazonable o arbitraria, que «no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia sino simple aparien-

cia de la misma» (STC 148/1994, por todas) o incura en error patente (SSTC 34/1992 y 163/1993).

Pero basta señalar al respecto que las tres cuestiones debatidas en el recurso de nulidad del Laudo Arbitral y las conclusiones a las que ha llegado el órgano jurisdiccional —a saber, 1.º) que la ausencia de prueba en cuanto a la fecha en que se entregó al árbitro la documentación pertinente hace imposible determinar con precisión si transcurrió o no el plazo convencionalmente fijado para dictar el Laudo; 2.º) que la existencia de un testimonio, no desmentido por otros elementos probatorios, conduce a estimar que las partes efectivamente acordaron deferir al árbitro la valoración de las deficiencias en la construcción por el mismo observadas, y 3.º) que sometida a arbitraje la valoración pecuniaria de una determinada obra se incluye en el ámbito de la decisión arbitral el desvalor padecido en dicha obra por deficiencias en la construcción —sólo constituyen, obvio es, problemas y respuestas jurídicas que pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria y, por tanto, son ajenas a la jurisdicción de este Tribunal, al que le está vedado entrar a juzgar sobre su acierto o desacierto (SSTC 50/1988, 256/1988 y 210/1991, entre otras). Sin que desde la perspectiva de una eventual vulneración del artículo 24.1 CE, que es la propia de este Tribunal, del examen de la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante pueda apreciarse que dicha resolución judicial, que posee una motivación suficiente, haya incurrido en ninguno de los reproches señalados por la citada STC 148/1994. Y ello ha de conducir, en definitiva, a la denegación del amparo solicitado.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

A) RESOLUCIONES COMENTADAS

El procedimiento judicial de elevación a escritura pública de un documento privado tiene por objeto elevar éste a escritura en los mismos términos en que se celebró el negocio jurídico, sin que se puedan alterar éstos, ni hacer figurar como intervinientes en el mismo a los herederos de una de las partes. Se trata de una incongruencia de la resolución judicial con el procedimiento, calificable conforme a la doctrina del artículo 100 del Reglamento Hipotecario. (Resolución de 15 de noviembre de 1996. Boletín Oficial del Estado del 25 de diciembre.)

Hechos. 1. Don Jesús Merino García y don Jesús Antonio Díaz Monedero, casados en régimen de gananciales con doña Francisca Méndez Martínez y doña Felisa Merino Méndez, respectivamente, compraron a «TIR, Sociedad Anónima» (TIRSA), por mitad y *pro indiviso* en documento privado de 25 de junio de 1977, la parcela C-2 (301) de 1.750 metros cuadrados, sita en la urbanización denominada «Residencial Sierra de Tajuña», en la finca Dehesa Boyal de Enfrente, término municipal de Ambite (Madrid). Don Jesús Merino García, que falleció el 27 de abril del año 1985, no había otorgado testamento, declarándose por auto del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid, de 11 de marzo de 1992, a sus hijas María Jesús y Felisa Merino Méndez, sus únicas y universales herederas abintestato por partes iguales, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de la viuda doña Francisca Méndez Martínez.

El día 16 de octubre de 1991, la parte adquirente interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía contra la sociedad TIRSA por incumplimiento de contrato al efecto de que procede a la elevación a escritura pública del documento privado, correspondiente en turno de reparto al Juzgado de Primera Instancia número 51 de los de Madrid, dictándose Sentencia el día 5 de marzo de 1995.

El día 20 de octubre de 1994, ante el Notario de Madrid don Francisco José López Goyanes, la señora Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 51 de los de Madrid, de oficio, por rebeldía de la sociedad demandada y representación de TIRSA y los señores citados en los dos párrafos anteriores, otorgaron escritura de elevación a público del citado contrato privado de compraventa, en virtud de sentencia dictada por la citada Magistrada-Juez, con fecha 15 de marzo de 1993, en que se condena a la sociedad demandada

a elevación a escritura pública del contrato privado suscrito con los demandantes, en relación con la parcela antes descrita. En la estipulación segunda de la escritura se dice: «Segunda. La señora Magistrada-Juez, doña ..., tal como interviene de oficio, los cónyuges don Jesús Antonio Díaz Monedero y doña Felisa Merino Méndez, doña Francisca Méndez Martínez, doña María Jesús y doña Felisa Merino Méndez, las tres últimas como únicas interesadas en la herencia y en la disuelta sociedad de gananciales de don Jesús Merino García, consuman el contrato de compraventa, perfeccionado en el documento privado dicho, e igualmente aclaran y fijan su contenido en los siguientes términos: 1. TIRSA, según está representada, previa segregación de la finca matriz, vende y transmite, como cuerpo cierto, el pleno dominio de la parcela segregada y descrita en la letra B) del antecedente III, que la compran y adquieren, en condominio, libre de cargas, gravámenes, arrendatarios y ocupantes, las personas y en la proporción siguiente: a) Los cónyuges, don Jesús Antonio Díaz Monedero y doña Felisa Merino Méndez, doce veinticuatroavas partes, en pleno dominio y con carácter ganancial. b) Doña Francisca Méndez Martínez, seis veinticuatroavas partes, en pleno dominio y dos veinticuatroavas partes en usufructo vitalicio. c) Doña María Jesús y doña Felisa Merino Méndez, cada una de ellas dos veinticuatroavas partes en pleno dominio, y una veinticuatroava parte, en nuda propiedad.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares número 4, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado nuevamente a las once cuarenta y cinco horas del día 27 de octubre último, bajo el asiento número 433, del *Diario de Operaciones* número 17, escritura número 2.602, del protocolo del Notario de Madrid señor López Goyanes, de elevación a público de documento privado con fallecimiento de uno de los compradores, suspendo las inscripciones solicitadas por concurrir los siguientes defectos. 1.º El otorgamiento segundo apartado 1 de la escritura calificada es contradictorio con el expositivo II y el documento privado protocolizado, toda vez que, mientras éstos se refieren a la venta realizada por la mercantil TIRSA a don Jesús Merino García y don Jesús Antonio Díaz Monedero, en aquél se formaliza una venta que nunca existió, concretamente a los herederos de don Jesús Merino. 2.º La escritura calificada refleja una especie de «tracto abreviado» en los títulos de atribución patrimonial; en lugar de elevar a público la compraventa y formalizar la herencia, el documento recoge una inexistente venta a los herederos del finado. Este pretendido «tracto abreviado» de títulos materiales es contrario al sistema causalista de nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, a lo dispuesto en los artículos 609 y 1.274 y siguientes del Código Civil. 3.º Como corolario del defectuoso reflejo de los negocios jurídicos se produce alteración de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes transmitidos, toda vez que ciertas participaciones adquiridas por herencia aparecen adjudicadas con carácter ganancial, y si bien la contratación entre cónyuges es posible en nuestro sistema —1.323 y concordantes del Código Civil—, la propia DGRN ha señalado que debe reflejarse el negocio jurídico completo, con expresión de la causa de atribución patrimonial—entre otras—Resolución de 25 de septiembre de 1990, *Boletín Oficial del Estado* de 7 de noviembre; Resolución de 7 de octubre de 1992, *Boletín Oficial del Estado* de 18 de enero de 1993; Resolución de 26 de octubre de 1991, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre y antes las Resoluciones de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989. Esta nota de calificación la extiendo a petición expresa de la notaría autorizante. Contra esta nota cabe

interponer el denominado recurso gubernativo mediante escrito dirigido al excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, conforme a los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Alcalá de Henares, a 15 de noviembre de 1995.—El Registrador, José Ernesto García Trevijano Néstares.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que la perfección y consumación son dos aspectos diferentes de la vida del contrato, que se recogen en el primer párrafo de la estipulación segunda de la escritura calificada. Que el artículo 1.445 del Código Civil define la compraventa como un contrato consensual en cuanto es suficiente el consentimiento para perfeccionarlo y dejar establecidas y nacidas las obligaciones de entregar la cosa y pagar el precio, y lo mismo enseña el artículo 1.450. Este contrato bilateral crea obligaciones recíprocas y, en definitiva, es traslativo del dominio porque facilita el título para la transmisión de la propiedad (artículos 609 y 1.095 del Código Civil). La compraventa se perfecciona por el mero consentimiento, mas la propiedad de la cosa vendida no se transmite si el contrato no va seguido de la tradición o entrega. La compraventa consensual y obligaciones del Código Civil español supone una neta separación entre perfección y consumación del contrato. Estas ideas se ponen de relieve con gran claridad en la Sentencia de 20 de octubre de 1990 del Tribunal Supremo. Que esbozados los anteriores conceptos sobre el contrato de compraventa, la cuestión central sobre la que gira el recurso en los términos planteados por el Registrador consiste en determinar si el documento privado por el que TIRSA vende la parcela a don Jesús Merino García y don Jesús Antonio Díaz Monedero les transmite el dominio de ella, por tener los efectos de la tradición instrumental (*traditio cartae*) o si ese documento privado no tiene jurídicamente esa relevancia, no produciendo esos efectos: a) La estipulación séptima del documento privado en su apartado a) establece un pacto de reserva del dominio a favor de la vendedora. Este pacto aceptado por la jurisprudencia sin reservas tiene por finalidad la de proporcionar al vendedor la garantía de que se le pagará el precio aplazado. En este punto hay que citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1958, que dice que en estos contratos sólo se transfiere la posesión material de la cosa objeto de venta con el exclusivo fin de uso y disfrute mientras que el comprador no adquiere la propiedad una vez pagado el precio. b) Que el documento privado no produce los efectos de la tradición instrumental, salvo en casos excepcionales. El Código Civil contempla la citada tradición en el párrafo segundo del artículo 1.462, siendo necesario para que tenga lugar que la venta se haga mediante escritura pública. Así lo entiende también la doctrina y la jurisprudencia reiterada. Que hay que considerar la Resolución de 28 de marzo de 1936. c) Que la práctica enseña que el documento privado que se lleva a público en la escritura calificada es uno de los muchos que recogen contratos de compraventa tipo, confeccionados en serie por promotores inmobiliarios, sin pasar por la imaginación de las partes que tales documentos hagan las veces o valgan como escritura notarial al objeto de transmitir la propiedad d) Que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 51, de Madrid, valora jurídicamente lo dicho, cuando afirma haberse acreditado la celebración entre las partes de un contrato de compraventa de finca, así como el pago total del precio, condenando a la sociedad demandada a elevar a escritura pública los contratos privados de compraventa. Que hay que añadir que la interpretación del contrato de compraventa perfeccionado en el documento privado ha de realizarse a la luz de los artículos 1.281

y siguientes del Código Civil, sin que tenga aplicación el artículo 1.289. e) El contrato de compraventa se eleva a público para hacer efectivas las obligaciones, nacidas del contrato (artículos 1.279, 1.281.º, 609, 1.095 y 1.402.2 del Código Civil y en relación con el Registro de la Propiedad, artículos 2.1.º y 3.º de la Ley Hipotecaria). f) Que, como conclusión, no hay la contradicción que el Registrador señala, puesto que la venta en documento privado perfeccionada entre TIRSA y los compradores no se ha consumado, de forma que la propiedad de la parcela no ha pasado al patrimonio de los compradores, sí las obligaciones y derechos nacidos del contrato de compraventa. 2.º Que en el defecto segundo de la nota el Registrador insiste en lo que dice en el defecto primero, no obstante introduce algunas novedades que es necesario matizar: a) Que si se entiende que la titularidad de la parcela ya la tiene en su patrimonio don Jesús Merino García cuando fallece, siendo entonces precisa la adjudicación a sus herederas, no es posible por lo expuesto anteriormente. Que lo que sí tiene dicho señor y, por tanto, se halla en su herencia, son los derechos y obligaciones nacidos del contrato de compraventa; es decir, que se le transmita la propiedad de lo comprado mediante la tradición y obligación de pagar el precio, ahí se encuentra la causa del contrato oneroso de compraventa (artículo 1.274 del Código Civil). Que los efectos del contrato sólo se producen entre las partes y sus herederos, a no ser que los derechos y obligaciones nacidas de él no sean transmisibles (artículo 1.257). b) Que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (artículo 659 del Código Civil) y los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones a título universal (artículos 660 y 661). Por tanto, don Jesús Merino García transmite a sus hijas y herederas las obligaciones y derechos que dimanar del contrato de compraventa y, por tanto, a ellas ha de transmitirse la propiedad de la parcela. c) Que no hay «pretendido tracto abreviado». En la escritura calificada tiene lugar simple y llanamente el fenómeno sucesorio en los términos y con las consecuencias dichas y precisamente se cumplen escrupulosamente los artículos 609 y concordantes y 1.274 y siguientes del Código Civil, citados en la nota como vulnerador. La causa de la compraventa es el cambio de cosa por precio, tal como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1985. Que no se produce ningún supuesto de tracto abreviado o comprimido en la escritura calificada. Como casos de esta figura se cita: 1. El artículo 20, número 2.º del párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria. 2. El último párrafo del mismo artículo 20, sobre el que se ha pronunciado la Resolución de 26 de octubre de 1935 que revoca la nota del Registrador. 3. Que el último número de la nota de calificación suscita las siguientes consideraciones: a) Que los esposos contratantes tienen como régimen económico matrimonial el de la sociedad de gananciales y así lo reconocen en la escritura calificada. b) En el documento privado de compraventa dicen que lo hacen *pro indiviso*, es decir, por cuotas, que se presumen iguales, lo que también reconocen en la escritura. c) Que hay que tener en cuenta la presunción del artículo 1.361 del Código Civil. d) Que la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho cuando se disuelve el matrimonio, atribuyéndose las ganancias y beneficios por mitad (artículos 1.392.1.º y 1.344). e) Que de lo anterior resulta que a cada matrimonio comprador corresponde en la parcela una mitad indivisa y que en la cuota de don Jesús Merino García y doña Francisca Méndez Martínez, una mitad es herencia del primero atribuyéndose a la viuda y a sus dos hijas y la otra mitad es ganancial de la esposa y así se le adjudica. Que una operación aritmética hace patente que todas las adjudicaciones efectuadas son

las correctas. f) Que los preceptos y resoluciones invocados por el Registrador en su nota nada tienen que ver con el presente supuesto de hecho, pues no hay contratación entre cónyuges y, además, las resoluciones revocan las notas de calificación.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó:

I. Argumentos para rechazar la posición del Notario. Este denomina la escritura «compraventa judicial de elevación de contrato privado a escritura pública», pero en su clausulado se aparta de tal contenido; así, en su estipulación segunda, en lugar de cumplir la sentencia bajo la fórmula «aclaran y fijan su contenido» lo que en realidad está haciendo el Notario es refundir en un solo acto compraventa y herencia. En efecto, en el contrato de compraventa se establece que «los compradores efectúan esta operación en *pro indiviso*» y así lo admite el recurrente en su exposición de hechos. En cambio, cuando se trata de cumplir la sentencia, los derechos que sobre la finca adquirió el hoy finado aparecen adquiridos por compra por sus herederos. Que se rechaza de plano la argumentación del señor Notario expuesta en el hecho III desde el punto de vista material porque incurre en un inaceptable maniqueísmo y desde el punto de vista procedimental es una cuestión que no se plantea en la nota de calificación.

a) Que cabe preguntarse si existen otros modos de adquirir admitidos en nuestro derecho, distintos a la tradición escrituraria. Que se considera que el modo de adquirir por excelencia es la entrega material de la cosa, como se deduce del artículo 1.462 del Código Civil.

b) Que la posesión se transmitió en el propio contrato, como así lo reconoce la sentencia, los adquirentes disfrutaban de una posesión a título de dueño, con título justo, pública, pacífica y de buena fe y por plazo que se acerca a veinte años y con numerosos actos de afirmación posesoria. Que esta cuestión de hecho corresponde fijarla, en su caso, a los Jueces y Tribunales.

c) Que el contrato de compraventa de 25 de junio de 1977, en la cláusula tercera se afirma: «Posesión: Con la firma del presente contrato la compradora adquiere y toma posesión de «cosa» objeto de compraventa que la admite de su conformidad renunciando posterior reclamación»; y en las cláusulas siguientes se reglamenta la posible resolución por incumplimiento y la obligada devolución de la cosa a la vendedora. Por ello al señor Notario le debería bastar la lectura de dicho contrato de compraventa para comprobar que hubo adquisición. En este punto cabe recordar lo exigido por el Código Civil en su artículo 1.228.

d) Que el señor Notario, que carece de función jurisdiccional, enmienda la plana a la ilustrísima Magistrada-Juez que, con fecha 20 de octubre de 1994, dicta sentencia en la que condena a la demandada a que proceda a la elevación a escritura pública de documentos privados de compraventa considerando en el fundamento jurídico primero de la citada sentencia que «de la apreciación conjunta y racional de la prueba... ha quedado acreditado la adquisición» y el señor Notario considera que no hay adquisición hasta el otorgamiento de la escritura pública.

e) Que como ya ha resaltado la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones en el marco del recurso gubernativo no cabe discutir cuestiones distintas de las planteadas en la nota de calificación, y en el presente caso, en la nota de calificación en modo alguno se alude a la *traditio*, por la sencilla razón de que, a la vista del contrato de compraventa y la sentencia, la adquisición aparece acreditada, al menos a los efectos de inscripción.

II. Explicación de la nota. Que aceptado, conforme al contrato privado y la sentencia, que la adquisición se produjo en el año 1977, se considera que la nota de calificación resulta

redactada con meridiana claridad: a) Rechazo el negocio existente. TIRSA nunca vendió a los herederos y, por tanto, se niega que el Registro publique una titularidad derivada de un negocio inexistente (apartado primero de la nota). b) La formalización de la herencia como exigencia legal. Que esa pretendida venta a los herederos implica una refundición de títulos materiales de adquisición (venta y herencia) que es completamente extraña a nuestro sistema causalista, ya que la protección que el Registro otorga al tercer adquirente es distinta según cuál sea el título de adquisición (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) (apartado segundo de la nota) Que sobre lo que se entiende con la frase «formalizan la herencia», se aclara: 1.º La subrogación del heredero en las titularidades transmisibles del causante se produce *ope legis*, por ministerio de la Ley (artículo 609 del Código Civil) y desde el momento de su fallecimiento (artículo 657 del Código Civil). Esta regla es también aplicable a la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios (artículo 440 del Código Civil). Que si bien el título material de adquisición existe, hay que crear el título formal inscribible 2.º Que la subrogación no es tan sencilla y automática como pretende el recurrente, pues en la redacción elegida de la escritura calificada olvida que hay una sociedad de gananciales, cuya liquidación es una operación previa que debe reflejar el título formal inscribible. c) Alteraciones patrimoniales entre cónyuges en negocio jurídico. Que en el apartado tercero de la nota se explica la consecuencia que se produce por la confusión o refundición de los títulos materiales de adquisición. Que al estar las dos herederas casadas en régimen de gananciales se están convirtiendo en bienes comunes los que son bienes privados.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en lo alegado por éste en su informe.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 661 y 1.259 del Código Civil; 919, 923 y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 18 de la Ley Hipotecaria, y 100 del Reglamento Hipotecario:

1. En el presente recurso se debate sobre la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado de compraventa y que es otorgado por el Juez en rebeldía del demandado, habida cuenta que a) En el documento privado aparecían como compradores dos personas «en *pro indiviso*»; y b) En la escritura pública que es otorgada por uno de los adquirentes y por los herederos de otro anteriormente fallecido, se dice textualmente «... Segunda: La señora Magistrada-Juez, doña . , tal como interviene de oficio, los cónyuges don Jesús Antonio Díaz Monedero y doña Felisa Merino Méndez; doña Francisca Méndez Martínez, doña María Jesús y doña Felisa Merino Méndez, las tres últimas como únicas interesadas en la herencia y en la disuelta sociedad de gananciales de don Jesús Merino García, consuman el contrato de compraventa, perfeccionado en el documento privado dicho, e igualmente aclaran y fijan su contenido en los siguientes términos: 1. «TIR, Sociedad Anónima», según está representada, previa segregación de la finca matriz, vende y transmite, como cuerpo cierto, el pleno dominio de la parcela segregada y descrita en la letra B) del antecedente III, que la compran y adquieren, en condominio, libre de cargas, gravámenes, arrendatarios y ocu-

pantes, las personas y en la proporción siguiente. a) Los cónyuges don Jesús Antonio Díaz Monedero y doña Felisa Merino Méndez, doce veinticuatroavas partes, en pleno dominio y con carácter ganancial b) Doña Francisca Méndez Martínez, seis veinticuatroavas partes, en pleno dominio, y dos veinticuatroavas partes, en usufructo vitalicio. c) Doña María Jesús doña Felisa Merino Méndez, cada una de ellas dos veinticuatroavas partes, en pleno dominio, y una veinticuatroava parte, en nuda propiedad»

2. El principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, en cuya virtud nadie puede actuar en nombre de otro sin estar autorizado por éste o tener por ley su representación legal (cfr. artículo 1.259 del Código Civil), impide la inscripción del negocio formalizado en la escritura calificada; la falta de representación del Juez que, de oficio y por rebeldía del demandado, actúa en su nombre, es ostensible. En efecto, ningún obstáculo hubiera existido si en la escritura calificada, el Juez, actuando en nombre del demandado, el adquirente sobreviviente y los herederos del adquirente premuerto, actuando éstos en el lugar de su causante y en su calidad de sucesores del mismo en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661 del Código Civil), se hubiera limitado a manifestar que da forma pública al concreto contrato contenido en el documento privado, ratificando su celebración en la fecha y en los propios términos consignados en el mismo documento (que a ello se reduce la denominada elevación a escritura pública de un documento privado, y tal era el contenido del fallo judicial a ejecutar, en el que se dice literalmente que «debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada .. condenando a dicha demandada a elevar a escritura pública los contratos privados de compraventa suscritos con los demandantes.. debiendo reflejarse en dicha escritura todos los pactos y estipulaciones que se contienen en el referido contrato, y bajo apercibimiento que de no hacerlo la demandada se procederá por el pagador a otorgar en su nombre la correspondiente escritura) y, posteriormente, los herederos del adquirente premuerto, previa justificación de su calidad de únicos interesados en su herencia, hubiesen procedido a adjudicarse el bien en cuestión en pago de parte de sus respectivos derechos hereditarios, lo que ocurre es que en la escritura calificada se documenta un contrato claro y sustancialmente diferente del recogido en el documento privado al que se trataba de dar forma pública, tanto en el aspecto subjetivo como en el propio contenido del negocio, pues la relación contractual establecida entre la demandada y uno de los dos demandantes es sustituida por una relación directa entre aquélla y los herederos del demandante premuerto, que aparecen así como adquirentes inmediatos, no de su causante, sino del transmitente de su causante, con las consiguientes repercusiones de todo orden, jurídicas (la ya señalada por el propio Registrador, de la alteración del carácter de las cuotas respectivas, que debiendo ser privativas, aparecen como gananciales de los adquirentes casados; el diferente alcance de la protección registral, al reflejar una adquisición onerosa en favor de los adquirentes cuando debían, en su caso, figurar como adquirentes a título gratuito, la sustracción del bien en cuestión a la eventual responsabilidad por deudas de la sociedad conyugal del causante premuerto, etc.), fiscales (en cuanto se eludiría el impuesto sucesorio correspondiente a la transmisión hereditaria de dicho bien), etc.; y esa actuación excede inequívocamente de las facultades representativas que corresponden al Juez, que debía limitarse a la ejecución del fallo, en los términos en que se produjo (cfr. artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 919, 923 y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues, de otro modo, se

provocaría una clara indefensión para el demandado al involucrarlo, sin su consentimiento, en una relación jurídica distinta de la que él establecería y a cuya formalización pública, únicamente, fuera condenado (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), correspondiendo al Registrador, en el ámbito de su función calificadora, la apreciación de este defecto, conforme resulta de los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, al tratarse de un obstáculo que surge del Registro en función de la incongruencia entre la actuación judicial calificada y el procedimiento seguido.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 15 de noviembre de 1996.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Comentario.—Esta resolución cabalmente recoge un supuesto donde tiene aplicación la calificación registral de documentos judiciales por razón de la incongruencia de la resolución judicial dictada con el procedimiento seguido.

La tan debatida calificación registral de documentos judiciales tiene aquí un ejemplo más de cómo es posible que el Registrador deniegue la inscripción de un título, sin que ello signifique en absoluto quiebra del principio constitucional de unidad de jurisdicción.

Sólo puede entenderse dicha calificación si se atiende a que la sentencia produce efectos *inter partes*. En atención a ellos, el Registrador nada tiene que decir. Sin embargo, la inscripción de una sentencia (como de cualquier otro título en el Registro) va a implicar la eficacia *erga omnes* de la misma, para lo cual se exige cumplir con los requisitos establecidos por la legislación hipotecaria y sustantiva, calificables conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento (artículos 98 y ss.).

En este caso, un procedimiento judicial de elevación a escritura pública de un documento privado culmina en el otorgamiento de una escritura en términos distintos a los consignados en el documento privado. En concreto, figuran como adquirentes no quien intervino como tal en el momento de formalizarse el documento privado, sino sus herederos. En lugar de elevarse a escritura pública el documento privado tal como se pactó, se eleva poniendo los bienes a nombre de los herederos del adquirente.

El Registrador correctamente deniega y la Dirección General le da la razón, porque lo contrario significaría una alteración del carácter de las titularidades inscritas: reflejaría el inmueble como adquirido a título oneroso, cuando los herederos lo han adquirido a título gratuito; sustraería el inmueble a las eventuales deudas de la sociedad conyugal del causante, cuya liquidación no consta; se eludiría el pago de los impuestos; etcétera.

En definitiva, es un ejemplo correcto de calificación registral de documento judicial (otorgado por el Juez en rebeldía del vendedor y en virtud de una resolución judicial estimatoria de la demanda) en el que el Juez se ha excedido de sus competencias, delimitadas por el preciso procedimiento seguido, que en absoluto facultaban para elevar el documento privado en términos distintos de los resultantes del mismo.

La mera interposición de una demanda de reclamación de cantidad, aunque esté basada en un título ejecutivo, ni el auto despachando ejecución cuando aún no se ha practicado la traba del embargo, no son susceptibles de motivar anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, ni siquiera por defectos subsanables. El defecto es insubsanable, debiendo en su día practicarse un nuevo asiento de presentación con efectos desde su fecha. (Resoluciones de 7 y 8 de noviembre de 1996 *Boletín Oficial del Estado* 25 de diciembre).

Hechos —I. El día 27 de diciembre de 1994 se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Decano de los de Orense, a instancia de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, demanda de juicio ejecutivo contra la entidad «Promociones Las Burgas, Sociedad Limitada», a la que se acompañaron los títulos ejecutivos y liquidación de los saldos deudores, según se acredita por diligencia expedida por el Secretario del citado Juzgado de la misma fecha.

II. Por auto de fecha 30 de diciembre de 1994, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Orense, se acordó despachar ejecución contra los bienes de los demandados, requerir de pago al deudor y para el caso de no verificarlo proceder al embargo de bienes de su propiedad suficientes para cubrir la cantidad debida.

III. El 23 de diciembre del mismo año se presentó en el Registro de la Propiedad de Pontevedra número 1 escrito solicitando la práctica de anotación preventiva de embargo, en virtud del testimonio de la interposición de la demanda, habiéndose retirado el 28 del mismo mes, y vuelto a presentar el 17 de febrero de 1995 junto con el testimonio del auto acordando despachar ejecución antes citado.

IV. El anterior escrito fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la anotación de embargo solicitada por adolecer de los siguientes defectos. 1.º No acreditarse el pago del impuesto, artículo 254 del Reglamento Hipotecario. 2.º No estar ordenada por Juez o Tribunal competente artículos 3, 42, apartados 2.º y 3.º, 73, 74 y 257 de la Ley Hipotecaria, y 140, 141 y 165 del Reglamento Hipotecario, y 1 409 y 1 453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siendo el segundo insubsanable no se toma anotación preventiva. Contra esta calificación cabe, si se estima procedente, interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia, en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de esta nota conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Pontevedra, 23 de febrero de 1995 —El Registrador, Carlos de Olavarrieta Masdeu.»

V. Don Miguel Fernández-Pedreira Gozalo interpuso recurso gubernativo en cuanto al segundo defecto basándose en que la certificación judicial expedida por el Secretario, de la demanda, junto con los títulos ejecutivos, son suficientes para practicar la anotación preventiva de embargo o, al menos, para practicar anotación preventiva por defecto subsanable. En el escrito de interposición de recurso impropiaamente se solicita que, al menos, se practique «asiento de presentación» (siendo así que el asiento de presentación ya se había practicado), aunque del contexto del recurso se deduce que lo que se pretende es una publicidad provisional del embargo, que se convierta en definitiva en virtud del mandamiento de embargo que ulteriormente expida el Juez.

El objetivo sería lograr que ganase prioridad la demanda ejecutiva frente a préstamos hipotecarios o créditos anotados en el *interin*.

VI. El Registrador de la Propiedad informó que tanto el escrito de solicitud como la copia de la demanda que se acompaña son documentos privados; que la anotación preventiva de embargo debe ser ordenada por Juez o Tribunal competente en virtud de mandamiento por duplicado en el que se inserte literalmente la resolución recaída, y que entretanto la documentación presentada adolece de defecto insubsanable, ya que el ulterior mandamiento de embargo que, en su caso, expidiera el Juez no subsanaría ningún defecto, ya que la finca estaría embargada desde la fecha en que el Juez lo ordenase y no antes.

VII. El excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó la nota de calificación registral denegatoria de la anotación preventiva en base a que tan sólo es la resolución judicial ordenando el embargo la que puede determinar la afectación del bien al pago de la deuda, y porque la mera diligencia de presentación de una demanda ejecutiva en un Juzgado no confiere a ésta la cualidad de documento público.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 280 y 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6 del Real Decreto 429/1988, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, los artículos 3, 42, apartados 2.º y 3.º, 257 de la Ley Hipotecaria, los artículos 33, 140, apartado 1.º, y 141 del Reglamento Hipotecario, el artículo 1.216 del Código Civil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de junio de 1989; 3 de septiembre de 1992; 5 de octubre de 1993, 28 de octubre de 1993, y 3 de junio de 1996 y la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995:

1. Este recurso versa sobre la posibilidad de practicar anotación preventiva de embargo o, en su defecto, anotación preventiva por defecto subsanable, en virtud de una certificación expedida por Secretario judicial acreditativa de la interposición por el recurrente de una demanda en juicio ejecutivo.

Se da la circunstancia de que cuando se pretende la anotación no se ha practicado aún la traba del embargo, sino que tan sólo consta la presentación de la demanda ejecutiva, si bien posteriormente se acompaña un auto judicial por el que se acuerda despachar ejecución, requiriendo el pago al deudor «y para el caso de no verificarlo proceder al embargo de bienes de su propiedad suficientes para cubrir la cantidad adeudada».

El recurrente alega que la mera presentación de la demanda, junto con los títulos ejecutivos, es suficiente para practicar la anotación o, al menos, para considerar la falta de mandamiento judicial como defecto subsanable. Con ello se ganaría prioridad frente a otros posibles anotantes posteriores.

2. Dicha pretensión no puede ser estimada. Para que pueda practicarse la anotación de embargo es necesario que conste la existencia de la traba que pretende anotarse; ahora bien, debe tenerse en cuenta que el embargo tan sólo existe jurídicamente desde que se decreta judicialmente y se practica la diligencia prevenida en los artículos 921, 1.404, 1.405 y 1.442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La traba de embargo no se produce de manera automática por la mera interposición de la demanda, aunque se base en títulos que lleven

aparejada ejecución (cfr. artículos 1 401 y 1.402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículos 140, apartado 1.º, y 141 del Reglamento Hipotecario), ni por el solo auto en que se despacha ejecución contra el deudor

3. La traba del embargo es una medida cautelar, susceptible de adopción en el procedimiento ejecutivo que, aunque no altera la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practica, tiene eficacia real en cuanto que vincula *erga omnes* el bien trabado al procedimiento en el que se decreta (cfr. Resolución de 3 de junio de 1996) y, una vez anotado, atribuye al crédito que lo motiva, respecto de los bienes embargados, preferencia frente a créditos posteriores a la anotación (artículo 1.923, apartado 4.º, del Código Civil), siendo la fecha de aquella traba determinante a efectos de tercerías (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995), precisándose la necesaria aportación para que no quede inutilizado ante la eventual aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (cfr. artículos 69 y 71 de la Ley Hipotecaria).

4. Precisamente por la importancia que la traba del embargo tiene en el patrimonio del deudor, nuestro Derecho reserva al Juez la adopción de esta medida cautelar, sin que las facultades de impulso procedimental atribuidas a los Secretarios judiciales les permita decidir la adopción de tal medida cautelar, máxime si se tienen en cuenta su carácter limitativo de derechos (cfr. artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Es más, se precisa para la práctica de la anotación preventiva de embargo trabado, que el respectivo mandamiento contenga la providencia judicial ordenándola (cfr. artículo 1 453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cual, por otra parte, no supone contradicción con las facultades que para la expedición del mandamiento competen a los Secretarios judiciales en el ejercicio de su actividad de documentación, comunicación ordenación e impulso procedimental (cfr. Resolución de 28 de octubre de 1993, en cuanto a los testimonios de los autos de adjudicación; Resolución de 5 de octubre de 1993, en cuanto a las prórrogas de anotaciones de embargo, Resolución de 3 de septiembre de 1992, en cuanto a la solicitud de certificación de cargas en procedimiento de apremio, y Resolución de 28 de junio de 1989, en materia de cancelación de cargas derivadas del procedimiento ejecutivo).

5. La mera interposición de la demanda ejecutiva, aun cuando esté acreditada mediante testimonio expedido por Secretario judicial, no puede, por tanto, equipararse, ni en sus efectos ni en su prioridad, a la traba de embargo, lo contrario significaría introducir una alteración injustificada en el sistema de preferencias credituales querido por nuestro ordenamiento jurídico (cfr. artículo 1 923.4 del Código Civil).

6. Por otra parte, el principio de legalidad, básico de nuestro sistema inmobiliario registral, no significa la admisión al Registro de cualquier documento autorizado por un funcionario público, sino que se exige la concurrencia de ulteriores requisitos, como es la competencia para su autorización por parte de dicho funcionario, circunstancia ésta que lo eleva a la condición de documento público o auténtico (cfr. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 1 216 del Código Civil), y que contenga un acto o negocio susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, requisito este último que no concurre en la mera certificación acreditativa de la presentación de una demanda (cfr. artículos 1, 2 y 42.2 de la Ley Hipotecaria)

7. Por eso es correcta la consideración como insubsanable del defecto de que adolece el documento calificado, de modo que el embargo que pueda en

su día trabarse nunca tendría efectos retroactivos al momento de la presentación de la demanda ejecutiva y se exigiría una nueva presentación del mandamiento judicial correspondiente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado la confirmación del auto apelado y la nota de calificación registral.

Madrid, 7 de noviembre de 1966.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña.

Resolución de 8 de noviembre de 1966, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Miguel Fernández-Pedrerá Gozalo, en nombre y representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Pontevedra, número 1, a practicar una anotación preventiva de embargo, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Miguel Fernández-Pedrerá Gozalo, en nombre y representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Pontevedra número 1, a practicar una anotación preventiva de embargo, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos. I. El día 12 de diciembre de 1994 se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Decano de los de Orense, a instancia de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, demanda de juicio ejecutivo contra la entidad «Construcciones Gradín, Sociedad Limitada», y contra doña Mercedes Goiburú Iparraguirre, don José Álvarez Carpintero y don Cándido Ortells Carbonell, a la que se acompañó el título ejecutivo con la correspondiente liquidación del saldo deudor, según se acredita por diligencia de fecha 21 del mismo mes expedida por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 1, en que se turnó la demanda.

II. Por auto de fecha 30 de diciembre de 1994, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Orense, se acordó despachar ejecución contra los bienes de los demandados, requerir de pago a los deudores y para el caso de no verificarlo proceder al embargo de bienes de su propiedad suficientes para cubrir la cantidad debida.

III. El 23 de diciembre del mismo año se presentó en el Registro de la Propiedad de Pontevedra número 1, escrito solicitando la práctica de anotación preventiva de embargo, en virtud del testimonio de la interposición de la demanda, habiéndose retirado el 28 del mismo mes y vuelto a presentar el 17 de febrero de 1995 junto con el testimonio del autor acordando despachar ejecución antes citado.

IV. El anterior escrito fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la anotación de embargo solicitada por los siguientes defectos: 1.º No acreditarse el pago del impuesto, artículo 254 del Reglamento Hipotecario. 2.º No estar ordenada por Juez o Tribunal competente, de conformidad con los artículos 3, 42, apartados 2.º y 3.º, 73, 74 y 257 de la Ley Hipotecaria, y 140, 141 y 165 del Reglamento Hipotecario y 1.409 y 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil. Siendo el segundo defecto insubsanable, no se toma anotación preventiva. Contra esta calificación cabe, si se estima procedente, interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de esta nota conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Pontevedra, 23 de febrero de 1995.—El Registrador, Carlos Olavarrieta Masdeu.»

V. Don Miguel Fernández-Pedreira Gozalo interpuso recurso gubernativo basándose en que la certificación judicial expedida por el Secretario, de la demanda, junto con los títulos ejecutivos, son suficientes para practicar la anotación preventiva del embargo o, al menos, para practicar anotación preventiva por defecto subsanable. En el escrito de interposición de recurso impropriamente se solicita que, al menos, se practique «asiento de presentación» (siendo así que el asiento de presentación ya se había practicado), aunque del contexto del recurso se deduce que lo que se pretende es una publicidad provisional del embargo, que se convierta en definitiva en virtud del mandamiento de embargo que ulteriormente expida el Juez.

El objetivo sería lograr que ganase prioridad la demanda ejecutiva frente a préstamos hipotecarios inscritos o embargados anotados en el *interin*.

VI. El Registrador de la Propiedad informó que tanto el escrito de solicitud como la copia de la demanda que se acompaña son documentos privados; que la anotación preventiva de embargo debe ser ordenada por Juez o Tribunal competente en virtud de mandamiento por duplicado en el que se inserte literalmente la resolución recaída, y que entretanto la documentación presentada adolece de defecto insubsanable, ya que el ulterior mandamiento de embargo que en su caso expidiera el Juez no subsanaría ningún defecto, ya que la finca estaría embargada desde la fecha en que el Juez lo ordenase y no antes.

VII. El excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó la nota de calificación registral denegatoria de la anotación preventiva en base a que tan sólo es la resolución judicial ordenando el embargo la que puede determinar la afectación del bien al pago de la deuda, y porque la mera diligencia de presentación de una demanda ejecutiva en un Juzgado no confiere a ésta la cualidad de documento público.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de derecho —Vistos los artículos 280 y 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6 del Real Decreto 429/1988, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, los artículos 3, 42, apartados 2.º y 3.º, 257 de la Ley Hipotecaria; los artículos 33, 140, apartado 1.º, y 141 del Reglamento Hipotecario, el artículo 1.216 del Código Civil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de junio de 1989; 3 de septiembre de 1992; 5 de octubre de 1993; 28 de octubre de 1993; 3 de junio de 1966, y 7 de noviembre de 1996, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995.

1. Este recurso versa sobre la posibilidad de practicar anotación preventiva de embargo o, en su defecto, anotación preventiva por defecto subsanable, en virtud de una certificación expedida por Secretario judicial acreditativa de la interposición por el recurrente de una demanda en juicio ejecutivo.

Se da la circunstancia de que cuando se pretende la anotación no se ha practicado aún la traba del embargo, sino que tan sólo consta la presentación de la demanda ejecutiva, si bien posteriormente se acompaña un auto judicial por el que se acuerda despachar ejecución, requiriendo de pago al deudor «y para el caso de no verificarlo proceder al embargo de bienes de su propiedad suficientes para cubrir la cantidad adeudada».

El recurrente alega que la mera presentación de la demanda, junto con los títulos ejecutivos, es suficiente para practicar la anotación o, al menos, para considerar la falta de mandamiento judicial como defecto subsanable. Con ello se ganaría prioridad frente a otros posibles anotantes posteriores.

2. Dicha presentación no puede ser estimada. Para que pueda practicarse la anotación de embargo es necesario que conste la existencia de la traba que pretende anotarse, ahora bien, debe tenerse en cuenta que el embargo tan sólo existe jurídicamente desde que se decreta judicialmente y se practica la diligencia prevenida en los artículos 921, 1.404, 1.405 y 1.442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La traba de embargo no se produce de manera automática por la mera interposición de la demanda, aunque se base en títulos que lleven aparejada ejecución (cfr. artículos 1.401 y 1.402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículos 140, apartado 1.º, y 141 del Reglamento Hipotecario), ni por el solo auto en el que se despacha ejecución contra el deudor.

3. La traba del embargo es una medida cautelar, susceptible de adopción en el procedimiento ejecutivo que, aunque no altera la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practica, tiene eficacia real en cuanto vincula *erga omnes* el bien trabado al procedimiento en el que se decreta (cfr. Resolución de 3 de junio de 1996) y, una vez anotado, atribuye al crédito que lo motiva, respecto de los bienes embargados, preferencia frente a créditos posteriores a la anotación (artículo 1.923, apartado 4.º, del Código Civil), siendo la fecha de aquella traba, determinante a efectos de tercerías (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995), precisándose la necesaria anotación para que no quede inutilizado ante la eventual aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (cfr. artículos 69 y 71 de la Ley Hipotecaria).

4. Precisamente por la importancia que la traba del embargo tiene en el patrimonio del deudor, nuestro Derecho reserva al Juez la adopción de esta medida cautelar, sin que las facultades de impulso procedimental atribuidas a los Secretarios judiciales les permita decidir la adopción de tal medida cautelar, máxime si se tiene en cuenta su carácter limitativo de derechos (cfr. art. 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Es más, se precisa para la práctica de la anotación preventiva del embargo trabado, que el respectivo mandamiento contenga la providencia judicial ordenándola (cfr. artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cual, por otra parte, no supone contradicción con las facultades que para la expedición del mandamiento competen a los Secretarios judiciales, en el ejercicio de su actividad de documentación, comunicación, ordenación e impulso procedimental (cfr. Resolución de 28 de octubre de 1993, en cuanto a los testimonios de los autos de adjudicación; Resolución de 5 de octubre de 1993, en cuanto a las prórrogas de embargo; Resolución de 3 de septiembre de 1992, en cuanto a la solicitud de certificación de cargas en procedimientos de apremio, y Resolución de 28 de junio de 1989, en materia de cancelación de cargas derivadas del procedimiento ejecutivo).

5 La mera interposición de la demanda ejecutiva, aun cuando esté acreditada mediante testimonio expedido por Secretario judicial, no puede, por tanto, equipararse, ni en sus defectos ni en su prioridad, a la traba de embargo; lo contrario significaría introducir una alteración injustificada en el sistema de preferencias credituales querido por nuestro ordenamiento jurídico (cfr. artículo 1.923.4 del Código Civil).

6. Por otra parte, el principio de legalidad, básico en nuestro sistema inmobiliario registral, no significa la admisión al Registro de cualquier documento autorizado por un funcionario público, sino que se exige la concurrencia de ulteriores requisitos, como es la competencia para su autorización por parte de dicho funcionario, circunstancia ésta que no eleva a la condición de documento público o auténtico (cfr. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 1 216 del Código Civil), y que contenga un acto o negocio susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, requisito este último que no concurre en la mera certificación acreditativa de la presentación de una demanda (cfr. artículos 1, 2 y 42.2 de la Ley Hipotecaria).

7 Por eso es correcta la consideración como insubsanable del defecto de que adolece el documento calificado, de modo que el embargo que pueda en su día trabarse nunca tendría efectos retroactivos al momento de la presentación de la demanda ejecutiva y se exigiría una nueva presentación del mandamiento judicial correspondiente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado la confirmación del auto apelado y la nota de calificación registral.

Madrid, 8 de noviembre de 1996.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña

Comentario.—De estas interesantes resoluciones merecen destacarse tres aspectos fundamentales:

a) El relativo a la trascendencia real de los derechos inscribibles.

Nos recuerdan estas resoluciones que las anotaciones de embargo no pueden practicarse hasta que la reclamación de cantidad se traduzca en un acto de trascendencia real. Por eso no es suficiente la mera reclamación de cantidad en virtud de demanda, ni siquiera aunque ésta se base en un título ejecutivo. Tampoco basta que se haya dictado judicialmente auto despachando ejecución, ya que éste sólo tiene por objeto requerir de pago al deudor y para el caso de no verificarlo contiene la orden judicial para proceder al embargo.

Lo que se requiere es que se haya trabado el embargo, en virtud de diligencia que podrá ser extendida en virtud del auto despachando ejecución. Pero hasta que no exista traba, no hay acto de trascendencia real alguno que pueda motivar asiento en el Registro de la Propiedad, ni siquiera provisional.

Es la traba la determinante de la afección *erga omnes* del bien a la satisfacción del crédito reclamado (o del que pueda triunfar en la correspondiente tercera entablada en el procedimiento), de manera que mientras la traba no exista, no cabe anotación preventiva de embargo, ni siquiera por defectos subsanables, porque de momento no hay sino reclamación de cantidad de eficacia puramente personal. Lo contrario sería alterar el régimen de prefe-

rencias establecido por nuestro Ordenamiento jurídico, significaría beneficiar a un acreedor en perjuicio de los demás.

b) El relativo al concepto de titulación auténtica a efectos de inscripción

Siguiendo esta argumentación, la mera interposición de una demanda de reclamación de cantidad, aunque esté certificado por el Secretario Judicial, no es título auténtico a efectos de inscripción. En realidad, no debería ni haber sido presentado en el Libro Diario. No obstante, en el supuesto de que haya sido objeto de presentación (como en el caso de las resoluciones comentadas), deberá denegarse el despacho de tal documentación, porque para que exista título auténtico a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento, no basta con que se expida por funcionario público, sino que además sea éste competente y se contenga un acto o negocio susceptible de inscripción o anotación, lo cual no ocurre en este caso.

No cabe confundir este supuesto con el mandamiento judicial ordenando la anotación preventiva de demanda al amparo del artículo 42, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, ya que tal supuesto se refiere a demandas de carácter real o de trascendencia jurídico-real (lo que no ocurre en la mera reclamación de cantidad), y además se basa en una resolución cautelar adoptada por el Juez (cfr. artículo 139 del Reglamento Hipotecario).

c) El relativo al concepto de falta subsanable e insubsanable.

Estas resoluciones aceptan la tesis de quienes (como Gómez Gállico) basan la distinción entre falta subsanable o insubsanable en la eficacia registral provisional o definitiva de la titulación presentada; en definitiva (tesis también de García García), en la retroacción de los efectos al primitivo asiento de presentación (falta subsanable) o en la necesidad de practicar un nuevo asiento de presentación con efectos desde su fecha (falta insubsanable). Ya no hace referencia la Dirección General a la necesidad o no de un nuevo otorgamiento como criterio distintivo de la clasificación. Y se aparta así de criterios clásicos, hoy parcialmente superados, que entendían (como Roca) que insubsanable es la falta de un título que exige un nuevo otorgamiento. Porque, en realidad, una falta es insubsanable, aunque no requiera un nuevo otorgamiento del título; lo importante es si puede conservar la prioridad derivada del asiento de presentación primitivamente practicado o no (un ejemplo muy sencillo es la falta de tracto sucesivo, que salvo que resulte del título la concatenación de asientos *ex* artículo 105 del Reglamento Hipotecario, motivará una calificación denegatoria, aunque luego pueda llevar a tener eficacia, sin carácter retroactivo, pero sin necesidad de un nuevo otorgamiento, si el transmitente llega a ser titular registral).

En el caso de las resoluciones comentadas, aciertan plenamente al recoger la certificación judicial de la demanda de reclamación de cantidad como un caso de falta insubsanable, ya que aunque luego se acompañe el título de la acreditación de la traba del embargo, ésta nunca tendría efectos retroactivos al momento de interposición de la demanda ejecutiva.

FRANCISCO-JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

La resolución de una compraventa con precio aplazado ante el impago de éste, conforme al artículo 1 504 del Código Civil, requiere la conformidad de los interesados o la subsidiaria declaración judicial que acredite la concurrencia de todos los supuestos de hecho que producen la resolución y que no resultan del

Registro, por lo que al tiempo de entablarse la demanda de resolución contra el comprador habrá de citarse a los titulares de cargas posteriores que traigan causa de éste y anotarse preventivamente la demanda, no pudiendo cancelarse dichos asientos posteriores en caso contrario. (Resolución de 19 de noviembre de 1996, *Boletín Oficial del Estado* de 25 de diciembre.)

Hechos—I. El día 2 de diciembre de 1985, mediante escritura pública otorgada ante el Notario don Antonio Torres Martí «Promociones de Viviendas Sierra, Sociedad Limitada», vendió a los esposos don José Amable Alcón Pardo y doña Amparo López Bruell una vivienda de su propiedad sita en la calle Santísimo Cristo de la Fe y de la Providencia, número 4, 1.º - 1.ª de Almacera (Valencia). En dicha escritura, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Valencia número 3, se estableció una cláusula resolutoria expresa a favor de la vendedora al objeto de amparar el cobro del precio aplazado.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Moncada se siguió proceso de menor cuantía con el número 66/1991, a instancia de la entidad vendedora contra los citados cónyuges, sobre resolución de contrato de compraventa de la vivienda, dictándose sentencia el día 15 de octubre de 1991, que alcanzó firmeza, y en cuyo fallo se estimaba la demanda declarando resuelto el contrato de compraventa antes dicho, en virtud de la cláusula resolutoria expresa contenida en el mismo, por causa del impago del precio pactado y pendiente de pago, circunstancias, tanto del contrato como de su cláusula resolutoria expresa, que tuvieron acceso al Registro de la Propiedad de Valencia número 3. Además, en dicha cláusula se establecía que tal resolución contractual lo era con todas sus consecuencias registrales, que conlleve aparejadas, a fin de inscribir la vivienda a nombre del actor, entre otros pronunciamientos que no afectan al caso.

Como consecuencia de la referida sentencia, el día 27 de julio de 1992 se libró mandamiento al señor Registrador de la Propiedad de Valencia número 3, en el que se contenía íntegra y textualmente el fallo de la sentencia, así como los demás pormenores de identificación de las partes y de la vivienda y en el que se expresa «que se proceda a la reinscripción de la mencionada vivienda a favor de «Promociones de Viviendas Sierra, Sociedad Limitada», cancelando todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la citada venta con condición resolutoria».

II. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Valencia número 3, fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos. 1. Por constar la finca inscrita a nombre de un tercero, que no ha sido demandado ni ha prestado su consentimiento para la cancelación, y que ha adquirido su derecho del comprador, único contra quien se dirige la demanda (artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). 2. Por no acompañarse testimonio de la sentencia para la reinscripción a favor de la entidad demandante, sino sólo un mandamiento que ordene aquella inscripción (artículos 3 y 257 de la Ley Hipotecaria). 3. Porque como consecuencia del defecto anterior no se indica en el documento presentado si el precio satisfecho por el demandado a la entidad demandante se entregó a esta sociedad o quedó, en su caso, a disposición de titulares de derechos posteriores, según lo dispuesto en el párrafo 6.º del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. Teniendo el primer defecto el carácter de insubsanable, no se toma anotación preventiva de suspensión. Contra esta nota de calificación se puede interponer recurso gubernativo en el plazo

de cuatro meses ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia y, subsidiariamente, de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.

Valencia, 13 de noviembre de 1992.—Firmado Manuel Gomis Segarra.

III. Don Pedro Alfonso Folgado, en representación de la mercantil «Promociones de Viviendas Sierra, Sociedad Limitada», interpuso recurso gubernativo contra el primer defecto de la anterior calificación, y alegó: 1. Que con fecha 13 de marzo de 1992 se procedió al lanzamiento de los demandados, tras lo que la sociedad recurrente volvió a tener la posesión efectiva de la vivienda, posesión que mantiene. 2. Que la denegación de inscripción del mandamiento judicial se considera lesiva y contraria a Derecho, y ello al entender que se trata de un claro supuesto de cancelación automática del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria. Que se entiende que producida la resolución judicial del contrato de compraventa, al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, queda extinguido de pleno derecho no sólo el derecho del comprador, sino también el de todos los adquirentes posteriores que de él traigan causa. Ello resulta de los artículos 9.2.º, 23, 34, 37, 82.2.º, 107.10 de la Ley Hipotecaria, y 59, 174.1, 175.6º del Reglamento Hipotecario. Que en el momento de instar el correspondiente procedimiento declarativo del que dimana el mandamiento judicial, el titular registral sigue siendo el demandado. Que el constar la vivienda inscrita a nombre de un tercero por sí sólo no es óbice para practicar la cancelación de inscripción de este tercero, máxime cuando al practicar su inscripción éste lo hizo a sabiendas de que la vivienda que adquiriría estaba sujeta a la condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil, ya que figuraba y figura debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. Que no puede pretender el señor Registrador que el efecto resolutorio contenido en la sentencia se tenga que reiterar o hacer valer meramente, a través de un nuevo procedimiento contra el tercero registral. Que la recurrente en el momento de instar el procedimiento tendente a obtener la resolución del contrato de compraventa en ejercicio de su derecho inscrito y dimanante de la condición resolutoria, no puede notificar al titular registral por la sencilla razón de que en aquel momento el titular registral era el demandado, siendo posteriormente cuando aparece el titular registral («Banco Zaragozano, Sociedad Anónima»), quien en virtud de un procedimiento ejecutivo, en que esta parte no intervino ni tenía conocimiento, embarga la vivienda en cuestión y se la adjudica en subasta judicial. Que se considera que no se necesita el consentimiento del actual titular registral para cancelar su inscripción, en virtud del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria y 175.6 del Reglamento Hipotecario.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: 1. Que los asientos del Registro no pueden ser cancelados ni rectificados sin consentimiento del titular registral o, en su caso, resolución judicial (artículos 40 y 82.1 de la Ley Hipotecaria). Que, por ello, en el caso a que se refiere este recurso, es necesario que la demanda se dirija no sólo contra el comprador, sino también contra el nuevo titular de la vivienda que tiene que ser parte en el procedimiento. Que en cuanto a este requisito hay que citar la Resolución de 28 de mayo de 1992. Que para que los terceros tengan conocimiento de la interposición de la demanda hubiera bastado que se hubiere solicitado y practicado

la correspondiente anotación preventiva de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria. 2. Que nada se indica en la sentencia si se ha consignado a su disposición el importe de los plazos que, con las deducciones que, en su caso, se procedan, haya de ser devuelto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario, que exige esta consignación para la cancelación de los derechos reales que se hubieran constituido con posterioridad. Que, en efecto, en el mandamiento se ordena que se cancelen las inscripciones y anotaciones posteriores a la venta con condición resolutoria, pero sin que sus titulares hayan sido citados o, en su caso, se haya producido la consignación, que es necesaria ya que se trata de cancelación de un asiento sin concurso de sus titulares, quienes, al menos, podrán contar con el depósito a su disposición y en este sentido se pronuncia la Resolución de 28 de septiembre de 1982. 3. Que en cuanto al segundo de los defectos señalados en la nota de calificación, de los artículos 3 y 257 de la Ley Hipotecaria y 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deduce que, tratándose de sentencia-firme, no será suficiente el mandamiento sino testimonio judicial de la sentencia.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana revocó la nota del Registrador, fundándose en lo establecido en el artículo 37, número 1, de la Ley Hipotecaria, y en que el Registrador no puede tener en cuenta posibles defectos procesales.

VI. El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió. Que hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. Que el defecto invocado en la nota no es un defecto procesal, sino de un obstáculo derivado del Registro, extremo al que puede acceder la calificación registral, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Que el nuevo titular registral que ha adquirido su derecho del comprador, si se ve afectado por la condición resolutoria tal como indica el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, pero para la cancelación de la inscripción es necesario su consentimiento, tal como se indica en la nota de calificación y en el informe que se aportó.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 1.504 del Código Civil, 10, 11, 20, 23, 24, 34, 37, 38 y 82 de la Ley Hipotecaria; 58, 59, 175, 198 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 3 de junio de 1963, 17 de septiembre de 1985 y 28 de mayo de 1992:

1 La cuestión planteada en el presente recurso es la de decidir si la sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado exclusivamente contra el comprador por la que se declara resuelta la compra al no haberse pagado oportunamente el precio aplazado, es título suficiente para la cancelación no sólo de la inscripción en favor del demandado, sino también de los asientos posteriores, habida cuenta de que en la compra se previó expresamente que la falta de pago del precio daría lugar a la resolución de pleno derecho del contrato conforme al artículo 1.504 del Código Civil; que dicha previsión fue oportunamente reflejada en el Registro de la Propiedad; que al tiempo de entablarse la demanda existían ya algunos de los asientos cuya cancelación se pretende, y que no se tomó anotación preventiva de la demanda ejercitando la acción resolutoria.

2 Quienes adquieren el dominio o cualquier otro derecho real sobre un bien sujeto a la restricción resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil,

oportunamente publicada en el Registro, conocen —o pueden conocer— la situación claudicante a que queda sujeta su adquisición, y a ellos incumbirá, si desean conservar su derecho, tomar la iniciativa para que la obligación garantizada tenga cumplimiento en los términos estipulados (adoptando en sus respectivos negocios adquisitivos las previsiones oportunas), sin que puedan pretender que el efecto resolutorio, en caso de incumplimiento, quede supeditado a la reiteración en su favor del requerimiento contemplado en el precepto citado. Exigir tal reiteración, sobre implicar una alteración de la esencia y modo de desenvolvimiento de la garantía resolutoria en los términos en que fue configurada, por la actuación unilateral de uno de los contratantes (cfr. artículo 1.257 del Código Civil), y con grave menoscabo de la posición del vendedor, no se conciliaría con la permanencia de la titularidad pasiva de la deuda garantizada en la persona del comprador. Y no cabe estimar en favor de dicha reiteración el tratamiento jurídico dispensado al tercer poseedor del bien hipotecado en caso de ejecución hipotecaria, pues no debe olvidarse que la hipoteca persigue la satisfacción del acreedor mediante la realización judicial del bien afecto una vez producido el incumplimiento de la obligación garantizada, y por ello no resulta perturbador en el juego de la garantía estipulada conceder al tercer poseedor la posibilidad de evitar esa ejecución y conservar su derecho si verifica el pago a cuya consecución se encamina la ejecución misma; en cambio, la denominada condición resolutoria explícita no persigue, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la enajenación forzosa del bien afecto, sino su recuperación por el vendedor y restablecimiento de la situación patrimonial preexistente a la celebración del negocio por no haberse devuelto éste en los términos previstos.

3. Por otra parte, es indudable que producida la resolución del contrato de compraventa al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, quedan extinguidos de pleno derecho no sólo el derecho del comprador, sino también el de todos los adquirentes posteriores que de él traigan causa; así resulta de los artículos 9.2.º, 23, 34, 37, 82.2.º, 107.10 de la Ley Hipotecaria, y 59, 174 1, 175.6.º del Reglamento Hipotecario.

4. No obstante lo anterior, no puede desconocerse: 1.º Que para el desenvolvimiento de la resolución contemplada en el artículo 1.504 del Código Civil, no basta que conste la mera voluntad en tal sentido del vendedor—como ocurre en hipótesis próximas, como la del ejercicio del retracto convencional, o del derecho de adopción de compra, etc.—, sino que es preciso, en todo caso, que conste la efectiva concurrencia de los presupuestos de hecho de la resolución, que no resultan del Registro. 2.º Que es principio básico de nuestro sistema registral que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), no pudiendo ser rectificados, como norma general, sino con el consentimiento de su titular o con la subsidiaria resolución judicial (artículo 40 de la Ley Hipotecaria); lo que determina que para la cancelación de los asientos relativos al derecho del comprador y a los de quienes de él traigan causa, será preciso que se acredite fehacientemente la realidad de todos los presupuestos sobre los que se asienta la resolución y, especialmente, el impago de la obligación garantizada (*vid.* artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria, y 56, 175.6.º, 238 y 239 del Reglamento Hipotecario), siendo evidente a este respecto (dado el limitado alcance de la confesión —*vid.* artículo 1.232 del Código Civil—y la eficacia relativa de la cosa juzgada —*vid.* artículo 1.252 del Código Civil—) que la admisión de tales presupuestos solamente por el titular de uno de los asientos cuya cancelación

se pretende el cual puede haberse extinguido ya por uno posterior de transferencia—es insuficiente para fundar la cancelación respecto de todos los demás asientos afectados.

5. En lo relativo a la acreditación del impago, uno de los presupuestos determinantes de la resolución no basta con aducir que el artículo 1.214 del Código Civil, juntamente con la existencia de la oportuna consignación registral del pago, permite tener por no realizado el pago a los efectos de acceder a la inscripción de la resolución en perjuicio de titulares de asientos posteriores al de la venta en cuestión que ni han consentido la resolución ni han sido llamados al procedimiento en que así se declara, pues lo que se pretende no es obtener el cumplimiento de esa obligación de pago preexistente, sino el conocimiento registral de una mutación jurídico-real que se opera en base a tal incumplimiento, y a este respecto es postulado general de nuestro ordenamiento registral la exigencia de demostración fehaciente de la mutación jurídico-real cuya inscripción se pretende —artículo 3 de la Ley Hipotecaria—, postulado cuyo rigor se acentúa en el caso debatido, tanto por tratarse de la cancelación de asientos registrales como por la propia naturaleza de la resolución que se produce al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, pues el pleno reconocimiento de su eficacia presupone, según reiterada jurisprudencia, la conformidad de los interesados o la subsidiaria declaración judicial.

6. Las anteriores consideraciones obligan a concluir que al tiempo de entablarse la demanda de resolución contra el comprador habrá de citarse a los titulares de los asientos posteriores que traigan causa de éste, a fin de que puedan hacer valer la eventual no concurrencia de alguno de los presupuestos del efecto resolutorio (el pago en tiempo oportuno, por ejemplo); y que, igualmente, se tome la oportuna anotación preventiva de dicha demanda, que cumplirá idéntico papel notificador respecto de los titulares de asientos ulteriores. De este modo, se compatibiliza el pleno alcance real de la condición resolutoria explícita debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad (*vid.* artículos 1.124 y 1.506 del Código Civil y 37 de la Ley Hipotecaria) con los principios básicos de tutela jurisdiccional de los propios derechos (artículo 24 de la Constitución Española), la salvaguardia judicial de los asientos registrales (artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), y se posibilita el alcance cancelatorio de la sentencia estimatoria que en su día se dicte respecto de todos los asientos posteriores al reflejo registral de dicha condición resolutoria.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso de apelación interpuesto revocando el auto apelado y confirmando la nota del Registrador.

Madrid, 19 de noviembre de 1996 —El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

COMENTARIOS A LA RDGRN DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1996

Queda zanjada aquí la controversia doctrinal sobre los efectos automáticos de la cláusula resolutoria explícita pactada al amparo del artículo 1.504 del Código Civil.

La tesis de que el automatismo de la condición resolutoria explícita implica la extinción inmediata de los asientos registrales, bastando al efecto el

título que lo motivó junto con el requerimiento de pago (como literalmente interpretado podría pensarse que resulta del tenor del artículo 59 del Reglamento Hipotecario), ha sido matizada por la jurisprudencia civil y registral. La jurisprudencia civil entiende que el artículo 1504 CC es aplicación específica del artículo 1.124 CC, el cual exige ineludiblemente que el que pretenda la resolución haya cumplido las obligaciones que a él le incumben (SSTS 22/10/1985, 30/6/1986, 13/3/1990, 22/5/1991, 9/5/1994, etc.) y que la facultad resolutoria del artículo 1504 CC en el especial supuesto de venta de bienes inmuebles con precio aplazado requiere que el comprador haya incidido en un incumplimiento deliberado, pertinaz, injustificado y definitivo de su obligación de pago del precio que frustre el fin del contrato (SSTS 20/6/1990, 25/1/1991, 28/9/1992, 16/11/1993, 24/10/1995, etc.), de manera que la declaración de resolución por parte del vendedor operará si es aceptada por el comprador, pero exigirá una declaración judicial de su procedencia si el comprador la impugna (SSTS 14/4/1990, 30/3/1992, 15/6/1993, etc.).

Paralelamente la doctrina de la DGRN ha interpretado restrictivamente la operatividad de la facultad resolutoria explícita, considerando que se trata de un sistema de autotutela que debe ser examinado con cautela (RDGRN 17/11/1978), excluyendo su aplicación automática cuando el deudor en el requerimiento de pago manifiesta que no se allana y exigiendo que el Registrador compruebe la consignación por parte del vendedor de la totalidad del precio pagado por el comprador, sin que pueda disminuirse nada en base a una cláusula penal (RDGRN 29/12/1982), poniendo a disposición del comprador todas las letras de vencimiento posterior para evitar una doble ejecución (RDGRN 17/9/1987 y 4/2/1988). La más reciente jurisprudencia registral insiste en la necesidad de consignación total por parte del vendedor de lo percibido para poder reinscribir a su nombre la finca (RDGRN 5, 6 y 7/2/1990), afirmando la imposibilidad de pactar la devolución del principal sin los intereses cuando éstos también estén garantizados con la condición resolutoria (RDGRN 8/10/1991).

La Resolución de 19 de noviembre de 1996 aclara además que no sólo es el comprador el que tiene que consentir o en su defecto que sea el Juez en procedimiento dirigido contra él quien declare la procedencia de la resolución, sino que también tienen que consentir, o en su defecto ser parte en el procedimiento (bien directamente bien a través de la anotación preventiva de la demanda), los titulares de asientos posteriores que traigan causa del comprador.

Conviene a este respecto recordar lo que ya sosteníamos al comentar las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 y 8 de octubre de 1991 en el *Boletín* del CEHC número 34 de marzo de 1992 que reproducimos a continuación:

Repercusiones de las resoluciones de febrero de 1990 y octubre de 1991 acerca de la condición resolutoria —El objeto de las presentes líneas es resumir los criterios que por aquél se expusieron (muy próximos a los defendidos por el Notario Martínez Sanchiz en su trabajo sobre «El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia registral» en el *Anuario de Derecho Civil*, octubre-noviembre de 1989), y por otra parte mantener una posición crítica respecto de los mismos, así como destacar cómo las recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre la materia no sólo no han sido interpretadas como un avance en la posición notarial, sino más bien todo lo contrario:

como un paso más en la interpretación restrictiva del automatismo de la cláusula resolutoria. Ello sin perjuicio de que las citadas resoluciones hayan incidido —innecesariamente— en el tema de la calificación registral, restringiendo su ejercicio en materia de posiciones contractuales abusivas, como luego veremos.

I) La posición notarial podría resumirse en los siguientes puntos:

1.º La cláusula resolutoria no es un propio derecho real, ni una condición en sentido técnico, sino una facultad resolutoria reconocida al vendedor.

Tal facultad resolutoria no es una garantía del precio aplazado, sino una garantía de la equivalencia de las prestaciones.

2.º No cabe, en consecuencia, aplicar por analogía a la cláusula resolutoria preceptos dirigidos a la hipoteca, como la consignación a que se refiere el artículo 175.4.º RH.

3.º La resolución —una vez notificada— opera automáticamente, de manera que incluso cuando el Tribunal Supremo considera necesario acudir a la vía judicial por existir oposición del comprador, la sentencia se considera declarativa de una resolución ya producida.

El citado automatismo no sólo se deriva del 1.504 CC, sino también del 1.123 CC, —aplicable a la materia, más que el 1.295 CC.

4.º En consecuencia, dado que la resolución es automática, deberá procederse a la reinscripción inmediatamente, con los solos requisitos exigidos por los artículos 1.504 CC y 59 RH —notificación y título— sin añadir ninguno más, ni siquiera la consignación.

La devolución del precio por el vendedor y de la posesión por el comprador son tan sólo aspectos obligacionales—obligaciones derivadas de la pérdida del dominio— que quedan al margen del Registro.

5.º Se critica la campaña existente en la doctrina y la jurisprudencia que tiende a limitar los efectos del artículo 1.504 CC, por dos vías: exigiendo la resolución por el Juez si las partes no llegan a un acuerdo y admitiendo la posibilidad de conceder nuevo plazo al demandado, a pesar de que exista requerimiento, para que pueda pagar antes de decretar la resolución. Todo ello se considera fruto de la indebida aplicación de la doctrina del artículo 1.124 CC, al régimen del 1.504 CC.

Consecuencia de ello es que la jurisprudencia registral haya llegado a exigir para verificar la reinscripción derivada de la resolución una voluntad deliberadamente rebelde al pago por el comprador (RDGRN de 29/12/1982). Frente a ello, Martínez Sanchiz y Martínez Gil defienden que el requisito subjetivo de la voluntad rebelde debe ser entendido en sus justos términos, como equivalente a incumplimiento propio y verdadero, de manera que no sólo procederá la resolución en caso de incumplimiento doloso por el comprador, sino también en caso de incumplimiento culposo o imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación.

Como consecuencia de todo ello, se critica la generalización que del requisito de la voluntad deliberadamente rebelde hace la RDGRN de 29/12/1982, ya que—a su entender—la STS de 16/11/1979 (a la que aquélla se remite) se refiere únicamente al supuesto de compraventa desprovista de pacto resolutorio expreso.

A su entender, cuando exista pacto resolutorio expreso la situación se invierte, de manera que la resolución se producirá automáticamente es la

oposición y no la resolución la que necesita el pronunciamiento judicial, pues de lo contrario se infringiría el artículo 1.256 CC (la oposición no confirmada judicialmente no paraliza la resolución).

6.º Para no dejar desprotegido al comprador, podría arbitrarse una reserva de rango a favor del mismo —durante ciento ochenta días— durante el cual podría anotar el comprador la demanda contraria a la resolución.

7.º La consignación sólo es necesaria cuando existan terceros, pero más que por existir una pretendida subrogación de los terceros en las cantidades devueltas, por existir una concurrencia de varios acreedores sobre un mismo crédito.

Tal consignación deberá hacerse con las deducciones que en su caso proceda, terminología literal del artículo 175.6.º RH—deducciones que no podrán ser otras que la cláusula penal.

Martínez Sanchiz y Martínez Gil entienden que sólo debería exigirse consignación:

— Si existen terceros interesados, más que en base a una pretendida subrogación en las cantidades (pues técnicamente no existiría subrogación en la medida que la resolución destruye la relación jurídica, en la que nadie puede subrogarse) en la mera existencia de varios acreedores con derecho a cobrar (artículo 1.176 CC).

— Siempre que exista cantidad restituible, esto es, siempre que no se haya pactado una retención en concepto de pena o cláusula penal. Esta cláusula penal sería oponible:

a) Al comprador que lo ha pactado, pues si puede renunciar al saneamiento por evicción (artículo 1.477 CC), con más razón podrá renunciar a la consignación de lo que haya de recibir.

b) A los terceros, pues, aun cuando en principio pudiera pensarse que es excesivo deshacer una garantía estatuida en beneficio de terceros, dotando a un convenio liberatorio de consecuencias reales, la licitud del pacto anticonsignación se justifica por el hecho de que al pactarlo también el comprador ve menguada su propia pretensión.

8.º Cabría renuncia a la moderación de los Tribunales, pues si la facultad moderadora sólo existe respecto al incumplimiento parcial (no en caso de incumplimiento total —artículo 1.154 CC—), puede preverse convencionalmente para lo menos —incumplimiento parcial— lo que la ley prevé para lo más.

II) Frente a la posición notarial, cabría sin embargo argumentar que:

1.º Aunque se trata de una facultad resolutoria, más que un propio derecho real, la analogía con los derechos reales no puede desconocerse, dada la eficacia *erga omnes* que con la inscripción de la cláusula resolutoria se obtiene, lo que ya fue puesto de manifiesto en la RDGRN 25/10/1979, que admitió el pacto de posposición de condición resolutoria a hipoteca futura, «dada la identidad de razón que se aprecia en ambos supuestos y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 CC».

Esta misma analogía con la hipoteca ha sido reconocida en cuanto a la posición del tercero, al reconocer el derecho a hacer efectivo su crédito o

derecho real sobre el sobrante—en el caso de la condición resolutoria sobre el precio devuelto por el vendedor—, en las Resoluciones de 5, 6 y 7/2/1990.

2.º El automatismo de la condición resolutoria, que operaría sus efectos desde el momento de la notificación, ha sido matizada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sigue exigiendo la voluntad deliberadamente rebelde —o al menos voluntaria— al pago y en este sentido niega la resolución:

a) En los casos de compraventas de inmuebles con precio aplazado sin cláusula resolutoria expresa, cuando el comprador —al ser requerido— manifiesta su voluntad de pagar el resto (STS 13/10/1989).

b) En los casos en que existe cláusula resolutoria expresa si existe oposición del comprador a la resolución. A pesar de que se entiende que en tales casos la resolución se opera automáticamente y no por la «facultad» de resolver que otorga el 1.124 CC, se estima que «si la declaración de resolución se impugna por la otra parte, queda sometida al examen y sanción por los Tribunales, pues los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por vía judicial» (STS 4/4/1990). Luego si el propio Tribunal Supremo no declara la resolución a pesar de darse los requisitos del 59 RH, menos se puede practicar la reinscripción sin intervención judicial si existe oposición del comprador.

3.º La pretendida reserva de rango, además de ser un concepto de escaso arraigo en nuestro Derecho, carece de base positiva, pues contradice los principios hipotecarios de prioridad (artículo 17 LH) y especialidad (artículos 9 LH y 51 RH), en la medida que gozaría de preferencia por un tiempo preterminado la posible anotación de la demanda interpuesta por el comprador, incluso frente a títulos presentados con mayor diligencia. Además de suponer una quiebra del sistema de prioridad, no sería viable desde un punto de vista procesal, en la medida que no se advierte qué acción puede ostentar el comprador: no es al comprador al que incumbe ejercitar una acción de moderación de la pena, sino al vendedor instar una acción de indemnización de daños contra la que el comprador puede reconvenir la moderación de la pena—pero no al revés—. Es al perjudicado al que corresponde pedir la resolución con el resarcimiento de daños (cfr. artículo 1.124.2.º CC), y frente a este último resarcimiento puede oponerse la moderación (artículo 1.154 CC), pero de todas ellas sólo la acción de resolución instada por el vendedor tiene, si no carácter real—no deja de ser personal, ejercitable contra el comprador y no contra el tercero—, sí al menos la trascendencia real que permite la anotación (artículo 42.1.º LH). Por el contrario, las otras—resarcimiento de daños o reconvencción por cumplimiento parcial o moderación de la pena—tienen puro alcance personal y, por tanto, no son anotables en el Registro de la Propiedad.

4.º En cuanto a la consignación, que se pretende que sólo opere cuando exista tercero y con deducción de la cláusula penal pactada, debe tenerse en cuenta que la condición resolutoria no puede ser interpretada extensivamente (artículo 4.2 CC), dado el carácter excepcional del artículo 1.504 CC, frente al régimen general de prohibición del pacto comisorio (artículo 1.859 CC), máxime cuando tales cláusulas forman parte de contratos de adhesión en los que la posición del vendedor puede imponerse frente al comprador. En este sentido, ciertas cláusulas penales por las que se pacta que el vendedor hará suyas la totalidad o casi la totalidad de las cantidades satisfechas por el comprador junto con el dominio del inmueble (casi siempre revalorizado) podrían

ser abusivas, y consiguientemente nulas de pleno derecho (en base al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19/7/1980)

5.º La protección de los terceros (objeto del Registro de la Propiedad según la RDGRN 11/5/1990), y en concreto del derecho de los mismos a hacer efectivo su crédito sobre las cantidades devueltas (v. gr., acción subrogatoria del artículo 1.111 CC), debe llevar a la interpretación restringida de la figura y a la no admisión de la operatividad de las penas pactadas sin que exista una previa declaración judicial (en consecuencia, desde el plano registral, exigiendo la consignación total)

6.º Finalmente, en cuanto a la renuncia por el comprador a sus derechos de saneamiento por evicción o al derecho a la recuperación del precio satisfecho o a la moderación de la pena por los Tribunales, se acerca tanto a la figura del abuso del derecho, que cualquier profesional del Derecho o funcionario público siente recelo a su admisión, pues la efectividad de tales renunciaciones exigen un presupuesto, el conocimiento de causa (cfr. artículo 1.477 CC), que no es apreciable por el Registrador, pues exige una fase de prueba de la que carece el procedimiento registral.

No cabe olvidar cómo el fundamento mismo de la calificación registral es la seguridad jurídica y fomento de la contratación inmobiliaria, en definitiva, la protección del consumidor inmobiliario (hasta el punto de que en otra ocasión he definido las faltas insubsanables como «aquellas que determinan que una relación jurídica, tal como está configurada, pueda perjudicar nunca al tercero, entendiendo por tal no sólo el del artículo 34, sino también el del 32 LH, esto es, en términos menos técnicos al consumidor inmobiliario a que se refiere la Ley de Protección al Consumidor en relación con la Ley Hipotecaria»)

Y en este sentido debería aceptarse el carácter de falta insubsanable de aquellos contratos que infrinjan las condiciones del artículo 10 de la citada Ley de Protección al Consumidor —que ella misma sanciona con nulidad absoluta—, entre las que figuran las cláusulas abusivas, las que impliquen la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario o las renunciaciones a derechos reconocidos en la ley

III) La jurisprudencia hipotecaria—al amparo de las notas de calificación registral— ha acogido alguno de estos criterios restrictivos en la interpretación de los efectos de la cláusula resolutoria:

1.º Frente a la RDGRN 3/6/1961, que exige consignación a los solos efectos de cancelar derechos inscritos si hay terceros, la RDGRN de 17/11/1978, tras insistir que el pacto resolutorio entraña un sistema de autotutela que debe ser examinado con todo tipo de cautelas, exige la consignación existan o no terceros, aunque sin excluir la posibilidad de la cláusula penal.

2.º Posteriormente la extensión objetiva de la consignación la consagra la RDGRN 29/12/1982, que exige al Registrador comprobar también que se han realizado por el vendedor aquellas obligaciones derivadas de la cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación del valor del bien devuelto o el importe de los plazos que haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una cláusula penal, poniendo en su caso a disposición del comprador todas las letras de vencimiento posterior (*idem* RDGRN 16 y 17/9/1987 y 4/2/1988, esta última justificando la consignación en favor de todos los titulares implicados).

3.º Lo interesante es destacar cómo las recientes Resoluciones de la DGRN de febrero de 1990 y octubre de 1991 acerca de la condición resolutoria han

significado (en contra de lo que pudiera parecer) un paso más en la restricción de la operatividad de la figura a través de varios cauces:

a) Reiterando la necesidad de consignación total para que pueda registralmente operarse la reinscripción.

Las RDGRN 5, 6 y 7/2/1990 afirman que «la consignación global es presupuesto de la operatividad registral de la resolución, precisamente porque se realizó extrajudicialmente (...)»

En este sentido, se afirma que «la reinscripción a favor del vendedor presupone la previa o simultánea consignación de las cantidades que éste hubiera recibido del comprador en virtud del contrato resuelto (artículos 1.124 y 1.295 CC)»—citándose este artículo y no el 1.123 CC, como aplicable.

b) Afirmando la imposibilidad de pactar la devolución del principal sin decir nada acerca de los intereses cuando éstos se hubieran garantizado con la propia condición resolutoria.

La RDGRN 8/10/1991 y siguientes—aunque admiten la posibilidad de dar cobertura con la condición resolutoria a los intereses y no sólo al precio como literalmente se deduciría del artículo 1.504 CC—afirman que «es indudable la necesaria consignación en caso de resolución, tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues unos y otros integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida, sin que sea suficiente establecer que el vendedor consignará el precio pagado en el momento de ejecutar la resolución».

c) Estableciendo la existencia de una subrogación de los terceros en las cantidades que devuelva el vendedor, hasta el punto de que es en virtud de tal subrogación (y para no crear falsas expectativas en los terceros), por lo que la DGRN propugna la inscripción de las cláusulas penales (aunque desde el plano registral, insisto, sea necesaria la consignación total).

«Ciertamente —dicen las RDGRN 5, 6 y 7/2/1990—, como a efectos registrales es suficiente con la consignación global para la reinscripción a favor del vendedor y ésta no quedará afectada por el resultado de la decisión judicial sobre el porcentaje de lo devuelto que corresponda legítimamente al comprador o a sus sucesores en la titularidad del bien rescatado, podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada. Mas no puede ignorarse que tal omisión produciría una innegable ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución, respecto a los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre el bien resoluble (...)»

Tal subrogación —forzada según la posición notarial dada la inexistencia de las notificaciones que toda subrogación exigiría (cfr artículos 1.205 o 1.527 CC)— está plenamente justificada para proteger los derechos de terceros, función esencial del Registro de la Propiedad

Así, en las citadas resoluciones se reconoce que «cuando a la posible acción resolutoria por pacto explícito se le confiere eficacia real, es lógico también que para la efectividad de ésta se tengan en cuenta los intereses de los que participan en la titularidad del bien».

Consecuencia de ello—a mi entender—es que serán estrictamente necesarias, para verificar la reinscripción, tanto la notificación a los acreedores y titulares posteriores del ejercicio de la resolución como la notificación de la propia consignación a su favor efectuada, pues sin tales notificaciones la subrogación no tendría efecto

IV) No obstante, las citadas resoluciones han desaprovechado la ocasión para reconocer abiertamente la existencia de una posible posición abusiva del vendedor frente al comprador, máxime cuando se trata de contratos tipo en los que el comprador raramente conoce la real trascendencia que puede llegar a alcanzar la figura (cfr. artículo 1.288 CC). Al menos lo dejan entrever, al recordar los efectos que en su configuración se querían atribuir a la condición resolutoria (v. gr., exigiendo la consignación global —incluida intereses—, reconociendo la subrogación de los terceros, interpretando con cautela la figura, etc.).

Sin embargo, de forma innecesaria (pues se podía haber limitado la afirmación al caso concreto planteado sin generalizar), la DGRN afirma que «los limitados medios de calificación de que dispone el Registrador impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha ley —de protección del consumidor—. Y añade: que no puede identificarse la facultad discrecional de resolución a que esta norma—al igual que el 1.256 CC se refiere —con la resolución por impago, cuando realmente lo que el Registrador consideraba abusivo era la inversión de la carga de la prueba en detrimento del comprador.

En cualquier caso, aún estamos a tiempo para que en este particular punto —la defensa del consumidor inmobiliario por el Registrador y la posibilidad de abstenerse ante posibles abusos determinantes de una nulidad absoluta del negocio— la DGRN rectifique y adecue su posición a otras más acordes con anteriores manifestaciones suyas

A este respecto conviene recordar cómo ha defendido la denegación de determinadas renunciaciones abusivas, como es la renuncia al pago parcial del crédito hipotecario y a la consiguiente cancelación parcial de la hipoteca—por ir en contra del interés público y el desarrollo del crédito territorial (RDGRN 27/1/1986), o cómo ha admitido en otros casos la invocación del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores (v. gr., RDGRN 7/9/1988 en materia de intereses preferenciales fijados por el mismo banco acreedor).

Sería una pena abandonar la dirección anterior, cuando es un principio constitucional el de que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios (artículo 51 de la Constitución) y en el fondo el propio sentido de la institución registral

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

B) RESUMEN RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE. MAYO Y JUNIO DE 1997

Registro de la Propiedad

*Resolución de 16 de abril de 1997
(BOE, 22-5-97)*

HIPOTECA: PACTOS SOBRE ANATOCISMO, INTERESES MORATORIOS Y OTROS

Los intereses no satisfechos sólo pueden reclamarse como tales dentro de los límites pactados y nunca englobados en el capital, principio de especialidad, defecto confirmado.

Fijado un máximo de responsabilidad por intereses remuneratorios, que no podrá exceder de cinco años al tipo pactado, no es necesario que dicho máximo corresponda a los intereses de tres años, ni que se especifique plazo, por lo que el defecto insubsanable debatido no puede ser estimado.

Idéntica solución debe adoptarse a la misma cuestión planteada por el Registrador sobre los intereses de demora.

No puede hacerse pronunciamiento alguno sobre el defecto acerca de la situación diferente entre partes y terceros en cuanto al límite de lo asegurado con la hipoteca, por falta de concreción de las específicas referencias que se cuestionan.

Resolución de 17 de abril de 1997
(BOE 22-5-97)

DILIGENCIA DEL LIBRO DE ACTAS DE LA «COMUNIDAD» DE PROPIETARIOS

Segregadas cuarenta y nueve fincas, a cada una de las cuales se atribuye una porción indivisa en calles y zonas verdes que no se identifican y parecen ser el resto de la matriz, inscrito a favor de la sociedad promotora —propietario distinto— sobre el que recae la comunidad en cuestión, mientras persista tal situación, no es posible, por exigencias de los principios de legitimación y tracto, acceder a la diligencia que se solicita.

Resolución de 22 de abril de 1997
(BOE 29-5-97)

HIPOTECA: PACTOS SOBRE ANATOCISMO, INTERESES REMUNERATORIOS, DE DEMORA Y OTROS

Los intereses no satisfechos sólo pueden reclamarse como tales dentro de los límites pactados y nunca englobados en el capital, principio de especialidad, defecto confirmado.

Fijado un máximo de responsabilidad por intereses remuneratorios, que no podrá exceder de cinco años al tipo pactado, no es necesario que dicho máximo corresponda a los intereses de tres años, ni que se especifique plazo, por lo que el defecto insubsanable debatido no puede ser estimado.

Idéntica solución debe adoptarse a la misma cuestión planteada por el Registrador sobre los intereses de demora.

No puede hacerse pronunciamiento alguno sobre el defecto acerca de la situación diferente entre partes y terceros en cuanto al límite de lo asegurado con la hipoteca, por falta de concreción de las específicas referencias que se cuestionan.

Resolución 23 de abril de 1997
(BOE 29-5-97)

URBANISMO: ANOTACION PREVENTIVA DE CONTENCIOSO CONTRA LA APROBACION MUNICIPAL DE PLAN PARCIAL

Al establecerse por ministerio legis la subrogación real de las antiguas por las nuevas parcelas resultantes de la compensación, siempre que quede clara la correspondencia entre unas y otras, es evidente que la anotación decretada sobre una parcela originaria debe extenderse sobre la nueva que ocupe su misma posición jurídica

Resolución 24 de abril de 1997
(BOE 30-5-97)

URBANISMO: ANOTACION PREVENTIVA DE CONTENCIOSO CONTRA LA APROBACION MUNICIPAL DE PLAN PARCIAL

Al establecerse por ministerio legis la subrogación real de las antiguas por las nuevas parcelas resultantes de la compensación, siempre que quede clara la correspondencia entre unas y otras, es evidente que la anotación decretada sobre una parcela originaria debe extenderse sobre la nueva que ocupe su misma posición jurídica.

Registro Mercantil

Resolución de 14 de abril de 1997
(BOE 22-5-97)

LSRL: «VARIOS» ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS O SOLIDARIOS, ARTICULO 57.1

La LSRL no exige —al contrario de lo previsto para las SA— la especificación estatutaria del número de Administradores, ni en su defecto, de los máximo y mínimo, ni siquiera para el supuesto de Consejo de Administración, sin que quepa invocar la aplicación de un precepto reglamentario que al tiempo de calificar ha perdido su vigencia

Resolución de 15 de abril de 1997
(BOE 22-5-97).

LSRL: «VARIOS» ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS O SOLIDARIOS, ARTICULO 57.1

La LSRL no exige —al contrario de lo previsto para las SA— la especificación estatutaria del número de Administradores, ni en su defecto, de los máximo y mínimo, ni siquiera para el supuesto de Consejo de Administración, sin que quepa invocar la aplicación de un precepto reglamentario que al tiempo de calificar ha perdido su vigencia.

Resolución de 18 de abril de 1997
(BOE 29-5-97).

RECURSO GUBERNATIVO. RECTIFICACION DEL TIPO SOCIAL DE SRL INSCRITA

Habida cuenta del contenido del escrito de interposición y de la naturaleza del recurso gubernativo, limitado a la revisión de las calificaciones que atribuyan al título algún defecto que impida su inscripción, no procede admitir el ahora entablado

Resolución de 25 de abril de 1997
(BOE 30-5-97)

SA: PACTOS SOBRE COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL Y UNANIMIDAD EN EL CONSEJO

La previsión estatutaria que reserva a la Junta General la facultad de enajenar la totalidad de los bienes sociales, no es imprescindible en cuanto que dada la concreción del objeto social —la explotación de un manantial, balneario, hostel, etc— tal enajenación excede de las facultades del órgano gestor, pero puede resultar conveniente, su eficacia no es meramente interna y debe acceder al Registro Mercantil.

La unanimidad que los estatutos exigen para la adopción por el Consejo de Administración de determinados acuerdos, choca con el principio legal de formación de la voluntad por mayoría, no es otra cosa que el reconocimiento de un derecho de veto y no es inscribible en el Registro Mercantil

Resolución de 6 de mayo de 1997
(BOE 30-5-97).

SA: RETRIBUCION DE LOS ADMINISTRADORES

Los Estatutos que fijen la retribución de los administradores con una participación en beneficios, deben señalar con certeza el tanto por ciento en que se cifra y ser también claramente determinable su base.

Resolución de 7 de mayo de 1997
(BOE 30-5-97)

APERTURA DE LA LIQUIDACION DE SA, BAJA EN EL INDICE DEL MINISTERIO DE HACIENDA

Comunicada la baja provisional al Registro Mercantil, no pueden practicarse más asientos en la hoja cerrada que los que hayan de contener los actos necesarios para su reapertura o sean ordenados por la autoridad judicial

Resolución de 8 de mayo de 1997
(BOE 30-5-97).

SA: AUMENTO DE CAPITAL. INFORME DEL EXPERTO SOBRE VALOR DEL DESEMBOLSO NO DINERARIO.

Hay razones suficientes para entender que en el supuesto de aportaciones no dinerarias que no se realicen al tiempo de la suscripción, el informe pre-

venido en la LSA deberá reiterarse —salvo que conserve su vigencia el anterior— cuando se efectúe el desembolso, sobre todo si, como en el caso debatido, se ha desbordado el plazo máximo de cinco años fijado en la LSA para tal desembolso

Registro de la Propiedad

Resolución de 29 de abril y 5 de mayo de 1997
(BOE 7-6-97)

HIPOTECA. PACTOS SOBRE ANATOCISMO, INTERESES REMUNERATORIOS, DE DEMORA Y OTROS

Los intereses no satisfechos sólo pueden reclamarse como tales dentro de los límites pactados y nunca englobados en el capital, principio de especialidad, defecto confirmado.

Fijado un máximo de responsabilidad por intereses remuneratorios, que no podrá exceder de cinco años al tipo pactado, no es necesario que dicho máximo corresponda a los intereses de tres años, ni que se especifique plazo, por lo que el defecto insubsanable debatido no puede ser estimado.

Idéntica solución debe adoptarse a la misma cuestión planteada por el Registrador sobre los intereses de demora.

No puede hacerse pronunciamiento alguno sobre el defecto acerca de la situación diferente entre partes y terceros en cuanto al límite de lo asegurado con la hipoteca, por falta de concreción de las específicas referencias que se cuestionan.

Resolución de 30 de abril de 1997
(BOE 7-6-97)

COMPRAVENTA POR PRESUNTA SOCIEDAD CIVIL CON OBJETO MERCANTIL.

Al ser el objeto de la sociedad adquirente la promoción, compra, venta y alquiler de edificaciones y cualquier otro de lícito comercio, tal actividad determina su calificación como mercantil y el obligado cumplimiento de la normativa vigente en la materia, escritura pública e inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, que el Reglamento Hipotecario exige como requisito previo para el acceso de la compraventa al Registro de la Propiedad.

Resolución de 21 de mayo de 1997
(BOE 19-6-97)

DILIGENCIA DEL LIBRO DE ACTAS DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

Procede diligenciar el libro de actas de la comunidad de propietarios que existe sobre siete fincas destinadas a elementos comunes de sesenta y tres viviendas unifamiliares en las que todas participan por igual —una sesenta y

tresava parte—, situación que si no es idéntica a la que recae sobre los elementos comunes en un RPH, si presenta las suficientes analogías como para justificar tal legalización.

Resolución de 26 de mayo de 1997
(BOE 19-6-97)

ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA

La demanda en la que se solicita que determinadas fincas queden afectas al pago de la comisión del mandatario que ha mediado en la compraventa, no es anotable en el Registro, ya que no es posible que el Registrador en el ejercicio de la función calificadora, compruebe si la acción ejercitada tiene trascendencia real, por cuanto la afección que se se pretende, ni es de las previstas en la Ley —ningún precepto legal la establece—, ni aparece mínimamente definida en su contenido y efectos.

Registro Mercantil

Resolución de 22 de mayo de 1997
(BOE 19-6-97)

SA: AUMENTO DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CREDITOS.
ALTERACION DEL OBJETO SOCIAL.

En la ampliación de capital por compensación de créditos en sociedades no obligadas legalmente a nombrar auditor, las garantías de independencia e imparcialidad en el examen de la contabilidad social, imponen el nombramiento por el Registrador Mercantil a solicitud de los administradores.

No hay garantía alguna de que los créditos que se capitalizan, como indica el recurrente, a través de los datos que arroja el balance en cuyo pasivo figura la cuenta general con socios y administradores y, dentro de ella, la particular con cada uno, existan, sean exigibles y hayan sido los capitalizados.

Al señalar el artículo 2 de los estatutos que el objeto social es la explotación y comercialización de bienes raíces, tanto rústicos como urbanos, y especificar en los párrafos siguientes actividades relacionadas con dichos bienes y otras ajenas a su explotación, se ignora la reiterada declaración del Centro Directivo sobre cómo la determinación del objeto social por el género incluye todas sus especies, que añadida a la prohibición del artículo 117 RRM termina en la conclusión de que el artículo no es inscribible en su integridad.

La adición incorporada al documento con posterioridad a la confección del resto, necesita de la garantía de salvedad que exige la norma reglamentaria para tenerla como parte afectada por el otorgamiento.

Resolución de 23 de mayo de 1997
(BOE 19-6-97)

SA: 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 dimisión y las de aceptación de las nuevas designaciones.

Resolución de 27 de mayo de 1997
(BOE 30-6-97)

**SAL: TRANSFORMACION EN SRL. NOMBRAMIENTO
DE ADMINISTRADORES**

Con arreglo a la Ley, la Sociedad Anónima Laboral no se hallaba disuelta el 23 de julio de 1996, fecha de la calificación impugnada, por cuanto puestas en conexión las Disposiciones Transitorias de la LSA, resulta que la disolución de pleno derecho de las sociedades de tal clase sólo podrá producirse a partir del 1 de enero de 1997.

Resolución de 28 de mayo de 1997
(BOE 30-6-97)

SAL: AUMENTO DE CAPITAL Y DESEMBOLSO PARCIAL

Con arreglo a la Ley, la Sociedad Anónima Laboral no se hallaba disuelta el 25 de octubre de 1996, fecha de la calificación impugnada, por cuanto puestas en conexión las Disposiciones Transitorias de la LSA, resulta que la disolución de pleno derecho de las sociedades de tal clase sólo podrá producirse a partir del 1 de enero de 1997

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1996)

Hechos.—El propietario de un local comercial abrió un hueco en la pared general del edificio a fin de comunicar aquél con el contiguo en otro edificio.

Doctrina de la Sentencia.—La pared en que se ha practicado la apertura es la divisoria entre los dos edificios colindantes que sirve como cerramiento a los dos locales. Aunque la citada pared no tenga una misión estructural, no cabe duda de que es un elemento común dentro de los del inmueble y altera su configuración o estado exterior, por lo que, con arreglo al artículo 7 LPH, el propietario del local no podía hacer la obra sin consentimiento de la comunidad. La sanción por la contravención es la reposición del elemento alterado a su anterior estado.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: NO PROCEDE DECLARAR SU NULIDAD AUNQUE EL CREDITO QUE SIRVE DE SOPORTE AL EMBARGO NO SEA PREFERENTE. CANCELACION POR EXTINCION DEL EMBARGO COMO CONSECUENCIA DE LA ADJUDICACION DE LA FINCA EN OTRO PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE EJECUTA UN CREDITO PREFERENTE, SIN REMANENTE (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1996.)

Hechos.—Una vivienda estaba gravada con dos anotaciones de embargo, letras A y B. El titular de la anotación letra B adquirió la finca por adjudicación en subasta dentro del procedimiento de que dimanó la citada anotación B y posteriormente la vendió libre de cargas a un tercero. Por todo ello ejercita acción en juicio de menor cuantía solicitando se declare la preferencia de su crédito y la nulidad y cancelación de la anotación letra A.

Doctrina de la Sentencia.—El actor tiene legitimación activa para promover estas actuaciones. La afirmación de un derecho personal de prelación sobre un crédito respecto de otro con consecuencias sobre un embargo de inmuebles, anotado preventivamente en el Registro, en tanto que éste no transforma la naturaleza de los créditos ni por sí mismo constituye un derecho real, supone razón legitimadora bastante. De otra parte, el interés del demandante es evidente: si se mantiene la anotación preventiva letra A, el nuevo comprador de la vivienda podría pedir la resolución del contrato de compraventa o en su defecto una indemnización de daños y perjuicios, o bien el actor tendría que afrontar directamente el importe de la anotación; es decir, sufriría unos perjuicios económicos, que no está obligado a soportar.

En cuanto a la legitimación pasiva, no es preciso llamar al proceso al adquirente de la vivienda. El litis consorcio reviste carácter necesario cuando la inescindibilidad del tema litigioso impide que se pueda en términos jurídicos dictar sentencia acerca de la cuestión de fondo por indisponibilidad parcial del sujeto o sujetos demandados sobre aquélla. En el caso tal situación no se produce según se desprende de lo razonado en cuanto a la legitimación activa, puesto que la contienda, aunque guarde relación con los derechos que sobre la cosa tiene el adquirente, no se confunde con estos últimos que estarían protegidos, en todo caso, por las responsabilidades del vendedor por evicción, responsabilidades que son, justamente, las que desea la parte liberar por medio de este asunto.

No se puede declarar la nulidad de una anotación preventiva de embargo, aunque el crédito que sirve de soporte al embargo no sea preferente, respecto de aquel otro con el que pugna en relación con el bien objeto de embargo, si aquélla cumple *ab initio* con todos los requisitos que exige la LH para su validez.

Se admite la posibilidad de promover un declarativo para dilucidar la preferencia entre los créditos al margen de la tercería. En primer término porque el actor no podía plantear en la propia ejecución que instaba o proseguía hasta la adjudicación del bien en pública subasta, dada su situación procesal, ninguna tercería que, en todo caso, hubiera correspondido a la contraparte. Y en segundo lugar porque justamente el juicio declarativo era la única vía para resolver el problema planteado.

Discutida la preferencia del crédito que sustentaba el embargo sobre el inmueble y establecido que es preferente al que motivó la adjudicación del bien otro crédito distinto del que sirvió de base a la primera anotación, sin que hubiera remanente a repartir, el repetido embargo carece de eficacia sobre el mencionado bien inmueble y por eso se extingue por completo el derecho anotado, en cuanto que tal embargo carece de objeto (art. 79.2.º LH), sin perjuicio de que subsiste vivo el crédito y la posibilidad de instar o continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor. La extinción del embargo determina, consecuentemente, la cancelación de la anotación preventiva cuestionada.

Comentario.—Examina el Tribunal Supremo el importante tema del ejercicio procesal de las preferencias crediticias y admite la posibilidad de promover juicio declarativo para que se declare la preferencia de un crédito al margen de la tercería. En otro ámbito, la RDGRN de 11 de noviembre de 1988, admitió que «cuando la ejecución individual contra el deudor se verifique por el procedimiento judicial sumario, en virtud del carácter hipotecario del crédito perse-

guido, existe vía procesal adecuada para anteponer en el pago, con cargo al crédito realizado, los créditos que pudieran ser preferentes al del actor sobre el mismo bien hipotecado, cual es la interposición del oportuno juicio declarativo previsto en el artículo 132 LH». ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (en su libro *El Registro de la Propiedad y el sistema de las preferencias crediticias* y en un artículo titulado «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso», incluido en el *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*), distingue dos tercerías de distinta naturaleza, función y alcance, según se desarrollen en el contexto de una ejecución comenzada o en el juicio declarativo ordinario. Mientras que la tercería en el procedimiento ejecutivo no declara derechos y no produce cosa juzgada, la reclamación de mejor derecho ejercitada en procedimiento ordinario permite la declaración plena del rango de un crédito, produce el efecto de cosa juzgada y reserva los derechos mediante la oportuna anotación preventiva de demanda.

Por otro lado, se plantea el problema de subsistencia o no después de la ejecución y remate de los créditos anotados preventivamente con anterioridad al crédito ejecutado. SARMIENTO RAMOS, en su libro *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, combate la posibilidad de reembargo y sostiene que, en todo caso, la ejecución por una acción personal comportará la subsistencia de todas las cargas y gravámenes anteriores, cualquiera que sea la relación de preferencia meramente crediticial entre los créditos respectivos. Otros autores dan por supuesta la subsistencia (ORTIZ NAVACERRADA, BONET NAVARRO). ALVAREZ CAPEROCHIPÍ entiende subsistentes los créditos anotados con anterioridad, que además sean de rango preferente al del crédito ejecutado. PARDO NÚÑEZ, en *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, afirma la subsistencia de las cargas con rango superior a la que se ejecuta; para la cancelación de la anotación anterior por crédito no preferente, si la finca ha sido rematada por un tercero y no hay sobrante, exige, a falta de consentimiento expreso del anotante y como la sentencia que aquí recogemos, juicio declarativo ordinario, considerando dudoso que baste para hacer la cancelación de la anotación anterior el caso de que su titular fuere requerido y no compareciere, o compareciere y no se opusiere.

Finalmente, además de la posibilidad que este fallo concede al acreedor preferente, titular de anotación preventiva posterior, y que se califica de «justamente (...) la única vía para resolver el problema planteado», cabe mencionar la apuntada por las RRDGRN de 23 y 24 de abril y 3 de junio de 1996, de obtener sentencia estimatoria de tercería de mejor derecho y asumir la condición de parte en la ejecución instada por el acreedor no preferente, titular de anotación preventiva anterior, que no pide ejecución de su sentencia de remate, reconociendo que «cuando hay sentencia de remate y sentencia estimatoria de la tercería, la condición de actor en fase de apremio (con todas las consecuencias que ello lleva inherente, cfr arts. 1.483, 1.488.3, 1.493, 1.497, 1.504, 1.505, etc. LEC) corresponderá a ambos, tercerista y acreedor».

ADQUISICION DEL DOMINIO: EN LA VENTA JUDICIAL FORZOSA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1996.)

En la venta judicial, el consentimiento en la transmisión lo presta por sustitución la autoridad judicial, quien primeramente saca a subasta los bienes y después los adjudica al mejor postor, una vez que el condenado no ha

cumplido la sentencia, otorgando también la escritura pública si el ejecutado no lo hace en un plazo determinado (en la actualidad hasta este trámite resulta innecesario).

Además, en el caso litigioso existió un precio cierto de la venta. en los autos aparece unida la certificación de cargas y las anteriores son asumidas por los compradores, subrogándose en ellas, sin que el precio se destine a su extinción. Esta situación fáctica no se corresponde con la de la Sentencia de 9 de marzo de 1985, que contempló un supuesto de invalidez de compraventa por indeterminación del precio, ya que los otorgantes (juez y compradores), al aludir al capítulo de cargas, se habían remitido a las existentes en el Registro de la Propiedad, advirtiendo el Notario autorizante de la necesidad de su comprobación de acuerdo con el artículo 175 RN

Por tanto, en la venta judicial examinada han concurrido todos los elementos que exige el artículo 1.261 del Código Civil: el consentimiento lo han prestado los órganos y las personas que, con arreglo a la Ley, tenían que hacerlo; y, respecto al precio, su certeza y determinación no ofrece duda racional de clase alguna.

LA PROHIBICION DE DISPONER DEL ARTICULO 51 LAU, TEXTO REFUNDIDO DE 24 DE DICIEMBRE DE 1964, NO ES APLICABLE A LA CONSTITUCION DE HIPOTECA. VALOR DE LAS RESOLUCIONES DGRN. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1996.)

Hechos.—El arrendatario de un local comercial obtuvo judicialmente el retracto en un supuesto de cesión de remate derivada de subasta judicial. Posteriormente hipotecó el inmueble en garantía de un préstamo, pactando el vencimiento anticipado en caso de impago de cualquier mensualidad. El cesionario de aquel remate insta la resolución de la compraventa otorgada como consecuencia del retracto a favor del retrayente y de la hipoteca que éste constituyó, invocando el artículo 51.1 LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964.

Doctrina de la Sentencia.—El objeto de debate queda reducido a la valoración que habrá de darse a la RDGRN de 22 de septiembre de 1967, la cual, refiriéndose concretamente al préstamo hipotecario, lo considera como transmisivo al declarar: «que la LAU (...) regula el retracto arrendaticio de fincas urbanas como un beneficio legal establecido en favor del inquilino que ocupa un piso a fin de facilitarle el acceso a la propiedad que le resuelva el problema de la vivienda y evite el conflicto que podría surgir al pasar el dominio del inmueble arrendado a una tercera persona, pero a fin de impedir que, al amparo de este beneficio, pudieran realizarse negocios de especulación, el artículo 51 de la Ley citada prohíbe la enajenación de los pisos adquiridos por el ejercicio de aquel derecho durante un plazo de dos años, pues de otra manera se quebrantaría la finalidad social perseguida». Además establece que «dado que la hipoteca como derecho real de realización de un valor lleva implícita una transmisión por acto *inter vivos*, en el caso de incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, hay que entender en principio que tal acto se encuentra comprendido dentro de la limitación del *ius disponendi* que establece el artículo 51 y amenazado, por tanto, de resolución a instancia de parte interesada, salvo en los casos de que acreedor

y deudor hayan convenido en no ejercitar la acción hipotecaria hasta que pueda enajenarse libremente el piso adquirido o en el supuesto excepcional de que el titular retrayente se encuentre en la situación señalada en la última parte del párrafo 1º de dicho artículo de haber venido a peor fortuna». La Resolución viene a incurrir en una cierta contradicción en sus propios términos, pues la tesis que propugna —la constitución de una hipoteca por un retrayente equivaldría a la transmisión *inter vivos* del inmueble adquirido— no resulta conciliable con la excepción que establece al respecto —convenio en no ejercitarse la acción hipotecaria hasta que pudiera enajenarse libremente el inmueble adquirido—

Habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en este sentido, las Sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991 establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencial, dado el carácter administrativo del Centro que resuelve, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro. El valor que pueda concedérseles a las resoluciones no podrá ser superior al que establecen las sentencias citadas, esto es, el reconocimiento de una valiosa autoridad, pero carente, desde luego, de fuerza vinculante para los Juzgados y Tribunales y de eficacia para completar la dicción de un precepto legal o de suplir la laguna que pudiera ofrecer.

La hipoteca no está conceptuada en nuestro Código Civil como un modo de adquirir la propiedad (art. 609) y por definición carece de facultades transmissivas a ese respecto, al menos, de presente, al ser un derecho de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo, en su caso y momento oportuno, la realización del valor de aquéllos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido, y buena prueba de ello es la prohibición del pacto comisorio contenida en los números 7.º y 8.º del artículo 107 LH. Las consideraciones que anteceden impiden la resolución de la hipoteca constituida por el retrayente, sin infracción del artículo 51 LAU, lo cual hubiera acontecido a lo sumo, y en su caso, si la hipoteca se hubiera realizado dentro del plazo de los dos años de que se habla en el primer apartado.

Comentario.—ROCA SASTRE, al tratar de los efectos especiales de las prohibiciones voluntarias de disponer, entiende que la prohibición de vender entraña la de hipotecar porque la constitución de una hipoteca puede naturalmente conducir a la venta por ejecución del crédito hipotecario correspondiente; esto no obstante, es inscribible la hipoteca y surte sus efectos, siempre que se pacte que no será posible la ejecución por razón de impago hasta transcurrido el plazo establecido a la prohibición de vender; todo ello según reconocen las RRDGRN de 18 de abril de 1952 y 18 de enero de 1963.

En el ámbito de las prohibiciones legales, la legislación arrendaticia rústica dispone que, ejercitado el derecho de acceso a la propiedad, el arrendatario no podrá enajenar, arrendar o ceder en aparcería la finca adquirida hasta que transcurran seis años desde la fecha de la adquisición, salvo que lo haga en favor del IRYDA; si hipotecase la finca, la acción del acreedor no podrá tener efectividad hasta que transcurra dicho plazo. Así lo preceptúa el artículo 84 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre

de 1980, recogiendo el precedente de los artículos 17 del Reglamento sobre Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959 y 17 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, modificado por la Ley de 17 de julio de 1949.

La interpretación que la sentencia reseñada da al artículo 51.1 LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964, se acerca a la del texto arrendaticio rústico rechazando la doctrina sentada por la DGRN en las Resoluciones citadas. Sin embargo, conviene recordar que para los arrendamientos urbanos regidos por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, sus artículos 25 y 31 han suprimido toda prohibición de disponer.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1996.)

Hechos.—Construcción de un muro que cierra una urbanización originalmente abierta, impidiendo el acceso directo a los locales comerciales desde el exterior.

Doctrina de la Sentencia.—La construcción de un nuevo elemento común de las características del cerramiento efectuado afecta al título constitutivo de la propiedad, excediendo los límites de un simple acto de administración para proteger la seguridad de las personas y bienes que pudiera excluir la regla de unanimidad establecida en el artículo 16, norma 1.ª LPH en relación con el artículo 11

ACCESION ARTIFICIAL O INDUSTRIAL. NO PUEDE REPUTARSE COMO OBRA EL ASFALTADO DE UN VIAL. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1996.)

Hechos.—Asfaltado de un camino, vial de uso público, propiedad y posesión del Estado, por los propietarios de la urbanización colindante.

Doctrina de la Sentencia.—La operación de simple asfaltado del indicado vial no puede reputarse como una obra, en el sentido del artículo 361 del Código Civil, toda vez que no comporta atribución de derechos dominicales ni posesorios de clase alguna en favor de quien la hizo.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA. LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL NO ABARCA LOS LINDEROS. (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1996.)

Uno de los requisitos esenciales que condicionan inexcusablemente el éxito de toda acción reivindicatoria o declarativa de dominio es el de la identificación de la cosa reivindicada.

El dato de los límites o linderos físicos de la finca registral, dada su índole estrictamente fáctica, no se halla amparado por la presunción (de naturaleza *iuris tantum*) de exactitud registral que establece el artículo 38 LH.

INMATRICULACION EN VIRTUD DE TITULO PUBLICO. VALOR DE LAS RESOLUCIONES DGRN RESPONSABILIDAD CIVIL DEL REGISTRADOR: NO ES EXIGIBLE CUANDO FALTA CULPA O NEGLIGENCIA. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1996.)

Hechos.—Acción de responsabilidad deducida contra el Registrador de la Propiedad que procedió a la inmatriculación de finca rústica, descrita en escritura pública que resultó falsa, resultando acreditado que dicha falsificación por sus características podía inducir fácilmente al error de tenerla por verdadera

Doctrina de la Sentencia.—La redacción del artículo 298 RH parece que amplía el marco de los documentos que pueden inscribirse sin requisitos condicionantes, respecto de lo que dispone el artículo 205 LH. El doble texto ha sugerido distintas interpretaciones doctrinales. Mas no es dudoso, en principio, que el Registrador se encuentra compelido por lo dispuesto en el Reglamento, hasta el punto de que cuando una cuestión semejante se planteó ante la DGRN (R 24 de mayo de 1983) aquella que resolvió en favor de la dicción reglamentaria: «Considerando que con la finalidad de facilitar el acceso de la propiedad inmueble al Registro la reforma del RH de 1959 —al desarrollar el art. 205 de la Ley, acerca de la inmatriculación por título público de adquisición— estableció una serie de variados medios inmatriculadores en el artículo 298 del Reglamento, entre los que destaca el señalado en su número 1.º que permite practicar la inscripción de la finca siempre que el título público sea anterior en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento, requisitos que ciertamente reúne la escritura calificada, por lo que puede procederse a inmatricular la finca objeto de la transmisión» Por supuesto que cabe discrepar de la Resolución y que incluso puede sostenerse que sea más acertado el criterio restrictivo, que acumula más garantías, pero estas diferencias que ofrecen materia de reflexión al legislador o que pueden suscitar un litigio acerca de la norma prevalente, en ningún caso precisamente por tratarse de una *vexata quaestio* motivan negligencia o falta de previsión o imprudencia, en definitiva, del Registrador.

En el caso litigioso no hay conducta negligente del Registrador, puesto que se actuó conforme a la Ley y el error en la percepción en la falsedad del documento presentado no se imputa al Registrador a título de culpa o imprevisión en atención a la probada verosimilitud de su apariencia

Comentario.—Vid. el que realiza LARRONDO LIZÁRRAGA en el *Boletín de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 69, págs. 334 y sigs.

RETRACTO ARRENDATICIO URBANO APLICABLE EN CASO DE SUBASTA JUDICIAL. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia —Sean cuales fueren las opiniones doctrinales sobre la adjudicación en subasta judicial, lo cierto es que el legislador la considera apta para dar lugar al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, equiparándola a la venta. Así lo hace el propio Código Civil desde su promulgación en el artículo 1.640, y la LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de

1964, en el artículo 33. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo también ha reconocido reiteradamente, salvo con mínimas excepciones, que la adjudicación del objeto arrendado en pública subasta es un supuesto comprendido en los artículos 47 y 48 de esta última Ley, como no podría ser menos a la vista de lo preceptuado en el Código Civil y en la propia LAU de 1964.

Comentario.—Ciertamente, el Tribunal Supremo ha venido reconociendo por lo general la procedencia de derechos legales de adquisición preferente en las subastas judiciales. Así, Sentencias de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971, 21 de abril de 1975, 6 de mayo de 1991, 26 de mayo de 1992, 5 de julio de 1993, 30 de junio de 1994, dos de 11 de abril de 1995, respecto al retracto arrendaticio urbano, y 10 de abril de 1989, 9 de junio de 1990, en cuanto al rústico; Sentencias de 20 de febrero de 1995, 28 de febrero de 1989, 30 de octubre de 1990, 1 de julio de 1991, 11 de julio de 1992, 14 de julio de 1994, 8 de junio de 1995, tratándose del retracto de comuneros. Sin embargo, el criterio negativo fue adaptado en la Sentencia de 10 de febrero de 1993, que no admitió el retracto arrendaticio urbano ante la adjudicación a calidad de ceder y posterior cesión recaídas en juicio ejecutivo. En esta sentencia que comentamos, última sobre la materia, se permite su ejercicio en las adjudicaciones en subasta judicial, por lo que la más reciente posición del Alto Tribunal viene a conciliarse con la que había mantenido la DGRN en RR de 19 y 20 de noviembre de 1987 y 5 de noviembre de 1995.

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1996.)

Hechos—Obras efectuadas por el propietario de un local en las fachadas anterior y posterior del mismo, contra el acuerdo unánime de la comunidad.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 7 LPH no consiente que un comunero se irrogue la facultad de decidir unilateralmente lo que le conviene a la comunidad; el precepto es taxativo en el sentido de que ha de respetar la «configuración o estado exteriores» del inmueble.

COMUNIDAD DE BIENES: DIVISION DE LA COSA COMUN (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1996.)

Hechos.—Acuerdo entre los copropietarios de un edificio respecto a la divisibilidad de la cosa común, las cuotas que han de corresponderles y el deseo de llegar a un consenso, el cual, sin embargo, no se alcanzó.

Doctrina de la Sentencia.—Según el artículo 1.058 del Código Civil, «si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia (o hacer la división) de la manera que tengan por conveniente», estableciendo la jurisprudencia que tal supuesto constituye un acto equivalente a un contrato, lo que supone una voluntad concorde o una coincidencia en los quereles de todos los intervinientes, no otros que los interesados, según el artículo 402 del Código Civil. Pero no cabe confundir el

concurso de la oferta y la aceptación (consentimiento) con los meros tratos preliminares, en los que aquéllos se manifiestan de manera condicional, sometiéndose a una serie de requisitos que si no se asumen por todos implican ruptura o falta de consenso.

A falta de acuerdo, la división se debe llevar a cabo en ejecución de sentencia, lo que no impediría que, para evitar los grandes gastos que ello conlleva (honorarios de contadores, partidores, peritos, etc.), llegasen las partes a un acuerdo (transacción). La referencia a árbitros o amigables componedores en estos supuestos de comunidad de bienes a liquidar no ha de regirse por la Ley de 22 de diciembre de 1953, forzosamente (hoy, Ley 36/1988, de 5 de diciembre), sino a voluntad de los interesados, pues el cometido de esos árbitros es fiel trasunto del que está confiado a los contadores partidores en la herencia, cuyas reglas de división o partición son subsidiariamente aplicables en estos casos, una vez agotadas las reglas específicas del Título III, Libro II del Código Civil, de suerte que se respeten los derechos de las partes de hacer la división de mutuo acuerdo y, en su defecto, hacer los nombramientos de árbitros o amigables componedores por el sistema de designación por cada parte y de un tercero dirimente en su caso nombrado por el Juez.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. ACCION DECLARATIVA DE SERVIDUMBRE: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR SOBRE EL PREDIO DOMINANTE (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1996.)

Hechos.—Determinadas habitaciones de las plantas superiores de una casa se hallan ubicadas dentro del vuelo del perímetro del solar contiguo e incrustadas en su edificio.

Doctrina de la Sentencia—Una servidumbre no puede ser nunca por sí misma constitutiva de título de dominio, ya que entre los diferentes modos de adquirir la propiedad a que se contrae el artículo 609 del Código Civil no se encuentra el de la servidumbre.

Si no está probado el dominio de la persona que insta la declaración de la servidumbre sobre el predio dominante, mal puede existir una servidumbre proyectada desde dicho inexistente dominio, al precisarse la existencia de un predio dominante y otro sirviente pertenecientes uno y otro a diferentes propietarios.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1996.)

La identificación es una cuestión de hecho cuya apreciación está atribuida a los tribunales de instancia.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. EL RECONOCIMIENTO DE LA

PROPIEDAD NO ES TÍTULO HÁBIL PARA LA ADQUISICIÓN DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1996.)

La falta de justificación de dominio del actor impide la estimación de la acción declarativa de dominio.

La buena fe exigida por el artículo 34 LH debe existir en los adquirentes, que son los protegidos por el precepto. No basta en absoluto para destruir la buena fe del adquirente que un tercero se titule dueño del bien sin pruebas que *prima facie* apoyen su pretensión. Tampoco arguye nada contra la buena fe el hecho de que el precio de venta fuese inferior al de mercado, tratándose de una liquidación de bienes de una suspensión de pagos, ya que la experiencia dice que por necesidades de liquidez las operaciones no se suelen hacer a precios normales.

En nuestro sistema positivo, la propiedad se adquiere en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil, por lo que se necesita un título hábil seguido de la tradición, y no lo es la simple declaración o reconocimiento que una persona efectúa de que otra es propietaria del bien, prescindiendo de los efectos que en orden a la prueba pueda desplegar aquella declaración, caso de que se niegue la existencia del negocio adquisitivo (título más tradición). Tal declaración no puede tener eficacia frente a los acreedores del declarante o adquirentes del mismo (art. 1.257 del Código Civil, aplicable a las declaraciones de voluntad que no sean contrato).

ACCION REIVINDICATORIA. REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. DIFERENCIAS CON LA ACCION DE DESLINDE. LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION «IURIS TANTUM» (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1996.)

La acción reivindicatoria prospera al haberse acreditado el dominio del bien controvertido.

La acción reivindicatoria pretende constatar, en todo caso, el dominio del inmueble, mientras que la acción de deslinde únicamente podrá referirse a constatar la extensión real del objeto.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS, SU IMPUGNACION Y REFLEJO EN EL LIBRO DE ACTAS. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1996)

Es legal la convocatoria de Junta firmada por un número de propietarios superior al 25 por 100 y con indicación de los asuntos a tratar.

Cuando el actual presidente procede a la apertura de un nuevo libro de actas por negarse a entregar el existente el presidente anterior, éste no puede solicitar la nulidad del acuerdo reflejado con base en un incumplimiento legal del que él es el único responsable

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1996.)

Ha de reflejarse este elenco de obras contempladas en los artículos 7 y 11 LPH.

1.º Obras permitidas a todo propietario: según el citado artículo 7, comprenden

a) Las realizadas sobre el piso o elemento privativo de que sea titular, tanto se refieran a la modificación de sus elementos arquitectónicos —vgr., colocación de tabiques o cambio de los existentes, apertura o cierre de puertas, siempre que sean en el interior del piso—, o bien las referidas a instalaciones o servicios del mismo, esto es, supresión o adición de elementos indispensables para el uso del elemento privativo —electricidad, fontanería, etc.—. La procedencia de estas obras se supedita a que con las mismas no se «menoscabe o altere la seguridad del edificio» —o sea, no se perjudique, debilite o cambie su solidez, cimentación, paredes o muros maestros—, «su estructura general» —o composición o conjunto de lo edificado—, «su configuración o estado exteriores» —forma o aspecto que presenta en su conjunto, visto desde fuera—. Es preciso que aquellas obras permitidas tampoco perjudiquen los derechos de otro propietario (vgr., si se causan daños o molestias al colindante con las obras interiores —humedades, ruidos.. —). En cualquier caso esta posibilidad requiere la formalidad de dar cuenta previamente de su ejecución al representante de la comunidad, exigencia que si se incumple no atrae automáticamente la inviabilidad de lo así ejecutado.

b) Las obras realizadas para «mantener en buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privativas» en los términos de que habla el artículo 9 LPH, o sea, las clásicas obras de conservación o de actualización de buen estado del propio piso o aptas siempre que no perjudiquen a los demás ni a la propia comunidad; y en las que, en una versión de tolerancia, por razones explicables, es posible incluir aquéllas que, sin perjudicar a los otros o a la comunidad, supongan algún beneficio o satisfagan alguna necesidad al propietario ejecutor, o sea, que se realicen por causa justificada y no por mera arbitrariedad.

2.º Obras no permitidas a todo propietario: las anteriores siempre que no reflejen esas exigencias, así como las que se ejecuten «en el resto del inmueble» que impliquen su alteración (art. 7, pár. 2.º); o bien las que recaigan sobre las cosas comunes (art. 11); o incluso las reparaciones urgentes en el edificio (art. 7, pár. 2.º), sobre las que, además, tiene el propietario «deber de comunicarlo sin dilación al administrador». Tampoco puede ni siquiera exigir, y cuanto menos, ejecutar por su cuenta, obras consistentes en nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble «según su rango» (art. 10, pár. 1.º). Es llano que las obras no permitidas sólo podrán ejecutarse bajo el dictado u observancia de los artículos 10, 11, 13.3.º (sobre obras de mejora), 16, norma 1.ª o acatando las obligaciones impuestas en el artículo 9 LPH. Y tampoco puede ejecutar obras en su propio piso cuya finalidad sea la de «desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres».

La apertura de hueco en muro común para instalación de aparato de aire acondicionado en local privativo, con independencia de que afecte o no a la estructura o fábrica del edificio, altera la configuración de dicho muro y, por lo tanto, para su verificación se debían haber cumplido los requisitos que establece la LPH en sus artículos 7, párrafo 1.º y 11.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS PARA LA SUPRESION DEL SERVICIO DE PORTERIA (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1996)

La cuestión a dirimir se centra en la necesidad o no de acuerdo unánime de los copropietarios para la supresión del servicio de portería, entendiendo por tal el servicio prestado por una persona física que ejerza las funciones propias tradicionalmente de aquel servicio. No puede impedirse a la mayoría de los copropietarios que acuerden la supresión del servicio de portería y la sustitución por otro (conserjería, «portero eléctrico» o «vídeo-portero»), como acto de administración, aunque por supuesto no puedan sin ajustarse a la regla de unanimidad arrendar o vender las dependencias o vivienda del portero o dar cualquier otro destino a las mismas.

ACCION DE DESLINDE: PRUEBA (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1996.)

Como ya dijo la Sentencia de 4 de noviembre de 1961, «la inclusión de un mueble o de un inmueble en un catastro, amillaramiento o registro fiscal no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura como titular de él en dicho registro, y lo mismo los recibos de pago de los correspondientes impuestos, y tal indicio, unido a otras pruebas, puede llevar al ánimo del juzgador al convencimiento de que, efectivamente, la propiedad pertenece a dicho titular; pero no puede constituir por sí sola un justificante de tal dominio, ya que tal tesis conduciría a convertir a los órganos administrativos encargados de ese registro en definidores del derecho de propiedad y haría inútil la existencia de los Tribunales de Justicia, cuya misión es precisamente la de declarar los derechos controvertidos» No teniendo, por tanto, dicho documento por sí solo fuerza probatoria sobre la titularidad del dominio, con mayor razón ha de afirmarse su ineficacia para acreditar la certeza de los datos físicos de la finca, como es el de su superficie.

COMUNIDAD DE BIENES: USO Y DISFRUTE DE LA COSA COMUN. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1996.)

La facultad que concede el artículo 394 del Código Civil sobre el servicio de las cosas comunes a cada partícipe se encuentra condicionada a que el servicio o uso sea conforme a su destino y no sea perjudicial al interés comunitario. Debe tenerse en cuenta la doctrina sentada en la Sentencia de 23 de marzo de 1991: «si bien el artículo 394 del Código Civil no condiciona el uso de la cosa común por cada condueño nada más que a que dicho uso no impida a los partícipes usarla según su derecho, lo que, en principio, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de cada uno, ello no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común, lo que no ocurre cuando se trata de una vivienda o chalet, pues el uso indiscriminado y promiscuo del mismo por todos los condueños, aunque sea con carácter temporal hasta que se lleve a cabo la disolución de la comunidad, supondría la creación de una fuente previsible de conflictos y discordias, que ninguna norma jurídica puede propiciar o fomentar»

ADQUISICION DE DOMINIO· TITULO Y MODO. EL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD NO ES TITULO HABIL PARA LA ADQUISICION DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1996.)

El reconocimiento de propiedad es una declaración de voluntad mediante la cual se constata o fija la situación jurídica de aquél a quien va dirigido, y por sí mismo no es un título hábil para que este último adquiera la propiedad de acuerdo a los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Tal título reside en el negocio o acto jurídico sobre el que el reconocimiento actúa, no pudiendo por tanto generar otro acto o negocio jurídico distinto, no sólo porque la declaración reconocitiva no entraña más que una declaración de creencia y no una declaración dirigida a la creación de ningún derecho real, sino porque, una vez revelado el origen de la adquisición de la propiedad, es éste y no otro el que puede invocar el propietario.

RETRACTO DE COMUNEROS «DIES A QUO» PARA EL COMPUTO DEL PLAZO. (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1996.)

El conocimiento de la venta por el retrayente a que se refiere el artículo 1.524, párrafo 1.º del Código Civil ha de incluir todos los pactos y condiciones de la transmisión, para que en base a ellos puedan los interesados decidir si les conviene o no el ejercicio de la acción de retracto, sin que basten referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la misma. Tanto dicho conocimiento como su extensión constituyen cuestiones de hecho sobre las que habrá de estarse a lo declarado por el Tribunal de instancia, salvo que prospere la impugnación por la vía adecuada. Sobre la fecha de la venta ha de estarse a lo alegado por el actor en su demanda, correspondiendo al demandado, con base en el artículo 1.214 del Código Civil, la prueba de un conocimiento de fecha anterior.

ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS: CONLLEVA LA PETICION DE NULIDAD O CANCELACION DEL ASIENTO REGISTRAL. LA PETICION EXPRESA DE NULIDAD O CANCELACION DEL ASIENTO REGISTRAL NO MODIFICA LA LEGITIMACION PASIVA DE SI DE AQUEL ASIENTO NO SURGEN DERECHOS A FAVOR DE TERCEROS. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1996)

Hechos.—Acción reivindicatoria y declarativa de la cancelación registral del título de los poseedores de la finca.

Doctrina de la Sentencia.—La más reciente y consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado una acción contradicto-

ria del dominio que figura inscrito en nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical.

Por ello, en caso de que no se haya solicitado expresa y nominalmente la cancelación o nulidad de la inscripción contradictoria del dominio, la legitimación pasiva corresponde, única y exclusivamente, a las personas a quienes se atribuyen los actos posesorios perturbadores del dominio reivindicado y no parece lógico que, siendo así, la petición expresa de petición o nulidad de la inscripción haya de producir un plus en esa legitimación pasiva teniendo que demandar a quienes, sin ser poseedores o detentadores de la finca reivindicada, tuvieron intervención en la creación del título en cuya virtud se practicó aquella inscripción, pues en nada les va a afectar la resolución que se dicte, sobre todo, cuando como en el caso del pleito no surgen de la inscripción contradictoria derechos a favor de esos terceros no demandados.

COMUNIDAD DE BIENES USO Y DISFRUTE DE LA COSA COMUN. ADMINISTRACION. (SENTENCIA DE 19 DE MARZO DE 1996.)

Poseído un inmueble común exclusivamente por algunos de los comuneros, sin beneficio a los demás, no puede negarse eficacia a un acuerdo mayoritario, que pretende acabar con tal anómala situación procesal y cambiar el destino del edificio. No puede desconocerse el derecho de los demás comuneros distintos de los poseedores exclusivos a servirse también de las cosas comunes de acuerdo a su destino (art. 394 del Código Civil), ni la eficacia que debe tener el acuerdo mayoritario para el mejor disfrute de la finca, si bien este acuerdo puede ser objeto de impugnación por los disidentes (art. 398 del Código Civil).

ACCESION INVERTIDA: NO ES APLICABLE A LOS SUPUESTOS DE PLANTACION O SIEMBRA (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1996.)

El supuesto de accesión invertida o construcción extralimitada en el que la regla *superficies solo cedit* es sustituida por la de *accessorium sequitur principale* sólo juega en los casos de accesión inmobiliaria por edificación, no en los de plantación o siembra, ya que en éstos no se da la indivisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el que se construye, y dada la sinonimia existente entre los vocablos «construir», «fabricar», «edificar» y «hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería», significado que no es atribuible al término «plantación»; y en este sentido es de ver cómo todas las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo recaídas sobre esta materia están contemplando supuestos de edificación extralimitada; es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos no se da en el caso de la plantación, ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible.

La construcción extralimitada supone una invasión en pequeña extensión de fundo ajeno, por lo que no puede incluirse una ocupación, como es el caso litigioso, de la total extensión de la finca

USUFRUCTO: DISPONIBILIDAD. EXTINCION POR MUERTE DEL USUFRUCTUARIO. COMUNIDAD DE BIENES: DIVISION DE LA COSA COMUN. INDIVISIBILIDAD. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1996.)

Conforme al artículo 480 del Código Civil, los contratos celebrados por el usufructuario se resuelven al finalizar el usufructo.

Al fallecimiento del usufructuario, conforme al artículo 513.1.º del Código Civil, se produce la extinción del usufructo.

La situación de comunidad dominical la concibe la Ley como transitoria y no definitiva, al reconocer a los cotitulares legítimos derechos para hacerla cesar mediante su división si es posible y, en otro caso, de no mediar acuerdo de adjudicación a uno de ellos indemnizando a los demás, mediante reparto entre ellos del precio obtenido en pública subasta, con intervención de licitadores extraños. La falta de acuerdo expresado entre los litigantes sobre la forma de división del objeto común, hace que proceda la venta en pública subasta, en aplicación del artículo 404 del Código Civil, pues la solución es análoga tanto se trate de indivisibilidad real o física, como jurídica

La determinación de la indivisibilidad o desmerecimiento de la cosa por su división es *quaestio facti*, de la exclusiva apreciación de la sala sentenciadora, que sólo cabe impugnar con la demostración de error en la apreciación de la prueba, por la vía del artículo procesal 1.692 que, al haber sido suprimido, hay que entender por equivocada valoración judicial, con apoyo en precepto de ley que lo autorice.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: FIJACION POR EL DEUDOR DE UN DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La Ley autoriza a señalar al deudor el domicilio donde se le habrán de hacer las notificaciones y esta libertad de elección no impide que sea la propia sede del acreedor. Que ello pueda en algún supuesto ser imposición coactiva que permita advertir cualquier asomo de abuso, no es imaginable en el caso de autos, comprobado que la hipoteca no fue constituida por el actor, quien adquirió la finca ya gravada, y que había transcurrido tiempo suficiente para que el deudor hubiese modificado el domicilio (art. 130 LH).

Comentario —En contra, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA considera que la fijación del domicilio de la entidad acreedora no es admisible ni, por tanto, inscribible, porque: se trata de un domicilio para requerir y notificar no sólo al deudor, sino también a sucesivos terceros poseedores; dada la finalidad de fijación de este domicilio, no puede ser el de la otra parte en el contrato, con intereses opuestos; y el párrafo 1.º del artículo 130 LH, al decir que lo «fijará el deudor», parece huir de cualquier influencia del acreedor en este punto

ACCION REIVINDICATORIA: NO CABE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO, SALVO PLURALIDAD DE ACREEDORES. REQUISITOS. SOBRE FINCA ADQUIRIDA EN SUBASTA JUDICIAL. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1996.)

El litisconsorcio se da cuando la sentencia que recaiga en el pleito afecte inexcusablemente a personas no llamadas al mismo, y ello será sólo posible cuando con las no llamadas exista un vínculo tan normal y directo que no pueda emitirse el fallo sólo respecto de los demandados, dado el carácter de la relación jurídico-material controvertida, la cual exige una resolución uniforme e impide la decisión por separado, porque ésta, necesariamente, afectaría a los no demandados.

Tal situación no se da en el litigio, pues en caso de reivindicación se ejercita una acción real, y como ha dicho la Sala Primera del Tribunal Supremo, en esta clase de acciones no cabe apreciar litisconsorcio salvo, naturalmente, que la cosa reivindicada estuviera poseída o detentada por varios con o sin título.

La acción reivindicatoria exige acreditar el título de dominio, identificar la finca y demostrar que la cosa reclamada es poseída por el demandado sin título o con título de inferior categoría al que ostenta el actor. Se admite como título el auto judicial de adjudicación, que no fue seguido de entrega posesoria, a la que se aspira tras la estimación de la reivindicación.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL MORATILLA GALÁN

POLIZA DE SEGURO VOLUNTARIO DE AUTOMOVILES Y OCUPANTES: EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. LA PRUEBA PERICIAL. (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia, en Sentencia de 15 de enero de 1991, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª) en Sentencia de 8 de octubre de 1992, estima en parte el recurso de apelación.

Únicamente prospera el recurso de casación interpuesto por la Aseguradora.

Hechos.—Don Julián Heredero Padilla, conductor, detiene su camión al observar su defectuoso funcionamiento, después de levantar la cabina del vehículo comienza a examinar el motor, momento en el que cae la cabina sobre él causándole la muerte. El citado conductor conducía el vehículo como empleado. El propietario del camión tenía concertada con la entidad aseguradora recurrente una «póliza de seguro voluntario de automóviles y ocupantes», sobre el citado camión. Para justificar la condena de la entidad aseguradora al pago de la cantidad que fija en su parte dispositiva, dice la sentencia recurrida que, «probado por la parte, acota la existencia de un contrato de seguro de automóviles y ocupantes que amparaba el vehículo productor del resultado lesivo, y no acreditando la demandada sus limitaciones, tanto al objeto del seguro como al importe de las indemnizaciones, procede, como

hace el Juzgador de instancia, condenarle solidariamente al pago de las cantidades que se establezcan»

Doctrina de la Sentencia.—La Sala no puede compartir las conclusiones a que llega la Sala sentenciadora de instancia en su labor interpretativa de las relaciones contractuales que ligaban a la aseguradora recurrente con el propietario del vehículo; el hecho de que en un solo documento se plasmen las condiciones particulares de la «póliza de seguro voluntario de automóviles y ocupantes», no implica existencia de un solo contrato de seguro, sin que nos encontremos ante dos contratos de seguro, de distinta naturaleza.

— De un lado, un contrato de responsabilidad civil regulado en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro y que tiene por objeto asegurar las indemnizaciones a terceros por los daños y perjuicios por hechos nacidos de la circulación del vehículo asegurado y que requiere, para que surja la obligación de indemnizar de la aseguradora, la previa declaración de la responsabilidad civil de asegurado.

— De otro lado, un seguro de ocupantes, modalidad del seguro de accidentes, regulado en los artículos 100 y siguientes de la citada Ley, y que obedece a una finalidad y principios rectores distintos de los que rigen el seguro de accidentes, ocurrido el evento asegurado, la entidad aseguradora viene obligada al pago de la indemnización pactada sin que tal obligación dependa de una previa declaración de responsabilidad del tomador del seguro, como ocurre en los seguros de responsabilidad civil, ello aún cuando, como ocurre en esta modalidad de seguro de accidentes en que consiste el de ocupantes, el tomador del seguro sea distinto del asegurado. De la póliza aparecen claramente delimitadas las garantías a que se obligaba la entidad aseguradora por cada uno de los citados contratos de seguro

El seguro de responsabilidad civil no presta cobertura al siniestro producido, ya que no se trata de daños causados por un hecho de la circulación y estar excluidos del seguro los causados al conductor del vehículo asegurado. Se produce, según se analiza en el desarrollo de la sentencia, un abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, se dice que hay exceso por cuanto se estima concurrencia de culpa del fallecido sin que tal cuestión haya sido planteada por las partes y hay defecto porque la sentencia recurrida ha tenido sólo en cuenta las pruebas periciales y no la de inspección ocular practicada para mejor proveer en la primera instancia.

Se critica la sentencia recurrida en cuanto en ella no se recoge la prueba de reconocimiento judicial practicada en la primera instancia apelada, apoyándose la aquí recurrida en los informes periciales. El recurrente enfrenta las sentencias de primera y segunda instancia decantándose por aquella al serle más favorable y pretendiendo que este Tribunal se pronuncie en ese mismo sentido. Pues, la valoración probatoria del Tribunal *a quo* no está sujeta a exigencias normativas de tener que prestar ni mayor, ni menor, ni igual atención y consideración a determinados medios de prueba, y no se han infringido por la Sala *a quo* norma de valoración probatoria alguna. «La ponderación de la prueba de reconocimiento judicial no está sujeta en nuestro ordenamiento positivo a reglas jurídicas y en cuanto a la prueba pericial es reiterada la doctrina de la Sala de que la prueba de peritos es de libre apreciación por los Tribunales de instancia».

LA CUESTION LITIGIOSA SE CENTRA EN DETERMINAR QUE CANTIDADES VIENE OBLIGADA A PAGAR LA ARRENDATARIA. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Sebastián, en Sentencia de 30 de enero de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 1.ª) en Sentencia de 9 de noviembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación

Formulado el título mencionado al comenzar el comentario de la sentencia que nos ocupa, nos debemos preguntar si se deben incluir otras cantidades que se hacen figurar en los recibos aportados y que fueron aceptadas por la entidad demandada en virtud de un pacto verbal. Pues bien, así planteada la cuestión litigiosa es sabido que la presunción consta de un doble elemento, el hecho base y el hecho consecuencia entre los cuales ha de existir «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». La jurisprudencia de la Sala estableció que el hecho base de la presunción había de impugnarse en casación por el cauce procesal del error de hecho en la apreciación de la prueba, el hecho base de la presunción sólo podrá ser combatido por error de derecho en la valoración de la prueba con cita de los preceptos legales que contengan normas valorativas de prueba que se consideren infringidos. Por otra parte, si bien en la sentencia de primera instancia se acude expresamente a la prueba de presunciones, la Sala de instancia establece la obligación de pago que impone a la recurrente a través del «análisis de toda la prueba disponible», lo que implica una valoración conjunta de la prueba y no el recurso a la prueba de presunciones para tener por probados los hechos controvertidos

El artículo 1.214 del Código Civil no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede alegado en casación cuando se acuse al Juez de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, invirtiendo la carga que a la parte corresponde, pero el principio de distribución de la carga no se altera por aquél si se realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora en conjunto su resultado, y, por supuesto, ese artículo no permite ser utilizado para desvirtuar y dejar sin efecto la función probatoria llevada a cabo por el Juzgador y plasmada en los hechos que estime acreditados, los que sólo pueden ser criticados por la vía del error de derecho. La Sala *a quo* hace aquí una valoración conjunta de las pruebas aportadas a los autos, con cita expresa de algunas de ellas, por lo que no puede imputársele infracción del artículo 1.214 citado que sólo se da cuando, ante la ausencia total de prueba respecto a un determinado hecho, se hacen recaer sus consecuencias sobre la parte que no venía obligada a esa actividad probatoria, lo que no ocurre en nuestro caso.

En ningún momento la sentencia recurrida declara que el contrato de arrendamiento vigente entre las partes estaba sometido a Ley especial ni ello puede deducirse de su contexto.

La sentencia *a quo* aplicó correctamente el principio del vencimiento objetivo.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1996)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Badajoz, en Sentencia de 6 de febrero de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Badajoz, en Sentencia de 9 de junio de 1992, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Se procede a la indemnización de los daños y perjuicios consecuencia de las lesiones sufridas por persona al caer desde la planta sexta del edificio en que aquélla estaba construyendo el montacargas destinado al transporte vertical de materiales

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis se achaca a la sentencia de instancia no contener declaración de la pretensión de la demanda formulada en el suplico de la misma sobre la condena solidaria de los demandados, y se utiliza el singular argumento de que «en efecto, el suplico de la demanda no se realiza en forma alternativa para el caso de ser uno sólo el condenado, efectuándose una sola pretensión y ésta consiste en que se declare la condena solidaria de todos los demandados. La Sala no entiende cómo siendo condenado uno sólo de los codemandados, puede establecerse una condena solidaria que exige al menos dos condenados por los mismos hechos.

Adolece la misma de falta nexo-causal entre la conducta y el resultado lesivo producido, pues la relación de causalidad es uno de los requisitos que configuran la responsabilidad por culpa extracontractual; por otro lado, se alega culpa exclusiva de la víctima en la producción del resultado y se acusa a la sentencia de no establecer la responsabilidad del arquitecto y aparejador demandados. En estas alegaciones no se respetan los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y a través de las que la sociedad recurrente se dedica a hacer una nueva valoración de las pruebas aportadas, tratando de sustituir la valoración que hace el Juzgador de instancia y ello mediante la invocación de preceptos sustantivos no comprensivos de normas valorativas de prueba, lo que no es admisible en casación. El nexo causal entre el daño o perjuicio y el hecho que lo originó, no es otro que un defecto de fabricación del montacargas no imputable a la recurrente, sin que en ningún momento se invoque la culpa exclusiva de la víctima.

EL RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1996)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Albacete, en Sentencia de 23 de enero de 1992, estima la demanda.

El recurso de revisión interpuesto también es estimado.

Hechos.—Desconocido el domicilio de los demandados, se solicita se les emplace por edictos, y al no poderse personar en el proceso, por desconocimiento del mismo, son declarados en rebeldía, y cuando ya se ha dictado sentencia se averigua cuál es el domicilio de los mismos.

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada doctrina de esta Sala la de que entraña maquinación fraudulenta toda actividad de la parte actora encaminada a dificultar, disimular u ocultar al demandado el planteamiento del litigio, obstaculizando mediante ardises su defensa y constituyendo la forma más frecuentemente empleada la afirmación de desconocer el domicilio del de-

mandado, provocando, con ello, un emplazamiento edictal, a fin de que se sustancie el juicio en rebeldía del aludido demandado, cuando el empleo de una mínima diligencia por parte del actor le hubiera permitido conocer con exactitud el verdadero domicilio de la persona a la que dice demandar.

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. RESPONSABILIDAD EN CASO DE CONCURRENCIA DE CULPA (SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de León, en Sentencia de 10 de enero de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de León (Sección 2ª), en Sentencia de 23 de noviembre de 1992, admite en parte el recurso de apelación

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En virtud de contrato una empresa venía prestando servicios de transporte de mineral en el yacimiento minero de sílice, a cielo abierto. Estos servicios los prestaba por medio de camión de su propiedad. Así las cosas, un determinado día, el referido camión conducido por un trabajador-conductor de la aludida empresa, circulaba, en circuito cerrado, por una recta en la pista o banco más elevado del yacimiento, yendo cargado de mineral, que transportaba de un lugar a otro en el interior del referido yacimiento, haciéndolo por el lado más próximo al borde exterior de la expresada pista cuando cedió el terreno del aludido borde exterior, despeñándose por allí el camión como unos nueve metros, cayendo en otra pista o banco de más abajo, en la cual rebotó, y se despeñó otros seis metros de altura para ir a caer, definitivamente, en una tercera pista o banco inferior. Como consecuencia de ello, falleció el conductor.

Doctrina de la Sentencia.—En el caso que nos ocupa se pide condena de carácter solidario. Con base en todo ello, la referida sentencia aquí recurrida llega a la conclusión de que la declarada concurrencia de culpa no puede graduarse en un 50 por 100, como hace la de primera instancia, «sino en la relación (dice textualmente) de cuatro a uno de cada cinco, como máximo». Lo que la sentencia recurrida ha querido decir es que la culpa de la demandada entidad mercantil propietaria del yacimiento minero ha de graduarse en grado mayor y la concurrente del infortunado conductor del camión en otro menor.

En el presente supuesto litigioso falta uno de los requisitos que condicionan la responsabilidad a que dicho precepto se refiere, que es el de la culpa, la cual, según dice, no existió por parte de la demandada entidad propietaria del yacimiento minero, sino que la producción del accidente, viene a decir la recurrente, fue debida únicamente a la imprudencia o negligencia del conductor del camión, el cual debió haberse parado, cuando las ruedas del camión se salieron de las roderas o rodaduras habituales, y haber pedido que otros operarios acudieran en su auxilio y, con maquinaria adecuada para ello, se hubiera retornado el vehículo a su posición habitual. No obstante, lo acabado de decir, se declaró probado que la pista por la que circulaba el camión accidentado no se hallaba en buen estado de conservación, al no haber su propietaria sometido a la necesaria y exigible inspección técnica los tajos y pistas del yacimiento para conservar en adecuado estado de seguridad esas

rudimentarias y peligrosas vías de circulación, cuyos hechos probados, al no haber sido descritos por medio impugnatorio adecuado para ello, han de mantenerse invariables. La culpabilidad constituye una estricta *quaestio iuris* y los hechos que la motivan evidencian en la producción del luctuoso resultado, que medió una patente conducta culposa por parte de la demandada entidad propietaria del yacimiento minero, lo que no excluye que también hubiera una concurrencia de culpa por parte del infortunado conductor del camión, como también aprecia la sentencia recurrida.

Es doctrina de la Sala la de que, en principio, es facultad de la Sala de instancia, no revisable en casación, la determinación de los respectivos grados de responsabilidad en caso de concurrencia de culpa por parte de la víctima y la fijación del *quantum* indemnizatorio al realizar la moderación de la responsabilidad del agente, por razón de dicha concurrencia de culpa. Esta Sala considera proporcionada y ajustada a la realidad de lo ocurrido la fijación que la Sala *a quo* ha hecho de la culpa concurrente por parte del conductor del camión, ya que es mucho mayor la culpabilidad de la entidad propietaria del yacimiento minero al no tener en adecuado estado de conservación y seguridad la peligrosa pista por la que había de circular el referido vehículo.

CULPA MEDICA (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 29 de Barcelona, en Sentencia de 27 de diciembre de 1990, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), en Sentencia de 5 de noviembre de 1992, desestima del recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

A lo largo de la presente litis se sostiene que se da concurrencia de error de derecho en la apreciación o calificación de los requisitos para la exigencia de responsabilidades médicas, al acusar a la sentencia recurrida de decretar que el actor no probó suficientemente la convergencia del actuar negligente que imputa al médico demandado y la necesaria relación causal con el daño consistente en las graves secuelas que le afectan. Ha de partirse, y así lo reconoce el actor del pleito, que padecía lesiones neurológicas graves, afectándole enfermedad en progreso y degenerativa, a la que se trató en lo posible de remediar en su avance y deterioro físico con la operación quirúrgica a la que se le sometió y que fue practicada con la corrección técnica precisa, en acomodo a los progresos que la ciencia médica permitían en aquellos momentos. Resulta acreditado que el cirujano consiguió con la operación que practicó al paciente evitar y detener la progresión de la enfermedad que padecía y si bien la operación se retrasó dos años, fue por la propia voluntad del enfermo, lo que repercutió en la agravación de la enfermedad, por lo que aquélla se hizo del todo necesaria e inevitable al haber fracasado el tratamiento seguido. Las consecuencias posteriores se debieron a causa que no trae consecuencia de la operación practicada.

El artículo 1.902 del Código Civil atribuye al actor la carga de la prueba de los tres requisitos determinantes de culpa extracontractual, es decir, de concurrir culpa o negligencia, en este caso profesional-médica. Pues bien, en este supuesto sólo resulta acreditado el daño.

Reiteradamente ha dicho esta Sala que la obligación del profesional sanitario no lo es de resultados, sino DE MEDIOS, pues no contrae deber de curación del enfermo, como si fuera algo a su alcance, sino procurar, sin omisiones, fisuras ni justificaciones sin causa, aplicar todos los medios que el avance de la medicina pone a su alcance para la mejora de la salud. Cuestión distinta sería que conociendo perfectamente que la operación iba a agravar al recurrente hubiera no obstante afrontado la misma, bien por experimentar o por ánimo de producir voluntariamente un daño aumentando así el riesgo de enfermedad al crear otro más intenso que no se da en nuestro caso. Se rechaza la aplicación de la culpa objetiva. Y hemos de concluir diciendo que no se da responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa.

CUANTIA DE LA INDEMNIZACION A QUE PUEDE SER ACREEDOR UN TERCERO PERJUDICADO. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Salamanca, en Sentencia de 2 de septiembre de 1992, estima en parte la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Salamanca, en Sentencia de 16 de noviembre de 1992, estima en parte el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación en parte.

Hechos.—Sobre reclamación de los daños producidos en bar a consecuencia del incendio producido por una actividad profesional. El incendio aconteció cuando el demandado trabajaba en la colocación de plaquetas de un material de PVC en el suelo del local, cuyo trabajo había encargado el actor, porque el demandado daba forma a las baldosas calentándolas con un soplete de gas (de color azul), por lo que se inició una fuerte ignición propagándose el incendio a las dependencias del actor

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis se denuncia la infracción de los artículos 38 y 20 de la Ley de Contrato de Seguro, tratando de discrepar de la condena adicional que se hace por la Sala sentenciadora del recargo del 20 por 100, ya que en definitiva la actitud de la aseguradora responde a una lógica defensa de sus intereses, habida cuenta las circunstancias de su siniestro; haciéndose constar que «en el caso que nos ocupa, y limitándonos a la cuantía de la indemnización, la mandante no tiene datos para conocer la indemnización a que pueda ser acreedor un tercero perjudicado, pues ninguna relación tiene con él. Es más, ni siquiera está determinada en el momento presente la totalidad de la indemnización debida, puesto que el Juez de Primera Instancia no concedió cantidad alguna para la partida correspondiente a lucro cesante; y la Audiencia ha dejado su concreta cuantificación para ejecución de sentencia, lo que no se ha realizado en el momento de interposición del recurso. Existe además otra justificación cumplida y razonable para que la mandante no pagara la indemnización en el plazo de tres meses, y es que no estaba claro que, por el tenor de la póliza y las circunstancias concurrentes en el momento del siniestro, debiera responder de sus consecuencias dañosas..», en realidad entre las partes contendientes —aseguradora y el perjudicado— latía desde el sinies-

tro la lógica diferencia de si el mismo estaba dentro de la cobertura de la póliza, porque en su propia literalidad sólo cubría las responsabilidades en que hubiera incurrido el asegurado en su estricta actividad de pintor-decorador, por lo que es lógico que al haberse producido el evento al desplegar su hacer profesional al colocar las plaquetas, por la propia aseguradora se decidiese en una razonable defensa de sus intereses que, en principio, no estaba cubierto el mismo, por lo cual entra ello dentro de las excepciones condenatorias del recargo a que se contrae el entonces vigente artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, pues en Sentencias como la de 27 de octubre de 1995, se decía: «...la aplicación de las consecuencias del invocado artículo 20 sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a causa no justificada o que le fuere imputable al asegurador, doctrina que deriva de la indicada sentencia, con la que sintonizan, entre otras, las de fechas 3 de junio de 1991 y 28 de octubre de 1991, 11 de mayo de 1994 y 4 de septiembre de 1995, en la que se repite que cuando se trate de causa justificada o no imputable, no cabe ese elemento de reprobabilidad determinante del recargo correspondiente, y se establezca que habida cuenta las circunstancias concurrentes en el hecho del siniestro o bien, tanto por lo que respecto a la actitud del asegurado o, incluso, a la propia cobertura de la póliza, en definitiva, concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la aseguradora ha existido o no responsabilidad para su cobertura, es evidente que hasta que ello no se constate, no podrá indicarse que acontece la mora del asegurador y el efecto agravatorio del recargo .»), por lo cual, y actuando a tenor del artículo 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se resuelve dejando sin efecto exclusivamente la sentencia recurrida en cuanto que no cabe la imposición del recargo del 20 por 100 a la recurrente, con los demás efectos derivados.

RECLAMACION DE CANTIDAD. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Bilbao, en Sentencia de 4 de septiembre de 1991, acoge la excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada y desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 1.ª), en Sentencia de 15 de octubre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—La reclamación tiene por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios por hechos contemplados en autos y que se originan como consecuencia de irregularidades económicas de las entidades actoras y de otras. Se solicita la condena solidaria de los demandados.

Doctrina de la Sentencia.—En la sentencia que ahora se analiza la Sala procede a estimar parcialmente la demanda respecto de las cantidades reclamadas al no haberse probado por los demandados el hecho obtativo de la pretensión actora, pues se comparte el criterio del Juzgador de instancia en cuanto a que no están suficientemente acreditados los otros conceptos reclamados por el actor como disposiciones de fondos societarios a su favor y disposiciones efectuadas al margen del control societario en general.

En continua línea a lo acabado de decir hemos de añadir que en casación no es admisible hacer puntualizaciones sobre la sentencia recaída en primera instancia, pues la sometida a revisión es la dictada en la alzada, por más que ésta, en el presente caso, comparta el criterio del Juez *ad quem* respecto a que «no están suficientemente acreditados los otros conceptos reclamados por el actor», ya aludidos, ni admisible, tampoco, intentar convertir la casación en una tercera instancia, dicha inadmisibilidad se hace aún más patente cuando la reforma introducida por la Ley 10/92, de 30 de abril, suprimió el motivo del error en la apreciación probatoria, que es lo pretendido, realmente al parecer, con el examen del resultado de diligencias y actuaciones penales, con olvido de que no llegaron a la fase del plenario, y de elementos probatorios del presente procedimiento, con el supuesto propósito de contraponer el criterio personal de la entidad recurrente al del Tribunal *a quo*. Por otro lado, el artículo 1.214 del Código Civil, que dispone que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que las opone NO CONTIENE, a tenor de consolidada doctrina de la Sala, norma valorativa de prueba y sólo puede ser alegado en casación cuando se acusa al Juzgador de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, alteración que no se produce cuando se realiza una apreciación de la prueba aportada por las partes y se valora luego en conjunto su resultado, que es lo que efectivamente ha ocurrido en el caso de autos, y en este aspecto, está fuera de toda duda que correspondía a la entidad recurrente la probanza de la disposición de las sumas reclamadas, así pues, las precedentes reflexiones no permiten entender que el precepto de referencia haya sido infringido.

SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 24 de julio de 1991, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en Sentencia de 7 de octubre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

Hechos.—Reclamación de cantidad por las lesiones, gastos y secuelas sufridas en accidente de circulación cuando colisionó la motocicleta en la que la persona que sufre los daños iba de acompañante, con un vehículo.

Doctrina de la Sentencia.—Es evidente en el caso de autos que entre el perjudicado (la actora o acompañante del motorista) y los asegurados responsables en caso alguno, pueden considerarse incursos dentro de una relación negocial o contractual alguna; y es que en materia de Responsabilidad Civil, sobre todo, si se atiende a la tutela de la víctima o del perjudicado por el ilícito del responsable, las diferencias más sobresalientes según la especie o el marco ordenador radican, simplemente, en la exigencia o no y (hasta según se evalúe su acaecimiento), de la culpa o grado de voluntariedad en el suceso de ese responsable, de tal forma que, bajo esa óptica, y si se conecta la responsabilidad civil en general —tanto contractual como extracontractual— con la derivada del uso de vehículos de motor, se observa que, así como en la general se mantiene ese elemento culpabilístico con una progresiva atenua-

ción que se acentúa en la aquiliana del artículo 1.902 del Código Civil, en la específica derivada de la circulación vial y, en especial, en cuanto en el siniestro se acredite la no exclusiva culpabilidad del damnificado o, literalmente no se responde sino cuando se prueba que el hecho fuera debido a culpa o negligencia del perjudicado lo que significa, sin más, en el encaje diferenciador planteado, es que también se presume esa culpa salvo prueba de tal exclusividad, lo que, en algún extremo, y sin ignorar que la creación jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba en la aquiliana responsabilidad objetiva, en los eventos en los que descartada esa culpa única de la víctima y pese a no concurrir la del conductor, éste responde igualmente en un maximalismo de protección a la víctima; sobre daños corporales la obligación de indemnizar existirá salvo que se demuestre que los daños han sido debidos únicamente a culpa o negligencia del perjudicado, mientras que cuando se trata de daños materiales esa indemnización procederá cuando resulte civilmente responsable el asegurado. Aplicada esta teoría al caso de autos, es obvio, que la recurrente en caso alguno, ni fue la exclusiva culpable, ni se ha acreditado la inexistencia de esa culpa en los conductores participantes de la colisión.

Según se deriva del escrito de conclusiones de la recurrente, la acción entablada no ha sido la de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1.902 del Código Civil, que en consecuencia, según esa sentencia, puede reclamarse por la actora a las entidades aseguradoras de los vehículos implicados y únicamente hasta la cobertura correspondientes del Seguro Obligatorio, teniendo que apoyarse la pretensión en el artículo 1.902 cuando se quiera dirigir la acción contra el conductor del vehículo causante del siniestro o contra la entidad aseguradora del mismo, por cuantía superior a la cubierta por el citado Seguro Obligatorio. La recurrente ejercita la acción directa prevista en el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, en súplica de las reclamaciones del seguro obligatorio, pero también ejercita otra acción para ser indemnizada en cuanto al exceso no cubierto por dicho seguro obligatorio.

En nuestro caso no se cuestiona que las aseguradoras codemandadas lo son con base al seguro de responsabilidad civil. La única cobertura que tenía el vehículo con el que colisionó la moto en que circulaba la parte recurrente era la correspondiente al seguro obligatorio de responsabilidad civil. Además, en la demanda se hace constar que el amparo de la acción se incardina en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley citada, así como también conforme al artículo 4 del mismo Texto, pero seguidamente en la citada demanda se inserta jurisprudencia de este Tribunal, en donde se analiza el juego conjunto de la responsabilidad derivada del artículo 1.902 del Código Civil y se afirma que esa doctrina se sintetiza y se acoge por el artículo 76 de la Ley 50/80, de 8 de octubre, reguladora del Contrato de Seguro, al disponer que en los seguros de responsabilidad civil el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra las aseguradoras, por lo que, sin lugar a dudas, es esa la acción ejercitada, ya que la demanda se dirige contra ambas aseguradoras, igualmente, se alude a la normativa del artículo 1.106 del Código Civil, en cuanto a los conceptos que integran la indemnización de los daños y perjuicios. Ese ejercicio de la acción directa del artículo 76 debe conjugarse con el referido artículo 4 en cuanto establece que «para exigir el cumplimiento de las obligaciones de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño, hasta el límite del

Seguro Obligatorio, sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan», reserva que habrá de cohonestarse con el repetido artículo 76 de la Ley General del Seguro Privado. Se habla del Seguro de Responsabilidad Civil, formulándose su contenido en base a su artículo 73 en donde se establece que por «el Seguro de Responsabilidad Civil, el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea responsable el asegurado conforme a derecho».

ACCION EJERCITADA EN LA POLIZA DE SEGURO MARITIMO DE MERCANCIAS. INFRACCION DEL ARTICULO 1.288 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Jaén, en Sentencia de 22 de junio de 1992, desestima las excepciones opuestas. La Audiencia Provincial de Jaén, en Sentencia de 22 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos —Indemnización de daños sufridos por una partida de trigo adquirida por la actora durante su recorrido por barco.

Doctrina de la Sentencia.—Hemos de comenzar en este análisis diciendo que en su escrito de contestación a la demanda, la Aseguradora demandada opuso la excepción de caducidad alegando que la mercancía se termina de descargar el 8 de enero de 1990, y la demanda tiene fecha de 15 de mayo de 1991, es decir, se alega infracción del artículo 1.288 del Código Civil, como ya citábamos en el título de la Sala *a quo* al interpretar la condición general 26 de la póliza suscrita, pues de una fecha a otra mencionadas pasaron los nueve meses a que la condición alude y que literalmente decía así: «en caso de siniestro, avería o daño, el asegurado queda obligado, bajo pena de pérdida de sus derechos, a cumplir lo dispuesto en el Código de Comercio y justificar su reclamación, acompañando los documentos que prescribe dicho Código y los demás, evidentemente necesarios para hacer prueba dentro de los términos de seis meses para los viajes por Europa y puertos de Marruecos, y de nueve para los demás, contándose esos plazos a partir de la llegada del buque porteador a su destino. Si no hubiese llegado el buque se contará desde la fecha de salida del último puerto de escala o arribada o del de origen en defecto de toda situación».

La consecuencia de la caducidad de la acción es grave, fijando en concreto la documentación que se exige, haciendo necesaria la aplicación del tan aludido artículo 1.288 del Código Civil. Pero, en realidad, la sentencia recurrida hace una incorrecta aplicación de dicho precepto, pues éste establece que la interpretación más favorable al asegurado no era otra sino la de limitar los documentos que debían acompañar a su reclamación, artículo 769 del Código de Comercio. En nuestro caso no se trata de que la Aseguradora hubiese acompañado en su reclamación una documentación justificativa insuficiente o incompleta, sino que en ningún caso remitió a la Aseguradora documentación alguna en apoyo de su reclamación. De todo ello se pone de manifiesto

que se ha producido la CADUCIDAD DE LA ACCION al haber transcurrido el plazo de nueve meses pactado sin que la Aseguradora formulase su reclamación extrajudicial frente a la entidad asegurada con los requisitos marcados por la póliza en su condición general 26 citada, pues no debemos olvidar que la eficacia de la reclamación estaba condicionada a la aportación de los documentos justificativos de la misma, como garantía del interés de la Aseguradora no soportar reclamaciones carentes de fundamento y de su derecho, en caso de pagar la indemnización, a dirigirse frente a terceros causantes del daño a quienes sólo podría reclamar en caso de haber indemnizado un daño acreditado, tal como establece el artículo 769 del Código de Comercio, al que también hemos hecho ya alusión.

Por otro lado, y en lo que se refiere al artículo 738 del Código de Comercio, se regula en él el contenido necesario de las *pólizas de seguro marítimo*, se consagra el principio de libertad de pacto por virtud del cual asegurador y asegurado pueden establecer en la póliza las condiciones que estimen pertinentes en orden a las reclamaciones procedentes del contrato de seguro —artículo 769 del Código de Comercio—, en tanto que dicha justificación se configura como una garantía eficaz para el interés legítimo del asegurador que no se haya obligado a pagar la indemnización sino cuando hubiera justificado la realidad de la pérdida de los efectos asegurados. Visto todo lo anterior está fundado el *recurso* de la caducidad excepcionada en la oscuridad de los términos en que se expresa la exigencia de justificación de las reclamaciones extrajudiciales a las que, como dice el Juzgado de Primera Instancia, se refiere el artículo 26 de la Póliza y que consiste en el acompañamiento de «los demás documentos, evidentemente necesarios para hacer prueba» y no puede afirmarse, como los dos Juzgados hacen, que esos términos estén afectados de oscuridad tal que impida llegar a determinar cuál fue la intención de las partes al establecer la cláusula citada; podrá hablarse de una indeterminación en cuanto a esos otros documentos «los demás, evidentemente necesarios para hacer prueba» al ser factible la citación de todos aquéllos que tuviesen eficacia probatoria para justificar la reclamación realizada por el asegurado.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA O SUBSIDIARIA INDENIZACION. LA PRUEBA DE LA CONFESION (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid, en Sentencia de 8 de noviembre de 1990, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), en Sentencia de 27 de octubre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Don Jesús Gil Gil y don Manuel Marrón Fuentes forman la sociedad mercantil denominada «Consulting Inmobiliario Gilmar, S. A.», dichos señores actúan con el nombre comercial «Consulting Inmobiliario Gilmar». Ambos socios tienen a don José Luis Sierra Sánchez al frente de la oficina de «Consulting Inmobiliario Gilmar», quien actúa como Agente de la Propiedad Inmobiliaria. En la mayoría de los casos «Consulting Inmobiliario Gilmar, S. A.» y sus socios están detrás de «Consulting Inmobiliario Gilmar», si bien a veces «Consulting Inmobiliario Gilmar» no utiliza los servicios de la socie-

dad y don José Luis Sierra Sánchez actúa en la organización como Asesor Jurídico además de ceder a la sociedad su título como Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente litigio está documentalmente probado que el *objeto social* de dicha sociedad es, entre otros, «comprar y vender, y en general, adquirir o enajenar por cualquier medio, así como administrar toda clase de solares, fincas rústicas y urbanas, locales comerciales, naves industriales y viviendas, ya sea por unidades independientes o por edificios». Pues bien, la sentencia recurrida no hace mención a tales circunstancias y debió tener en cuenta los documentos públicos, que según el artículo 1.218 del Real Decreto hacen prueba aún contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Tampoco toma en consideración certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad Industrial de Madrid, que en relación con el nombre comercial «Consulting Inmobiliario Gilmar, S. A.», pone en evidencia su relación precisamente con el propietario de la parcela como socio gestor en la sociedad. Idéntico olvido hace del escrito del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid, que pone en evidencia las relaciones existentes entre Consulting Inmobiliario Gilmar y el Agente de la Propiedad Inmobiliaria. Las manifestaciones hechas en confesión son tenidas en cuenta, pero olvidando que según el artículo 1.232 del Código Civil, la confesión hace prueba en contra de su autor. Por ello, todo lo probado en confesión hace que se desprenda la existencia de una notoria conexión e interdependencia entre la sociedad y la agencia y la situación del confusionismo se encuentra corroborada por la documentación reseñada consistente en testimonios del Registro de la Propiedad Industrial y comunicación del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, entre otras.

De todo lo expuesto, se extrae que aun cuando la reforma llevada a cabo en el recurso de casación por la Ley 30/92, vino a suprimir el error de hecho en la apreciación probatoria, ello no empece a que subsista el correspondiente a error de derecho en que pueda haber incurrido la Sala de instancia si en dicha valoración hubiera dejado de tener en cuenta determinadas reglas sustantivas que afectan a la operación valorativa y que en nada contradicen la libertad de que goza el Juzgador en esta función. Una de estas reglas es la que contiene el artículo 1.232 del Código Civil respecto «a la confesión que hace prueba contra su autor», lo que permite puntualizar que esa norma es reveladora de que la *confesión* conserva todavía su vestigio de antiguo carácter y que no puede ser reducida a un simple medio de prueba, a lo que se opone, no ya la indicada norma, sino también la prevenida en el artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al decir que «sobre los hechos probados por confesión judicial, no se permitirá para corroborarlos, prueba de testigos a ninguna de las partes», y puntualiza que pese al formalismo que pudiera desprenderse del párrafo 1 del artículo 1.232, no debe olvidarse que su objetivo es «la averiguación de la verdad de los hechos», cual se deduce del artículo 588 de la precitada Ley, hasta el punto de que si, jurisprudencialmente, se atribuye a la confesión una elevada fuerza probatoria es porque hay una presunción indudable de que cuando se afirma que perjudica al que declara, es que el hecho a que se refiere es verdad en sentido material, por más que se traduzca en los autos en una verdad formal, sin perjuicio todo ello de poder ser desvirtuada por el resultado de otros medios probatorios y de no poder ser dividida contra el que la hace, como dispone el artículo 1.233 del Código

Civil, que el desconocimiento de la eficacia probatoria de la confesión originaría la comisión por el Tribunal de un error de derecho.

ACCION RESOLUTORIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y ALTERNATIVAMENTE LA ACCION DE NULIDAD DEL MISMO. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm. en Sentencia de 2 de diciembre de 1991, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª), revoca parcialmente la de primera instancia y se declara la nulidad del contrato de compraventa suscrito por las partes.

El recurso de casación se estima parcialmente

Hechos.—Con relación al contrato de compraventa instrumentado, se postula en el proceso que en caso de apreciar la concurrencia de vicios del consentimiento o la falta de causa, se declare la nulidad del referido contrato de compraventa, con las consecuencias que de ello derivan, consistentes en la recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con los frutos y el precio con los intereses, y que «para el caso de no apreciar los vicios del consentimiento proceda a apreciar la desaparición objetiva de la base del negocio, y en consecuencia decreta la resolución del mismo dándole al mandante la parte del precio pagado y resarciéndole del daño, abonándole los intereses o se proceda a revisar el contrato adaptando el precio de la compraventa al verdadero valor de la finca, debiendo restituir aquéllos a éste la finca objeto de dicho contrato y éste a aquéllos la parte del precio recibido con sus intereses legales desde dicha fecha, incrementados en dos puntos desde la referida sentencia hasta su efectivo pago. Así, al celebrar, mediante documento privado el contrato de compraventa, los compradores padecieron un error sustancial o esencial, pues estaban en la creencia de que dicha finca, que era de secano, podía ser transformada en regadío, cuando dicha pretendida transformación en regadío es legalmente imposible.

La sentencia aquí recurrida declara la nulidad del contrato de compraventa litigioso, revocando en este extremo la de primera instancia que, con base en tales vicios del consentimiento, había equivocadamente decretado la resolución (no la nulidad) de dicho contrato

Doctrina de la Sentencia—La sentencia de primera instancia considera probado que el consentimiento de los compradores-demandantes estuvo viciado por error sustancial y decreta la resolución (no la nulidad) del expresado contrato. Una vez interpuesto por el demandado-vendedor, recurso de apelación, los demandantes se adhieren a dicho recurso y concretan la adhesión aludida en que si estaba probada la existencia de vicio en su consentimiento (error sustancial), lo procedente era declarar la nulidad del contrato de compraventa litigioso y no la resolución de dicho contrato. Por su parte, la sentencia de apelación hace un doble pronunciamiento: desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado-vendedor, con el que pretendía la desestimación total de la acción que había estimado la sentencia de primera instancia y, estima el recurso de apelación que, por adhesión, habían interpuesto los demandantes-compradores, porque entiende que si aparece probado que el consentimiento de los referidos compradores estuvo

viado por error sustancial y por el dolo empleado por el vendedor, lo procedente es declarar la nulidad del contrato y no la resolución del mismo. La resolución de todo contrato presupone, necesariamente, la previa validez del mismo y aquí no se había dado, por razón de los vicios del consentimiento, que determinaron su nulidad, por lo que la sentencia aquí recurrida procedió correctamente al estimar el recurso de apelación por adhesión interpuesto por los demandantes-compradores, a lo que ha de agregarse finalmente que esta Sala tiene declarado que las acciones de nulidad y de resolución de un mismo contrato son incompatibles o inconciliables, pero solamente cuando ambas acciones se ejercitan simultánea y conjuntamente, no cuando su ejercicio se hace en forma alternativa, como es el caso aquí contemplado.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO. CALIFICACION DE LA CULPABILIDAD. INTERRUPCION DEL NEXO CAUSAL. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia de Barco de Valdeorras, en Sentencia de 25 de abril de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Orense, en Sentencia de 3 de noviembre de 1992, estima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Don David Alvarez Barrio y su esposa, y Pizarras Dal, S. A., demandaron a Capimor, S. A., alegando que eran titulares de la concesión de la explotación minera «Luisa», para pizarras. La entidad demandada venía explotando otra cantería conocida con el nombre de «Breda», y venía de forma continuada e ininterrumpida vertiendo los materiales de desecho de su explotación en el perímetro de la concesión y propiedad de los actores, ocupando una considerable superficie que no era suya y en detrimento de los derechos de los actores. Así las cosas, se solicita se abstenga en lo sucesivo de verter escombros en la concesión de los actores y a retirar los efectuados con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la ocupación.

Doctrina de la Sentencia.—En dicha litis, los recurrentes sostienen que, ni la orografía del terreno ni los términos en que fueron otorgadas las concesiones «Luisa» y «Breda», situada ésta a una superior altura de aquélla, permite considerar que el vertido de escombros de la recurrida sea una consecuencia natural que los recurrentes hayan de soportar. La situación geográfica de la concesión «Breda» la obligaba a tomar las medidas necesarias para que esos vertidos no fuesen a parar a la concesión «Luisa», y no lo hizo, con lo que incumplió el deber de previsión con infracción de los artículos 1.104 y 1.902 del Código Civil por los daños producidos, como asimismo el artículo 348, todos del Código Civil. La orografía del terreno no sirve como excusa de su proceder. El informe pericial es expresivo de todo ello, cuando el perito sostiene que con las medidas de seguridad adecuadas los deslizamientos de escombros no se darían, sin embargo, una cosa son los deslizamientos esporádicos e involuntarios de escombros por la orografía de la zona, y otra distinta su vertido continuo y sistemático sin haber adquirido ningún derecho sobre la finca colindante.

RECLAMACION DE CANTIDAD ASEGURADA. NO PROCEDE EL RECARGO DEL 20 POR 100. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lérida, en Sentencia de 17 de septiembre de 1992, desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Lérida (Sección 1ª), en Sentencia de 16 de diciembre de 1992, estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

El recurso de casación triunfa.

Hechos.—Robo de perdices en la granja asegurada del actor al no haberse acreditado el mismo. En el presente caso, el examen del informe presentado por la Aseguradora para fundar su postura extrajudicial y la que mantiene en este pleito, revela que esta parte rechazó la existencia del siniestro en base a simples conjeturas y haciendo caso omiso interesadamente de los indicios aportados por la adversa. La Aseguradora pudo haber examinado y valorado los documentos contables del asegurado para llegar a determinar el número de perdices sustraídas. La Aseguradora no adoptó una actitud adecuada a la diligencia que le era exigible y, por otro lado, la cantidad reclamada y la aquí concedida difieren en una mínima cuantía, fácilmente valorable si hubiese habido un verdadero deseo de abonar la indemnización.

Doctrina de la Sentencia —En el caso que analizamos se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 20 y 38.9 de la Ley 50/80, sobre el recargo de intereses de la Ley de Contrato de Seguro, con condena al 20 por 100 del recargo que se ha de establecer «sobre la base de causa no justificada o que fuese imputable», y esa justificación y falta de imputabilidad del pago sí se produce cuando, como en el presente caso, la determinación de la causa y en consecuencia de la exacta cantidad a abonar, ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto. Pero es que, además, no sólo no se estaba de acuerdo en la cantidad indemnizatoria, sino es que se ponía en duda la propia causa eficiente de dicha indemnización, al considerar el siniestro improbable y más que dudoso..., que asimismo, para aplicar el artículo 38.9, se requiere que la causa de la indemnización devenga inatacable; sin embargo, la aplicación de tal interés no es procedente cuando la cuantía indemnizatoria tiene como base una cuantía alegada no predeterminada y que, en consecuencia, requiere su previa determinación judicial, de tal manera que mientras no se determine la causa generadora a efectos indemnizatorios, no será procedente la aplicación de los artículos 20 y 38.9 aludidos. En definitiva, precisando la causa indemnizatoria alegada, una determinación judicial ante su escasa consistencia no procede dicho recargo. En realidad, cuando se trate de causa justificada o no imputable, no cabe ese elemento de reprobabilidad determinante del recargo correspondiente, y se establece que habida cuenta, las circunstancias concurrentes en el hecho del siniestro o bien, por lo que respecta a la actitud del asegurado o incluso a la propia cobertura de la póliza en definitiva, concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la aseguradora ha existido o no responsabilidad para su cobertura, y es evidente que hasta que ello no se constate, no podrá indicarse que acontece la mora del asegurador y el efecto agravatorio del recargo... y, por otro lado, no cabe, por lo acontecido, que la pericia dirimente se pudiera converger en fijar una indemnización de carácter inatacable, pues si la misma causa que se discutía

sobre la realidad del siniestro quedaba supeditada a la decisión judicial, la cantidad indemnizatoria del mismo tenía que quedar supeditada a dicha reserva, ya que, era un efecto derivado sobre la cobertura o no del siniestro en cuestión.

CONTRATO PRIVADO DE DISOLUCION DE SOCIEDAD RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y FORMULA DE PAGO. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Gijón, en Sentencia de 14 de febrero de 1992, rechaza las excepciones alegadas y desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.^a), en Sentencia de 2 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El recurrente solicitaba se dictase sentencia por la que se declarase nulo (sic) la dictada en el juicio de interdicto, o bien se dictase una que contuviera los siguientes pronunciamientos: *a)* Que el actor era el único propietario de la pala excavadora y estaba legitimado por esa circunstancia y por virtud del acuerdo tomado por los apoderados; y *b)* Condenar en concepto de daños y perjuicios más los intereses de la cantidad señalada desde la interposición de la demanda.

La sentencia, cuya nulidad se demanda, es la recaída en el juicio de interdicto retener o recobrar la posesión seguido por la que éste fue condenado a devolver la pala excavadora, objeto del interdicto, así como al abono de daños y perjuicios y devolución de los frutos percibidos.

Doctrina de la Sentencia.—Nos ocupamos ahora de determinar la propiedad de la máquina excavadora que el recurrente se arroga en su demanda y que la funda en el incumplimiento por el demandado del llamado «contrato privado de disolución de sociedad, reconocimiento de deuda y fórmula de pago». En el presente asunto, las declaraciones rendidas y la propia realidad de los eventos ocurridos, con examen de las pruebas de confesión y testifical, hacen que se produzca una repudiable confusión de cuestiones jurídicas y fácticas a través de la cual el recurrente pretende imponer no sólo su particular interpretación de los pactos habidos frente a la del Juzgador sino también su peculiar valoración de la prueba a la realizada por el Tribunal de instancia. No existe infracción del artículo 1.289 del Código Civil para justificar la aplicación del criterio de reciprocidad, disponiéndose que la mayor bilateralidad, es decir, reciprocidad, si alguna duda presenta el asunto o convenio no es otra sino sostener que si en un juicio interdictal se condena a una persona en concepto de daño y perjuicio una cantidad, ésta en función de tal reciprocidad podrá reclamarla en suma en el juicio ordinario dado. Por otro lado, la denunciada existencia de abuso de derecho a lo largo del proceso resulta inviable.

Es doctrina reiteradísima de la Sala la de que el artículo 1.253 del Código Civil faculta o autoriza, más no obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el Juzgador de instancia no hace uso de ese medio probatorio para fundamentar su fallo no resulta infringido dicho precepto.

A lo dicho hemos de acompañar, que el incumplimiento por el demandado en ningún momento da lugar a la adquisición de la propiedad por el recurrente.

te de la pala excavadora aportada por él a la sociedad habida entre las partes, no obstante, quedar afecta la máquina al cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el contenido de los pactos establecidos en el contrato suscrito entre las partes

ACCION PERSONAL DE RECLAMACION DE CANTIDAD. SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. EXTINCION Y LIQUIDACION. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella, en Sentencia de 13 de mayo de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), en Sentencia de 9 de octubre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación

Hechos.—Entre las partes de este proceso existió una sociedad civil irregular con participación por terceras e iguales partes, entre los señores José Viano y su esposa Victoria Guerrero, don Antonio C. Quecuty y la recurrente doña Adela Doblare. La sociedad, carente de personalidad jurídica, giraba externamente a través de la persona de don José Viano. Este señor y su esposa formalizaron un contrato de préstamo con el Banco Exterior, con el aval solidario de los otros dos socios. Impagado a su vencimiento dio lugar a juicio ejecutivo que terminó con el pago de los reclamados con dinero que la señora Doblare consiguió con préstamo del Banco Industrial y Mediterráneo.

El préstamo y el afianzamiento declara la sentencia que son operaciones dentro del régimen societario común, y que expresada la voluntad de extinguir la sociedad civil irregular, han de tenerse en cuenta estas operaciones en la liquidación de la sociedad y partición del patrimonio entre los socios.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso, formulada la reconvencción, el Juez optó por admitirla a trámite teniendo presente lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El demandado de reconvencción, sin esperar al trámite de comparecencia del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde el Juez oye a las partes sobre la clase de juicio cuando la cuestión se suscita en la contestación a la demanda, recurrió la providencia dando traslado del escrito de contestación y de demanda reconvenccional, en cuya reposición recayó auto manteniendo la providencia y citando a las partes a comparecencia. En ésta, las partes no suscitaron la cuestión sobre procedimiento a seguir, que de haberla suscitado habría obligado a decidirla y contra la decisión que ordenara seguir el juicio de menor cuantía, sólo hubiera cabido recurso de nulidad a interponer junto con la apelación de la sentencia de fondo y previa protesta de reanudarse la comparecencia. Requisitos estos que no fueron cumplidos por el recurrente.

Por otro lado, el artículo 1.255 del Código Civil, cuando dice que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, está proclamando el principio de libertad de pactos que rige de siempre en nuestro derecho. Es un precepto de carácter general que no puede servir de apoyo a un recurso de casación por infracción de ley, si no va acompañado de la cita del contrato que al amparo de esa libertad se pactó y

el precepto infringido correspondiente al régimen legal de ese contrato, y nada de ello se expone en algún razonamiento de la sentencia. Como consecuencia de lo expuesto, hay que decir que la distribución igualitaria de las consecuencias de ese pago hecho por la recurrente puede y debe ser tenida en cuenta al liquidar la sociedad de autos.

En la sentencia se declaró la existencia y liquidación de la sociedad que será el momento de aclarar las respectivas aportaciones y los créditos de los socios contra la sociedad, y porque la sentencia recurrida nada ha compensado. Además, la calificación de sociedad civil irregular que hace la Audiencia sostiene que la sociedad es mercantil y que debe regirse por las normas de sociedades regulares colectivas que para disolverlas exigen buena fe.

TODA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EXIGE QUE SE PRUEBE LA EXISTENCIA Y REALIDAD DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla, en Sentencia de 29 de abril de 1991, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª), en Sentencia de 4 de noviembre de 1992, estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En relación a las obras de cerramiento parcial (con respecto a la vía pública) del espacio de terreno o solar que circunda el bloque o edificio, los propietarios de sendos locales comerciales sitos en la planta baja de dicho bloque o edificio promovieron contra la Comunidad de Propietarios del mismo, recurso por el que piden se declare que el soportal de la planta baja de dicho edificio está afecto a una servidumbre pública de libre circulación, suponiendo las obras de cerramiento del perímetro del edificio una alteración de los elementos comunes del mismo, además de un perjuicio económico.

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada y notoria la doctrina de la Sala atinente a que las sentencias absolutorias o totalmente desestimatorias de la demanda no pueden, en general, ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todos los puntos objeto de la controversia, salvo que tal pronunciamiento absolutorio lo hayan basado en la estimación de una excepción no alegada, ni apreciable de oficio, o en una alteración de la *causa petendi*, ninguno de cuyos supuestos de excepción se dan el presente caso litigioso, por lo que la sentencia recurrida no ha incurrido en el vicio de incongruencia de que aquí se le acusa, por otra parte, es totalmente acertada y procedente ya que no se ha probado adecuadamente en el proceso que los actores hayan sufrido daños o perjuicios como consecuencia del cercamiento que la Comunidad de Propietarios demandada que llevó a efecto en el ejercicio legítimo de su derecho.

El edificio al que se refiere este litigio (que jurídicamente es una sola unidad, aunque arquitectónicamente son dos casas, con portales independientes, cada uno de los cuales da entrada a diferentes viviendas) tiene en su planta baja un soportal. Así, en el título constitutivo de dicho edificio, en régimen de propiedad horizontal, consta que también se da la calificación de elementos comunes a lo siguiente: soportal de la planta baja que está afecto

a servidumbre pública de libre circulación. A continuación de dicho soportal, en sus respectivas direcciones hacia la vía pública existe un amplio espacio de terreno o solar, que circunda el edificio, del que forma parte, y que está destinado, al parecer, a zona de aparcamiento de vehículos y área de expansión y recreo. En el borde exterior de ese amplio espacio de terreno o solar es donde se ha realizado el cercamiento litigioso. Las obras de cercamiento del edificio disponen de diversos huecos o vanos y no guardan relación con la servidumbre pública de paso que grava el soportal del edificio, la cual continúa plenamente subsistente en los términos en que lo estaba antes de la realización de tales obras. Por tanto, el cercamiento litigioso no afecta en modo alguno a la servidumbre pública de libre circulación que grava el soportal del edificio, la cual continúa subsistente en los mismos términos en que fue constituida, pues la Comunidad de Propietarios demandada, en su reunión celebrada el 9 de junio de 1988 adoptó por mayoría de sus miembros el acuerdo de llevar a efecto obras de cercamiento del amplio espacio de terreno o solar que circundaba el edificio, pues bien ni en la demanda rectora de este proceso se suplica expresamente la declaración de nulidad de dicho acuerdo ni en la sentencia de primera instancia se hace tal declaración de nulidad, la sentencia recurrida entiende que el tema de la validez o no del expresado acuerdo constituye el fundamento implícito de la demanda.

De lo expuesto se deduce, y tal como declara la sentencia recurrida y la Sala lo comparte, que las referidas obras de cercamiento o cerramiento, en la forma en que las mismas han sido realizadas, no integran alteración de la estructura o fábrica del edificio o de sus elementos comunes ni afectan al título constitutivo, por lo que para la ejecución de las mismas bastaba el acuerdo de la mayoría, como así se hizo, el cual podía ser impugnado por los disidentes dentro del plazo de caducidad que establece el artículo 16, regla 4.ª de la Ley de Propiedad Horizontal, cuya impugnación no se ha realizado dentro de dicho plazo, sino varios años después de la adopción del mismo. El hecho de que para determinados acuerdos la Ley de Propiedad Horizontal exija el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que baste el de la mayoría, no entraña que el acuerdo adoptado sin dicho requisito de la unanimidad esté viciado de nulidad radical o absoluta, pues esta Sala tiene declarado, por un lado, que los acuerdos que entrañen infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la respectiva Comunidad, al no ser radicalmente nulos, son susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad que establece la aludida regla 4.ª del artículo 16 ya citado, sin haber sido impugnados dentro de dicho plazo, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir o cualquiera otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho y, por tanto, insubsanables, por el transcurso del tiempo y, por otro lado, tal como tiene declarado la Sala, la «regla de la unanimidad si no es observada, dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho».

Finalmente, se hace alusión a que es reiterada la doctrina de la Sala atinente a que el artículo 1.101 del Código Civil, al limitarse a enumerar las causas que hacen surgir el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir,

por sí solo, dada la generalidad de su contenido para fundamentar un recurso de casación por infracción de la normativa que contiene. Toda indemnización de daños y perjuicios exige ineludiblemente que se pruebe plenamente la existencia y realidad de los mismos y en el presente supuesto litigioso no se considera probado adecuadamente que los actores hayan sufrido daños o perjuicios como consecuencia del cercamiento que la Comunidad de Propietarios demandada llevó a efecto en el ejercicio legítimo de su derecho.

ACCION POR CULPA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jaca, en Sentencia de 16 de julio de 1991, desestima la excepción de falta de legitimación pasiva. La Audiencia Provincial de Huesca, en Sentencia de 19 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Con ocasión del uso de remonta en la estación de esquí de Formigal, al tomar la telesilla Salent, estando el suelo cubierto de paja, como medida precautoria ante la ausencia de nieve, se le trabaron los esquis a la recurrente, lo que ocasionó su caída sufriendo las lesiones que le afectaron. El incumplimiento denunciado, por tanto, se concreta a que la plataforma estaba cubierta de paja, pero no se demostró que esta circunstancia ni ninguna otra relacionada con el estado del piso, fuera directamente causante del accidente, pues la habían utilizado normalmente ese día otras personas, conformando hecho probado firme, que no se puede desconocer ni sustituir al arbitrio de la que recurre para hacer su propia valoración probatoria.

En el acontecer de los hechos, se da quiebra de la relación causal entre el estado de la plataforma y de la caída que sufrió la recurrente, a la que asistía el deber de mantener y conservar en todo momento el dominio de la situación, al apercibirse de que el suelo estaba sembrado de paja y adoptar medidas de precaución fácilmente a su alcance para evitar la traba de los esquis, no dándose intervención alguna ni elementos externos en la causación del accidente.

Doctrina de la Sentencia.—El único precepto referente al transporte de personas que se limita a regular la carta de porte o billete es el artículo 352 del Código de Comercio. Este contrato ha sido calificado por la doctrina y jurisprudencia como un contrato de obra en razón a que no sólo se presta un servicio, sino que también se compromete un resultado, cual es el de llevar a la persona a un lugar determinado y sin entrar en disputas doctrinales, que no es la finalidad de la actividad de juzgar en casación, parece más adecuado el encuadre en arriendo de servicios, si se atiende al deber de efectuar el traslado del viajero con las mayores medidas de seguridad, sustituyendo la obligación de resultado, más propia de los transportes de cosas. Y al estar en presencia de una relación contractual civil, ésta se rige por las normas contenidas en el Código Civil y referentes a la disciplina de la responsabilidad contractual. En estos transportes especiales, por la intervención activa que corre a cargo del viajero, hay que referir la culpa o negligencia al supuesto de que el servicio no ha sido satisfecho en la forma correcta y debida, lo que generaría obligación de medios. No es suficiente que medie un contrato entre

las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana —que no se ejercitó en este pleito—, sino que se precisa que la realización del hecho acontezca dentro de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial.

En el caso de autos, la entidad cumplió sus deberes obligacionales, pues ningún incumplimiento se le acusó como imputable debidamente acreditado y su comportamiento obligacional resulta así correcto y adecuado a la efectividad del contrato de transporte en telesquí.

LOS ARTICULOS 27 Y 28 DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN RELACION CON EL ARTICULO 1.102 Y CONCORDANTES DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid, en Sentencia de 29 de mayo de 1991, desestima las excepciones procesales y desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a), en Sentencia de 11 de noviembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Vehículo que sufrió averías intentadas reparar en Turbomóvil. El recurrente entiende que la avería subsistió tras diversas entradas en el mismo taller y abono de facturas desmesuradas sin ver el coche reparado. Dicho vehículo fue comprado tras cuatro años de pertenencia a su vendedor, de quien el comprador recibió la advertencia de las anomalías por él observadas en el circuito de refrigeración. Pero, en ningún momento, como veremos al comentar la sentencia, la deficiente reparación de alguna de esas anomalías fue la causa desencadenante de otra posterior, si bien, varias tienen su origen común en esporádicas pérdidas de líquido en el circuito de refrigeración, es decir, en el defecto que ya le había advertido el vendedor que tenía el vehículo de motor que le vendía.

Doctrina de la Sentencia.—No tiene la carga de probar ningún usuario de servicio protegido por la Ley de Consumidores la culpa del agente que presta el servicio, que realiza la reparación, sin embargo, el usuario sigue teniendo la obligación de probar que el daño existió, y que fue el producto del servicio defectuoso prestado por el demandado, y tales pruebas no las ha proporcionado al Tribunal, ni tan siquiera que al entrar con el coche en el taller se encomendara otra cosa que «verificar pérdida de agua», o «revisar niveles». Además, para que se indemnicen los daños reclamados es preciso demostrar que fueron causados por la utilización de servicios mal ejecutados y tal prueba no se ha probado por el actor. No se propone prueba pericial alguna que demuestre la relación causal entre la deficiencia del vehículo y la gran avería que padeció. Tampoco se puede hablar de una denuncia por infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española porque el derecho a la tutela judicial efectiva sabido es que tiene como contenido el de obtener una sentencia fundada, tras un proceso con todas las garantías, sea o no favorable al ciudadano que la postula y que la apreciación que hace el recurrente sobre la utilización de las reglas de la sana crítica por la Audiencia al sentenciar el caso pudo combatirla el recurrente por otros cauces procesales.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA CON APORTACION DE MATERIALES (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Cáceres, en Sentencia de 10 de enero de 1992, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Cáceres, en Sentencia de 8 de octubre de 1992, estima el recurso de apelación. No triunfa el recurso de casación.

Hechos —La cuestión litigiosa que las partes promueven se refiere al cumplimiento de un contrato de arrendamiento de obra con aportación de materiales, en el que el contratista demandante reconoce haber recibido de la demandada una cantidad y reclama en la demanda el pago de otras que representan el resto pendiente más el incremento de ciertas mejoras que dice haber realizado con el consentimiento de su oponente.

Doctrina de la Sentencia.—El Juzgado estima parcialmente la demanda, condenando a la demandada a abonar una suma más los intereses legales, y absolviendo al demandante de todos los pedimentos que figuraban en la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación, la parte demandada se persona proponiendo un conjunto de medios de prueba: confesión, testifical y pericial, y aportando documentos. Practicadas las pruebas que se declaran admitidas, la Audiencia dicta sentencia confirmando íntegramente la resolución apelada.

Se citan como infringidos preceptos tales como los artículos 359, 372 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 1.232 del Código Civil y artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, pero resulta inadecuada su alusión. De entre las denuncias que afectan al quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio se trata la incongruencia, que se evidencia a través de la simple lectura de las peticiones que se hacen en la demanda, contestación y reconvencción y las respuestas que se dan en la sentencia del Juzgado. La Audiencia así también lo entiende y lo valora conjuntamente con el resto de la prueba practicada y al realizar esa actividad está ejercitando una función que le es propia en exclusiva y, por otro lado, se denuncia la infracción de los artículos 1.253, 1.281, 1.282 y siguientes y artículos 1.255, 1.261, 1.265, 1.267, 1.300 y 1.301, todos del Código Civil, resultando también inadecuada su alusión, pues lo que se está realmente pretendiendo es efectuar un nuevo proceso valorativo de la totalidad de la prueba, actividad eliminada del recurso de casación por la Ley 10/92, de 30 de abril.

«FICTA CONFESSIO» (LA PRUEBA DE CONFESION JUDICIAL). (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Baracaldo, en Sentencia de 27 de febrero de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 5ª), en Sentencia de 13 de octubre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

En este caso tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Sala interpretan el artículo 1.214 del Código Civil en el sentido de que lo que quiere la ley es que los hechos constitutivos sean probados por el actor y los demás, inclui-

dos los extintivos corra a cargo su probanza por el demandado. Es decir, que dicho precepto y su normal interpretación, proporcionan al juzgador una «regla de juego» que exige al menos una mínima labor probatoria que ha tenido que practicarse en el proceso. En el presente caso la base en que pretende fundamentar su pretensión la parte actora, ahora recurrente, está constituida por tres documentos de naturaleza privada. Por lo cual era preciso su autenticación procesal, que sólo podía llevarse a cabo a través de la prueba de confesión y de la pericial caligráfica.

La prueba de confesión judicial supone la declaración personal de la parte de la contienda judicial y afecta a la convicción directa del Juzgador. En nuestro Derecho tiene una regulación bifronte que se desenvuelve en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil

En nuestro caso el Juzgador de instancia, ha estimado prudente no utilizar tal mecanismo procesal, y esa conclusión constituye una decisión mental, difícilmente sustituible o revocable en casación, sobre todo cuando, como en el presente caso, existe la duda vivencial del representante legal de la entidad demandada, como se desprende de la diligencia de citación efectuada y sobre todo cuando dicha duda hubiera debido ser aclarada y probada por la parte, ahora recurrente, para mejor éxito de la pretensión.

DECLARACION DE NULIDAD Y ACCION SUBROGATORIA (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Tudela, en Sentencia de 14 de septiembre de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Navarra, en Sentencia de 30 de octubre de 1992, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

Nos encontramos ahora ante el estudio de un caso en el que se ataca la sentencia *a quo* en cuanto desestima la excepción de prescripción opuesta en la contestación a la demanda. La sentencia combatida desestima la referida excepción por entender que al desestimar la sentencia de primera instancia el fondo de la demanda sin hacer pronunciamiento expreso sobre la prescripción invocada, se produjo su desestimación implícita y al no haber recurrido en apelación el demandado ni haberse adherido al recurso de la actora, tal cuestión quedó firme y no podía ser examinada por el Tribunal de apelación.

Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la congruencia que debe observar la sentencia con relación a los pedimentos contenidos en la demanda y contestación no exige la desestimación expresa y detallada de todas y cada una de las excepciones aducidas por el demandado, pues siempre que se estima la acción ejercitada por el demandante, se entienden implícitamente desestimadas, por ese mismo hecho las excepciones del demandado, siendo suficiente que se razone tal desestimación. A la luz de esta doctrina jurisprudencial no puede aceptarse por esta Sala la afirmación del Tribunal de apelación de que la sentencia de primera instancia, absolutoria en cuanto al fondo, contiene un rechazo tácito de las excepciones alegadas, se trata de una sentencia que desestima la acción ejercitada y que no contiene razonamiento alguno sobre la excepción de prescripción. Se trata de un caso de incongruencia omisiva al haber omitido el Juzgador de primera instancia el examen de

la excepción que debió de hacer con carácter previo al de la cuestión de fondo, dejando imprejuizado ese medio de defensa opuesto por los demandados comparecidos a la pretensión actora, este enfoque conduce a estimar que la cuestión relativa a esta excepción devino firme al no recurrirse en apelación por los demandados la sentencia de primera instancia ni haberse éstos adherido a la apelación de la actora, único medio procesal para que el Tribunal de apelación hubiera podido entrar a conocer de ese defecto de la sentencia apelada, constitutivo de gravamen para los codemandados.

A lo largo del proceso se definen dos conceptos que debemos destacar:

Declaración de nulidad —La declaración de nulidad acarrea la nulidad de la propia constitución de la Sociedad. Es llamativo ver que los codemandados aquí recurrentes que han basado su defensa en la correcta constitución de la sociedad, al haber cumplido ellos su deber de aportación, ataquen la sentencia *a quo* precisamente, por no declarar la nulidad de la escritura constitutiva de la sociedad codemandada, la parte propone al abogar por esa nulidad del acto fundacional que «sería preciso revisar todo el proceso constituyente y fundacional, con llamamiento a terceras personas ajenas a la litis, y en definitiva el propio crédito de la actora sería nulo, por haberse otorgado a una entidad que nunca llegó a existir». Siendo ésta una auténtica argumentación mercantilista se olvida que la declaración de nulidad de las sociedades mercantiles, incluida la anónima, no tiene efectos retroactivos y que los actos y contratos celebrados antes de la presentación de la demanda han de subsistir, así la declaración produce técnicamente los mismos efectos que si se hubiera producido una causa de disolución de la sociedad.

Reiteradamente tiene declarado la Sala que es de la esencia de la presunción que en ella haya de ajustarse a las reglas del criterio humano el enlace preciso y directo (art. 1.253 del Código Civil) que religa el hecho-base con el hecho-consecuencia, sin que se exija que la deducción sea necesaria y unívoca, asimismo ha declarado la Sala que el juicio lógico del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir. Tales reglas lógicas han sido respetadas por el Juzgador de instancia al estimar inexistentes las aportaciones al capital social a que venían obligados los codemandados y lo que la recurrente pretende desvirtuar alegando que los bienes adquiridos por la sociedad el mismo día de su constitución tenían un valor muy superior al que se hizo figurar en la escritura pública de compraventa, pues aún en el caso de que esas aportaciones se hubiesen hecho en otro concepto, lo lógico es que hubieran quedado plasmadas documentalmente, ya en la contabilidad social ya de otra forma que acreditase su realidad, aparte de que no existe prueba alguna en autos de que el precio pagado por los inmuebles fuese superior al figurado en la escritura notarial.

Se alega infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución, pues no se pide la condena de los codemandados al pago de las cantidades que allí se reseñan, sino que insta «se abone», sin expresar quién ha de hacer ese «abono» de tales cantidades, por lo que al condenar a las personas físicas codemandadas al pago a la actora de las sumas que se dicen, está haciendo un pronunciamiento no solicitado por la actora, aparte de la contradicción que existe entre los pronunciamientos del fallo al condenarse ambos a los codemandados al pago.

Acción subrogatoria.—Ejercitada en la demanda la acción subrogatoria que al acreedor concede el artículo 1.111 del Código Civil para ejercitar los derechos y acciones que su deudor tiene frente a terceros, «ejercitando los derechos y acciones de éste que tiene abandonadas y habían de producir un aumento de su patrimonio», el efecto de esta acción es la de obtener un incremento del patrimonio del deudor a fin de conseguir la satisfacción del crédito; una vez producido ese incremento patrimonial, el acreedor podrá y deberá exigir de su deudor al pago, sin que en este procedimiento pueda hacerse entrega a la actora de las cantidades que los demandados adeudan, ya que la acción subrogatoria no es una acción directa sino, como dice la doctrina científica, una acción oblicua, por lo que las cantidades así obtenidas pasan a engrosar el patrimonio del deudor sin que el acreedor que ejercita la acción subrogatoria ostente, por esa razón, preferencia alguna en la satisfacción de su crédito

DEMANDA POR DECLARACION DE ERROR JUDICIAL. APELACION POR ADHESION. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1996)

El Juzgado de Primera Instancia número 22 de Barcelona dictó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda, apreció una conducta negligente en la actora que agravó las consecuencias dañosas derivadas de la falta de resistencia del hormigón. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) revocó la sentencia del Juzgado en cuanto a la compensación de culpas apreciada.

No ha lugar a la demanda sobre declaración de error judicial.

Hechos.—El 12 de julio de 1988, Constructora Industriales Reunidos, S. A., contrata a Estructuras Sabadell, S. A., para que realice una obra consistente en la construcción de una estructura de hormigón armado con forjado tipo reticular. El hormigón utilizado para la obra fue contratado por Estructuras Sabadell, S. A., con Readymix Asland, S. A., exigiéndole el suministro de un tipo de hormigón determinado con resistencia en concreto para la losa del sótano. El 15 de octubre de 1991 se realiza una prueba de carga en la losa constatando el levantamiento de la misma en dos centímetros y produciendo roturas en diversas zonas. La dirección facultativa de la obra decide reconstruir las zonas de la losa afectadas.

Doctrina de la Sentencia—En el presente caso no puede prosperar la denuncia de error judicial contenida de: a) indiscutible naturaleza de compraventa mercantil habida entre Readymix Asland, S. A., y Estructuras Sabadell, S. A. (art. 342 del Código de Comercio y 1.490 del Código Civil); b) la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona al aceptar los fundamentos de derecho de la dictada en Primera Instancia incide en error al no considerar preceptivas y obligatorias las pruebas para determinar el hormigón suministrado, ignorando la repetida sentencia que tal obligatoriedad estaba en vigor, c) cometer el error de atribuir a Readymix Asland, S. A., la condición de «constructora», condición que no tenía ni nunca tuvo, ya que su actuación se limitó al «suministro» de los materiales —hormigón— que le fueron solicitados por la verdadera «constructora», que no era otra que la actora «Estructuras Sabadell, S. A.». Vamos a ir desglosando cada uno de los apartados. Comenzamos así diciendo que en el a) se trata de combatir la

interpretación del Tribunal acerca de la aplicación o no al caso de la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, cuestión que, como manifiesta la doctrina jurisprudencial, en modo alguno puede ser planteada en un procedimiento cuyo objeto es la declaración de error judicial. Por su parte, la denuncia del apartado b) en el que se trata de combatir el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia y las conclusiones a que la misma llega a través de la interpretación de las diversas normas en juego sobre cuál de ellas era aplicable para resolver el debate planteado, sin que, de acuerdo con lo dicho, pueda esta Sala, en este procedimiento, entrar a examinar lo acertado o desacertado del razonamiento lógico contenido en la sentencia a la que se tacha de errónea. Y ahora, respecto a la denuncia de error judicial que se hace en el apartado c), ha de tenerse en cuenta que la demanda inicial promovida por Estructuras Sabadell, S. A., versaba sobre indemnización de daños y perjuicios que se le habían causado como consecuencia de la defectuosa calidad del hormigón servido por Readymix Asland, S. A., en virtud del contrato de suministro entre ellas existente. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda «por apreciar una compensación de culpa, al apreciar en la actora una falta de diligencia al no comprobar previamente la calidad de material y la bondad de su mezcla y aplicación». Estructuras Sabadell, S. A., se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la demandada e impugnó la sentencia de primera instancia en cuanto estableció dicha compensación, la Audiencia Provincial acogió esa impugnación razonando que la constructora al asumir la realización del proyecto, aceptando los materiales, y efectuando los trabajos propios, absorbe totalmente el marco de la responsabilidad derivada de la ejecución de las obras; imputar una responsabilidad a la propiedad, por no haber cuidado de la bondad de las mezclas, por ser una obligación ajena a su situación en el contrato.

En el estudio de este tema hemos de decir que la Jurisprudencia de la Sala configura el error judicial como aquella actuación en que se incluyen equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la Ley, pero como quiera que este proceso especial no puede confundirse con una tercera instancia, sólo cabe su apreciación cuando el tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de hechos distintos de aquéllos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso, pero sí que es debido a una equivocada información sobre hechos enjuiciados por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del Derecho que se base en normas inexistentes o entendidas de modo palmario, no comprende por tanto el supuesto de un análisis de los hechos y sus pruebas, ni interpretaciones de la norma, que acertada o equívocamente, obedezcan a un proceso lógico y por ello sirva de base a la convicción en que consiste la resolución, cuyo acierto o desacierto entre en el terreno de lo exigible, en los procesos no se opera con una verdad material que puede originar certeza y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención de datos de carácter indiscutible que rompe la armonía del orden jurídico como tampoco puede basarse en la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó dentro de las normas de hermenéutica jurídica y sin que pueda prejuzgarse si dicho criterio es el único aceptable o si existen otras también razonables, ya que no pueden unos y otros considerarse constructivos de error judicial generadores de indemnización, reservándose a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del Derecho.

De lo expuesto se ha de llegar a la conclusión que cuando la sentencia se refiere a la «constructora» para determinar la extensión de su responsabilidad, lo está haciendo a Estructuras Sabadell, S. A., como ejecutora de la obra en que se utilizó el hormigón suministrado y en la que aparecieron los daños cuya indemnización solicitada en su demanda, referencia que era necesaria por cuanto la demandada Readymix Asland, S. A., atribuía aquellos daños a múltiples causas, entre ellas, una defectuosa manipulación del cemento o a una igualmente defectuosa ejecución de la obra, por lo que se hacía preciso establecer el ámbito de responsabilidad de Estructuras Sabadell, S. A., como constructora, aunque la relación contractual existente entre las partes no era la de un contrato de ejecución de obra sino de suministro. Al utilizar el término «propiedad», la sentencia de apelación se está refiriendo a Estructuras Sabadell, S. A., para negar que le sea imputable la responsabilidad que aprecia la sentencia de primer grado al establecer la compensación decretada; es decir, con ambos términos «constructora» y «propiedad», la sentencia se está refiriendo a Estructuras Sabadell, S. A., y aunque calificar a la actora de propiedad sea improcedente, ello no puede encuadrarse dentro del ámbito del error judicial, ya que sustituyendo ese vocablo «propiedad» por la denominación social de la actora o por cualquier otro indicativo de su posición contractual en el contrato de suministro celebrado con Readymix Asland, S. A., la solución del litigio sería la misma.

DECLARACION DE TIPO DE INTERES A APLICAR A UN CONTRATO DE PRESTAMO. LA INTERPRETACION DE CONTRATO REALIZADA EN LA INSTANCIA NO QUEDA INCOLUMNE EN CASACION CUANDO SE OPONE MANIFIESTAMENTE A LA INTENCION DE LOS CONTRATANTES. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pontevedra, en Sentencia de 13 de julio de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª), en Sentencia de 10 de diciembre de 1992, rechaza el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Hechos.—Unos cónyuges constituyen hipoteca en favor de Banco Pastor, sobre los inmuebles que describen en garantía de la devolución de un préstamo que dicha entidad bancaria concede a su hija. En la escritura, y dentro de sus estipulaciones, acuerda en cuanto a los intereses lo que sigue. «El primer período comprende desde el día de hoy hasta el 31 de diciembre de 1989. Los restantes períodos tendrán una duración de un año, que se calcularán por años vencidos a contar desde la terminación del período inmediatamente precedente. El segundo período comprenderá desde el 31 de diciembre de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1990, y así sucesivamente. Durante el primer período este préstamo devengará un interés de 13,75 por 100. Y el resto aplicable será el que derive de adicionar 0,50 por 100 al valor que represente el tipo básico de referencia en la fecha de inicio de cada período de intereses. Este diferencial permanecerá invariable durante el tiempo de vigencia del contrato. El tipo de interés básico de referencia aplicable a cada período de interés será el tipo de interés preferencial vigente y comunicado por Banco Pastor al Banco de España para operación de crédito y préstamo a un año.

Este tipo de referencia no podrá ser superior ni inferior en un punto porcentual a la media aritmética del tipo preferencial de interés para operaciones de crédito y préstamo a un año. Estas son a grandes rasgos las cláusulas que motivaron la constitución de esa hipoteca objeto del litigio.

Doctrina de la Sentencia.—Estamos ante un problema no de interpretación sino de IMPOSIBILIDAD DE APLICACION DE CLAUSULA PACTADA. La intención de las partes fue en realidad la de que la variación del interés se producía en función de los tipos de interés señalados por el Banco Pastor para operaciones de préstamo y crédito a un año, pero no sobre un deber de señalamiento de dichos plazos con su comunicación al Banco de España. Las Circulares de ese Banco relegan la denominación interés preferencial a las operaciones a corto plazo, y las demás, incluida la litigiosa, se adaptan a la nueva situación creada. El Banco Pastor aplicó los tipos variables referenciados con tipos preferenciales para operaciones de crédito y préstamo a un año. Las sentencias de instancia han realizado lo que denominan «interpretación integradora» para dar sentido a la cláusula litigiosa, y sabido es que la doctrina invariada de esta Sala es la de que la interpretación de los contratos es tarea que pertenece a la soberanía de los órganos de instancia, que debe ser mantenida en la casación mientras no se demuestre que es ilógica, que conduce a resultados absurdos o que es vulneradora de normas legales.

Se acusa infracción del artículo 1.258 del Código Civil y del principio jurídico *pacta sunt servanda*, recogido en las sentencias de esta Sala efectuando en su fundamentación un contraste entre el tenor de lo pactado en cuanto a la revisión del tipo de interés cada año de duración del contrato, y el fallo de la sentencia de primera instancia, confirmado por la sentencia que se recurre, resaltando que no respeta lo pactado, pues alude a un módulo de revisión como es el interés de préstamos hipotecarios, distinto del acordado de interés para créditos y préstamos a un año, siendo así que para el cálculo de ambos intereses se siguen distintos procedimientos. También se denuncia la infracción del principio que prohíbe ir contra los propios actos, acogido por la doctrina jurisprudencial pero no viable a nuestro caso, pues el pago no significa la aceptación a lo hecho por el Banco, el pago fue obligado para que el Banco no diera por vencido el préstamo en caso contrario, con los perjuicios consiguientes a la devolución de la cuantiosa suma de dinero recibida de forma inmediata cuando se proyectó hacerlo en un largo período de tiempo. Se mantiene que si siempre son sospechosas de ilicitud las cláusulas *solve et repete*, no hay duda de una inmoralidad de las de *solve et non repete*, que es lo que en definitiva quiere el motivo. La intimidación y coacción económica de la cláusula pactada la haría, sin duda, nula de pleno derecho.

Se introduce para el establecimiento del interés variable un parámetro —créditos hipotecarios— totalmente silenciado por las partes en la escritura de constitución de hipoteca entre los criterios pactados para hallar el interés en cada período temporal del préstamo. Además de suponer la práctica transformación de una hipoteca a interés variable en una hipoteca de interés fijo, y dar por no establecida la cláusula contractual que ha sido fuente del litigio, se establece como tipo de interés a aplicar en cada período de tiempo pactado, la media aritmética de los tipos de referencia para operaciones de crédito y préstamo a un año, publicado y comunicado al Banco de España, en el inicio de cada período de intereses, incrementado en 0,50 por 100, todo ello en tanto no

se publiquen y comuniquen al Banco de España por el Banco Pastor los tipos de interés preferencial para operaciones de crédito y préstamo a un año a fin de hacer posible la aplicación exacta de la cláusula pactada sobre la variación de interés del crédito con garantía hipotecaria concedido a la actora.

IMPROCEDENTE RECLAMACION DE CANTIDAD DE DEVOLUCION DE CUOTAS APORTADAS A COOPERATIVA INCLUYENDO APORTACIONES EFECTUADAS E INTERESES DEVENGADOS. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lucena, en Sentencia de 5 de octubre de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª), en Sentencia de 14 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación

Doctrina de la Sentencia.—Carece la sentencia que se recurre de motivación alguna, puesto que incluso la misma justifica la procedencia de las deducciones practicadas por la Cooperativa en base a lo convincente de los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, que no acepta su importe, el único razonamiento de la sentencia está contenido únicamente y a su vez en los convincentes razonamientos de la sentencia de instancia, que fueron distintos a los de la propia sentencia recurrida, tal resolución hace que se admitan como válidas y concretas las deducciones practicadas por la Cooperativa. La sentencia recurrida incurre en clara y evidente incongruencia entre sus razonamientos y el fallo. La denuncia a la infracción del artículo 1.214 del Código Civil sobre carga de la prueba, y a los artículos 32 y 80, Disposición Transitoria 2.1 y artículo 77 de la Ley 3/87, General de Cooperativas, es rechazable, pues la razón de pedir de la presente litis se basa en un derecho al reintegro de su aportación a la demandada, previa impugnación de esa primera liquidación o finiquito cuando ya le constaba al actor y conocía el posterior acuerdo emitido por el que se dejaba el mismo sin efecto, sin oponer impugnación alguna, y, que aquella liquidación había quedado anulada, y porque, además, al no tener conocimiento de la segunda liquidación acordada cuando interpone su demanda y conoce la misma al menos desde la contestación en que lo aduce la demandada, debió acoplar su pretensión a esa nueva situación económica, posibilidad que le permanece intacta cuando tras su notificación proceda a impugnarla por la vía adecuada.

EJERCICIO DE LA ACCION RESOLUTORIA SURGIDA «POST CONTRATUM» Y CON BASE A UN INCUMPLIMIENTO PRESTACIONAL. ARTICULOS 1.124 Y 1.166 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1996)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao, en Sentencia de 9 de julio de 1991, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao, en Sentencia de 5 de octubre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No ha lugar el recurso de casación

Doctrina de la Sentencia.—Para que como acabamos de aludir se pueda ejercitar una acción resolutoria *post contratum* y con base a un incumplimiento prestacional (art. 1.124 del Código Civil) es necesario que concurren los siguientes requisitos: obligaciones de contenido sinalagmático; incumplimiento por parte del deudor de todas o algunas de dichas obligaciones; cumplimiento por parte del actor de lo que le incumbe; posición psicológica firme del deudor de incumplir con su cometido obligacional. Pero además, hay que tener en cuenta la plena aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.166 del mismo texto legal, en cuanto proclama el principio de que no se puede obligar al acreedor a recibir una prestación distinta a la pactada, aunque así lo pretenda el deudor, pero como en todo principio, siempre hay un límite, que sería en todo caso el constituido por el llamado doctrinalmente «límite de tolerancia», a partir del cual se podría dar efectividad a una prestación diferente, cualitativa o cuantitativamente, pero que siempre se desenvolvería en unos parámetros mínimos.

También en el presente caso hay que invocar la doctrina derivada de la jurisprudencia de la Sala que determina que el incumplimiento obligacional, desde un punto de vista casacional, es evidentemente una *questio facti* claramente marcada por el Tribunal de instancia, y del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que la parte recurrente adquirió una remesa de relojes en la creencia de que eran de una marca de gran prestigio internacional, pues así se había convenido, y recibió, en su lugar, otra que era de relojes transformados para dar la apariencia de la referida marca y que, por ello, no tenía la cobertura de la garantía internacional. Con ello, la parte recurrente no ha cumplido con lo que le incumbía respecto a su relación contractual con la parte recurrida de una manera consciente y firme, por lo que ésta parte ha optado por el ejercicio de la acción resolutoria, porque además el margen de la prestación ofrecida con relación a la que se debiera ofrecer (*aliud pro alio*) rebasa los límites de la llamada «teoría de la prestación diferente».

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. RECONOCIMIENTO DE DEUDA. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola, en Sentencia de 12 de marzo de 1992, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), en Sentencia de 4 de diciembre de 1992, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis la prueba aportada a los autos acredita la existencia de una relación contractual, aunque verbal, entre el demandante y la sociedad demandada encuadrable dicho contrato en la categoría de arrendamiento de servicios que tenía por objeto los que el primero habría de prestar a la segunda en su condición de arquitecto, la existencia de dicho contrato surge no sólo de las manifestaciones de los testigos que se recogen en la sentencia de primera instancia, testigos que en la época del contrato eran socios de la sociedad demandada e intervinieron en los tratos y conversaciones habidos entre las partes sino, y más fundamentalmente, de la carta en la que la demandada reconoce adeudar al actor una determinada cantidad en concepto de honorarios profesionales y se la

remite por conducto bancario, ello constituye un acto propio de la recurrida en el sentido que a esta figura jurídica atribuye la jurisprudencia de ser un acto que «por su carácter trascendental o por constituir convención causa estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquéllos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir un derecho», y su fuerza vinculante para la parte no puede ser desvirtuada por las alegaciones que acerca de los motivos por los que se ofreció el pago de aquella cantidad se hacen en la contestación a la demanda, ajenos a toda idea de hacer pago al actor de unos honorarios debidos. Existente así entre las partes un contrato de arrendamiento de servicios, surge la controversia respecto adónde esos servicios se extendían. En los autos no existe prueba alguna que abone la tesis de la actora acerca del objeto de los servicios requeridos por la parte demandada, ya que no puede considerarse como tal los documentos acompañados con la demanda en que se recoge un Proyecto Básico y la documentación pertinente, ya que su realización por el actor no prueba si ello fue o no el objeto del encargo.

En base a lo visto se ataca la sentencia *a quo* en cuanto declara no compartir los razonamientos relativos, por un lado a dar valor a la viciosa práctica de realizarse proyectos sin la previa hoja de encargo, toda vez que siendo un deber reglamentario suscribir la hoja de encargo, el uso alegado aún cuando fuese cierto, no puede admitirse contra la norma, debiendo en todo caso y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil, la parte que así concertó el proyecto soportar la carga probatoria. Al exigir así la Sala de instancia que el contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre un arquitecto y su comitente ha de constar por escrito en la llamada «hoja de encargo», ésta, desconociendo la reiterada jurisprudencia de esta Sala en sentido contrario, pues el principio espiritualista que rige nuestro sistema de contratación no impide la exigencia de forma alguna para la validez de los contratos que «serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurran las condiciones esenciales para su validez», de lo que se desgaja que no puede afectar a la validez del contrato el no cumplimiento de las complementarias formalidades escritas de orden administrativo, garantizadoras de la observancia de ciertas exigencias cuyo incumplimiento por decisión unilateral de una de las partes no puede dejar a la otra sin posibilidad de reclamar su derecho a la compensación debida, la oportuna «hoja de encargo» sólo es una mera formalidad dirigida a acreditar la previa existencia de un concierto entre el arquitecto en cuestión y el dueño de la obra, y consiguientemente, la falta del referido requisito no provoca la invalidez del contrato, pero no lo interpreta así la sentencia recurrida por apreciar error de derecho en la valoración de la prueba documental privada.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. CLAUSULA DE SUMISION EXPRESA. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Se suscita la cuestión de competencia por inhibitoria entre los Juzgados de Primera Instancia número 52 de Madrid (auto de 19 de diciembre de 1995), y 7 de los de igual clase de Murcia (auto de 27 de septiembre de 1995). Así las cosas, se declara competente el Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Murcia para el conocimiento del Juicio Declarativo de Cognición.

Hechos.—En el Juzgado de Primera Instancia número 52 de los de Madrid, la entidad «Zardoya Otis, S. A.», interpone con fecha 13 de junio de 1995, una demanda de cognición, dirigida contra la Comunidad de Propietarios de una casa de Murcia, en la que se 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 el edificio propiedad de la Comunidad demandada.

Emplazada la Comunidad demandada con fecha 10 de julio de 1995, presenta dentro del plazo ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Murcia, escrito proponiendo cuestión de competencia por inhibitoria, al entender que corresponde la competencia territorial a los Tribunales de Murcia, lugar donde tiene su domicilio el demandado, donde se ha prestado el servicio y donde se celebró el contrato. El Juzgado número 7 de los de Murcia, requiere la inhibición al de Madrid manteniendo su competencia

Doctrina de la Sentencia.—La cláusula de sumisión expresa, en base a lo determinado por las Directivas de la Comunidad Económica Europea, y que figura en el contrato de adhesión, ciertamente hemos de decir que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, usuarios distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo benéfico para la entidad ahora demandante.

El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional. El Tribunal llegó a decir que el ordenamiento comunitario engendra derechos en favor de los particulares que las autoridades internas deben proteger, y que, cualquier disposición contraria del derecho nacional les resulta inaplicable. Por todo lo que se acaba de exponer, y previa declaración abusiva de la cláusula de sumisión expresa que se debate, la Sala decide la competencia para conocer de la presente reclamación en favor del Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Murcia, y poniendo lo resuelto en conocimiento del de Madrid.

OBLIGACION DE PAGO DE UNA CANTIDAD DE DINERO ARTICULO 1.108 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Valencia, en Sentencia de 12 de junio de 1991, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.ª), en Sentencia de 12 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación

Hechos.—Demanda interpuesta por la contratista Proyectos de Hormigón, S. A. (Prohosa) contra la promotora Nuestra Señora de Belén, Cooperativa Valenciana de Viviendas, en la que aquélla reclama la suma de una cantidad

más los intereses legales como saldo final de las relaciones económicas habidas entre las partes, a cuya demanda se opuso la demandada que además reconvino.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis la única denuncia que se recoge es la infracción del artículo 1 108 del Código Civil, que literalmente es como sigue si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistiría en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal. Se hace constar en los autos que en la demanda se reclama por el principal la suma que justamente es aceptada por ambas sentencias, si bien no se acoge el pedimento adosado «más intereses legales», porque según la Audiencia, ello lo impide tanto porque ese impago no se puede juzgar aisladamente del crédito reconvencional y porque haría de peor condición la misma pretensión negada al reconviniente, que son razones no atendibles en acatamiento del citado artículo 1 108, pues es claro que no satisfecha la suma reclamada por el demandado, la mora reprobable lleva consigo ese recargo, sobre todo, cuando se cuantificó la misma *ab initio*, y así se reconoció en sentencia, sin que el evento de la compensación que se declara por la así misma estimación parcial de créditos no cuantificables a favor de la demandada, sea un óbice al respecto, porque el crédito de la actora se vería ciertamente incrementado con ese legítimo derecho a los intereses devengados por el principal reclamado, y sin que tampoco se atienda el alegato último de la sentencia sobre la desventaja de la demanda

ENTREGA DE COSA DETERMINADA. ¿QUIENES QUEDAN SUJETOS A INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS? (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Torrelavega, en Sentencia de 12 de febrero de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Santander (Sección 2.ª), en Sentencia de 17 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos —La Compañía Mercantil «Germán Marcos, S. A.», y la Intervención Judicial designada en el expediente de suspensión de pagos, demandan y solicitan la declaración en sentencia de que, en virtud del negocio fiduciario existente, la finca que fue adquirida por los demandados pertenece en realidad a la demandante.

Doctrina de la Sentencia.—El negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista, y esta Sala ha proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz, y de ahí que el planteamiento de la recurrente —sobre que el incumplimiento por el fiduciario de su promesa obligacional no derivará en la pér-

dida de la titularidad atribuida por un negocio transmisivo seguido de *traditio*, como sucedería en un pacto de retro, sino que éste sólo responderá del incumplimiento de la obligación según lo establecido en los artículos 1.096 y 1.101 del Código Civil—, no sirve como apoyo de la indemnización sustitutiva, pues, de una parte, el artículo 1.096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor y, de otro, la recurrida, en uso de la opción expresada, ejercitó en el pleito una acción reivindicatoria con la asistencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su éxito, a saber la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quién tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien, y la debida identificación de la cosa, y lo hizo con el objetivo de recuperar el dominio, en realidad nunca perdido en virtud de la fiducia *cum amico* incrustada en la relación de confianza por la conducta del fiduciario, tenía aptitud legal para el ejercicio de dicha acción.

La sentencia recurrida considera la venta efectuada en escritura pública como de cosa ajena y nula, por esta razón y al desechar la tesis de la doble venta, aprecia la existencia de un contrato fiduciario *cum amico* al probarse la certeza y eficacia de la compraventa por parte de la recurrida y la simulación de la referente a los recurrentes, mediando entre ambos negocios jurídicos el nexo de confianza propio de los vínculos familiares y de los derivados de ser socios de la misma entidad, en que precisamente radica la causa de dicho negocio, y, esta Sala tiene reiteradamente sentado que no es lícito en casación partir de una premisa dialéctica que ha sido destruida conforme al estado de hecho declarado en la instancia, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico correspondiente a tales hechos, situación no desvirtuada en el recurso por lo que, en definitiva, se viene haciendo supuesto de la cuestión y corresponde señalar que la vulneración de esta doctrina se sanciona con la inadmisión del recurso por carencia manifiesta de fundamento

LA ACCION INTERDICTAL. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Fuengirola, en Sentencia de 19 de mayo de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), en Sentencia de 23 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Una entidad mercantil demanda a una Comunidad de Propietarios solicitando sea condenada al pago a la actora de una indemnización. La *causa petendi* la concreta la actora en los daños sufridos como consecuencia de la paralización de las obras que efectuaba según licencia municipal, debido a la interposición de interdicto de obra nueva que fue desestimado por el Juzgado de Primera Instancia por apreciar la excepción de incompetencia de jurisdicción que la Audiencia también desestimó.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso la demandada ejercitó la acción interdictal sin el cuidado o negligencia debido para evitar el resultado totalmente previsible (daño por paralización de las obras), detallando los hechos de los que se infiere el calificativo del actuar jurídico de la actora, es decir, la

Comunidad acudió a la vía interdictal en defensa de unos intereses meramente reflejos de una determinada ordenación urbanística, no de ningún derecho subjetivo, con plena conciencia, que tuvo o debió tener, de las consecuencias de una paralización inmediata de unas obras y de que para atacar la supuesta ilegalidad de las mismas que amenazaban tales intereses tenía que combatir la legalidad de la licencia a cuyo amparo se ejecutaban. Por su parte, los daños que se hayan producido han de repararse siempre que haya intervenido culpa o negligencia por imperativo del artículo 1.902 del Código Civil, pero no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma del actuar negligentemente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender para que no acuda a la vía jurisdiccional, se vulneraría el derecho que consagra el artículo 24 de la Constitución Española a la tutela efectiva de los derechos, pues en ninguna materia como en ésta es exigible al juzgador la máxima consideración a las circunstancias del caso, pero tampoco la vulneración de los derechos de quien ha sufrido injustamente un proceso.

En el caso de autos es clara la falta de cuidado, la negligencia, en suma, con la que procedió la Comunidad demandada, pues el interdicto de obra nueva que planteó contra la recurrente, no tenía por objeto la protección de ningún derecho que le correspondiese sino por estimarse que la licencia de obras concedidas por el Ayuntamiento para la construcción de los inmuebles que se reseñaban en la demanda era contraria a la normativa urbanística, implicando una pérdida de la privacidad que rompe o altera el equilibrio invadiendo un espacio libre de edificación, una apropiación privativa de un espacio común de toda la urbanización dedicado a zona verde, porque aún cuando la construcción del inmueble no se sitúa directamente sobre la misma, sí implica una limitación funcional de su contenido y finalidad concebido por el planteamiento urbanístico, y porque la construcción, tal como se está realizando, comporta una limitación ilegal del paisaje del inmueble. Pero es evidente que no hay ningún derecho amenazado o infringido por la licencia de obras, más bien se trataba de un problema administrativo el suscitado por la Comunidad para cuya resolución era completamente inadecuada la vía civil a fin de debatir la legalidad o ilegalidad administrativa de la licencia, y, en consecuencia, de las obras que se efectuaban. Tan es así, que la propia Comunidad, antes del planteamiento del interdicto, acudió a la correcta vía administrativa y contencioso-administrativa para obtener la revocación de la licencia. El ejercicio de la acción interdictal se revelaba como completamente inútil desde el punto de vista jurídico, y así lo vio con todo acierto el Juzgado de Primera Instancia al desestimarla por incompetencia de jurisdicción, que fue desacertada y erróneamente revocada por la Audiencia, que incomprensiblemente entró a conocer sobre la legalidad de la licencia de obras, estimándola ajustada al ordenamiento urbanístico y desestimando también el interdicto.

EL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA». (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alcoy, en Sentencia de 24 de febrero de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.ª), en Sentencia de 21 de diciembre de 1992, estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación en el sentido de fijar el inicio de los efectos de los artículos 20 y 30 de la Ley de Contrato de Seguro a partir de la notificación de esta resolución.

Doctrina de la Sentencia.—En el caso que nos ocupa se infringe por aplicación indebida el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros. Este motivo debe ser estimado con trascendentes matizaciones, pues, por un lado, pretender que el recargo del 20 por 100 de intereses moratorios, que establece el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros de 8 de octubre de 1980, no es aplicable con base a que el Consorcio de Compensación de Seguros no es una Sociedad Anónima, sino un organismo de Administración Pública institucional, es una hipótesis insostenible desde el punto de vista del derecho fundamental de igualdad, y, por otro lado, es errónea la aplicación que del mencionado artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros se hace en la sentencia recurrida. Es aquí donde surge la matización que se realiza con base al principio *iura novit curia*, y que se habla de error, puesto que se contradice en la sentencia recurrida, lo que ya constituye doctrina jurisprudencial de la Sala, y podrían citarse numerosas sentencias, pero únicamente vamos a aludir a la de 12 de mayo de 1993, la misma nos sirve de ejemplo, puesto que establece que la normativa contenida en los artículos 20 y 38.9 de la Ley de Contrato de Seguros de 8 de octubre de 1980, ya citada, está afectada por el principio *in iliquidis non fit mora*, o sea, cuando la cantidad a indemnizar no está fijada contractualmente y la misma no tiene el carácter de inatacable, situaciones ambas que se dan en la presente cuestión, por lo que será precisa una determinación previa cuantitativa por el correspondiente órgano jurisdiccional en su adecuado y exacto alcance, y sólo a través de una sentencia inatacable, y es ese el momento cuando pueda surgir la mora determinante de abono de interés, y surgirá dicho fallo inatacable.

DECLARACION DE VALIDEZ DE COMPRAVENTA EN DOCUMENTO PRIVADO CON ENTREGA DE POSESION FRENTE A SEGUNDA VENTA POSTERIOR DEL INMUEBLE EN ESCRITURA PUBLICA INSCRITA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. INFRACCION DE LOS ARTICULOS 1.500, 1.501 Y 1.504 DEL CODIGO CIVIL Y 33 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Murcia, en Sentencia de 20 de abril de 1989, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª), en Sentencia de 25 de mayo de 1992, estima el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Hechos—No puede concederse validez a la compraventa efectuada por el Apoderado de una entidad cuando el mismo carece de representación de la mercantil propietaria tanto porque sus poderes no estaban inscritos como porque las facultades representativas derivadas de una modificación estatutaria tampoco han tenido reflejo registral necesario; por lo tanto, si dicha compraventa no es válida no procede declarar la nulidad de las otras compraventas efectuadas por dicha entidad vendedora, frente a cuya decisión se interpuso el correspondiente recurso de apelación por la actora y que se resolvió por

sentencia estimando el mismo, en el sentido de que la falta de inscripción en el Registro Mercantil de los poderes concedidos por la Sociedad demandada no puede esgrimirse por la misma ni por el Apoderado como causa de nulidad frente al comprador, el cual sí podrá fundar en ello su pretensión en cuanto le favorezca, pues añade que la omisión de la inscripción de los poderes no produce la nulidad de los actores y contratos realizados por el mandatario.

Doctrina de la Sentencia—La potenciada denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 1.500, 1.501 y 1.504 del Código Civil, así como al artículo 33 de la Constitución Española, efectuada por la Sala en este nuestro caso, al no haber pagado, ni intentado siquiera, ni consignado el precio de la cosa vendida al comprador, y, no obstante, adjudicar la sentencia recurrida las propiedades al demandante, prospera, ya que la propia Sala afirma que aún cuando no se hubiese pagado la totalidad del precio por parte del actor, ello no es óbice para que se considerase perfeccionada la compraventa, según se especifica literalmente por la misma, disponiendo «que no se haya pagado la totalidad del precio no es obstáculo para considerar perfeccionado el contrato de compraventa entre las partes», por lo que procede la declaración consiguiente en que por el comprador recurrido se abone la suma pendiente de pago del precio convenido a la vendedora, concluyéndose, con la estimación del recurso en su parte dispositiva y demás efectos derivados. La recta convicción de razonamiento decisorio de la sentencia apelada parte, justamente, de supuestos jurídicos distintos, es decir, de la validez de la primera compraventa y de la inviabilidad de la segunda, por lo cual (y con independencia de que por las fechas de una y otra no sea absolutamente de pureza dogmática, la aplicación de la técnica de la *doble venta*), lo cierto es que se llega a la misma conclusión, si se parte, como tiene dicho la Sala, que cuando se difiere en un lapso considerable entre una venta y otra, el supuesto litigioso no deberá resolverse por el juego del artículo 1.473 sino fundamentalmente por el principio fundamental del *nemo dat quod non habet*, o sea, que la segunda venta se produce ya cuando se carece de facultad dispositiva sobre el objeto de dicho negocio.

Se diferencian en el estudio de la sentencia que nos ocupa los recursos interpuestos por las distintas partes y que pasamos a ver: El interpuesto por los codemandados: en el que no se resuelve la acumulación solicitada por el actor, la denuncia es inconsistente ya que el recurrente carece de interés para articularla, porque era una petición que afectaba al actor que se aquietó en su momento a la decisión cualesquiera que fuese del Tribunal; la posible inviabilidad del contenido de los poderes al no estar inscritos, sólo puede afectar al tercero en cuanto le perjudique pero no en aquello que le beneficie, siendo, en definitiva, una carencia que en todo caso, puede proyectarse con valor exclusivo entre las partes, apoderante y apoderado; se aduce error en la apreciación de la prueba, concurrencia de condición de terceros hipotecarios, y que si se trata de una doble venta, es evidente que la preferencia les corresponde a ellos por haber inscrito su derecho en el Registro, pero no es de recibo lo dicho pues las denuncias que tratan de resaltar los errores de puro hecho, son inviables en casación después de la propia reforma de la Ley 10/1992, de 30 de abril; en cuanto a la afirmación sobre la buena o mala fe del adquirente que ha de ser considerado en el momento de la adquisición, prevalece la buena fe por su parte, en torno a la acusación que pretende desvirtuar la mala fe de los recurrentes y considerar que se trata de terceros hipo-

tecarios, tampoco puede prevalecer frente a la taxativa afirmación que en su lugar se ha hecho constar por la Sala, la cual también prevalece como auténtica *questio facti*, sin que tampoco sea atendible el alegato sobre la prueba de presunciones, ya que, en caso alguno, se ha utilizado por la Sala sentenciadora, sino que se demuestra cómo, efectivamente, los recurrentes al adquirir su dominio conocían la preexistencia del actor; con lo que su evidente mala fe queda constatada.

El interpuesto por la entidad: al declarar la validez del contrato privado de compraventa, describiéndose las fincas registrales que no fueron objeto de petición concreta en la demanda, lo significativo es la validez que se declara del contrato de compraventa, que es la base de la pretensión del actor, con independencia de que se concrete su contenido referido a la compraventa de los terrenos o fincas que se mencionan; al declarar también la adquisición de la propiedad de la finca no se puede estimar, pues es esto un efecto derivado de la propia validez y eficacia consagrado en el propio contrato de compraventa base de la controversia; la infracción que refiere que el contrato celebrado en nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, la denuncia proviene por haber dado validez a un contrato en el que no intervino mandante, en realidad la cualidad de representante del apoderado de la recurrente está suficientemente constatada en los autos reiterándose que pese a su no inscripción en el Registro, al ser aspecto que beneficia al tercero, debe la misma prevalecer en su proyección negocial; la infracción al artículo 1.261 del Código Civil, que dispone que no hay contrato válido sin el objeto cierto que sea materia del contrato es irrelevante, pues su falta implicaría el correspondiente reajuste en la vía administrativa sin afectar a la esencia sustantiva del proceso, y la denuncia al párrafo 2 del artículo 1.473 del Código Civil, que determina que al ser inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro tampoco prospera, ya que la propia Sala ha fundamentado al haberse acreditado la mala fe con que actuaron los segundos compradores por el conocimiento que tenían de la preexistencia dominical de las fincas.

El tercer recurso interpuesto pese a incurrir en el desvío de postular sobre el fondo una declaración judicial de la inexistencia de la primera compraventa no se ha incorporado reconvencionalmente y determina lo siguiente. su omisión puede provocar se decrete la correspondiente nulidad de actuaciones al carecer *per se* de entidad suficiente para abocar se haya producido una indefensión a los derechos de la recurrente; la no notificación en caso alguno puede tener entidad suficiente para derivar en qué se ha producido indefensión al recurrente por cuanto la denuncia se ampara en que esa falta de notificación impidió al recurrente ejercitar su derecho a recurrir, y se permitió la trafa en autos de documentos cuya existencia era conocida por el demandante y que fue la base de su recurso; la mercantil no vendió ni dio posesión de las fincas litigiosas al demandante a pesar de lo cual la sentencia recurrida declara que el demandante adquirió la propiedad de las fincas y no puede prevalecer tanto por el título de adquisición como por la posesión posterior de la finca; el contrato objeto de la demanda es nulo, porque en nombre de la presunta vendedora, intervino un tercero que no estaba autorizado ni tenía la representación legal de la propiedad de las fincas; la sentencia impugnada condena a la demandada a otorgar escritura pública sin recibir contraprestación, la sentencia recurrida establece un hecho incierto, cual es la presunción de mala fe en la conducta de las partes.

LA ACUMULACION DE ACCIONES. EL EJERCICIO DE LA TRANSMISION DE LA TITULARIDAD. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 del Ferrol, en Sentencia de 2 de mayo de 1990, desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 1.ª), en Sentencia de 20 de junio de 1992, confirma la apelada.

El recurso de casación triunfa.

Hechos.—Demanda interpuesta por la viuda e hijos del causante contra el codemandado —sobrino del mismo—, articulándose por parte de la actora la acumulación de dos acciones que se dirigen contra los mismos demandados: una con base en que los actores ostentan la cualidad de herederos legítimos de su padre, la otra, es el carácter que se esgrime de titular de la sociedad de gananciales por parte de la viuda del causante, y asimismo madre de dichos codemandados. El difunto tenía diversas cuentas y depósitos en el Banco, estas cuentas y depósitos en un primer momento están puestas a nombre de él mismo y de uno de sus hijos, pero luego antes de morir y cuando estaba en trámites de separación conyugal, su titular resultó ser el demandado sobrino del difunto y éste sólo aparecía en las mismas como autorizado para disponer. De aquí se deduce que el importe de las citadas cuentas abiertas en el Banco ya no formaban parte de la masa hereditaria, pues la autorización concedida al difunto para disponer de ellas no es un derecho transmisible.

Doctrina de la Sentencia —Se ejercitan dos acciones: *una*, contra la Entidad depositaria de los fondos, y *otra*, con quien aparece como titular; la primera se ha de rechazar, pues no cabe condenar a dicha entidad a restituir a quien no figura como titular de aquélla, ni como portador de los resguardos de depósito, pues el único depositante fue el causante, jamás el codemandado (su sobrino) tuvo titularidad sobre los mismos, que tampoco tuvo poder para actuar en nombre del mismo y en ningún caso el hecho de que aparezca como titular el codemandado le puede convertir en titular de la indemnización, éstas son circunstancias que, en caso alguno, pueden prevalecer, por cuanto no están acreditadas en autos, pues son meras opiniones de parte interesada y, sin preferencia sobre las que se especifican que tan acertadamente elude, por no ser objeto del litigio, compulsar la corrección o no del acto traslativo previo. No se prueba tampoco el carácter ganancial que se invoca, ni (esto vale también para el supuesto de sucesión *mortis causa*) se demuestra que al tiempo del fallecimiento del causante, tal capital formase parte del patrimonio del mismo (pues, ya entonces el titular único del depósito no era codemandado), muy al contrario, el acto de transmisión del fallecido en favor de su sobrino tuvo lugar con antelación a su óbito. La Sala no entra a valorar la naturaleza de la transmisión operada, pues fuere cual fuere el éxito de la acción entablada vendría condicionado a la previa anulación del referido acto traslativo.

NULIDAD DE VENTA. PRINCIPIOS «IURA NOVIT CURIA» Y «DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS». CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Toledo, en Sentencia de 26 de junio de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª), en Sentencia de 23 de diciembre de 1992, desestima los recursos de apelación interpuestos.

No prospera el recurso de casación.

Hechos—Los esposos don Teodoro Herrera Martín y doña Rosario Sánchez-Ferrer López obtuvieron préstamos de diferentes entidades en los que figuraban unos fiadores solidarios. Mediante escritura pública otorgada, dichos cónyuges venden a su hijo un piso, cuya inscripción constituía la tercera en el Registro de la Propiedad correspondiente, y sobre la que el adquirente constituyó posteriormente una hipoteca. Vencidos los préstamos expresados, como los deudores principales no abonaron su importe, las entidades crediticias lo reclamaron a los fiadores, que los satisficieron. A los citados cónyuges y a su hijo se les condena como autores de un delito de alzamiento de bienes. Por su parte, los hijos de los avalistas promueven demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los partícipes del contrato reclamando entre otros pedimentos, la nulidad de la venta del piso referido y su inscripción.

Doctrina de la Sentencia.—La presente litis analiza que la decisión del Juzgado, después asumida por la de apelación, determina que el contrato litigioso, afectante al piso reseñado, lo es sin causa, debido a que los deudores, aparte de otros actos de evasión patrimonial, con derivaciones penales, como en éste, para los partícipes, vendieron dicho inmueble a su hijo sin que haya constancia de la entrega del precio, con el propósito de no hacer frente a las deudas contraídas con los avalistas, y se está ante un caso de simulación de la compraventa, es decir, de inexistencia o nulidad de pleno derecho, cuyo convenio carece de los tres requisitos de la causa de los contratos: *existencia, licitud y veracidad*, requisitos que son necesarios para su validez y, por ende, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.276 en relación con el 1.261.3, todos del Código Civil, es ineficaz y no produce efecto alguno, lo que, como señalan aquellas resoluciones, determina su nulidad y, además, no hay que olvidar que la calificación del negocio jurídico verificada por las partes no vincula a los Tribunales de instancia en atención a los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*, ya que no están sujetos, en los razonamientos que sirven de motivación al fallo, a las alegaciones de aquéllas, y pueden aplicar normas diferentes de las invocadas e, incluso, otras no citadas, salvo que supongan una alteración de la *causa petendi*, o cuando se produzca indefensión, cuyos supuestos de exclusión no acaecen en este caso.

Según tiene declarado la Sala, la congruencia se aprecia mediante la comparación del suplico de los escritos alegatorios con el fallo de la resolución y en nuestro caso no se produce un desajuste entre el fallo y los términos de las pretensiones formuladas por las partes, al no concederse más, menos o algo distinto de lo pedido.

LOS DEBERES DE VIGILANCIA Y CUIDADO SOBRE LOS MENORES EN UN CENTRO ESCOLAR. LA CONDUCTA NEGLIGENTE. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián, en Sentencia de 21 de septiembre de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 1.ª), en Sentencia de 27 de mayo de 1993, desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos—En el transcurso de una discusión entre dos niños menores que se encontraban en clase, uno de ellos le clava al otro una chapa redonda con imperdible que portaba. Como consecuencia de esta acción el menor fue tratado, presentando herida perforante en el globo ocular con catarata traumática y edema estromal, habiéndosele de practicar intervención quirúrgica

Doctrina de la Sentencia.—En nuestro caso el hecho de que en la sentencia recurrida se tengan como no probados ciertos extremos fácticos no supone que se estén valorando pruebas no practicadas como parece entender la recurrente en su expresión «y es más, aludiendo a pruebas no practicadas», siendo así que con ello no se hace mención expresa de ningún concreto medio de prueba. Cumple la sentencia *a quo* el requisito de la motivación, pues se ha de contener por las mismas el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión del pleito y no la necesaria pormenorización y exposición precisa de normativa legal cuando la misma se aplica y se tiene en cuenta, y así establece la jurisprudencia de la Sala que no hay precepto que exija una constatación pormenorizada o investigación o examen de cada una de las pruebas y basta que de su análisis se extraiga con convicción un resultado que puede ser fruto de la conjunción de dichos elementos probatorios, pues unos pueden no coincidir o contradecir a otros, por lo que dando, como en este caso acontece, las razones y fundamentos que se estiman procedentes para el fallo final, se cumplen las reglas hermenéuticas necesarias para otorgar la tutela jurídica efectiva que es constitucionalmente obligatoria en la actuación jurisdiccional. Esto no quiere decir, obviamente, que la tutela judicial efectiva lleve aparejada la necesidad de dar la razón a quien estima que se le ha causado indefensión y falta de tutela judicial efectiva, pues ambos contendientes tienen idénticos derechos a ella. Asimismo ha declarado esta Sala que no es de exigencia legal imperativa, y por ello no ocasiona incongruencia, la necesaria invocación de preceptos, cuando se tienen en cuenta, al pertenecer al ámbito de las facultades del órgano sentenciador la aplicación de las normas jurídicas que corresponden al supuesto discutido (*iura novit curia*), pues lo que viene a ser eficaz es el criterio doctrinal que se sienta como precedente y base del fallo. La infracción que aquí se denuncia requiere que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiese cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia se reproduzca en la segunda, con la salvedad, en cuanto a las faltas contenidas en segunda instancia, de que fuere ya imposible la reclamación.

Cuestionada en el motivo la declaración absolutoria de la madre de la menor causante de las lesiones, tal pronunciamiento ha de ser mantenido, pues probado en autos que las lesiones se produjeron en el aula del colegio al que asistían ambos menores, estando bajo la vigilancia de dos profesoras, la madre de esta menor no ejercía ni podía ejercer en ese momento sus funciones de vigilancia sobre su hija, ya que desde el momento de la entrada en el centro hasta su salida del mismo al finalizar la jornada escolar, esas

funciones de vigilancia se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio, por ello no puede atribuirse culpa alguna a esta persona en la producción del evento.

En autos queda probado que las lesiones sufridas por el menor lo fueron al clavársele en el ojo el alfiler del broche o chapa que en forma de imperdible llevaba la niña, al golpearle con él o arrojarlo, no son aceptables las razones que se exponen en la sentencia recurrida de que se trata de niños de cuatro años, pues traspasados al colegio demandado, desde su entrada en el mismo, los deberes de vigilancia y cuidado sobre los menores, ha de apreciarse en el caso una omisión de ese deber de vigilancia en los profesores del centro, deber que, dada la edad de los alumnos (cuatro años), debió ser extremada; tal omisión se produjo al permitir que la alumna llevase un broche de esas características compuesto de un elemento punzante que si, en poder de personas mayores carece de peligrosidad, no así en manos de un niño de cuatro años que con su actuación irreflexiva puede causarse lesiones a sí mismo o a un tercero, como ocurrió al surgir la disputa, no imprevisible, entre los niños y de la que las dos profesoras que estaban en la clase ni siquiera se apercibieron aunque sí otros alumnos. Por todo ello ha de afirmarse la existencia de una conducta negligente en las profesoras, conducta que determina la responsabilidad del centro de enseñanza demandado de acuerdo con el artículo 1 903 del Código Civil y la consiguiente obligación de resarcimiento de los daños causados al alumno.

EL VICIO DE INCONGRUENCIA. RELACION DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, en Sentencia de 4 de abril de 1991, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª), en Sentencia de 30 de diciembre de 1992, estima el recurso interpuesto y revoca parcialmente también la sentencia.

Ha lugar a la casación parcial de la recurrida sentencia.

Hechos.—Con relación a una serie de sucesivas ventas de mercaderías, una entidad mercantil (vendedora) promueve contra otra también mercantil (compradora) y contra los administradores, un proceso en el que ejercitando, acumuladas, sendas acciones de reclamación del pago del precio de venta de dichas mercaderías y de responsabilidad de los referidos administradores postula se dicte sentencia por la que se condene solidariamente a los codemandados.

Doctrina de la Sentencia.—En este caso y según se fundamenta al consistir la congruencia de toda sentencia en la correspondencia o adecuación de su pronunciamiento o «fallo» con el *petitum* de la demanda, en relación con la *causa petendi* de la misma, es evidente, y así lo tiene declarado reiterada y notoria doctrina de la Sala, que incurre en vicio de incongruencia aquella sentencia que, con patente y recusable alteración de la *causa petendi*, basa su declaración de responsabilidad de los administradores codemandados, aquí recurrentes, en el hecho de haber formulado los pedidos de mercadería a la entidad demandante a sabiendas de que la demandada, por su mala situación económica, no podría atender al pago de los mismos, cuando dicho hecho no

había sido aducido por la entidad demandante como soporte fáctico (*causa petendi*) de su demanda ni, por tanto, debatido en el proceso, cuyo hecho, además, no ha podido haberse producido, toda vez que los administradores demandados, aquí recurrentes, fueron nombrados, como tales administradores, en Junta Universal de accionistas. Los recurrentes aducen que entre la conducta de ellos y el daño que dice haber sufrido la entidad actora no existe nexo causal alguno, ya que, por un lado, ellos no formularon a la entidad actora el pedido de las mercancías y, por otro el que dicha entidad no haya cobrado el precio de tales mercancías no ha dependido de que ellos no promovieran la declaración del estado de suspensión de pagos o de quiebra de entidad compradora, en realidad, para que proceda la exigencia de responsabilidad a los administradores se requiere inexcusablemente que entre los actos de los administradores y el daño sufrido por los socios o terceros exista una clara y directa relación de causalidad, o, lo que es lo mismo, que los actos que se dicen realizados con malicia, abuso de facultades o negligencia grave por los administradores sean los que han lesionado directamente los intereses de socios o de terceros. En el presente supuesto litigioso no concurre este expresado requisito de la ineludible relación de causalidad porque los codemandados administradores, aquí recurrentes, no formularon pedido alguno de mercaderías a la entidad actora, además, el artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 exige lesión directa (los denominados «daños primarios») a los terceros por actos de los administradores, lo que no se ha producido en nuestro caso, pues el hecho de que éstos no promovieran temporáneamente la declaración de la codemandada entidad compradora en estado de suspensión de pagos o de quiebra, no ha sido la determinante directa de que la entidad actora no pudiera cobrar el precio de las mercaderías vendidas, sino que ello fue debido exclusivamente al estado de insolvencia en que, con declaración de quiebra o sin ella, se hallaba la deudora codemandada, lo que impedía el pago de sus deudas a sus numerosos acreedores, aparte de que en Junta, la referida sociedad acordó su entrada en período de liquidación.

EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Bilbao, en Sentencia de 28 de enero de 1992, estima la excepción dilatoria de la falta de reclamación previa en la vía administrativa. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 1.^a), en Sentencia de 13 de noviembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El relato fáctico que da origen a la presente litis es el siguiente: Un menor de trece años de edad, acompañado de otros tres amigos de semejante edad, acudieron a un establecimiento comercial abierto al público, donde adquirieron unos artificios pirotécnicos. En el patio del colegio los menores prendieron fuego a dicho artificio, retirándose de su proximidad todos ellos salvo este menor, aunque el ingenio pirotécnico era de la mínima potencia, produjo al citado menor lesiones en el ojo derecho que tardaron en curar 69 días, necesitando posteriormente una intervención quirúrgica, habiéndole quedado como secuela la pérdida del 90 por 100 de la visión del ojo lesionado.

Doctrina de la Sentencia—Según se tiene por probado la responsabilidad extracontractual no es concebida en nuestro derecho positivo sino es a través del *concepto de culpabilidad*, siendo necesaria la existencia de un reproche a la conducta del agente, aunque este reproche culpabilístico esté atenuado por aplicación de las modernas teorías de la creación del riesgo, la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia de la previsión, etc., pero en ningún caso es posible admitir la realidad de una culpa aquiliana basada exclusivamente en criterios puramente objetivos. Se hace indispensable la presencia de una conducta más o menos culposa, la producción de un daño, y la relación de causalidad que determine la conexión adecuada y suficiente entre aquélla y éste, o dicho de otro modo, la determinación concreta para el caso estudiado, de que de aquella conducta del agente se deriva, según las reglas de la lógica, la consecuencia necesaria del daño producido.

Visto lo que antecede, podemos llegar a la conclusión de que ni la empresa fabricante incurre en una conducta culposa, imprudente o negligente, pues se limita a fabricar artificio pirotécnico especificando que los productos de clase I (como el adquirido en nuestro caso) pueden ser utilizados por los niños siempre bajo la vigilancia de personas mayores, así se efectúa por el fabricante una prudente recomendación; ni el establecimiento comercial incurre en la misma, pues éste estaba autorizado para poseer y vender el producto, ninguna prescripción existía que obligara o indicara al vendedor la necesidad de efectuar la enajenación en presencia de una persona mayor, y no se le puede hacer responsable del uso o utilización que los compradores hagan del producto adquirido, pues si así fuese los comerciantes podrían ser declarados responsables del uso que los adquirentes hicieran de todos los objetos de la compra. El fabricante y el comerciante tienen perfectamente delimitada su responsabilidad, dependiente siempre de una conducta personal negligente, imprudente y, en definitiva, culposa, pero esta responsabilidad no puede abarcar o cubrir la negligencia, la falta de vigilancia o la imprudencia de los usuarios, compradores de los objetos y de los productos lícitamente vendidos.

No trata esta litis un supuesto de *iura novit curia* sino una auténtica cuestión de hecho, y por otro lado, la responsabilidad del fabricante queda eliminada, cuando aquellos daños o perjuicios estén causados por la culpa exclusiva de la víctima, o por la falta de vigilancia o cuidado de las personas de las que dependa civilmente, situación que sucede en el caso que analizamos.

EL JUICIO DE EQUIDAD. SOLIDARIDAD PASIVA TACITA. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1996)

El Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid, en Sentencia de 23 de abril de 1991, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª), en Sentencia de 11 de mayo de 1993, estima también parcialmente el recurso de apelación.

Los recursos de casación que se formalizan no prosperan.

Hechos—Contrato privado suscrito por las partes en virtud del cual la pluralidad de demandados vendieron a la actora del pleito dos edificios en unas determinadas circunstancias que se verán al comentar la sentencia.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis no se produce un incumplimiento total que demuestre una actitud alejada de la buena fe para no cumplir con la obligación que pesa sobre la empresa compradora de pagar el precio de lo adquiriendo, conforme al artículo 1.500 del Código Civil, sin orden de incumplimiento parcial aceptado por los vendedores, conformando acto propio al haber percibido la cantidad anticipada antes del otorgamiento de la escritura. Es en supuestos como éste donde la jurisprudencia decreta la procedencia de la aplicación de la moderación judicial. La sentencia en curso lleva a cabo un juicio valorativo basado en estimaciones reales y apreciación discrecional de otras circunstancias concurrentes de la que se deduce *el principio de equidad*. A tales efectos, se tuvo en cuenta que no hubo efectiva *traditio* o transmisión dominical de las fincas vendidas que continuaron en poder de los vendedores, los que se aprovecharon de sus rentas y utilidades, ocupándolas algunos de ellos. La entrega de dinero resulta acreditativa de la voluntad de cumplimiento o no se acreditó por los demandados que se les hubiera privado de una venta más ventajosa de los inmuebles del contrato a otros interesados en su adquisición. La base fáctica sobre la que se proyectó la equidad aplicada se integra con hechos probados firmes, por lo que ha de tenerse en cuenta la doctrina reiterada que viene a proclamar que no es revisable en principio en casación la cuestión de si los juzgadores obraron o no equitativamente.

También observamos que se da en el caso una *solidaridad pasiva tácita*, que surge cuando del contexto de la relación contractual y obligaciones contraídas se infiere tal concurrencia. La solidaridad viene impuesta pues los demandados actuaron como vendedores plurales, en situación de titulares dominicales en régimen de proindivisión y todos ellos percibieron conjuntamente el precio fijado para la compraventa litigiosa, habiendo contraído solidariamente la obligación de vender los edificios del contrato a la sociedad recurrida, con consecuente asunción, también en forma solidaria, de las responsabilidades que se les pudieran exigir en caso de incumplimiento.

APLICACION DE LA DOCTRINA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO». (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, en Sentencia de 3 de abril de 1989, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), en Sentencia de 6 de octubre de 1992, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Vigencia del contrato de arrendamiento de servicios celebrado y en cuya virtud, y para satisfacer el interés de completar su infraestructura de ventas en Europa, asume la misión —obligación— de seleccionar, coordinar y animar una primera red de agentes, a cambio de una remuneración predefinida por día de dedicación, incrementada con una comisión del 2 por 100 de la venta bruta. Por ese contrato se llevan a cabo negociaciones y tratos preliminares que conducen a la venta cediendo la explotación.

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina general sobre el «levantamiento del velo» es la que justifica el fallo combatido en el presente estudio, sin que los

casos concretos examinados por la recurrente impliquen que tal doctrina pueda reducirse o concretarse en *numerus clausus*, quitándole su auténtica finalidad de *numerus apertus* para cuando se ataquen en la realidad los preceptos que cita, que es lo ocurrido en el supuesto que nos ocupa, en el que, tras un minucioso examen de la prueba, llega la Sala de Instancia a las conclusiones fácticas sobre que no puede realizarse un nuevo análisis de la prueba, que convertiría la casación en una tercera instancia, que es, sin duda, lo pretendido por la recurrente. Si se establece la existencia del contrato de mediación, el logro del resultado pretendido, la concurrencia de interés común y unidad de fines en la sociedad condenada, su actuación coaligada en la gestión bastaría para negar el encargo o alegar su extinción para defraudar los derechos adquiridos por el actor y que a todas las sociedades del grupo benefició la actividad desarrollada por el actor. No cabe ampararse en la distinta personalidad jurídica de cada una de las sociedades condenadas, que ni siquiera necesitan actuar de mala fe para conseguir la defraudación si ésta se produce, y tampoco puede achacarse a la Audiencia que al aplicar la funcionalidad de la doctrina actuase de modo imprudente y sin tener en cuenta las circunstancias del caso, pues su minucioso análisis de la prueba demuestra lo contrario y la improcedencia de que esta Sala actúe como si de instancia se tratase, cosa que se ha reservado para los supuestos en que acoge algún motivo.

Todo el recurso pretende un nuevo análisis de la prueba o hace supuesto de la cuestión al afirmar que «la sentencia dictada en apelación parte de una premisa que entendemos errónea, refiriéndose a la comunidad de gestión e intereses entre las sociedades, suprimido por la Ley 10/92 el motivo de casación consistente en error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obrasen en autos, que además demostrasen la equivocación del juzgador, es llano que la base fáctica sentada por la sentencia recurrida sólo pueda atacarse por error en su valoración, y ello para cuando del conjunto de circunstancias en que el negocio se ha originado, con comunidad jurídica de objetivos manifestada por una interna conexión, que demuestra esa voluntad como garantía para los perjudicados y factor estimulante para el cumplimiento de los contratos, no se habría aplicado, pero al no existir la solidaridad expresa, negándosele la retribución que le corresponde, llano es que la doctrina sobre tal solidaridad tácita se ha aplicado con corrección tal y como razona la Audiencia

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO DE LA ENTIDAD TUTORA. LEGITIMACION ACTIVA PARA RECLAMAR EL DAÑO MORAL FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. SOLIDARIDAD. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona, en Sentencia de 22 de enero de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Pamplona (Sección 2ª), en Sentencia de 24 de diciembre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera

Hechos.—Menor, que a la edad de cuatro años y por la existencia de malos tratos, se suspende la guarda y custodia a los padres, otorgándose la misma

a la Excelentísima Diputación Foral. Transcurren diez años de estos hechos y la misma se encuentra interna en un piso de la Asociación de Educadores Especializados, ocurriendo que otra asociación invita a niños y educadores a pasar un fin de semana en sus instalaciones, donde organiza diversas actividades recreativas, entre ellas un circuito de Karts, debidamente señalizado y con protección de neumáticos a lo largo de su recorrido. Finalizada la actividad en la que la niña no había querido intervenir pide que se la deje probarla, a lo que se accede, colocándole el casco protector y empezando a darle las instrucciones de manejo, momento en el que la menor arranca de forma imprevista y acelerando al máximo, después de colisionar con un lateral, se dirige derecha al fondo del circuito rebasando la protección de los neumáticos colisionando con un autobús, y falleciendo a consecuencia de dicha colisión.

Doctrina de la Sentencia.—Se niega, ahora, la legitimación *ad causam* a los actores, que entiende no ostentan acción indemnizatoria por el fallecimiento de la menor, al no poder acreditar perjuicio alguno, habida cuenta de las declaraciones de esta Sala en el sentido de que «el derecho a indemnización como originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como *iure hereditatis*, sino como un derecho originario y propio del perjudicado...» y «la aplicación de la normativa contenida en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil genera la indemnización de daños y perjuicios derivados de culpa o negligencia, lo es siempre partiendo del presupuesto de que el demandante lo haya sufrido», de manera que, probada la ausencia de afectividad, desaparece el criterio para considerar que los padres han resultado perjudicados, aunque los vínculos afectivos se hubieran roto por culpa exclusiva del difunto, pues no es atendible la petición de resarcimiento moral al negarse mayoritariamente que la simple pérdida de la vida haga nacer una pretensión resarcitoria transmisible *mortis causa* a los herederos y ejercitable por esto *iuris hereditatis* de manera que la recurrente se muestra conforme con el anterior criterio mantenido por el Juzgado y disconforme con el de la Audiencia que, después de señalar las circunstancias del caso, añade... «...si bien a juicio de la Sala no llega a desaparecer cierto daño moral por el perjuicio de la pérdida de la niña...», que valora teniendo en cuenta las relaciones habidas en vida de la menor con sus padres para reducir la indemnización a la cuantía que ha quedado expuesta en la sentencia.

Se entremezcla la jurisprudencia civil con la penal, pero puede afirmarse que la legitimación para reclamar resarcimiento en caso de muerte corresponde, de ordinario, a los más próximos parientes de la víctima, si bien *iure proprio* y no por sucesión hereditaria, prescindiendo de la distinción entre muerte instantánea y muerte ocurrida con posterioridad al accidente, pero debida a éste, para determinar si la indemnización por causa de muerte entre en el patrimonio del difunto y por ello transita a sus herederos o no, ya que en el caso que nos ocupa la muerte de la niña fue casi instantánea y ello nos lleva directamente al daño moral, consistente en el *precium doloris*, ya que en el supuesto que nos ocupa no concurren circunstancias de convivencia, dependencia económica o patrimonial de los padres u otras semejantes; más las circunstancias recogidas por ambas sentencias de cierto abandono por parte de éstos, algún maltrato, hasta el extremo de ocasionar se les privase de la guarda, custodia y educación, no quiere decir que de modo absoluto se pueda afirmar que en ellos no se ha producido sufrimiento moral, que la Sala de instancia considera sin duda atenuado; y a virtud de la obligación reparadora

del artículo 1.902 del Código Civil, ese sufrimiento psíquico o espiritual minorado debe originar una reparación también reducida que proporcione, en la medida de lo posible, una satisfacción compensatoria al sufrimiento causado. La Sala viene señalando con reiteración que la apreciación del daño, en su existencia y alcance, es cuestión de hecho reservada al arbitrio del tribunal de instancia, sólo impugnabile en casación por error en la valoración de la prueba, aunque a la recurrente le atraiga más la postura del Juzgado, favorable a ella, que la de la Audiencia. Pero está claro que también podría tener la cualidad de perjudicada cualquier persona que, sin relación de parentesco, acreditase estar ligada a la víctima por vínculos de afecto, cual también tiene declarado esta Sala, pero sin trascendencia para el caso que ahora nos ocupa.

Se alega litisconsorcio pasivo necesario pero como se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo, con pluralidad de agentes, y el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de ellos como deudor por entero de la obligación de reparar, en tales casos, precisamente por la solidaridad, no existe litisconsorcio pasivo necesario y la responsabilidad por hecho ajeno, por culpa *in eligendo* o *in vigilando* no es subsidiaria, sino directa, pudiendo dirigirse la acción contra el autor del daño moral y contra el que deba responder por culpa *in vigilando* o *in eligendo* o solamente contra éste, sin perjuicio de las posibles reclamaciones posteriores entre ellos.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. EL DERECHO A LOS DIVIDENDOS QUE CORRESPONDEN A LOS TITULARES DE LAS ACCIONES. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón, en Sentencia de 22 de septiembre de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª), en Sentencia de 13 de enero de 1993, estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Los padres de los actores transfirieron un paquete de acciones a sus hijos Luis y Gemma, cuando ésta era menor, y dieron órdenes al Banco para que los títulos se pusieran a nombre de los hijos, los cuales percibieron el abono de los dividendos. Como la transferencia a la menor era nula por falta de consentimiento, y esa nulidad la opone al Banco, es preciso que para decidir el pleito en que los hijos reclaman del Banco los dividendos que éste no les ha satisfecho, estén en el pleito los transferentes de las acciones, esto es, los padres.

Doctrina de la Sentencia.—Se plantea en el caso que estudiamos una infracción de la doctrina legal atinente a que para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida es imprescindible la integración en el juicio de cuantos documentos subjetivos estén vinculados frente al actor de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo del que deriva la acción hecha valer ante los Tribunales. Además se insiste por la doctrina de la Sala, que la situación de litisconsorcio pasivo necesario se da cuando en virtud del vínculo que une a una persona con la relación jurídico-material objeto del

pleito, se produce la consecuencia de que la sentencia que se dicte necesariamente ha de afectar a los no llamados, dando lugar a condena sin ser oídos, pero tal nexo no se produce en el caso de autos. En el presente, el Banco aceptó la transferencia de las acciones, aceptó el depósito administrado de éstas, teniendo como titulares a los dos recurridos y sin embargo no les efectuó el pago de los dividendos en la cuenta que al efecto tenían abierta. Hay pues, un solo vínculo jurídico, el derivado del depósito, y unos solos titulares implicados, el Banco y los depositantes de los títulos. Así las cosas, plantear la nulidad de la transferencia al contestar la demanda es indiferente, porque no es el Banco quien puede discutir la validez de una transferencia cuya causa le es ajena y que en todo caso aceptó, tanto que en este litigio acepta la titularidad de las acciones. Además esa cuestión suscitada en la contestación, sí que exigiría para poderla resolver la presencia de los transmitentes en el litigio, o en otro caso, haber formulado demanda independiente con posterior y eventual obtención de la acumulación de autos, pero no plasmarla en el proceso en que sólo se discute sobre el derecho a los dividendos que corresponden a los titulares de las acciones, los cuales por no haberlos percibido reclaman su derecho de quien, en su sentir ha incumplido la obligación del depositario administrador, el cual ha ingresado el dividendo a personas distintas sin demostrar que a los actores les haya sido útil el pago. La falta de legitimación del Banco para impugnar el negocio por el que cambió la titularidad de las acciones depositadas, alegando falta de capacidad de una de las depositantes al tiempo de constituirse el depósito, es evidente, puesto que aceptó el depósito, no tiene, como depositario, deber de comprobar la validez del título de propiedad de los depositantes y nada impide que un menor por decisión de sus padres pueda adquirir unas acciones y es éste el que al adquirir la mayoría podía discutir la legalidad de la transmisión, pero no el Banco, que dejó de pagar los dividendos sin que se sepa a ciencia cierta, ni intereses para resolver quién se benefició de los mismos, pero sí se sabe que no los recibieron los titulares del depósito.

EFICACIA DE LO PACTADO ENTRE LAS PARTES. RECIPROCIDAD DE LAS OBLIGACIONES. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Murcia, en Sentencia de 7 de mayo de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª), en Sentencia de 16 de enero de 1993, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Validez inicial del contrato privado suscrito entre los hermanos Caparrós y Usama, de fecha 26 de mayo de 1988, por la que ésta asumía el compromiso de solventar el débito tributario derivado de la anterior contratación entre los señores Caparrós y Blanco Guirao y, a cambio, aquéllos renunciaban a las plazas de garaje que les correspondían como parte de la contraprestación a la entrega del solar.

Doctrina de la Sentencia.—Sostiene la recurrente que sería irrelevante la validez inicial del contrato, pues habría quedado resuelto por el acuerdo posterior entre las partes plasmado en la escritura de resolución de 2 de

marzo de 1989. La Sala coincide con la Juzgadora de Instancia al entender que el contrato privado de 26 de mayo de 1988, está viciado en el consentimiento de los hermanos Caparrós, por error invencible para ellos al considerarse deudores de unos tributos cuando tales tributos de una parte no eran de su cuenta sino del señor Blanco Guirao y, por acuerdo privado del mismo con Usama, de esta Sociedad, y de otra, no se decían realmente al haberse resuelto el contrato de transmisión que había dado origen a su devengo. Junto a ese vicio en el consentimiento, falta en dicho contrato el elemento de la causa, lo que determina su nulidad radical, pues no existe contraprestación a la renuncia a plazas de garaje, ya que la obligación que asume Usama en dicho contrato es la de pagar el impuesto. «Solventar» el abono del débito implica una asunción de la deuda tributaria y la obligación de pagarla. De todo lo expuesto resulta que hubo un primer contrato de permuta entre los hermanos Caparrós y el señor Blanco Guirao, en el año 1984, que quedó sin efecto al incumplir el segundo la condición suspensiva establecida, lo que motivó un nuevo contrato de permuta entre los hermanos Caparrós y la empresa Usama, S. A., a principios del año 1988. Los pactos básicos entre los hermanos Caparrós y Usama, S. A., quedan expuestos en la escritura de 22 de febrero de 1988, habiendo sido modificados en el contrato privado de 26 de mayo de 1988, acuerdo que queda reflejado en la posterior escritura, llamada de compraventa de 2 de marzo de 1989. Al decretarse la nulidad de los pactos reflejados en el documento privado por el que se modificaba parcialmente el acuerdo inicial, éste vuelve a mantener su plena eficacia, lo que se traduce en la conclusión de la sentencia recurrida sobre la obligación de Usama, S. A., en entregar a los actores la plaza de garaje como contraprestación a la entrega del solar. No es obstáculo que se haya otorgado entre las partes la escritura pública de resolución de 2 de marzo de 1989, pues la misma lo que hace es reflejar tardíamente la resolución ya existente de permuta entre el señor Blanco Guirao y los hermanos Caparrós y permitir así que se pudiera dar forma con plenos efectos registrales a la nueva contratación existente entre los hermanos Caparrós y Usama, S. A., pero no puede darse a esa escritura el alcance que pretende la recurrente de una ruptura total de las anteriores situaciones entre todas las partes, sino que debe concretarse sin afectar a los pactos y acuerdos existentes, pues se aduce: «...la sentencia concluye que los intereses devengados por el mismo hasta el otorgamiento de las escrituras serán de cuenta de Usama, S. A. La propia sentencia deniega los daños y perjuicios solicitados por las actoras iniciales, es decir, se habla de culpabilidad en el retraso del cumplimiento del otorgamiento de las escrituras.

Las sentencias, tanto en primera como en segunda instancia, una vez admitida la resolución de las escrituras, presumen la voluntad de las partes. Esta presunción de voluntad es arbitraria. La Audiencia con su resolución judicial atenta a la reciprocidad de las obligaciones, porque impone a Usama, S. A., unas prestaciones que no convino, y que específicamente se resolvieron. Los pactos a que las partes llegaron deben cumplirse en su tenor literal, y no pueden ser complementados o variados por decisión judicial. Las sentencias declaran que las relaciones contractuales entre las partes, a excepción de lo dispuesto para las plazas de garaje, se regularán en escritura de compraventa y acta de manifestaciones. No cabe mantener que los actores actuaban bajo el estigma de su viciado consentimiento o falta de causa, por lo que ese nuevo marco de contratación ha de respetarse, lo que conduce a estimar en parte la

reconvencción y el recurso y dejar sin efecto la sentencia recurrida al confirmar en lo sustancial la de primera instancia, en el único sentido de que los derechos reconocidos a los actores correspondientes a su cuota no incluirán las plazas de garaje construidas por la demandada, al mantenerse en ese particular la eficacia de lo pactado entre las partes el 2 de marzo de 1989.

LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PRUEBA DEBEN RECAER SOBRE QUIEN NO ESTA OBLIGADO A PROBAR LOS HECHOS IMPEDITIVOS DE SU PRETENSION. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella, en Sentencia de 10 de abril de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), en Sentencia de 29 de julio de 1993, desestima el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Combate la sentencia recurrida la aplicación de cláusula penal pactada si hubiere demora en la terminación y entrega de las obras del caso que presentamos. Según la sentencia de la Audiencia, hay dudas sobre si el retraso se debió a las sucesivas mejoras y añadidos interesados por el demandante. El recurrente considera que esa «duda» a él no le corresponde probarla sino a la parte demandada de acuerdo con el artículo 1.214 del Código Civil. Al no haberlo entendido así, la Audiencia deja de aplicar el artículo 1.152 del mismo texto legal. En realidad, es evidente que quien invoca la aplicación de una cláusula penal debe probar los hechos que autorizan a formular su pretensión, y corresponda al que niega su virtualidad de la de los impeditivos de la misma. En este caso, hecho impeditivo lo sería el que el vendedor-constructor hubiese recibido y aceptado encargo de adicionales de la obra que supusiesen la necesidad de mayor plazo del pactado para su entrega. Aquí la parte demandada lo recibió en el contrato y no obstante, se comprometió a entregar la obra en una determinada fecha. Es claro que debía de haber demostrado que, después del contrato referido, recibió más encargos adicionales, y no lo ha hecho. De ahí la «duda», que evidencia la existencia de un retraso, pero no dice la Audiencia que se deba al comprador recurrente, lo que significa es que el vendedor no ha logrado la demostración de que el retraso fue debido a causas imputables al comprador, no ha convencido a la Audiencia y por eso «duda» ésta. Así las cosas, es contrario al artículo 1.214 del Código Civil que las consecuencias de la falta de prueba deban recaer sobre quien no está obligado a probar los hechos impeditivos de su pretensión, a lo que ya aludíamos en el título de la sentencia objeto de comentario.

LA DACION EN PAGO (PRO SOLUTO) AUNQUE SEA EN PAGO PARCIAL DE DEUDA NO AUTORIZA A EXIGIR RENDICION DE CUENTAS SI NO SE JUSTIFICA LA RELACION JURIDICA QUE LA EXIJA. DENEGACION DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Huelva, en Sentencia de 20 de noviembre de 1991, estima la excepción de defecto legal en el modo de

proponer la demanda. La Audiencia Provincial de Huelva, en Sentencia de 2 de diciembre de 1992, estima el recurso de apelación interpuesto.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—«Parque Chicharra, S. A.» interpuso demanda contra el «Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla» en solicitud de que: 1) Se declare su derecho a exigir de la demandada que le rindiese cuentas o liquidación desde la dación en pago de una serie de inmuebles; 2) Se la condenase a presentar dicha liquidación, 3) Se excluyesen de la liquidación las partidas que no se refieran a operaciones financieras con dicha entidad; 4) Se la condenase al pago de la cantidad resultante, y 5) Se la condenase en costas. Opuesta la demandada, el Juzgado acogió la excepción alegada de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por imprecisión en el *petitum*. En apelación, la Audiencia entró a conocer sobre el fondo del asunto y, desestimando la demanda, admitió la dación en pago de deudas existentes, que terminaron las relaciones comerciales entre las partes sin que la actora acreditase la existencia de ninguna otra que obligase a la «Caja» a rendir cuentas.

Doctrina de la Sentencia.—En lo atinente a nuestro caso, cierto es que la recurrente otorgó dos escrituras públicas de dación de bienes en pago y que solicitó como prueba «que se requiera a la demandada para que por el responsable correspondiente de dicha entidad, se certifique si existe en la actualidad, saldo deudor alguno a nombre de Parque Chicharra». Admitidas las pruebas, la «Caja» aportó la certificación en la que decía de lo que era deudora, más gastos de protesto e intereses legales, ante lo que la recurrente volvió a solicitar del Juzgado nueva certificación que aclarase el origen y causa de la operación financiera, emitiendo la «Caja» nueva certificación. Pero en realidad consta ya en la primera instancia certificación del importe adeudado y nuevamente solicitado ahora y muy anterior al inicio del presente procedimiento, por lo que la parte no puede alegar desconocimiento del mismo. La prueba solicitada en la segunda instancia respecto a la certificación ya se practicó en la primera por dos veces, lo que la recurrente pretendía así era convertir tal prueba en auténtica liquidación, lo que constituía el fondo del litigio. Se denegó la suspensión del ejecutivo, de manera que su negligencia no puede justificar indefensión, aunque por causa de ella se hubiere producido. Así las cosas, hemos de subrayar que en las escrituras de dación en pago se recogía una cantidad por intereses y pago parcial de deuda personal pendiente, así como el pago parcial de deudas personales contraídas por la sociedad, de donde deduce que la exigencia de rendición de cuentas alcanza también aquellas situaciones que el recurrente literalmente rotula «adjudicación de una serie de bienes para pago parcial de dichas deudas», refiriéndose a las documentadas en las pólizas de préstamo y crédito acompañadas a la demanda, ya que en esta adjudicación impropia —que ha de diferenciarse de la adjudicación en pago de deudas— no deja de estar presente una especie de comisión o encargo cuyo ámbito enmarca el de la validez de los actos del adjudicatario, debió estimarse la demanda en lo referente a la obligatoriedad de rendir cuentas, pues al ser el pago parcial y por deuda personal no se había producido un cierre total de la cuenta.

Estamos en presencia de una «dación en pago» y no en la cesión de bienes o dación para pago que contempla el artículo 1.175 del Código Civil. Pero tampoco y por otro lado, puede mantenerse durante todo el pleito que esta-

mos en presencia de una dación «*en pago*» y variar la calificación jurídica en casación afirmando que nos encontramos en una dación «*para pago*», pues ello implica variar el componente jurídico de la pretensión, introduciendo una cuestión nueva, cosa prohibida en casación. Lo que calla el recurrente es que en esa propia sentencia se dice «ser cierto el criterio jurisprudencial de que no basta el mero desplazamiento patrimonial para que nazca la obligación de rendir cuentas». Y si la obligación de rendir cuentas no se circunscribe a los supuestos de gestión de negocios ajenos, también calla el recurrente que el supuesto contemplado por la sentencia era el ser la rendición de cuentas «conforme con el contenido de alguna de las estipulaciones convenidas y de la amplitud e interconexión de no pocas de las relaciones habidas entre las partes integradas en un conjunto económico y jurídico», ocurriendo, por el contrario, en el caso que nos ocupa que, cual afirma la Audiencia, «*tenía que indicar de qué operaciones había de efectuar liquidación y ni siquiera aparece una en concreto*», por lo que no obliga a la «Caja» a tal rendición

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid, en Sentencia de 11 de marzo de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.ª), en Sentencia de 9 de noviembre de 1992, estima el recurso.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Demanda sobre nulidad de contrato de compraventa de seis plazas de garaje, cancelación de los asientos registrales relativos a las mismas y otros pedimentos.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis, al no aceptarse la excepción de falta de legitimación activa se desestima la misma, habida cuenta de la corrección del análisis obrante en la sentencia traída a casación sobre la naturaleza jurídica de las superficies cuestionadas, en cuanto considera probado que, al constituirse el edificio en régimen de comunidad horizontal única, con partes privativas y comunes, y figurar en ella el local comercial donde se ubican las plazas de garaje, anexas a cada una de las viviendas, declara los espacios vendidos de esa índole por no aparecer determinados con la calificación contraria, lo que es ajustado a derecho, y no quebranta la doctrina referida a que la falta de legitimación lo es de acción por no tener el derecho reclamado.

A tenor de lo dispuesto en el articulado de la Ley de Propiedad Horizontal, el presidente de la Comunidad está facultado para litigar con apoderamiento suficiente para que defienda en juicio y fuera de él los intereses de la misma. Interviene como un órgano del ente comunitario, que sustituye la voluntad social con la suya individual, con la posibilidad de considerar lo realizado no como hecho en nombre de la comunidad sino como si fuera el mismo quien lo hubiere verificado, sin perjuicio de la relación interna entre ambos y, por consiguiente, de la necesidad de responder de su gestión ante la junta, por lo que no necesita la autorización de ésta para intervenir ante los Tribunales, cuando ejercite una pretensión en beneficio de la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la ley.

Vuelve en esta sentencia a hacerse mención a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, por la cual, o por su obediencia, se hace preciso traer al proceso a todas aquellas personas interesadas en la relación jurídica controvertida, a quienes puede perjudicar la resolución que se dicte, halla su fundamento, como es sabido y reiterado por la jurisprudencia, de ociosa cita, en la necesidad de evitar tanto los fallos contradictorios, como en la de cumplir con el principio de audiencia bilateral y la posibilidad de condena a alguna persona sin haberla oído, con violación incluso de norma constitucional (art. 24 de la Constitución Española), posibilidades o peligros que no existen aquí, pues de un lado, la contienda está perfectamente entablada entre las partes actuales, y de otro, por perjudiciales en la situación de los demás titulares de las plazas de garaje, ya que la nulidad de la compraventa y la cancelación de los asientos registrales en absoluto les puede afectar, como tampoco la gestión que la Comunidad desarrolla en el local —con antelación, por cierto, a la iniciación de este litigio y sin constancia de oposición a la misma—.

INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA E INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN INSERTA EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manzanares, en Sentencia de 22 de enero de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.ª), en Sentencia de 18 de noviembre de 1992, estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Doña Pilar Rincón y García Filoso, casada en únicas nupcias con don Felipe Ceprián Pérez, de cuyo matrimonio no hubo descendencia, otorgó testamento abierto instituyendo por su único y universal heredero a su citado esposo al que sustituye vulgarmente por sus hermanos por partes iguales, y en defecto de algunos de éstos por sus respectivos descendientes. Ocurrido el fallecimiento de la causante, el demandado heredó, entre otros bienes, la finca objeto del litigio. Años más tarde, en concreto el día 10 de junio de 1989, el demandado don Felipe ingresa en una clínica aquejado de insuficiencia respiratoria. El 13 de junio de 1989, y todavía ingresado, otorga a favor de don Felipe y doña Laura Monsalvez Ceprián, para sus respectivas sociedades de gananciales, escritura de compraventa de la finca citada e inscrita, declarando haber recibido la parte vendedora de la compradora el importe de la venta realizada a través de la orden dada de su Caja a la libreta de la que era titular don Felipe. El día 8 de octubre de 1990, tuvo lugar el fallecimiento en accidente de tráfico del demandado. Visto esto, hemos de preguntarnos si estos presupuestos fácticos son indispensables para compulsar si el fideicomiso de residuo instituido fue o no respetado por el fiduciario, y por ende, si los fideicomisos del *de eo* tienen o no derecho alguno *post mortem*, clave del litigio.

Doctrina de la Sentencia —La cotitularidad de la cuenta corriente en la que se verificó el abono de la compraventa que se declara inexistente por simulación, es claro que en caso alguno pueden desvirtuar las circunstancias constatadas en el «íter» integrador de la convicción de la Sala sentenciadora, para

reforzar su posición precisamente tendente a demostrar dicha simulación, habida cuenta la inexistencia del precio, no sólo por la situación psico-física del vendedor —si bien, no relevante, sí sólo influyente en la patología sobre en realidad del pago acaecida después— el llamado heredero fiduciario, sino también por la relación parental con sus sobrinos compradores, en especial por cuanto se acredita en torno a la disponibilidad o reintegro del precio recibido, ya que tal y como se hace constar el propio vendedor jamás llegó a disponer del importe del mismo sino que fue reintegrado por la cotitularidad de la cuenta, precisamente por su hermana, la madre de los compradores, de lo cual, deriva entender la inexistencia de la realidad del precio, y si considerar que ha existido una especie de argucia, para tratar, salvando la apariencia negocial de la compraventa, derivar en la inconsistencia que se declara del contrato de intercambio verificado. La existencia o inexistencia de un contrato es cuestión de mero hecho, y como tal, su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, bien denunciando o bien alegando error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida. Y partiendo de que las conclusiones derivadas por la Sala sentenciadora no son las que han de obtenerse en una conexión lógica que conduzca a la inexistencia de simulación en la compraventa pues, del hecho de que el precio inicialmente ingresado fuera posteriormente extraído, no cabe obtener esa verdad deducida, y se contesta que, en el juego de las presunciones es sostenible, que, de cualquiera de las conclusiones que puedan obtenerse en el seno del raciocinio humano, y dentro de la cierta amplitud que pueda obtenerse al respecto, sea prevalente la igualmente razonable que la Sala elija. La esencia de la presunción se encuentra en que el enlace preciso y directo que religa el hecho base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción sino ante los hechos que han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia.

EL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL NO PUEDE SER SUSTITUIDO POR UNA INTERPRETACION SOBRE LOS ACTOS DE LAS PARTES DESPUES DE QUE LOS COMPRADORES INCUMPLIERON SUS OBLIGACIONES, NI POR LA EXIGENCIA DE LOS VENDEDORES EN ACTO DE CONCILIACION DE QUE CUMPLIERA AQUELLOS EL PRIMER PLAZO DEL PAGO DEL PRECIO, SEGUIDO DE INCUMPLIMIENTO DE ELLO. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina, en Sentencia de 8 de julio de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.ª), en Sentencia de 12 de septiembre de 1993, desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia—En la presente litis se revela el interés de los recurrentes en una impugnación del fallo porque el mismo les perjudica. Si así no hubiese sido, esa incongruencia denunciada, que efectivamente existe,

no podía ser denunciada por ellos sino por los vendedores condenados, que son los obligados por la declaración judicial y no lo han hecho. Todo esto, naturalmente, sin perjuicio del derecho de los compradores a rechazar la devolución de lo ofrecido, si no es lo que entregaron, porque la sentencia no les condena a ellos a recibir el pago.

Se varía la *causa petendi* de la absolución de la demanda solicitada por la parte demandada. La sentencia que se recurre basa su alegato en la existencia de un acuerdo tácito entre las partes de desistimiento de la operación. Tal causa no ha sido alegada en los escritos expositivos del pleito, y su aparición en la sentencia recurrida causa indefensión por no haberse podido alegar las observaciones oportunas. No hay duda de que, si bien las sentencias absolutorias de las peticiones de la demanda no son incongruentes, como la doctrina de esta Sala ha dicho y reiterado en numerosas ocasiones, también es cierto que ello sucede siempre que no se varíe la *causa petendi* constatada en los escritos rectores del pleito. Sin embargo, no se ajusta a los términos de la sentencia de primera instancia ni la de apelación los ataques de este razonamiento, pues parte la sentencia que recurre para obtener las consecuencias que le interesan. Una lectura sosegada de ambas resoluciones basta para apercibirse de que ante todo y sobre todo resaltan la resolución del contrato por incumplimiento de la parte compradora, y a continuación pasan al estudio de la conducta de los contratantes para deducir que lo dieron por extinguido efectivamente. No hay, pues, variación de la *causa petendi*. La *ratio decidendi* de la absolución la recoge y le añade además la que resulta de aquella conducta, claramente expresiva de que los contratantes se desvincularon del contrato una vez que la parte compradora no satisfizo el precio aplazado. Además, es inexacto que hubiese cualquier clase de indefensión, pues la parte recurrente apeló la sentencia de primera instancia en la que ve ese cambio de la *causa petendi*.

La sentencia recurrida y la de primera instancia se basan en la existencia de un acuerdo tácito entre los contratantes por el que desistieron de la operación convenida. La presunción de desistimiento no puede constituirse por que es ilógica desde el momento en que no se ha tenido en cuenta entre los hechos base de la deducción que la parte compradora había entregado ya a la parte vendedora una cantidad que ésta no devolvió. Si hubieran estado conformes en la disolución del contrato, los hoy recurrentes hubieran gestionado y hasta exigido la devolución. Es igualmente obvio que si los vendedores hubieran querido desvincularse del contrato, se hubieran apresurado a devolver tal suma, pues su honorabilidad no les hubiera permitido retener tal cantidad en su poder, cuando no existía motivo alguno para seguir beneficiándose de ella. Además de analizar el hecho del pago y de la no devolución como impeditivos de la presunción de desistimiento que se establece, analiza otros hechos que la hacen viable porque esta Sala en el trámite casacional no puede volver a valorar los hechos-base de la presunción para llegar a establecerla o no establecerla; es tarea que incumbe a los órganos de instancia, quedando su resultado incólume en casación como no se demuestre la infracción del artículo 1.253 del Código Civil, y no se demuestra exponiendo un particular e interesado punto de vista sobre los hechos, contrapuestos al del órgano judicial si no coincide con el interés del litigante. En cambio, sí es ilógico que, de haber existido ese desistimiento, nada se hubiese acordado sobre la devolución. Sin embargo, la estimación de este motivo no lleva a la casación de la sentencia porque su *ratio deci-*

denci principal consiste en el incumplimiento contractual de la parte compradora, de ahí arranca todo el proceso argumentativo que conduce al fallo desestimatorio.

En autos no consta el requerimiento resolutorio del artículo 1.504 y que se exige para enervar el posible cumplimiento del acreedor. Este requerimiento, judicial o extrajudicial, es la declaración del vendedor por la que manifiesta su voluntad de resolver el vínculo por impago del precio, dirigida al comprador para que se allane a dicha resolución. Nada de esto han hecho los vendedores, hoy recurridos, por lo que no es admisible que se dé por resuelto el contrato litigioso. Lo único que hicieron fue demandar a los compradores en acto de conciliación para que se avinieran a cumplir el primer plazo de los pactados para el pago del precio, pero absolutamente nada más. Es erróneo ver en ello una declaración «implícita» de resolución, confirmada por el que desde entonces hasta la fecha en que los compradores quieren cumplir haya habido un total silencio. El requerimiento resolutorio del artículo 1.504 del Código Civil exige una voluntad manifestada expresamente con esa finalidad, y no puede en modo alguno ser suplido por interpretaciones o conjeturas sobre la voluntad de las partes. El silencio no equivale a la resolución formal exigida por el precepto.

El contrato litigioso no se extinguió por desistimiento mutuo. Por otro lado, frente a los fallos de instancia que habían negado indemnización de perjuicios por incumplimiento de los vendedores, no sólo porque se estimó que no se daba tal incumplimiento sino porque los demandantes no justificaron los daños, el motivo dispone que no puede negarse la existencia de daños como consecuencia del incumplimiento por los vendedores de sus obligaciones, tanto es así que no hay más dato objetivo para establecer el daño surgido por los compradores que el hecho cierto y evidente de que los vendedores se han lucrado con los intereses que puede producir la cantidad que no devolvieron. No se ha probado que había una base razonable para considerar que los compradores también lo iban a vender, o que lo iban a destinar a fines comerciales o industriales, con lo que obtendrían una ganancia. Indemnizar los daños entonces no sería más que indemnizar meros sueños de ganancia, y esto no es lo que protege el artículo 1.101 del Código Civil, sin que los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se dicen infringidos sirvan para determinar si hubo o no un daño, que es materia de juicio declarativo y no de ejecución de sentencia por la naturaleza de sus trámites que impiden discutir con la debida amplitud aquella cuestión.

Válida y eficaz la segunda venta sobre el mismo objeto que anteriormente no fue vendido por la parte demandada a la parte actora, teniendo en cuenta que la primera obró sin resolver el primer contrato, que no llegó a consumarse por la *traditio*, y que del mismo no desistieron los compradores, es consecuencia necesaria que se colocó aquella por su propia voluntad en una situación que le imposibilita cumplir lo que en primer lugar se acordó con anterioridad al segundo contrato. Ello da origen a la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios causados a los actores.

EFICACIA DE CONTRATOS DE INTERCAMBIO DE PRODUCTOS TELEVISIVOS POR CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL ARTICULO 1.261 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, en Sentencia de 24 de junio de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), en Sentencia de 22 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—El objeto negocial base del litigio está reiteradamente recogido por la Sala sentenciadora al hablar del objeto de los contratos y, ello, sin perjuicio de que por la Sala se integre dicho objeto y distintivos negociales, en la idea de que las relaciones negociales entre los interesados, se deriven por la comercialización que la actora previamente realiza con los titulares de los logotipos y demás símbolos o instrumentos derivados de la propiedad industrial, que, a su vez, le condicionaba a unas relaciones previas y que asimismo la demandada, cede a la actora, los derechos de comercialización de unas series televisivas para su explotación industrial y comercial de logotipos y demás subproductos con las correspondientes contraprestaciones económicas, y todo ello con independencia de que, asimismo, por parte de TVE pudieran existir también unas directas explotaciones televisivas de series cuyos derechos correspondían a la actora, previa participación en un porcentaje en los beneficios obtenidos con un mínimo preestablecido en las licencias y resultados económicos que aquellas emisiones o exhibiciones televisivas, es evidente pues, que aparte de cuanto se ha indicado, tampoco es de recibo la denuncia de las normas de interpretación, ya que en términos generales procede aceptar la correctamente indicada por la Sala en el sentido de que las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, constituyen un conjunto a cuerpo subordinado y complementario entre sí de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad en los términos de un 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 el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal —dispone literalmente la sentencia—.

Por otro lado, resulta improcedente alegar la infracción del artículo 1.258 del Código Civil, pues la denuncia sobre la conducta reproachable de TVE, puede prevalecer, ya que, frente a ese juicio de parte interesado debe mantenerse, aunque la entidad demandada no actuó bajo la influencia de un supuesto abuso del derecho ni amparándose en la existencia de una contratación adhesiva, sino que su conducta negocial respondió a la defensa de sus legítimos derechos que la asistían, habida cuenta lo convenido. No se constata, según el Tribunal *a quo*, la existencia en dichos pactos o contratos entre las partes, condiciones que atenten a la moral, sino que cada contratante, en uso de su posición inicial en el negocio cuyo propósito era aunar voluntades a los fines de obtener la adecuada contraprestación decidieron libremente pactar lo convenido sin que pueda atisbarse que en citados negocios de intercambio en los términos planteados, pudieran existir, ni siquiera, marginaciones a los principios de la moral. Se hace también una llamada de atención a la infracción del artículo 1.261.1 del Código Civil por falta de consentimiento en los contratos cuya nulidad se pretende, la existencia del consentimiento debe prevalecer y se trata de demostrar la carencia de objeto de los contratos cuya nulidad se pide, así como de su causa.

La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento, es cuestión de mero hecho, y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia.

RESOLUCION POR IMPAGO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Reus, en Sentencia de 10 de abril de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Tarragona, en Sentencia de 21 de noviembre de 1992, desestima el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La pretensión principal de la demanda es la resolución del contrato de compraventa del chalet objeto de la misma, cuyo precio convinieron los litigantes y de las demás actuaciones al respecto.

Doctrina de la Sentencia—Es exigente la necesidad reconocida de acreditar los hechos que apoyen el temor o inquietud del comprador de ser perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o que tuviera fundado temor de serlo por el ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria que conduzca a semejante resultado, de ahí que el artículo 1.502 del Código Civil autorice la suspensión del pago del precio y dado el carácter restrictivo del precepto, no puede ampliarse a otros supuestos distintos de los comprendidos en el texto legal, como ahora en nuestro caso pretende la recurrente cuando se refiere a la hipoteca —posterior a la compraventa privada efectuada entre los litigantes del chalet objeto del contrato— En todo caso y sin entrar a razonar la procedencia o no de la suspensión del pago, la misma se produjo anticipadamente, sin causa justificativa alguna y sin conducta precedente incumplidora a cargo de los vendedores, que hicieron entrega y tradición del chalet enajenado, con lo cual estaba perfectamente autorizada la resolución del contrato, conforme a su propia reglamentación y lo dispuesto en los artículos 1.124 y 1.504 correctamente aplicados por el Tribunal de instancia. Tras un exámen innecesario y en todo caso interesado de la prueba practicada, se produjo, por la constitución de la segunda hipoteca reseñada, una modificación novatoria parcial de la obligación del pago del precio de la compraventa, con apoyo en el artículo 1.203 del Código Civil. Se plantea, en realidad, con esta tesis una cuestión nueva y se hace marginación de los hechos probados firmes en cuanto acreditan que ha sido, precisamente, el recurrente el único incumplidor voluntario de sus obligaciones de pago, ya que sólo satisfizo una cantidad, no concurriendo justificaciones decisivas de los impagos.

Los vendedores no provocaron el incumplimiento de la contraparte con la constitución de la segunda hipoteca, en forma de causación directa, lo que aleja la situación de incumplimiento mutuo, impeditivo de la resolución operada por los dichos enajenantes, pues la segunda hipoteca, como bien dice la sentencia recurrida, no modifica el negocio traslativo, al actuar al margen, por ser posterior al incumplimiento suficientemente demostrado del ahora recurrente. Esto tampoco obstaculizaría el otorgamiento de escritura de haber cumplido el comprador con sus obligaciones de pago del precio y no haber provocado la resolución contractual practicada, ya que el contrato suscrito

permitía imputar la carga en la determinación del precio final a satisfacer, sin agravar el patrimonio del comprador, ni acrecentar sus obligaciones de pago.

ISABEL MORATILLA GALÁN

3. DERECHO PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

INADMISION RECURSO DE CASACION EN SENTENCIAS CONFORMES SOBRE CUANTIA INDETERMINADA. ARTICULO 1.687 I.º, LETRA B) LECiv, TRAS SU REDACCION DADA POR LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1996)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

En el presente caso la sentencia recaída en el Juzgado de Primera Instancia y la recaída en el recurso de apelación son ambas conformes de toda conformidad, por lo que es evidente que a tenor de lo dispuesto en el apartado *b)* del artículo 1.687.1.º LECiv, y siendo de cuantía inestimable, procede inadmitir el recurso, ya que el citado precepto exceptúa de casación «los supuestos en que las sentencias de apelación y de primera instancia (siempre de cuantía inestimable) sean conformes de toda conformidad, teniendo éste carácter aunque difieran en lo relativo a la imposición de costas»

Este precepto ha sido redactado por la Ley 10/1992, de 30 de abril, pero el TS lo entiende aplicable, ya que dicha Ley entró en vigor el día 6 de mayo de 1992, y el escrito de interposición del recurso de casación se presentó con posterioridad, en concreto, el día 23 de julio del mismo año.

El nuevo régimen de recurso de casación es perfectamente aplicable, ya que la DT2.ª de dicha ley establece que, «las resoluciones judiciales de orden civil que se dicten después de la entrada en vigor de esta Ley, sólo serán recurridas en casación o en apelación si reúnen los requisitos que para ello establece la presente Ley».

Vid. STS de 6 de marzo de 1996.

ERROR JUDICIAL.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade

En este caso el TS rechaza la demanda de error judicial por violación de lo dispuesto en el artículo 293.f) de LOPJ, ya que, previamente a su interposición no se habían agotado los recursos previstos contra la resolución a la que se imputa el pretendido error.

Aprovecha, además, el TS para recordarnos que este recurso no puede dar lugar a una tercera instancia, ni sustituir la función revisora del recurso de

casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales.

RECURSO DE REVISION.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Ponente. Excmo. Sr. don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa

a) Respecto a los documentos obrantes en un archivo o Registro Público, la parte que los obtiene no puede invocar desconocimiento acerca de su existencia, y, por su propia naturaleza, tales documentos no permiten su inclusión en la categoría de «detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado la sentencia cuya revisión se pretende».

b) No puede convertirse en una tercera instancia, proponiendo en él un examen o planeamiento de cuestiones que ya fueron examinadas en el pleito

RECURSO DE REVISION—NUMERO 4 DEL ARTICULO 1 796 LECiv. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Ponente. Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres

Se demanda en este caso la revisión de una sentencia firme en base «a que de lo actuado se desprende que se ha pretendido por medio de una citación edictual evitar la comparecencia personal del demandado, siendo perfectamente conocido el domicilio de éste y evitando de esta forma su eficaz defensa»

El TS desestima el recurso, ya que el primitivo actor, ahora demandado en revisión, empleó toda la diligencia exigible para intentar la citación en el domicilio que constaba en el contrato.

JUEZ PREDETERMINADO.—CAUSAS DE ABSTENCION Y RECUSACION
(SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1995)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

Este recurso se basa en la denuncia de una —a juicio del recurrente— irregular constitución de la Sala de Justicia que resolvió el recurso de apelación, y por lo tanto, dictó la sentencia impugnada. Dice el recurrente, con abundante apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia acerca del juez predeterminado por la Ley y, consecuentemente, en el derecho a recusar si no media abstención, que un magistrado no debió formar parte del órgano jurisdiccional colegiado, ya que el magistrado intervino durante toda la primera instancia como juez del caso y, en consecuencia, «instruyó la causa que luego se resolvió en segunda instancia», por lo que, en opinión del recurrente, se han infringido los artículos 24.2.º de la Constitución Española, y 219.10.º de LOPJ.

El TS rechaza el recurso, pues entiende que confunde las exigencias que, en orden al Juez, determinan las leyes orgánicas y procesales respecto del

proceso penal (con su característica división en dos fases: instrucción y enjuiciamiento) y las que, paralelamente, se establecen en el proceso civil, estructural y funcionalmente distinto de aquél. En efecto, no puede hablarse propiamente de «instrucción», en sentido legal, dentro del proceso civil, con el alcance y significado que tiene en el proceso penal; por ello, comprobado que la sentencia de primera instancia se dictó por un juez distinto al ahora recusado, aunque éste interviniera en otras actuaciones del pleito en cuestión, ninguna circunstancia legal obsta a que formara parte de la Sala que vio el recurso de apelación y resolvió el mismo.

El precepto orgánico citado como infringido distingue perfectamente entre dos situaciones, como causa de abstención y recusación, «haber actuado como instructor de la causa penal», que no es el caso, o «haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia», circunstancia que tampoco concurre, pues ya se ha dicho que el pleito fue resuelto en primera instancia.

RECURSO DE REVISION.—DOCTRINA GENERAL. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Recopila esta sentencia la reiterada Doctrina acerca del recurso de revisión en los siguientes puntos:

1. Por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que la integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en sentencia.

2. Ha de interponerse en el plazo de tres meses contados desde que se descubrieron los documentos o el fraude, o la declaración de falsedad, y no hayan transcurrido cinco años desde que se publicó la sentencia, y dicho plazo de tres meses es de caducidad, rigiéndose su cómputo por el artículo 5 del Código Civil.

3. La maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hecho que, por sí mismos, evidencian que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concorra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinación fraudulenta» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda.

4. Dado su carácter extraordinario y excepcional, no autoriza a proponer un examen de las cuestiones que ya tuvieron lugar adecuado en el pleito.

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.

Esta demanda de revisión se dirige contra la sentencia que decreta el desahucio por falta de pago de renta de un local arrendado, y se alega como mo-

tivo de la revisión que durante los meses de julio a septiembre de 1993, el local arrendado se encontraba cerrado, ya que la recurrente en revisión cayó enferma en el mes de julio, y tuvo que ser operada por dos veces, lo que aprovechó el demandante para interponer su demanda y señalar como domicilio en que había de ser citada la arrendataria el local arrendado, sabiendo que se encontraba cerrado y conociendo cuál era el verdadero domicilio de aquélla.

En los hechos de la sentencia queda probado que personado el funcionario judicial en el domicilio designado, al efecto de llevar a cabo la citación de la arrendataria, se suspendió la diligencia «estando el local cerrado y completamente vacío a excepción de las estanterías», instada la citación al siguiente día, se manifiesta por la empleada del local contiguo que «hace unos dos meses aproximadamente que está cerrada la tienda, desconociendo el domicilio de la demandada», circunstancia por la cual, al manifestar el actor desconocer otro domicilio de la demandada, se acordó la citación en estrados.

La prueba practicada en los autos de revisión no ha acreditado los hechos alegados como motivo del recurso, no resultando probado que el demandante en el juicio de desahucio conociese otro domicilio de la demandada ni que haya ocultado al juzgado datos que hubieran permitido llevar a cabo la citación personal de la demandada; en consecuencia, ante esta falta de prueba, el TS desestima la demanda

DECLARACION DE ERROR JUDICIAL.—RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales

La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia tiene una doble y distinta vertiente, que aparece netamente proclamada en el artículo 121 CE y claramente diferenciada en los artículos 292 y 293 LPOJ. Una de ellas es la constituida por el error judicial propiamente dicho, y la otra es la integrada por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

La efectividad de la primera de ellas (error judicial) requiere inexcusablemente la existencia de una resolución judicial (providencia, auto o sentencia) a la que se atribuya haber cometido el supuesto error y que, a través del procedimiento que regula el artículo 293.1 LOPJ, recaiga una sentencia del Tribunal Competente en la que se declare cometido el error.

La efectividad de la segunda de las expresadas vertientes indemnizatorias (funcionamiento anormal de la Administración de Justicia) no requiere necesariamente la existencia de una resolución judicial, ni la tramitación del anterior procedimiento, sino que, en este caso, el interesado que entienda producido este supuesto funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ha de dirigir su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia.

CUESTION DE COMPETENCIA.—CLAUSULAS DE SUMISION A FUERO EN LOS CONTRATOS DE ADHESION. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

Esta cuestión de competencia tiene por causa la cláusula de sumisión expresa inserta en el contrato de mantenimiento de los ascensores instalados en un edificio de Elda.

Esta cláusula de sumisión literalmente dice: «cuantas cuestiones puedan suscitarse con motivo de la interpretación, cumplimiento o resolución del presente contrato, las partes, con renuncia expresa de su fuero propio, se someten a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid», y figura en letra impresa con los mismos caracteres y tipos que las demás del conjunto estipulado, al final del ejemplar escrito del contrato e inmediatamente antes del lugar reservado para las firmas y suscripción del documento, lo que favorece, sin duda, la lectura previa.

El TS declara la competencia a favor del Juzgado de la sumisión expresa, en este caso Madrid, al entender que no son aplicables al caso otras sentencias que excluyen dicho fuero como consecuencia de figurar la cláusula en contratos de adhesión, de manera que induzca a su falta de conocimiento por el usuario o consumidor de los servicios.

Dice el TS que no es un efecto automático de los contratos de adhesión que se considere nula la cláusula de sumisión expresa. Por el contrario, dice, si no hay elementos que permitan descubrir una intencionalidad encubierta de que la cláusula pase desapercibida para el usuario o consumidor o se advierta o se aprecie desequilibrio contractual o desigualdad de condiciones entre las partes, debe estarse al criterio de prevalencia del fuero pactado como principal, frente a los legales subsidiarios.

CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1995)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

La congruencia no tiene otra exigencia que la derivada de la conformidad entre la sentencia y las pretensiones que han constituido el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensión procesal, no aparece sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que figuran en los mismos.

ERROR JUDICIAL.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

La doctrina jurisprudencial del error judicial entiende que tal figura incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley, generando una resolución esperpéntica y absurda, que rompe la armonía del orden jurídico.

Y, por otro lado, no puede dar lugar a una tercera instancia, ni sustituir la función revisora del recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquéllos que hubieran sido materia del debate, y sin que puedan ser objeto de ataque conclusiones que no resul-

ten ilógicas o basadas en normas inexistentes, o entendidos fuera de su sentido y alcance.

RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.

Viene esta sentencia a reiterar la consagrada doctrina de que las certificaciones expedidas por Oficinas o Registros Públicos no alcanzan la categoría de documentos recobrados decisivos, detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia, a efectos de fundamentar el recurso de revisión.

Asimismo recuerda que este recurso no es una instancia más, y que, por su propia naturaleza, y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo.

RECURSO DE REVISION.—INADMISION EN SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS INTERDICTALES Y EJECUTIVOS, POR NO PRODUCIR EXCEPCION DE COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1996)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Los autos, base de este recurso de revisión, versan sobre un interdicto de obra ruinosa terminado con arreglo a los artículos 1.676 y siguientes LECiv.

El TS declara su inadmisión sentando la siguiente Doctrina General:

a) El recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa, de inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la LECiv, sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados

b) La interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlos a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho.

c) Es doctrina pacífica la que se refiere al carácter de firmeza que han de tener las sentencias impugnadas, o sea, contra la que no quepa ya medio impugnatorio alguno, condición de firmeza que no es predicable para las sentencias dictadas en los juicios interdictales y en los ejecutivos, ya que estas sentencias no producen excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el procedimiento ordinario sobre la misma cuestión

EXCEPCION DE COSA JUZGADA RESPECTO DE UN JUICIO EJECUTIVO EN UN JUICIO ORDINARIO POSTERIOR ARTICULO 1.479 LECiv (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1996.)

Ponente. Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Según la más reciente doctrina jurisprudencial, SSTs de 30 de abril de 1991, 23 de marzo de 1990, 1 de junio de 1988, «si bien según el artículo 1.479 LECiv, las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, ello es sólo, conforme una reiterada doctrina, respecto a lo que categóricamente expresa el precepto, esto es, dejar a salvo la cuestión de fondo, pero sin que puedan volver a reproducirse los defectos o faltas del título, ni las excepciones que entran en el ámbito de lo que es materia del juicio ejecutivo, las que por producirse respecto a lo que sobre ellas fue resuelto y produjo excepción de cosa juzgada, dan plena firmeza a la sentencia, siempre que el órgano jurisdiccional haya abordado en toda su amplitud la cuestión jurídica de fondo, a fin de dejarla resuelta definitivamente, pese a la naturaleza sumaria de aquel juicio».

INADMISION RECURSO DE CASACION EN SENTENCIAS CONFORMES DE CUANTIA INESTIMABLE. ARTICULO 1.687.1.º, APARTADO B) LECIV TRAS SU REDACCION DADA POR LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

Es evidente que tras la redacción dada al artículo 1.687.1.º, apartado b) LECiv por la Ley 10/1992, de 30 de abril, no son susceptibles de casación los supuestos en que la sentencia de apelación y de primera instancia sean conformes de toda conformidad, teniendo este carácter aunque difieran en lo relativo a costas y que recaiga en litigios de cuantía inestimable o no haya podido determinarse.

En este caso el TS no admite el recurso, ya que el escrito de formalización del mismo se interpuso el día 11 de julio de 1992, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción de la Ley 10/1992, que es el día 6 de mayo, y según la DT2.ª de la repetida Ley, «las resoluciones judiciales en el orden civil que se dicten después de la entrada en vigor de esta Ley, sólo serán recurridas en casación o en apelación si reúnen los requisitos que para ello establece la presente Ley». Lo cual debe integrarse por lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la LECiv, en donde se sancionaba que los recursos de casación que estén interpuestos antes del 1 de abril (fecha de vigencia de la Ley), se seguirá por los trámites de la Ley actual; y los que lo fueran con posterioridad, se ajustarán a los de la nueva Ley.

E C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

GARCÍA PONS, ENRIQUE: *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, 388 págs

El contenido de la obra, que básicamente constituyó la tesis doctoral del autor, aborda la garantía última de todas las demás garantías de todos los derechos en el Estado social y democrático de Derecho diseñado por la Constitución de 1978, es decir, los más trascendentales límites temporales del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, más allá de los cuales la justicia se manifiesta injusta, o sea, el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o, en expresión sinónima, sin dilaciones indebidas.

Dado que se trata de un derecho indeterminado, la sistematización expositiva ha adquirido en la obra una especial relevancia que vamos a mantener en la presente reseña

En el capítulo primero se constata que el derecho a un proceso, dentro de un plazo razonable, constituye un derecho humano positivizado, en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y al tiempo un derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución; y se anticipa lo que se sentará en capítulos posteriores: que el contenido esencial del derecho será el dimanante de la más favorable de las interpretaciones entre las efectuadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal Constitucional (TC)

En el capítulo segundo se profundiza en la conceptualización del derecho fundamental, atendiendo a su estructura jurídica y a su función constitucional, como derecho subjetivo de naturaleza prestacional exigible a todos los poderes públicos, y se sientan las bases de objetivación de los límites del contenido esencial atendiendo a los valores, los principios, la protección internacional y la interpretación extensiva aplicable.

En el capítulo tercero cabe distinguir dos partes.

En la primera, se contemplan los criterios genéricos de objetivación a partir de la sistematización desarrollada por el TEDH, que se complementan con las aportaciones del TC y del CDH, tanto los tres criterios preceptivos (complejidad del asunto, comportamiento del recurrente y comportamiento de las autoridades competentes) como los tres facultativos (período a considerar, importancia del litigio para el interesado y contexto en que se desarrollaron las actuaciones).

En la segunda parte se explicitan las especificidades de la jurisprudencia constitucional (preceptiva invocación previa, exigencia de proceso no finalizado, duración de procesos similares, consideración de los medios disponibles y proyección hacia el futuro) y se relacionan dichas especificidades con los mínimos dimanantes de la protección internacional

En el capítulo cuarto se analizan los diferentes fallos del TEDH, del TC y del CDH, y, en atención a los mismos, se formula, aplicando la técnica utilizada por el legislador para el plazo razonable en la prisión provisional, una propuesta de plazos máximos cuyo exceso quepa considerar siempre violación del contenido esencial del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, en los términos que se expondrán en las conclusiones.

En el capítulo quinto se desarrolla la incardinación del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable en el conjunto de manifestaciones fundamentales del derecho a la tutela judicial efectiva, se concluye su autonomía, y se estudian los supuestos de colisión, significadamente con el derecho de acceso a los recursos y con el exceso indebido de tutela judicial.

En el capítulo sexto se delimita la conexión existente con el derecho a la libertad personal y se sienta la extensión de ambos derechos.

En el capítulo séptimo se estudian los diversos límites temporales incardinados en el concepto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con especial atención a la prescripción procesal extintiva como supuesto de dilaciones indebidas, con la extensión que se explicitará en las conclusiones.

En el capítulo octavo se contemplan los medios disponibles por el poder judicial y por la Administración de Justicia, manifiestamente mejorables para la realización de la obligación prestacional del Estado.

En el capítulo noveno se aborda el restablecimiento del derecho vulnerado, tanto en el ámbito interno como en la protección internacional.

En cuanto al ordenamiento jurídico interno se pormenoriza, por una parte, sobre la vía establecida por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, y por otra, sobre los intentos de dotar de contenido en el propio proceso al restablecimiento del derecho, significadamente en los órdenes jurisdiccionales penal y contencioso-administrativo.

En relación a la protección internacional se evidencian tanto sus ventajas, que el restablecimiento se efectúa en el propio proceso, como sus inconvenientes, que tan sólo alcanzan a la satisfacción equitativa.

En el capítulo décimo, finalmente, se abordan las conclusiones, de las que entresacamos las siguientes:

Conceptualmente, el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas constituye en el ordenamiento jurídico español un derecho humano con protección internacional, constitucionalmente positivizado como derecho fundamental, que se manifiesta en una cuádruple faceta: primera, como derecho público subjetivo básico, autónomo aunque instrumental del derecho a la tutela judicial, a obtener una resolución definitiva o firme y efectiva en un plazo razonable, indeterminado pero objetivamente determinable; segunda, como obligación prestacional instrumental de todos los poderes públicos del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial); tercera, como expresión de un orden objetivo de valores (libertad, igualdad y, en suma, justicia); y cuarta, como garantía temporal de todas las demás garantías institucionales del derecho genérico a la justicia.

Al tratarse de un derecho indeterminado, legislativamente no desarrollado, la delimitación de su contenido esencial deberá efectuarse en cada caso concreto partiendo de la jurisprudencia sentada sobre el mismo, es decir, motivando su apreciación en la forma siguiente:

1.º Expresión del período a considerar.

2.º Ponderación de la complejidad del asunto, del comportamiento del recurrente y del comportamiento de las autoridades competentes, y, en su caso, de la importancia del litigio para el recurrente, en relación al período a considerar.

3.º Pronunciamiento sobre la violación del derecho

Sin perjuicio de lo expuesto, deberá entenderse siempre y en todo caso violado el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable cuando concurren los supuestos que se expondrán a continuación, de *lege ferenda* positivizables, jurisdiccionalmente aplicables y doctrinalmente defendibles, al menos en lo esencial. Así, en los siguientes supuestos:

1.º Prescripción procesal extintiva.

2.º Superación de los siguientes períodos máximos (nada se opone a concluir la vulneración del derecho en períodos inferiores en atención a las concretas circunstancias de cada caso, entre otras, la importancia del litigio para el interesado y el número de instancias):

A) Procesos sin complejidad y sin comportamiento indebido del justiciable: 1) en materia penal, cinco años; 2) en materia de estado y capacidad de las personas, cinco años y medio; 3) en materia laboral y de seguridad social, cinco años y medio, y 4) en el resto de materias, seis años.

B) Procesos complejos y/o con comportamiento indebido del justiciable: 1) en materia penal, siete años; 2) en materia de estado y capacidad de las personas, siete años y medio; 3) en materia laboral y de seguridad social, siete años y medio, y 4) en el resto de materias, ocho años.

C) Paralizaciones del proceso: 1) en materia penal, un año; 2) en materia de estado y capacidad de las personas, un año y medio; 3) en materia laboral y de seguridad social, un año y medio, y 4) en el resto de materias, dos años.

Pese a la grandilocuencia de su conceptualización y a la trascendencia objetiva de su contenido material en un Estado de Derecho, el derecho a un proceso, dentro de un plazo razonable, no ha terminado todavía de consolidarse en España como un derecho efectivo propio de ciudadanos en una sociedad democrática, más allá de lo retórico, ni tan siquiera en la delimitación de su contenido esencial, y mucho menos en la extensión de su restablecimiento, dada la frecuencia de su vulneración, habitual en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no inusual en los órdenes penal, civil y laboral

En este sentido, es constatable el largo camino aún a recorrer por la realidad del ordenamiento jurídico interno, materialmente expresada en órganos jurisdiccionales frecuentemente atascados, hasta alcanzar los mínimos efectivos establecidos por el *ius commune* europeo (TEDH), al que los justiciables tienen derecho.

El llegar a garantizar en cada caso concreto los mínimos establecidos por el Tribunal Europeo obligará, si se pretende conseguir, a un esfuerzo que excede, dado el nivel de exigencia y la realidad de las cosas, a la competencia del poder judicial y alcanza a los tres poderes del Estado, incluidos el legislativo y el ejecutivo centrales y, en su caso, autonómicos.

Un planteamiento realista de realización efectiva precisará, en el más optimista de los supuestos, de una programación a no menos de ocho años

vista y sobre la que podría efectuarse el siguiente apunte, sin perjuicio de cualquier otro planteamiento de política judicial igualmente congruente con su finalidad:

A corto plazo (un año) implementación de iniciativas sin relevancia presupuestaria, tales como la modificación en lo preciso de los artículos 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 240.2 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 61.3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y de los pertinentes del Código Penal, a fin de posibilitar la reparación, en cuanto a las penas y a la responsabilidad civil, por los órganos jurisdiccionales en el propio proceso.

Asimismo, mejora de la información estadística e implantación de un plan de choque o promulgación de una Ley de descongestión de órganos judiciales atacados.

A medio plazo (cuatro años): elaboración y aprobación de nuevas leyes procesales y adecuación de las orgánicas para que, efectivamente, se garanticen, al menos, el contenido esencial de todas y cada una de las manifestaciones fundamentales del derecho genérico a la justicia, incluido el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Nada impide establecer garantías adicionales, pero sí está vedado minorar las correspondientes al contenido esencial de los derechos humanos positivizados, constitucionalmente como derechos fundamentales.

A largo plazo (ocho años): presupuestación económica pertinente, tanto ordinaria como extraordinaria, en instalaciones, informática y telemática para la nueva oficina judicial, y en adecuación de medios personales a la nueva realidad.

Una vez conseguida la reconversión de la actual Administración de Justicia decimonónica a la realidad naciente del siglo XXI y, por ende, la realización del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas con carácter general, primer gran objetivo y condición *sine qua non* para su efectividad material, podrá acometerse con fundamento la realización del restablecimiento del derecho en los supuestos excepcionales en que el mismo resulte vulnerado, segundo gran objetivo, que no podrá ser más que en el propio proceso (reparación indemnizatoria o cuando menos satisfacción equitativa efectiva) so pena de no resultar real y efectivo, pudiendo establecerse dos estadios temporales en su positivación, uno más próximo en cuanto al Tribunal Constitucional y otro posterior en la habilitación del resto de los órganos jurisdiccionales.

El estudio concluye con el análisis detallado de las acciones procesales e iniciativas extraprocesales que puede implementar el justiciable a fin de intentar realizar, efectivamente, su derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.

En fin, nos hallamos ante una obra, a modo de anticipo de «Libro blanco sobre la justicia», que plantea la necesidad, discutible pero pormenorizadamente fundada, de una relectura de las garantías en el ordenamiento jurídico español, que el autor formula y desarrolla a la luz de los derechos humanos positivizados, constitucionalmente como derechos fundamentales.

CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN: *El privilegio del crédito refaccionario*. Tesis doctoral con prólogo de ANGEL CARRASCO PEREIRA, Editorial Tecnos, Madrid, 1995. Un tomo de 264 págs.

Efectivamente, como nos dice la autora en la introducción, cuando el emperador Marco Aurelio creó el privilegio del acreedor refaccionario, procurando con ello la reconstrucción de Roma tras un desbordamiento del Tíber, no pudo pensar que la figura fuese a tener tan larga pervivencia histórica.

Y la ha tenido porque en las legislaciones posteriores se ha seguido el criterio inicial de aquel Senado-consulta de que este privilegio originaba una prioridad o prelación en sentido inverso, considerando como criterio justo que el que adelantaba lo necesario para evitar que la cosa pereciese fuese preferente a otros titulares que se iban a beneficiar a costa ajena.

En nuestro Derecho histórico perduró el privilegio en las Partidas y las Leyes de Toro, que lo configuraron como un crédito singularmente privilegiado protegido por una hipoteca legal tácita. Pero la Ley Hipotecaria, si bien presuponía la subsistencia de tal hipoteca en la Exposición de Motivos, no la recogió después en la lista de hipotecas legales que formulaba en su artículo 168.

En la actualidad los casos de créditos refaccionarios son múltiples y se extienden a muy diversos supuestos tratados por varias disposiciones generales o especiales, y a su estudio dedica la autora esta Tesis Doctoral que contiene una detallada exposición.

Como dice el profesor CARRASCO PEREIRA, director de la tesis, ésta está dotada de las virtudes que deben poseer las tesis doctorales, «alguien», en este caso la ya doctora, tiene algo que decir, lo propone y lo defiende con una dosis de atrevimiento que no debe superar ni desmerecer de la extensión de la información que se posee, ni del grado de profundidad con la que se trata.

Ciertamente, una Tesis Doctoral es algo muy serio, en donde el graduado pone todo su interés al investigar, buceando antecedentes, doctrina y jurisprudencia con el empeño en defender la idea central que bulle en su cerebro y a la que ha dado cien vueltas antes de encontrarle la forma definitiva. Porque pocas veces termina tal y como se imaginó originariamente; así nos ocurrió a quienes nos hemos encontrado en trances parecidos y hemos podido comprobar en algunas recensiones

La doctora CORDERO quiere demostrar que la actual extensión de la protección del privilegio refaccionario no está justificada y para ello emplea varios argumentos jurídicos y económicos, nos dice que en la mayoría de los casos en que el crédito incorporado a la obra tiene su origen en un contrato, este privilegio puede suponer una priorización injusta de unos acreedores frente a otros que también pudieran estar dotados de razones igualmente atendibles por la normativa jurídica; si no emplearon en su momento unas garantías reales a su alcance, suya será la culpa y no tienen motivos para anteponerse a otros. Sobre el particular recuerdo un caso muy conocido del «crac» financiero de una empresa constructora en el que tuve ocasión de intervenir profesionalmente; los proveedores de materiales y los contratistas acudieron presurosos a solicitar las anotaciones de sus créditos refaccionarios, pero ya existían otras cargas inscritas de carácter real; el asunto era muy complicado y acabaron en el Juzgado donde los otros supieron defenderse.

Por eso el libro es interesante en cuanto centra el problema de la distribución del riesgo cuando se produce una insolvencia patrimonial del deudor y

algunos acreedores pretenden no someterse a las consecuencias de la ley normal que es la regla *par conditio creditorum*.

Se han dado varias razones para justificar el privilegio del crédito refaccionario. Para unos se basa en la idea del beneficio que a todos los acreedores produce la conservación o mejora de la cosa que constituye el objeto que ha de satisfacer el crédito; éste era el fundamento inicial con que nació el privilegio en el Derecho romano. Una segunda teoría es el enriquecimiento injusto que se produciría en los demás acreedores respecto del bien en el que otro ha introducido obras para su conservación o mejora. Y otra teoría encuentra en este privilegio una finalidad económico-social, tendiendo a beneficiar la actividad constructora en consideración a la clase social que la ejerce.

La autora dice que si la única razón de este privilegio es su mera existencia legal, manifestada a través de causas concretas determinadas por el legislador, debe concluirse que carece de todo fundamento jurídico. Teniendo en cuenta las distorsionantes consecuencias que en el sistema crediticio tiene la existencia de cargas ocultas sobre el patrimonio del deudor, los privilegios deben ser interpretados de forma restrictiva. Considera que, *de lege ferenda*, la atribución de un privilegio al prestamista sólo debía estar justificada cuando no existiese, como la hay, la posibilidad de pactar una hipoteca que accediese al Registro y garantizase la devolución del préstamo.

Expuesta la idea central de la tesis, la autora entra en el concepto del crédito refaccionario, criticando la idea tradicional aportada por la doctrina y la jurisprudencia, que han venido manejando los términos de «cantidades anticipadas» y «dinero invertido en obras». Según ella, deben considerarse refaccionarios aquellos créditos que estén causalmente conectados con obras de reparación, construcción o mejoras de bienes, insistiendo en que sólo deben tener el privilegio cuando su titular no disponga de ninguna garantía que le permita evitar el riesgo de insolvencia de su deudor, bien porque no sea posible acudir al mercado de garantías o bien porque la concurrencia con otros acreedores no resulte posible al estar facultado para detraer el crédito.

Para que haya privilegio ha de existir un crédito y que esté conectado con la construcción, conservación o mejora del bien sobre el que recae. ¿Cuáles son esos créditos beneficiados por el privilegio, según nuestra legislación? La autora repasa los distintos supuestos posibles, empezando por los contratos de obras públicas, poco aptos para el privilegio por el principio de inembargabilidad de la Administración; luego analiza los créditos del contratista «normal» y los que nacen de la entrega de materiales necesarios para la construcción; también cabe el privilegio refaccionario en obras aisladas, al margen de una contrata, procurando el reembolso por impensas tanto en cosa ajena como en la propia; casos de esto último es la del tercer poseedor de finca hipotecada, créditos por obras en elementos comunes de la propiedad horizontal y en los bienes comunes y privativos de la sociedad de gananciales.

Otro gran apartado del libro se dedica a analizar el régimen de concurrencia del privilegio refaccionario. La regla general que se deduce del Código Civil para solucionar la concurrencia y prelación de créditos es la llamada «Ley del dividendo». En principio, los bienes del deudor deberían distribuirse a prorrata entre sus acreedores. Sin embargo, hay excepciones que privilegian a los créditos asegurados con garantía real; en los créditos no asegurados con esa garantía, a juicio de la autora, la norma que confiere privilegios es de justificación incierta.

El régimen legal de concurrencia está integrado por los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil que contienen la regulación común sobre la materia y por la normativa comprendida en otras leyes como el Código de Comercio, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Propiedad Horizontal y otras especiales, algunas de las cuales no sólo crean privilegios crediticios no contemplados en la legislación común, sino que establecen regímenes concurrenciales especiales para los créditos refaccionarios; a seguido, la tesis recoge todos esos diversos supuestos, exponiéndolos en detalle.

El libro termina con la consideración especial de determinados supuestos de concurrencia con particular atención al conflicto que puede plantearse entre el privilegio refaccionario y las cláusulas legales o convencionales de extensión de la hipoteca, a tal efecto estudia y desarrolla lo dispuesto en los artículos 109 a 113 de la Ley Hipotecaria, analizando la jurisprudencia.

Para apoyar la tesis central de que este privilegio no está justificado sino cuando no se haya podido acudir a las garantías reales, el libro estudia por extenso la legislación y la doctrina, dándonos una completa visión sobre la materia. Enhorabuena a la autora por el merecido Doctorado, que con su trabajo se ha ganado. Sabemos que ya tiene escrito otro libro sobre «La hipoteca legal. La determinación del crédito garantizado» que le edita el Colegio de Registradores de la Propiedad. Enhorabuena otra vez y muchos ánimos para seguir en el camino emprendido.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO: *Los recursos de revisión civil, contencioso-administrativo y laboral*, Editorial Comares, Granada, 1997. Un tomo de 188 págs.

De mis ya lejanos tiempos de aprendizaje jurídico recuerdo un dicho de un veterano pleitista que me decía que para ganar un caso era preciso tener razón, saberla exponer... y que te la quisieran dar. Es posible que así ocurra alguna que otra vez y por eso hay litigantes fogosos que ante fallos adversos se sublevan y recurren siempre, grado tras grado hasta llegar al Tribunal Supremo y aún más allá, pues ahora se recurre ante el Tribunal Constitucional en amparo a base de los célebres artículos 14 y 24, vengan o no vengan a cuento, en una cuarta instancia que se han inventado.

Cuando la sentencia es ya firme, ¿no queda otro remedio? Pues sí, y está en nuestra propia legislación, que es el recurso extraordinario de revisión, el cual tiene, además de unos longevos antecedentes, una vigencia efectiva, siendo algo frecuente su interposición.

Y esta es la materia del libro que vamos a comentar, del cual es autor don ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, al que ya conocemos en nuestra revista, jurista de gran ciencia y mucha experiencia, con amplios servicios en la Magistratura, en la que llegó a ser presidente de la Sala del Tribunal Supremo; es autor de varios libros, alguno de reciente comentario en nuestras páginas.

Su metodología es igual a la que habitualmente ha empleado en otras obras, es decir, comenta los textos legales, apronta su propia doctrina sobre el punto tratado y trae a colación una abundante jurisprudencia con las sentencias recaídas en el caso, para ilustrar de modo práctico la aplicación de las leyes.

En la introducción, tras reseñar los antecedentes históricos, que se remontan al Código de las Siete Partidas, pasa a la legislación actual, tanto en la vía civil, como la contencioso-administrativa y la jurisdicción laboral. El autor define el recurso de revisión diciendo que es un proceso excepcional para la impugnación de sentencia firme por motivos procesales intrínsecos al juicio donde fue dictada y que determina la rescisión del fallo recurrido.

En definitiva, con este recurso de revisión, al igual que ocurre con todos los demás, se trata de impugnar una sentencia por el litigante que se considera perjudicado con el fin de obtener nueva decisión favorable a sus intereses; la nota que lo diferencia de los otros recursos es que aquí el Tribunal competente, que en España es el Supremo, conoce de la cuestión litigiosa conforme a un material fáctico que es nuevo y hasta ese momento desconocido, consistente en falsedades, ocultaciones documentales o violencias que afectan tanto al objeto del proceso como a los sujetos o a las actividades de tiempo, lugar y requisitos formales.

De ahí sus caracteres, que se detallan, de ser un recurso jurisdiccional de plenitud, excepcional porque se da contra sentencias firmes, ejercitándose una acción autónoma respecto al juicio antecedente y por motivos estricta y legalmente tasados.

En el capítulo II se estudian cuáles son las resoluciones recurribles, las sentencias firmes dictadas por el respectivo órgano jurisdiccional; son fallos contra los que no cabría ya ningún otro recurso ordinario. Es Tribunal competente, en lo civil, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, con excepción de los casos de Derecho civil foral o especial que corresponderán a los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades Autónomas; en los ámbitos contencioso-administrativo y laboral serán competentes las Salas correspondientes del Tribunal Supremo.

En el capítulo III se estudia, con los textos legales por delante, cuáles pueden ser los motivos para ejercitar este recurso. En todo caso debe tratarse de hechos que se hayan producido o conocido con posterioridad a la firmeza de la sentencia, ajenos y extraños al proceso inicial. Así, llegar a conocer la existencia de documentos decisivos, falsos testimonios de los testigos o demostración de que la sentencia se ganó injustamente mediante cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta. Son motivos de gravedad suma y deben probarse para obtener nueva sentencia que rescinda la anterior. En los capítulos IV a VIII se estudian detalladamente los motivos tasados que marcan las leyes procesales civiles, contencioso-administrativas y laborales con textos bastante parecidos, recogiendo también las sentencias que las aclaran.

En el capítulo IX se trata de las partes procesales y su legitimación. En el recurso de revisión la legitimación activa corresponde al recurrente, que es la persona desfavorecida por la sentencia firme cuya rescisión se pide, buscando otro fallo que estime sus pretensiones. La legitimación pasiva corresponde al recurrido o persona que obtuvo a su favor la sentencia que ahora se contra- vierte.

Los requisitos de plazo y de depósito previo se estudian en el capítulo X, recogiendo en cuanto a lo primero lo dispuesto en los artículos 1.798 y 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según los cuales el plazo para interponer el recurso de revisión será el de tres meses contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude o desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad; en ningún caso podrá interponerse el

recurso de revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que lo motiva; pasado dicho plazo, el recurso se rechazará de plano; varias sentencias que se recogen aclaran de modo firme esta doctrina, siguiendo el mandato legal.

Y en los capítulos XI a XIII del libro se exponen las diversas fases del procedimiento. El recurso de revisión se inicia, como todos, con el escrito de demanda, que ha de cumplir los normales requisitos de forma, especialmente señalar la firmeza de la sentencia que se recurre; ha de hacerse dentro de los plazos antes dichos, con el depósito necesario y exponer claramente los hechos en los que se basa la impugnación con todos los detalles y pruebas necesarias para hacerlos valer, fundamentos de derecho que se consideren aplicables, conclusiones y súplica correspondiente. La interposición de la demanda, caso de que sea admitida, supone la iniciación del proceso, pero no suspende la ejecución de la sentencia impugnada, salvo acuerdo expreso del Tribunal. Emplazados los que hubieran litigado en el pleito anterior, éstos pueden contestar a la demanda en escrito de estructura análoga y paralela, para contradecirla; practicadas las pruebas y celebrada la vista si se ha solicitado, se dicta sentencia. Según el artículo 1.810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra la sentencia que recaiga en el recurso de revisión no se dará recurso alguno. Eso dice la Ley procesal, pero. ¿no cabría también en este caso el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional? El autor no se plantea esta cuestión en el libro, pero quizá no sería descabellada, si se dan los supuestos de inconstitucionalidad.

Los efectos de la sentencia estimatoria se señalan en los artículos 1.806 y 1.807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según los cuales si el Tribunal Supremo lo declara así, se rescindirá en todo o en parte la sentencia impugnada, devolviéndose los autos al Tribunal de que procedan para que las partes usen de su derecho según les convenga en el juicio correspondiente.

Resaltemos que el artículo 1.708 nos echa una especial mano en defensa de nuestro «tercero hipotecario», al disponer que la rescisión de una sentencia firme como resultado del recurso de revisión producirá todos sus efectos legales, salvo los derechos adquiridos que deban respetarse con arreglo a lo establecido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Es un libro que recoge con gran claridad todo lo referente a este recurso, en términos concisos, pero muy completo. Partiendo de las normas, se explican los conceptos y se añade la jurisprudencia. Es una guía imprescindible para litigantes y juristas, escrita por quien ha tenido que conocer y fallar bastantes de estos recursos y que por ello muestra su indudable maestría en la materia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *El hipotecarista Francisco de Cárdenas. Trabajos y empeños de su vida y su obra*. Seminario Jerónimo González. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997. Un tomo de 233 págs.

El día 28 de abril pasado, en el salón de actos del Colegio de Registradores tuvo lugar la presentación de este libro, primero de la colección que va a publicarse bajo el título «Biblioteca del Seminario de Derecho Registral Jeró-

nimo González». Este Seminario, adscrito al Centro de Estudios Registrales y dirigido desde su creación en 1992 por el Registrador de Madrid y Catedrático de Derecho Civil don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, tiene como finalidad colaborar en las tareas docentes, de estudio y de investigación que patrocina, promueve y desarrolla el Colegio de Registradores, en una actividad doctrinal y bibliográfica generalmente reconocida por todos los círculos profesionales y culturales que nos conocen.

Una de tales actuaciones doctrinales es la que ahora se inicia y que tiene el propósito de volver a la luz algunos de los clásicos textos jurídicos de nuestra disciplina registral, debidos originariamente a los mejores hipotecaristas, y ya, de paso, dar a conocer el significado y obra que tuvieron estos grandes autores dentro de la vida jurídica española de su época. Junto a esta figura de FRANCISCO DE CÁRDENAS que ya aparece, el propósito es dar a conocer a otros juristas insignes que seguirán a continuación.

El autor de este primer libro ha sido el profesor don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, catedrático de Derecho Civil, vocal de la Comisión General de Codificación, ex Magistrado del Tribunal Constitucional, bien conocido por sus muchos libros y trabajos jurídicos y asiduo colaborador de nuestra revista, el cual ha culminado con gran acierto su tarea exponiéndonos de mano maestra el ambiente y los avatares que influyeron en la elaboración de nuestra Ley Hipotecaria.

El texto básico de FRANCISCO DE CÁRDENAS, uno de los redactores de la Ley Hipotecaria, que se comenta y sirve para dar entrada a su vida y su obra, es el capítulo III de la «Memoria histórica de la Comisión General de Codificación», publicada en Madrid en 1871. En dicho capítulo, titulado «Antecedentes, redacción y discusión de la Ley Hipotecaria y de sus Reglamentos», expone CÁRDENAS el afanoso iter de esa normativa, de la que fue uno de sus principales protagonistas, narrándolo en esa prosa fluida y precisa que también se refleja en los propios textos legales y reglamentarios en los que intervino.

Es sabido que al fracasar el proyecto del Código Civil de 1851 por los dichosos particularismos forales, se hizo patente la urgencia de asegurar el tráfico jurídico de los bienes inmuebles, pues, como después se dijo en frases lapidarias, las leyes antiguas eran insostenibles y estaban condenadas por la ciencia y por la razón.

En este punto inicia CÁRDENAS su relato diciendo que el ministro de Gracia y Justicia encargó en 1852 a la Comisión de Códigos la formación de un proyecto de Ley Hipotecaria, redactando unas bases para poder pedir a las Cortes autorización para decretarla. Es el propio CÁRDENAS el que redactó ese trabajo, pero uno de los tantos bandazos políticos del siglo pasado da al traste con el borrador, que incluso desaparece físicamente. Pero en 1855 se redacta por la Comisión un nuevo proyecto, basado, como el anterior, en los principios de publicidad y especialidad, con las finalidades de facilitar la circulación de la propiedad inmueble, impedir el fraude, desarrollar el crédito territorial y disminuir el interés de los préstamos para acabar con la usura. Aceptado el proyecto por el Gobierno, se discutió en el Congreso, pero no llegó a pasar al Senado, por haberse cerrado la legislatura. No obstante, la Comisión de Codificación seguía estudiando y discutiendo el proyecto de Ley Hipotecaria redactado por el ponente, que era FRANCISCO DE CÁRDENAS, el cual sigue explicándonos con todo detalle cómo se iban abordando y resolviendo las varias dificultades de la obra. Por fin se presentó el trabajo al Gobierno en 1860,

pasando a las Cortes; tras una discusión amplia y prolija en ambos cuerpos legisladores, éstos aprobaron el proyecto y facultaron al Gobierno para promulgar la Ley, lo que se hizo en la conocida fecha de 8 de febrero de 1861.

Hecha patente la necesidad de un reglamento que facilitara la ejecución de la ley, el Ministerio encargó a la misma Comisión de Codificación que lo redactara, haciéndose cargo de este trabajo el mismo ponente, el propio CÁRDENAS.

Pero la publicación de la Ley Hipotecaria no fue el final sino el principio del proceso. Organizada la Dirección General del Registro de la Propiedad, de la que se hizo cargo precisamente CÁRDENAS como primer director general, hubo de poner en marcha toda la maquinaria, empezando por nombrar a los primeros registradores, a los que hubo de instruir evacuando las numerosísimas dudas que se produjeron. Había que aclarar el sentido y contenido de una norma que era no sólo nueva, sino completamente extraña a nuestro sistema tradicional; todo ello lo narra CÁRDENAS con una aparente sencillez, cuando es patente que debió suponer dificultades impresionantes.

El último apartado de ese capítulo de la Memoria de CÁRDENAS se refiere a los informes y proyectos sobre la oportunidad de la ejecución de la Ley Hipotecaria y su reforma. Recuerda cómo la propia Comisión vaticinó que era prematura la fecha de 1 de enero de 1863 para que la Ley entrara en vigor; eso dio lugar a numerosas críticas de los oponentes, destacando la de un ministro de Ultramar que llegó a decir que la Ley Hipotecaria no era ejecutable en ninguna provincia y que incluso eran absurdos e inconstitucionales algunos de sus preceptos y que la propia Comisión quería modificarla; el desaguizado se salvó recibiendo los redactores cumplida satisfacción del ministro de Gracia y Justicia, que era el competente.

Escrita esta Memoria que se comenta en 1871, ya después del vendaval de la «Gloriosa», CÁRDENAS dice que la reforma hipotecaria y la ley que la realizó era tan justa y favorable a la causa pública que, a pesar de las dificultades y de haberla combatido tantos intereses, ha salido a salvo incluso de una revolución que tantas cosas ha cambiado y que ha puesto en tela de juicio casi todas las instituciones; y ésta, dice, que ha resistido prueba tan terrible, tiene sin duda más vitalidad y raíces más profundas de lo que se suponía.

Efectivamente, después de más de un siglo, podemos ver lo que ha significado y supone la Ley Hipotecaria que nos trajo un Registro de la Propiedad como instrumento de publicidad y sin el cual sería impensable la seguridad jurídica y el tráfico de bienes inmuebles que disfrutamos.

Y en este libro el profesor DE LOS MOZOS nos hace un completo trasunto de lo que significó FRANCISCO DE CÁRDENAS en la primitiva Ley Hipotecaria, empezando por presentar su atrayente personalidad y la formación jurídica que mostró en variadas y múltiples esferas. Se iniciaron sus trabajos en una revista titulada *El Derecho moderno*, de la que era alma y vida y que le sirvió de cauce, por la notoriedad de su ciencia y su laboriosidad, para ser llamado a formar parte de la Comisión de Codificación. Una vez allí pone manos al encargo ministerial de redactar lo que acabaría siendo la Ley Hipotecaria, en la cual pugnaban las tendencias germanistas puras de CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, de no fácil encaje con nuestras tradiciones jurídicas.

El profesor DE LOS MOZOS explica con nítida claridad la importancia de este nuevo Código de la propiedad territorial en el supuesto enfrentamiento entre la escuela filosófica y la escuela histórica que tuvo lugar en aquella época de las codificaciones y cómo, a pesar de esas encontradas tendencias doctrinales

y los avatares políticos del siglo XIX, el tesón de CÁRDENAS se impuso y fue factor decisivo para llevar adelante los trabajos, hasta conseguir la promulgación de la Ley A continuación, el libro detalla, siguiendo el propio texto de la Memoria Histórica y otras fuentes consultadas, las dificultades que después hubo de superar la Ley neonata hasta conseguir su aplicación en la práctica.

Ya fuera de la Ley Hipotecaria, el autor de este libro nos presenta otros trabajos y empeños que jalonaron la vida y la obra de FRANCISCO DE CÁRDENAS. Participó en la elaboración del Código Civil hasta que en 1869 la revolución trastocó todo el sistema y ya después de la restauración desarrolló otras varias tareas legislativas de acuerdo con su talla de extraordinario jurista de su tiempo, siendo a la vez un notable hombre de Estado, comprometido en la política española de la época; fue, además, un gran historiador y un notable escritor.

La parte final del libro se dedica a estudiar el perfil humano de CÁRDENAS en una biografía completa.

Después de leer el libro ha de quedar pendiente un sentimiento de gratitud hacia aquellos hombres que hicieron posible la construcción de un sistema de publicidad que ahora produce tan excelentes frutos.

Muy acertada la idea del Seminario Jerónimo González de presentarnos la obra y la vida de aquellos juristas extraordinarios. Este libro es de una agradable lectura y hemos de felicitar al autor y a todos los que, interviniendo en la empresa, la han hecho posible

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Bienvenido Oliver en el pensamiento español del siglo XIX*. Seminario Jerónimo González del Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997. Un tomo de 246 págs

Hace poco dábamos noticia de la aparición de una serie de biografías de figuras relevantes históricas en el ámbito del Derecho Registral, y ya tenemos aquí otro interesantísimo libro de esta iniciativa del Seminario Jerónimo González, que ha nacido con buen pie, sin duda porque ha sido muy bien planeada y se han escogido acertadamente tanto las figuras a recordar como los autores encargados de presentarlas.

En este caso el biografiado es sin duda uno de los hombres más interesantes del panorama jurídico español a caballo entre el siglo pasado y principios del presente. El autor, Registrador de la Propiedad de Madrid y que ha sido director general de los Registros y del Notariado, tiene una de las mejores plumas de nuestro Cuerpo, como sabemos por su extensa obra.

La inquietud intelectual del biografiado don BIENVENIDO OLIVER fue extraordinariamente amplia, ya que junto a investigaciones históricas, tales como su «Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia» y otra sobre las Cortes en la Corona de Aragón, con la que ingresó como Académico de la Historia, escribió sobre otros variados temas jurídicos, como el «Derecho Inmobiliario español» y una «Filosofía del Derecho Positivo» Todo ello dentro de una vida encuadrada en activos servicios prestados en la Dirección General, en la que llegó a su cumbre, con una dedicación y una vocación que se nos pinta de modo magistral en este libro.

Los textos de don BIENVENIDO OLIVER, que ha escogido PAU PEDRÓN como pedestal para presentárnoslo, pertenecen al prólogo a la «Legislación Hipotecaria española», que se editó en tres volúmenes en 1886 por la Biblioteca Judicial.

Explica en él que a los veintidós años de vigencia de la Ley Hipotecaria, el conocimiento científico de su contenido y el verdadero espíritu de sus bases fundamentales no había penetrado aún con la eficacia necesaria en la vida jurídica española, quizá, dice, porque las novedades de la Ley estaban en oposición con nuestra antigua y tradicional legislación civil. Por eso acepta escribir este extenso prólogo en el que expone las ideas fundamentales sobre el carácter de la legislación hipotecaria española, elementos que la constituyen, partes de que se compone y doctrinas dominantes.

Haciendo un breve apunte de su proceso de elaboración y reseñando los materiales normativos que componen dicha legislación, recoge las reformas parciales subsiguientes y alude al final a las leyes y reglamentos dados para Cuba y Puerto Rico, dentro del mismo sistema básico.

Aunque la legislación fue conocida con el nombre de hipotecaria, OLIVER observa que está formada de tres partes, siendo la primera la que regula la transmisión y gravamen de los bienes inmuebles, inspirada en la publicidad y la especialidad; la segunda es la propia hipotecaria, por ceñirse a este derecho, y la tercera es la que tiene por objeto la organización del Registro de la Propiedad y sus libros.

Como doctrinas fundamentales inspiradoras, OLIVER señala que en la nueva legislación se adopta un sistema de publicidad absoluta; para que los asientos obliguen y tengan fuerza respecto a personas extrañas, *erga omnes*, es preciso que se hagan públicos por medio de la inscripción; por eso se impone al encargado del Registro la obligación de examinar los títulos cuya inscripción se solicita y concluye que la inscripción es un verdadero modo de adquirir, no entre partes, sino respecto de todas las demás personas. En cuanto a las hipotecas, también se introducen radicales novedades acordes con el principio de inscripción. La parte destinada al Registro es la que comprende mayor número de artículos y ha sido objeto de más variadas disposiciones aclaratorias y modificadoras posteriores.

Después explica la amplitud, extensión y tendencias de la reforma hipotecaria y de la nueva Ley, obedeciendo a conseguir los dos objetos fundamentales que ésta debía comprender, a saber: 1.º Asentar la propiedad territorial sobre bases que la diesen firmeza, seguridad o certidumbre, y 2.º Establecer la publicidad de las hipotecas, facilitando la adquisición del dinero a los dueños de los inmuebles y dar seguridad a los que prestan sus capitales.

Para desarrollar estos principios, OLIVER trae a colación citas de la Comisión y de los varios ministros, diputados y senadores que intervinieron en las discusiones y que aclaran las finalidades que se persiguieron. A los mismos testimonios acude a la hora de fijar la naturaleza y los caracteres de la Ley Hipotecaria que, según OLIVER, son los siguientes.

- La Ley Hipotecaria es de naturaleza civil.
- Es radicalmente innovadora de nuestra antigua legislación.
- Se halla informada por los principios del Derecho alemán.
- Es analítica o casuística.
- Es sistemática.
- Es unitaria o uniformadora.
- Es, finalmente, especial o, más exactamente, parcial.

Como resumen de lo dicho, define la Ley Hipotecaria en los siguientes términos: La Ley Hipotecaria española es el conjunto sistemático de preceptos de naturaleza civil, comunes a toda la nación, que fijan y organizan las condiciones generales de que depende, en cuanto a tercero, la adquisición mediata, el ejercicio y la pérdida de la propiedad territorial y la constitución, transmisión, modificación, gravamen, ejercicio y extinción de los derechos inmobiliarios o sobre inmuebles y las condiciones especiales de que depende de igual modo la constitución, transmisión, modificación, gravamen, efectua-ción y extinción del derecho de hipoteca.

Hasta aquí los textos de don BIENVENIDO OLIVER que han servido de base y justificación a ANTONIO PAU para trazar su biografía, un apunte personal y entrañable, no copiado de otros libros, sino buscada de modo directo en ámbitos familiares cercanos a la figura; con ello se ha obtenido un retrato inmediato y lleno de humanidad, que se lee con gusto y de un tirón.

Comienza el libro calificando el autor al biografiado de «sabio del siglo XIX», porque aunó una inquietud intelectual sin límites con una intensa preocupación por el progreso y los temas sociales, dentro del ambiente regeneracionista de su época, atendiendo a la vez al Derecho y a las Humanidades. Así se manifestó en sus vivencias en Puerto Rico y sus publicaciones de docente y político, hasta recalar, como dijimos en la Dirección General, donde marca su impronta personal en una larga y fecunda actuación profesional, reflejada en la doctrina de varias importantes Resoluciones de las que fue autor. También trabajó en la Comisión de Codificación, redactando bastantes proyectos de variadas disposiciones.

ANTONIO PAU recoge igualmente los trabajos históricos que antes hemos citado y que le valieron su designación como académico de la Historia. Su obra más importante, a nuestros efectos, fue la elaboración sistemática del Derecho Inmobiliario Español, aunque sólo se publicó el tomo primero.

En el libro se recogen datos interesantísimos sobre el pensamiento de OLIVER, sus relaciones con el krausismo, entonces de moda, y la Institución Libre de Enseñanza, su correspondencia con JOAQUÍN COSTA, GINER DE LOS RÍOS, MARAGALL y otras personalidades del entorno cultural y político de la época. Y, a seguido, una detallada cronología de BIENVENIDO OLIVER, todo ello con varias fotografías que completan y hacen más llamativo e interesante este libro que comentamos y que, hay que repetirlo, nos ha gustado de verdad, leyéndolo de un solo tirón. ANTONIO PAU, aparte su reconocida categoría de jurista, con esta obra ha confirmado también su fama bien ganada de buen historiador y biógrafo

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Estructura y fuentes del Derecho civil español*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997.

La Fundación Matritense del Notariado ha abordado la publicación de monografías jurídicas bajo el epígrafe común de *Cuadernos de la Fundación*. La finalidad que persigue esta colección de libros es la de ofrecer un panorama, no excesivamente extenso, pero sí riguroso, de diversos sectores e instituciones del Derecho privado. Entre los destinatarios de estas publicaciones

están, de manera especial, los opositores a Notarías y Registros. En segundo lugar, los profesionales del Derecho, y en particular los notarios.

Los materiales que han de emplear los opositores ha sido una cuestión que ha preocupado y sigue preocupando a todos los que, en mayor o menor medida, están próximos a ese largo combate intelectual que son las oposiciones. ¿Libros? ¿Temas? ¿Un único libro? ¿Muchos libros? ¿Temas extensos? ¿Temas breves? La Fundación del Notariado ha terminado con estas preguntas a través de una solución original: monografías. Pero monografías que tengan presente a sus principales destinatarios. Por tanto, textos sistemáticos, claros, lineales.

Es indudable que esta nueva fórmula va a cumplir una doble función: por un lado, facilitar *todo* el contenido necesario para contestar al Programa oficial; las monografías se ajustan al enunciado de los temas. Por otro lado, ofrecer una doctrina más rigurosa que la de los temas —en muchos casos apócrifos— que circulan de mano en mano y de promoción en promoción.

Desde las primeras ediciones del tratado del maestro CASTÁN TOBEÑAS, que estaban ajustadas a los programas de las oposiciones a Notarías y Registros, no ha vuelto a existir una obra de Derecho civil adaptada a ellos. Ese vacío ha venido a llenarlo, no una nueva obra individual, sino esta colección que patrocina la Fundación Matritense del Notariado.

Uno de los primeros volúmenes que ha aparecido ha sido *Estructura y fuentes del Derecho civil español*, escrito por ANTONIO PAU PEDRÓN. No necesito decir nada sobre el autor, que es bien conocido y valorado en el ámbito de la doctrina jurídica. Aborda ANTONIO PAU algunos capítulos más tradicionales y, a la vez, más renovados del Derecho civil. El autor los sistematiza en dos partes: la estructura del actual Derecho civil español y las fuentes del mismo. La primera parte comprende tres capítulos: la formación histórica del Derecho civil, el proceso codificador y los Derechos forales o especiales. La segunda parte comprende otros tres capítulos: la Ley, las fuentes supletorias y el Derecho comunitario europeo.

Quizá el mayor acierto de las páginas que reseñamos sea el equilibrio entre tradición y originalidad. Hay que reconocer que ese equilibrio lo exige el propio destino de la obra. Los Tribunales esperan oír ciertas cosas, y sería arriesgado no decir las. Sin embargo la originalidad está muy presente. Por ejemplo, en la exposición del proceso codificador, en el estudio de la incidencia de las fuentes del Derecho comunitario en el español, en el examen de la interpretación, la equidad y la analogía.

Hay temas que el autor había tratado ya extensamente en trabajos anteriores —la formación del Derecho comunitario, los principios generales en relación con los principios hipotecarios, las reformas posconstitucionales del Derecho civil (en un trabajo que escribió en colaboración con el profesor ESPÍN CÁNOVAS)—, y la nueva obra se beneficia de la madurez de sus ideas.

Es necesario destacar un rasgo particularmente relevante que distingue esta *Estructura y fuentes del Derecho civil español* de los temas de oposición que habitualmente se utilizan para el estudio de esta materia: que el autor tiene en cuenta las aportaciones doctrinales más recientes, y no repite los tópicos tradicionales. Este rasgo queda de manifiesto de manera especial en algunas materias: el debate codificación-descodificación-recodificación; la estructura plural del actual Derecho civil; el valor del Título Preliminar del Código Civil en relación con el Derecho público y la Constitución Española; la incidencia del Tratado de la Unión Europea en el sistema de fuentes del

Derecho español; la última doctrina sobre los usos mercantiles; la aplicación de la analogía en los ámbitos penal y fiscal, etc.

En definitiva, se trata de una obra bien sistematizada, trabajada con detenimiento y rigor, que expone las materias tratadas de manera ordenada y estructurada, original en la medida en que la materia lo permite y el destino primordial de la obra lo hace aconsejable, y escrita con claridad y sencillez. No hay duda de que cumple con creces su principal función. servir a los opositores. Pero va bastante más allá. A muchos juristas les servirá también para adquirir una visión precisa de cuestiones esenciales del Derecho civil y del Derecho en general.

ENRIQUE MADERO JARABO

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 633 (Junio 1997)

«La competencia territorial», por EDUARDO MONER MUÑOZ, pág. 6863.

SUMARIO. I. CONCEPTO JURISDICCION Y COMPETENCIA.—II. CLASES DE COMPETENCIA.—III. CRITERIOS DE DETERMINACION DE LA COMPETENCIA Y DERECHO AL JUEZ NATURAL.—IV. CRITERIOS DE ATRIBUCION.—V. LUGAR DE COMISION DEL DELITO.—VI. EXAMEN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS DELITOS DE ACCION, OMISION, DE RESULTADO, DE MERA ACTIVIDAD, PERMANENTES.—VII. DELITOS A DISTANCIA Y DE TRANSITO.—VIII. TENTATIVA Y FRUSTRACION.—IX. SUPUESTOS DE PARTICIPACION.—X. FUEROS SUBSIDIARIOS.—XI. APLICACION SINGULAR DEL JUEZ COMPETENTE TERRITORIALMENTE A DIVERSOS TIPOS DELICTIVOS DEL CODIGO PENAL.—XII. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL.

«El deber de convivencia de los cónyuges», por CARLOS ONECHA Y SANTAMARÍA, pág. 6887.

SUMARIO: I. TRASCENDENCIA JURIDICA DEL TEMA.—II. JUSTIFICACION DE UNA SEPARACION.—III. ANALISIS DEL CONTENIDO DEL DEBER DE CONVIVENCIA ENTRE LOS CONYUGES.—IV. SUPUESTOS DE CRISIS EN LA CONVIVENCIA CONYUGAL.—V. EFICACIA JURIDICA DE LA CONVIVENCIA CONYUGAL

«Evolución histórica, posiciones doctrinales y concepto legal de delito con anterioridad y en el Código Penal de 1995», por M.^a LUZ MERCEDES NODAR MONTES, pág. 6897.

SUMARIO: INTRODUCCION AL DELITO.—ESTUDIO HISTORICO-DOCTRINAL.—ELABORACION DOCTRINAL. A) DOCTRINA ANTIGUA B) DOCTRINA CLÁSICA. C) DOCTRINA POSITIVISTA. D) DOCTRINAS ECLÉCTICAS.—CONCEPTOS TECNICO-JURIDICO Y DOGMATICO.—DERECHO ESPAÑOL. A) ESCUELA ESPAÑOLA. B) DERECHO POSITIVO.—CUADRO ESQUEMATICO.—CONCEPCION DEL DELITO EN EPOCA RECIENTE.—LA RUPTURA DE LA EVOLUCION POR EL DERECHO PENAL DE AUTOR.—CONCEPTO FINALISTA DEL DELITO.—CONCEPTO LEGAL DE DELITO EN EL DERECHO ESPAÑOL.—ANEXO I—BIBLIOGRAFIA Y FUENTES DE CONSULTA.

«La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana», por ROBERTO L. BLANCO VALDÉS, pág. 7009.

SUMARIO: 1. LA CONSTITUCION Y SU DEFENSA: DE LA CONSTITUCION ORGANICA A LA MATERIAL, DE LA DEFENSA POLITICA A LA JURISDICCIONAL.—2. DOS SITUACIONES, DOS REVOLUCIONES: LA SEPARACION DE PODERES Y EL «VALOR» DE LA CONSTITUCION.—3. NORTEAMERICA: LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION.—4. FRANCIA: LA SUPREMACIA DE LA LEY.—5 BIBLIOGRAFIA SUMARIA.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO (Octubre-Diciembre 1995)

«El valor del *instrumentum* en Derecho romano», por JOSÉ GINESTA AMARGÓS, pág. 9 (sin sumario).

«El encargo de dar crédito. Naturaleza jurídica del mandato de crédito y su expresión a través de cartas de patrocinio», por CARLOS DE MIGUEL PERALES, pág. 41.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANALISIS FACTICO DEL MANDATO DE CREDITO.—III. CONSECUENCIAS PRACTICAS DERIVADAS DE LA DIFERENTE CONSIDERACION DEL MANDATO DE CREDITO: 1. EXTENSION Y NATURALEZA DE LA COBERTURA AL ACREDITANTE ABSTRACCION Y ACCESORIEDAD 2 EXCEPCIONES OPONIBLES. 3 FORMA 4. PLURALIDAD DE PERSONAS QUE DAN EL ENCARGO DE DAR CRÉDITO. 5. EXTINCION DEL MANDATO DE CRÉDITO 6 CONSTANCIA EN EL BALANCE DE QUIEN ENCARGA DAR CRÉDITO. 7 CONCLUSION.—IV. LA CONSIDERACION DEL MANDATO DE CREDITO EN EL DERECHO DISPOSITIVO ESPAÑOL. 1 ELEMENTOS ESENCIALES DEL MANDATO DE CRÉDITO COMO CONTRATO. 2. LA CAUSA EN EL MANDATO DE CRÉDITO. EL INTERÉS QUE SE SATISFACE A TRAVÉS DEL MANDATO DE CRÉDITO. 3 EL MANDATO DE CRÉDITO COMO CONTRATO TÍPICO. COMO MANDATO O COMO ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.—V. CRITERIOS DE IDENTIFICACION DEL MANDATO DE CREDITO: 1. BREVES CONSIDERACIONES TEÓRICAS. 2. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN. CRITERIOS OBJETIVOS DE INTERPRETACIÓN 3 CONSIDERACIONES PRÁCTICAS (CONTINUACIÓN) CRITERIOS SUBJETIVOS DE INTERPRETACIÓN. 4. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS (FINAL) CRITERIOS INÚTILES A LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA POSIBLE EXISTENCIA DE UN MANDATO DE CRÉDITO.—VI. CONCLUSION.

«El principio de efecto directo horizontal en la jurisprudencia europea», por FERNANDO RON MARTÍN, pág. 123.

SUMARIO: 1. EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL EN LOS TRATADOS Y REGLAMENTOS.—2. EL EFECTO DIRECTO EN LAS DIRECTIVAS.—3 EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL EN LAS DIRECTIVAS: A) ARGUMENTOS ALEGADOS EN CONTRA DEL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL. B) ARGUMENTOS EN FAVOR DEL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL.—4. VIAS INDIRECTAS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL: A) AMPLIA-

CIÓN DEL CONCEPTO DE ESTADO. B) AMPLIACIÓN DEL SUJETO FAVORECIDO C) EFICACIA HORIZONTAL INDIRECTA. D) PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO E) PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME.—5. CONCLUSION.

«La sociedad unipersonal», por M.^a CRISTINA SANTAOLALLA LÓPEZ, pág. 171.

SUMARIO: 0. INTRODUCCION.—I GENESIS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL: 1. ORIGEN Y FINALIDAD. 2. OTRAS ALTERNATIVAS A LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. 3. VENTAJAS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.—II. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY DE SRL DE 23-3-95: 1.1 *Legislación*. 1.2 *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. 2 LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN LA LEY DE 23 DE MARZO DE 1995: 2.0 *Introducción*. 2.1 *Clases (art. 125)* A) Problemas en la constitución de la Sociedad Unipersonal: 1. El cambio automático de pluripersonal a unipersonal. 2. Número de participaciones. 3. Aportaciones. 4. Copropiedad. B) Autocartera y Grupos de Sociedades. 2.2. *Publicidad de la unipersonalidad (art. 126)*: A) Denominación. B) Constancia en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil: 1. Plazo para la inscripción. 2. Forma. 3. Responsable. 4. Efectos de la inscripción. 2.3. *Decisiones del socio único. Junta General (art. 127)*. A) La existencia de la Junta General de un único socio B) Derecho de representación. C) Conflicto de intereses. D) Acta de la Junta. 2.4 *Contratación del socio único con la Sociedad Unipersonal (art. 128)*: A) El órgano de Administración. B) Autocontratación. C) Publicidad. D) Peligros y régimen sancionador. 2.5. *Efectos de la unipersonalidad sobrevenida (art. 129)*. 2.6 *Disposición Transitoria 8ª*

«Algunas observaciones acerca de la notificación y requerimiento fehacientes en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», por FRANCISCO CASTRO LUCINI, pág. 213 (sin sumario).

«La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Reflexiones sobre algunos problemas que plantea su aplicación en la práctica notarial y registral», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ ALVAREZ, pág. 221.

SUMARIO: I. CUESTIONES COMUNES A LA NOVACION MODIFICATIVA Y A LA SUBROGACION: NECESIDAD O NO DE PROCEDER A LA MODIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA RESPECTO A LA COBERTURA DE LOS INTERESES GARANTIZADOS.—II. MODIFICACION DEL TIPO DE INTERES A LA BAJA CON MANTENIMIENTO O CONVERSION DEL CARACTER INICIAL DEL INTERES QUE SE MODIFICA EXAMEN DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS: A) MODIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS A LA BAJA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A INTERÉS FIJO, TRANSFORMÁNDOSE Y ADQUIRIENDO TRAS LA MODIFICACIÓN EL CARÁCTER DE INTERÉS VARIABLE. B) CAMBIO DE INTERÉS VARIABLE A INTERÉS FIJO. C) MODIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS A LA BAJA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A INTERÉS FIJO, MANTENIENDO Y CONSERVANDO TAL CARÁCTER D) EL TIPO DE INTERÉS INICIALMENTE PACTADO CON EL CARÁCTER DE VARIABLE SE REDUCE Y MANTIENE CON IGUAL CARÁCTER DE VARIABLE.—III. POSTERIOR MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

HIPOTECARIA RESPECTO A LOS INTERESES GARANTIZADOS. EFECTOS CON RELACION A TERCEROS ADQUIRENTES O POSEEDORES DEL INMUEBLE HIPOTECADO DEL DERECHO REAL INMOBILIARIO HIPOTECADO Y/O TITULARES DE HIPOTECAS Y/O EMBARGOS INSCRITAS Y/O ANOTADOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CON ANTERIORIDAD A LA REGISTRACION DE LA MODIFICACION DE LA NUEVA COBERTURA HIPOTECARIA.—IV. REGIMEN FISCAL Y ARANCELARIO: EXAMEN PARTICULAR Y PARCIAL DE LOS ARTICULOS 7, 8 Y 9 DE LA LEY REGULADORA: A) ASPECTOS FISCALES DE LA NOVACIÓN MODIFICATIVA. B) ASPECTOS FISCALES DE LA MODIFICACIÓN DEL PLAZO SIN QUE CONJUNTAMENTE SE MODIFIQUEN LAS CONDICIONES EN CUANTO AL TIPO DE INTERÉS, MEJORÁNDOLAS POR REDUCCIÓN Y A LA BAJA. C) ARANCELES NOTARIALES Y NOVACIÓN MODIFICATIVA. D) CUESTIONES ARANCELARIAS COMUNES A LA SUBROGACIÓN Y A LA NOVACIÓN MODIFICATIVA. E) HONORARIOS NOTARIALES EN LA SUBROGACIÓN F) ASPECTOS FISCALES DE LA SUBROGACIÓN.—V. POSIBILIDAD DE CONVENIR LA ALTERACION DEL PLAZO EN LA SUBROGACION.—VI. NATURALEZA DE LA SUBROGACION CONTEMPLADA EN LA LEY REGULADORA. POSIBILIDAD DE EXCLUSION Y RENUNCIA A LA MISMA.—VII. SUBROGACION PARCIAL: EXAMEN DE DISTINTOS SUPUESTOS SUBROGACION PARCIAL E HIPOTECA, CUYA TITULARIDAD ACTIVA SE LES TRANSMITE A CADA UNA DE LAS ACREEDORAS QUE LO SON POR EFECTO DE LA SUBROGACION PARCIAL: A) SUBROGACIÓN PARCIAL: EXAMEN DE DISTINTOS SUPUESTOS. B) SUBROGACIÓN PARCIAL E HIPOTECA, CUYA TITULARIDAD ACTIVA SE LES TRANSMITE A CADA UNO DE LOS ACREEDORES QUE LO SON POR EFECTO DE LA SUBROGACIÓN PARCIAL. ARTÍCULO 1.212 DEL CÓDIGO CIVIL.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE

Número 153 (Abril-Mayo 1997)

«Lo que queda de la Ley del Suelo de 1992», por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 13.

SUMARIO: I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO: A) CARÁCTER DE LAS NORMAS DE LA LEY DEL SUELO. B) CONTENIDO DEL FALLO DE LA STC 61/1997.—II. DOCTRINA SOBRE LA SUPLETORIEDAD: A) CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD B) DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. C) CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE ESTA DOCTRINA A LA LS DE 1992.—III. RAZONES DEL MANTENIMIENTO DE PRECEPTOS BÁSICOS O DE PLENA APLICACION.—IV. LEGISLACION ESTATAL QUE QUEDA VIGENTE: A) INTRODUCCIÓN B) OBJETO Y FINALIDADES DE LA LEY. C) RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO. D) VALORACIONES E) PLANEAMIENTO URBANÍSTICO DEL TERRITORIO. F) EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO. G) EXPROPIACIONES Y RÉGIMEN DE VENTA FORZOSA. H) INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CALIFICACIÓN Y USO DEL SUELO, Y DISCIPLINA URBANÍSTICA. I) INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DEL SUELO. J) RÉGIMEN JURÍDICO. K) DISPOSICIONES ADICIONALES Y TRANSITORIAS.—V. CONCLUSION

«Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el régimen del suelo. Comentario crítico de la STC de 20 de marzo de 1997», por ANGEL MENÉNDEZ REXACH, pág. 35

SUMARIO: I. EL PLANTEAMIENTO COMPETENCIAL DE LA LEY 8/90.—II. ACOGIDA EN LA SENTENCIA DEL PLANTEAMIENTO COMPETENCIAL DE LA LEGISLACION ESTATAL.—III. LA COMPETENCIA SOBRE URBANISMO.—IV. LAS CONDICIONES BASICAS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.—V. LEGISLACION CIVIL.—VI. REGULACION DE LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS. EN ESPECIAL, LA EXPROPIACION FORZOSA.—VII. BASES Y COORDINACION GENERAL DE LA PLANIFICACION ECONOMICA.—VIII. LEGISLACION BASICA SOBRE MEDIO AMBIENTE —IX. SOBRE LAS TESIS DEL VOTO PARTICULAR.—X. REFLEXIONES FINALES.

«Las técnicas urbanísticas de equidistribución y la doctrina del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre el planeamiento adaptado al texto refundido de la Ley del Suelo de 1992», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, pág. 73.

SUMARIO: 1. EQUIDISTRIBUCION Y PARTICIPACION DE LA ADMINISTRACION EN LAS PLUSVALIAS GENERADAS POR LA ACCION URBANISTICA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO: A) LAS TÉCNICAS DE REPARTO EQUITATIVO DE CARGAS Y BENEFICIOS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992. B) LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS QUE REGULAN LA DELIMITACIÓN DE LAS ÁREAS DE REPARTO Y LA DEFINICIÓN DEL APROVECHAMIENTO TIPO: a) *El concepto de «urbanismo» en la doctrina del Tribunal Constitucional: los límites a las competencias estatales para determinar las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad.* b) *El aprovechamiento tipo como mecanismo metodológico de definición del derecho de propiedad urbana.* c) *Aprovechamiento tipo y propiedad urbana: la cuota ideal abstracta del derecho de propiedad.*—2. LOS EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS TECNICAS DE EQUIDISTRIBUCION PREVISTAS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 1992. A) COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON LEGISLACIÓN URBANÍSTICA PROPIA: a) *La Comunidad Foral de Navarra* b) *La Comunidad Valenciana.* c) *La situación en la Comunidad de Galicia* d) *La situación en la Comunidad del País Vasco.* e) *La situación en la Comunidad de Madrid.* f) *El caso de la Comunidad de Canarias.* g) *La Comunidad Autónoma de Cataluña.* B) LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SIN LEGISLACIÓN URBANÍSTICA PROPIA: a) *Las técnicas equidistributivas en suelo urbanizable.* b) *Los mecanismos de reparto de cargas y beneficios en suelo urbano.*

«El anteproyecto de la cuarta Ley del Suelo y la sentencia del Tribunal Constitucional», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 107 (sin sumario).

«Comentarios prácticos a la Ley 7/97, de medidas liberalizadoras en materia de suelo, tras la STC sobre la LS 92», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 129.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: 1.1. PANORAMA LEGISLATIVO URBANÍSTICO ACTUAL 1.2. LA LEY 7/97. 1.3. LA VIGENCIA DE LA LEY 7/97, TRAS LA STC 1.4 OBJETO DEL TRABAJO.—2 ARTICULO 1: 2.1. SUBSISTENCIA DEL PRECEPTO. 2.2. ASPECTOS GENERALES. 2.3 CARÁCTER DEL ARTICULO 1: 2.3.1 *Consecuencias prácticas*. 2.4. LA NO APLICACIÓN TRANSITORIA DEL ARTICULO 1: 2.4.1 *Consecuencias prácticas*. 2.5 PLANES A LOS QUE AFECTA O NO AFECTA EL ARTICULO 1: 2.5.1. *El punto uno*. 2.5.2. *El punto dos*. 2.5.3. *El punto tres*. 2.6 LA NECESIDAD DE ESTABLECER EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL NUEVO SUELO URBANIZABLE CREADO POR LA LEY 7/97. 2.6.1. *El desarrollo urbanístico del nuevo suelo urbanizable*. 2.7. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS SUELOS URBANIZABLE PROGRAMADO Y APTO PARA URBANIZAR TRAS LA LEY 7/97: 2.7.1. *La equiparación sustantiva*. 2.7.2. *Analogías*. 2.7.3. *Diferencias*. 2.8. ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN AL ESTABLECER PROVISIONALMENTE EL RÉGIMEN DEL NUEVO SUELO URBANIZABLE: 2.8.1. *Aplicación de las limitaciones edificatorias de los artículos 16.1.2 de la LS 92 y 85 de la LS 76* 2.8.2. *Se valora como si fuera suelo urbanizable programado* 2.8.3. *No se pueden delimitar áreas para incremento del Patrimonio Municipal del Suelo*. 2.8.4. *Ha desaparecido la figura del Programa de Actuación Urbanística*. 2.8.5. *Determinaciones*. 2.8.6. *La delimitación sectorial*. 2.8.7. *La existencia o no de Programa de Actuación en los Planes Generales*. 2.8.8. *La incorporación de los Planes Parciales al desarrollo del suelo urbanizable*. 2.8.9. *La existencia de áreas de reparto y aprovechamientos tipo en el nuevo suelo urbanizable*. 2.8.10. *Cálculo de los aprovechamientos medios*. 2.8.11. *Urbanización y edificación simultáneas*. 2.8.12. *La posibilidad de implantar usos y obras provisionales*.—3. ARTICULO 2: 3.1. EL ARTICULO 2 UNO: 3.1.1. *En el RDL 5/96* 3.1.2. *En la Ley 7/97*. 3.2. EL ARTICULO 2 DOS: 3.2.1. *Subsistencia del precepto*. 3.2.2. *Equiparación de las unidades de ejecución con los polígonos*. 3.2.3. *Comentarios*. 3.3. EL ARTICULO 2.TRES: 3.3.1. *En el RDL 5/96*. 3.3.2. *En la Ley 7/97*.

«Reflexiones sobre el procedimiento aplicable al otorgamiento de las licencias urbanísticas a propósito de los artículos 319 y 320 del Código Penal», por ANTONIO T. VERDÚ MIRA, pág. 179 (sin sumario).

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 223 (Enero-Marzo 1997)

«La terminación de los contratos de distribución», por CÁNDIDO PAZ-ARES, pág. 7.

SUMARIO: I. INTRODUCCION 1. CLÁUSULAS *AD NUTUM* Y DISTRIBUCIÓN ASIMÉTRICA DEL RIESGO. 2. RESTRICCIONES PROTECCIONISTAS A LA LIBERTAD DE TERMINAR. 3. HIPÓTESIS DE TRABAJO Y SISTEMA DE LA EXPOSICIÓN.—II LA EFICIENCIA DE LAS CLÁUSULAS *AD NUTUM*: 4. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN ENTRE EMPRESA Y MERCADO. 5. CONTRATOS INCOMPLETOS, EXTERNALIDADES Y MARGINALIZACIÓN. 6. ESTRUCTURA DEL MECANISMO DE *ENFORCEMENT*: CUASI-RENTAS Y FACULTAD DE TERMINACIÓN. 7. LAS FALACIAS DE LA IRRELEVANCIA Y DE LA UNILATERALIDAD EN LA CREACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL EXCEDENTE.—III. LA FRAGILIDAD DE LA HIPOTESIS DEL ABUSO: 8. CONTROL DE EJERCICIO Y CONTROL DE VALIDEZ. 9. CONDICIONES

GENERALES Y ESTANDARIZACIÓN. 10. ¿SUBESTIMACIÓN DEL RIESGO? 11. LA PARADOJA DE LA INESTABILIDAD.—IV EL CONTROL DEL OPORTUNISMO DEL PRINCIPAL: 12. LAS EXIGENCIAS DE LA BUENA FE. 13. PRINCIPIO DE NO EXPROPIACIÓN Y *EXCEPTIO DOLI*. 14. UNA CONSIDERACIÓN FINAL

«Quiebra *versus* suspensión de pagos», por GUILLERMO ALCOVER GARAU, pág. 59.

SUMARIO: I. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.—II. ANALISIS DE LA POSICION JURISPRUDENCIAL. a) LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. b) LA POSICIÓN DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. c) RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA —III. CONSIDERACIONES CRITICAS: a) LA QUIEBRA Y LA SUSPENSIÓN DE PAGOS EN EL SENO DEL DERECHO CONCURSAL DE LA EDIFICACIÓN. b) LA SOLUCIÓN A LA CUESTIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL.

«Los gastos de asistencia sanitaria y el seguro en la circulación de vehículos a motor», por M.^a ISABEL MARTÍNEZ JIMÉNEZ, pág. 95.

SUMARIO. 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—2. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A EXIGIR UN RESARCIMIENTO POR LOS GASTOS DE ASISTENCIA SANITARIA EN EL MARCO DE LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE VEHICULOS A MOTOR. TITULARIDAD DEL DERECHO Y LEGITIMACION ACTIVA.—3. NATURALEZA DE LA ACCION RECONOCIDA A LAS ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA RECLAMAR LOS GASTOS DE ASISTENCIA SANITARIA A LAS ASEGURADORAS DE LOS VEHICULOS.—4. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A OBTENER UN RESARCIMIENTO POR LOS GASTOS DE ASISTENCIA SANITARIA.—5. PRESCRIPCION DE LA ACCION.—6. LIMITE DE LA INDEMNIZACION DEBIDA EN CONCEPTO DE ASISTENCIA SANITARIA Y EXTENSION DE LA SUBROGACION —7. Oponibilidad de excepciones por el asegurador ante la accion ejercitada por la seguridad social. ESPECIAL REFERENCIA A LOS EFECTOS DEL PAGO DE LA INDEMNIZACION POR MEDIO DE ACUERDO O TRANSACCION CON EL PERJUDICADO. EFICACIA DE LOS CONVENIOS SOBRE ASISTENCIA SANITARIA SUSCRITOS POR UNESPA, ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS.—8. CONCLUSIONES.

«El agotamiento del derecho de marca», por MANUEL LOBATO GARCÍA-MIJAN, pág. 117.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. NUEVAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE AGOTAMIENTO COMUNITARIO DEL DERECHO DE MARCA.—II. EL AGOTAMIENTO COMUNITARIO DEL DERECHO DE MARCA: a) LA POSIBLE INCOMPATIBILIDAD DEL AGOTAMIENTO EXCLUSIVAMENTE COMUNITARIO CON EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL DEL GATT. b) LA IMPOSIBILIDAD DE ADMISIÓN POR LAS LEGISLACIONES NACIONALES DE LOS ESTADOS COMUNITARIOS DEL AGOTAMIENTO INTERNACIONAL DE LA MARCA.—III. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA EN LOS SISTEMAS DE DISTRIBU-

CIÓN SELECTIVA.—IV. LOS ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA EN LA STJCE METRO/CARTIER DE 13-1-1994.

«La auditoría de cuentas en el Derecho federal norteamericano», por FRANCISCO MARCOS, pág. 149.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II LA ESTRUCTURA DE GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS BURSATILES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA: 1. LA RELACIÓN DE AGENCIA ENTRE LOS «MANAGERS» Y EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: AGENCIA EN SENTIDO JURÍDICO Y AGENCIA EN SENTIDO ECONÓMICO. 2. EL SISTEMA DE DIVULGACIÓN OBLIGATORIA DE INFORMACIÓN FINANCIERA COMO COSTE DE LA «RELACIÓN DE AGENCIA».—III LA REVISIÓN DE LAS CUENTAS POR EL AUDITOR: 1. LAS CUENTAS ANUALES. 2. LA AUDITORÍA DE CUENTAS COMO INSTRUMENTO DE VIGILANCIA DE LOS «MANAGERS». 3. LOS AUDITORES DE CUENTAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. 4. LA REALIZACIÓN DE LA AUDITORÍA DE CUENTAS: 4.1. *Las primeras auditorías de cuentas*. 4.2. *Los estándares de auditoría generalmente aceptados*. 4.3. *Las fases de una auditoría de cuentas*. 4.4. *Los «controles internos» de la sociedad auditada*. 4.5. *La detección de conductas fraudulentas e ilegales en la sociedad auditada*. 4.6. *La evidencia de auditoría y los «papeles de trabajo» del auditor*. 5. EL INFORME DE AUDITORÍA.—IV LA INDEPENDENCIA DEL AUDITOR DE CUENTAS: 1. LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE INDEPENDENCIA DEL AUDITOR. 2. LOS RIESGOS PARA LA INDEPENDENCIA DEL AUDITOR. 2.1. *Algunas particularidades de la prestación de servicios profesionales de auditoría*. 2.2. *La contabilidad y los principios contables*: 2.2.1. El lenguaje contable. 2.2.2. La fijación de los principios contables generalmente aceptados. 2.3. *El nombramiento y revocación de los auditores de cuentas*: 2.3.1. La designación, nombramiento y revocación del auditor de cuentas. 2.3.2. El fenómeno de *opinion shopping*. 2.4. *La prestación por las firmas de auditoría de otros servicios profesionales*.—V CONCLUSIONES.

«El Derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de Unidroit», por M.^a DEL PILAR PERALES VILLACASILLAS, pág. 221.

SUMARIO: I INTRODUCCIÓN.—II. PREAMBULO DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT. PROPOSITO DE LOS PRINCIPIOS: 1. LOS PRINCIPIOS COMO REGLAS GENERALES APLICABLES A LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES. A) *Los principios establecen un conjunto de reglas generales aplicables al contrato*. B) *Los principios se aplican a los contratos mercantiles*. C) *Los principios se aplican a contratos internacionales*. 2. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS AL CONTRATO EN VIRTUD DEL ACUERDO EXPRESO DE LAS PARTES. 3. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS AL CONTRATO COMO *LEX MERCATORIA*. 4. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LUGAR DEL DERECHO NACIONAL. 5. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS COMO MEDIO PARA INTERPRETAR O COMPLEMENTAR INSTRUMENTOS INTERNACIONALES VIGENTES. 6. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS COMO MODELO PARA LA LEGISLACIÓN A NIVEL NACIONAL O INTERNACIONAL.—III. DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PRINCIPIOS. 1. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA Y DE PRUEBA. 3. EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*. 4. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LAS REGLAS IMPERATIVAS. 5. EL PRINCIPIO DE LA NATURA-

LEZA DISPOSITIVA DE LOS PRINCIPIOS 6. LOS PRINCIPIOS DE INTERNACIONALIDAD Y UNIFORMIDAD. 7. EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD NEGOCIAL. 8. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LOS USOS Y LAS PRÁCTICAS. 9. EL PRINCIPIO DE LLEGADA. 10. DEFINICIONES.

«La Convención Unidroit de Ottawa de 28 de mayo de 1988, sobre el *factoring* internacional», por AMPARO DEL RÍO PASCUAL, pág. 299.

SUMARIO: I. ORIGEN, DESARROLLO Y CARACTERIZACIÓN DEL FACTORING INTERNACIONAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.—II LA ACTIVIDAD DE UNIDROIT Y LA ELABORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE OTAWA DE 28 DE MAYO DE 1988, SOBRE *FACTORING* INTERNACIONAL.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN; CARÁCTER DISPOSITIVO E INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN.—IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

«La ocupación de las sociedades filiales de la quiebra de la Sociedad Barcelona Traction. Lecciones nuevas de un viejo caso concursal en el Derecho español», por HÉCTOR JOSÉ MIGUENS, pág. 319

SUMARIO: INTRODUCCIÓN JUSTIFICACIÓN DE ESTE ESTUDIO.—I APLICABILIDAD DEL INSTITUTO AL CASO CONCURSAL: A) LA OCUPACIÓN EN FORMA DE POSESIÓN MEDIATA Y CIVILÍSIMA DE CIERTOS BIENES B) LEGITIMACIÓN DE LA OCUPACIÓN POR POSESIÓN MEDIATA Y CIVILÍSIMA DE LOS BIENES DE UN FALLIDO: 1. *Fundamentación de García Valdecasas*. 2. *Fundamentación de Guasp*. 3. *Fundamentación de Uría*. 4. *Fundamentación de Gil Robles*. 5. *La ocupación extendida a los bienes de sociedades distintas de la quebrada*. C) LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA ANTERIOR AL CASO, ESGRIMIDA POR EL GOBIERNO ESPAÑOL ANTE LA CORTE DE LA HAYA. D) ARGUMENTOS DEL GOBIERNO BELGA CONTRA ESTA INSTITUCIÓN. E) DIFERENCIA CON LAS MEDIDAS CAUTELARES TRANSITORIAS ADOPTADAS SOBRE LOS ACTIVOS FÍSICOS Y DOCUMENTACIÓN DE LAS FILIALES.—II. LA OCUPACIÓN DE LAS FILIALES Y LA COMUNICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTRAGRUPO. REQUISITOS. A) LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. B) REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD INTRAGRUPO. C) LA CONSIDERACIÓN FISCAL DEL GRUPO DE SOCIEDADES COMO UNIDAD ECONÓMICA. D) LA AUTONOMÍA DE LAS SOCIEDADES FILIALES E) NUESTRA OPINIÓN. F) LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL INTRAGRUPO FRENTE A LAS DESVENTAJAS DE LA EXTENSIÓN DEL CONCURSO DE LA SOCIEDAD A LAS FILIALES.—III. DOCTRINA INTERNACIONALISTA SOBRE EL CASO DE LA BARCELONA TRACTION: A) ANÁLISIS GENERAL. B) ASPECTOS CONCURSALES TRATADOS POR LA DOCTRINA INTERNACIONALISTA.—IV. CONCLUSIONES.

REVUE DE DROIT UNIFORME (1997)

«International Restatements of Contract and English Contract Law», por ROY GOODE, pág. 231.

«The HNS Convention», por MAGNUS GÖRANSSON, pág. 249.

«An International Regime of Compulsory Insurance for Vessels A case for Caution», por D. J. LLOYD EATKINS, pág. 271.

«La négociation internationale institutionnelle de droit privé - 11^{ème} partie», por JEAN PAUL BERAUDO, pág. 276.

