

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXII ° Nov.-Dic. 1996 ° Núm. 637

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. José María Chico Ortiz.
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 inscripción de los contratos de arrendamiento en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», por M. ^a DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ	2117
«Aspectos registrales de una sentencia estimatoria de impugnación de acuerdos sociales», por MANUEL DORADO MUÑOZ	2159
«Breve análisis sobre la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS	2179
«Concepto y tipos de empresa según la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA	2203

DICTAMENES Y NOTAS

«Reforma del régimen de horizontalidad en Puerto Rico y una jurisprudencia que rectifica», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	2219
«XI Congreso Internacional de Derecho Registral», por LA REDACCIÓN	2279

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2291
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2299
II. Resoluciones de la Dirección General, por ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES y JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2321
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	

	<i>Págs</i>
a) Derechos Reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	2359
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	2375
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2383
2. Jurisprudencia Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	2389
4. Jurisprudencia Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	2400

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La sucesión por Derecho de Transmisión», de J. M. GARCÍA GARCÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2409
«Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia», de XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	2411
«Nueva ordenación del comercio minorista en España», de ADRIÁN PIERA Y OTROS, por JOSÉ M. ^a CORRAL GUJÓN	2416
«Principios de Derecho Civil (Propiedad y derechos reales)», de CAR- LOS LASARTE ALVAREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2418
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	2423

ESTUDIOS

La inscripción de los contratos de arrendamiento en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y ANTECEDENTES.—II. ELEMENTOS CONDICIONANTES DE LA INSCRIPCION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS: LA NATURALEZA DEL DERECHO Y SU SUSTRATO SOCIAL: A) APUNTE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ARRENDAMIENTO. B) EL SUSTRATO SOCIAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO.—III. LOS PROPOSITOS DE LA NUEVA LEY, SEGUN SU PREAMBULO.—IV. INSCRIPCION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS ANTES DE LA NUEVA LEY: A) CONVENIENCIA DE LA INSCRIPCION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS. B) LA INSCRIPCION EN LA LEY ANTERIOR. C) LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LOS ARRENDAMIENTOS COMUNES SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL. D) LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.—V. INSCRIPCION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS SEGUN LA NUEVA LEY: A) LOS ACTOS INSCRIBIBLES. B) ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO DE RETORNO.—VI. PUBLICIDAD REGISTRAL Y DURACION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS SEGUN LA NUEVA LEY: A) ARRENDAMIENTOS INSCRITOS: CONSIDERACIÓN GENERAL. B) ARRENDAMIENTOS NO INSCRITOS: a) *Efectos durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, cualquiera que sea su duración:* a.1) Ventas forzosas. a.2) Especial consideración de las ejecuciones hipotecarias.—b) *Efectos a partir de los cinco primeros años de vigencia del contrato* b.1) Los textos legales. b.2) Análisis de su alcance registral: b.2.1) Resolución del derecho del arrendador: ° Arrendamiento no inscrito de duración pactada superior a cinco años. ° Arrendamiento de duración pactada superior a cinco años inscrito con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del arrendador.—b.2.2) Enajenación de la vivienda arrendada: ° Arrendamiento inscrito de duración pactada superior a cinco años. ° Arrendamiento no inscrito de duración pactada superior a cinco años.—C) EL DERECHO DE SUBROGACIÓN EN LA ENAJENACIÓN DE FINCA ARRENDADA PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA.—VII. ESPECIALIDADES DE ALGUNOS ARRENDAMIENTOS URBANOS: A) CON PACTO DE EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR ENAJENACIÓN DE LA VIVIENDA. B) ARRENDAMIENTOS OTORGADOS POR TITULARES DE DERECHOS TEMPORALES. C) ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA AJENA.—VIII. PROTECCION REGISTRAL DE

LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO: A) PREFERENCIA SOBRE OTROS DERECHOS SIMILARES. B) ARRENDAMIENTOS PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA.— VIII. REQUISITOS REGISTRALES DE LA INSCRIPCION: A) FORMA DEL CONTRATO. B) TÍTULO INSCRIBIBLE: a) *La libertad de forma civil y la documentación auténtica de los actos inscribibles* b) *El Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos*: b.1) Orientación general. b.2) Actos inscribibles. b.3) Título inscribible: b.3.1) Finca arrendada inscrita en folio registral independiente. b.3.2) Finca arrendada que forma parte de otra inscrita en folio registral independiente.—b.4) Cancelación: b.4.1) De oficio. b.4.2) Por acta notarial.

I. INTRODUCCION Y ANTECEDENTES

La historia de las relaciones entre el Registro de la Propiedad, como Registro jurídico inmobiliario cuyos pronunciamientos están avalados por el Estado y se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales (*vid.* art. 1.º LH), y los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, ya sean rústicos o urbanos, podríamos decir que ha sido la historia de un permanente desencuentro.

Sin embargo —como señala PAU PEDRÓN (1)— diversas razones han movido al legislador hipotecario a abrir el Registro al derecho arrendaticio: principalmente, la analogía de ese derecho con otros derechos inscribibles que facultan para el uso y disfrute de los inmuebles, y el deseo de asegurar la posición jurídica del arrendatario.

En cualquier caso, no puede desconocerse que la legislación hipotecaria, ha establecido desde sus primeros balbuceos, las bases necesarias para hacer posible la inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles.

Ya bajo el régimen de las Contadurías de Hipotecas, el Real Decreto de 23 de mayo de 1845 (que se reitera en el de 19 de agosto de 1853), impuso la toma de razón de los contratos de arrendamiento inmobiliario. Esto se hace por razones fiscales —consecuencia de la Reforma Tributaria propiciada en 1845 por don Alejandro Mon—, pero lo cierto es que la posibilidad de inscripción de los arrendamientos de inmuebles existe antes de la primera Ley Hipotecaria de 1861 (2).

(1) ANTONIO PAU PEDRÓN, «La inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, número 1 (2.ª época), febrero de 1995, pág. 7.

Del mismo autor, puede verse (además de la conferencia que se cita en la nota 14):

— *La protección del arrendamiento urbano*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.

— *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*. Varios autores. Director: ANTONIO PAU PEDRÓN, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

(2) *Vid.* ANTONIO MANZANO SOLANO, *Derecho Registral Inmobiliario*, vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, págs. 73 y sigs.

El n.º 5.º del artículo 1.831 del Proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA de 1851 igualmente la admitió: «también deben inscribirse los títulos en que se imponen sobre bienes inmuebles alguno de los derechos siguientes: 5.º Los arrendamientos por seis o más años y las anticipaciones de alquileres o rentas por más de un año».

La Ley de 8 de febrero de 1861 consagra en su artículo 2 la inscripción de «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años» (número 5.º) y los «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de tres o más años» (número 6.º).

La Reforma Hipotecaria de 1869 unifica los dos supuestos en un solo número de su artículo 2 y añade el pacto de inscripción, quedando el texto legal (que se reiteraría literalmente en la Ley de 1909) así: «Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, o los en que se hayan anticipado las rentas de tres o más años, o cuando sin tener ninguna de estas condiciones hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban».

En la legislación hipotecaria vigente hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, se contenían los siguientes actos inscribibles de los arrendamientos de inmuebles en general:

- **Artículo 2.5.º de la Ley Hipotecaria.** Se inscribirán: «Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período de más de seis años, o aquellos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más años, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban». Este precepto ha sido objeto de nueva redacción por la Disposición Adicional segunda de la nueva LAU, según veremos.
- **Artículo 13 del Reglamento Hipotecario:** «Sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en la Leyes, los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamientos serán inscribibles cuando tengan las circunstancias expresadas en el párrafo 5.º del artículo 2 de la Ley, y las retrocesiones lo serán en todo caso.»
- **Artículo 14, último párrafo, del Reglamento Hipotecario:** «En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.»
- **Artículo 15 del Reglamento Hipotecario:** «Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán

hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad.»

Había también normas de naturaleza hipotecaria en el artículo 55 de la ahora derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, que analizaremos en el momento oportuno.

A pesar de esta normativa y a pesar de que la Ley Hipotecaria no establece ningún régimen especial de efectos para las inscripciones del derecho arrendaticio, lo cierto es que una amplia corriente de hipotecaristas (MORRELL y TERRY, CAMPUZANO, ROCA SASTRE), viene entendiendo que el único efecto registral que producen es el de la oponibilidad de los arrendamientos inscritos a los posteriores adquirentes del inmueble (3).

II. ELEMENTOS CONDICIONANTES DE LA INSCRIPCION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS: LA NATURALEZA DEL DERECHO Y SU SUSTRATO SOCIAL

El problema de la inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles, de una parte, y de otra los efectos, incluso frente a terceros protegidos por la publicidad registral, de los arrendamientos no inscritos —planteando verdaderas y casi escandalosas excepciones al sistema general de seguridad jurídica inmobiliaria que el Registro supone, por la vía de la subrogación arrendaticia legal— obedece a dos motivaciones principales: las dudas sobre la naturaleza jurídica del derecho de arrendamiento y el sustrato social del mismo, al ser la vivienda un producto de primera necesidad, hoy derecho constitucional, según el artículo 47 de la Constitución de 1978: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

(3) Así lo explica PAU PEDRÓN («La inscripción de los arrendamientos . », cit. pág. 7), estimando que, por el contrario, en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se consideraba el arrendamiento como un «verdadero derecho real».

A) APUNTE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ARRENDAMIENTO

Cuestión muy discutida, han prevalecido históricamente y siguen prevaleciendo actualmente, las opiniones favorables a su consideración como derecho personal.

No se desconocen algunas posiciones doctrinales que tratan de resolver el problema arremetiendo contra la distinción entre derechos personales y reales, y planteando nuevas clasificaciones de los derechos subjetivos. El arrendatario se bastaría a sí mismo por razón del contacto posesorio y el arrendamiento quedaría encuadrado en la figura del *ius ad rem* (4).

Variante de la anterior es la posición de algún sector doctrinal reciente (5), tratando de fundar la protección del arrendamiento exclusivamente en la apariencia posesoria. Frente a la publicidad registral, propugna la configuración del arrendamiento como derecho real de contenido posesorio y duración limitada, tesis inaceptable, pues, precisamente, el nacimiento de los sistemas hipotecarios en toda Europa durante el pasado siglo, obedece a que la tradición y la posesión han perdido todo su valor como instrumentos de publicidad cuando la contratación desborda el ámbito puramente local (6).

No es este el momento de profundizar en lo que pudiera ser un plano teórico o académico del problema, con ánimo de sentar conclusiones más o menos definitivas. Pero no está de más y casi resulta indispensable —habida cuenta que cuestionamos el acceso del arrendamiento a un Registro jurídico público cuyo objetivo es la publicidad, precisamente, de los derechos reales—, intentar una brevísima relación objetiva de los argumentos que la doctrina (7) suele esgrimir en favor de la consideración del derecho del arrendatario como derecho de naturaleza personal:

1. La acentuada necesidad del legislador de proteger especialmente determinados tipos de arrendamiento, encaminada a dar estabilidad a la relación arrendaticia. Esto sería innecesario si el derecho del arrendatario fuese un derecho real con actuación *erga omnes*.

2. La necesidad, igualmente, de tener que asegurar la estabilidad de la relación ante determinadas circunstancias ocurridas durante la vida del

(4) Tesis de GEORGIANI («Diritti reali. Diritto civile», en *Novísimo Digesto Italiano*, tomo V, págs. 749 y sigs.), seguido en España por VALLET en *Hipoteca del derecho arrendaticio*, 1951, págs. 11 y sigs.

(5) ROBERTO BLANQUER UBEROS, «Comentarios al Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Boletín de Información Registral de Granada*, núm. 27, junio de 1994, págs. 84 y sigs.

(6) MANZANO SOLANO, obra y volumen citados, pág. 68.

(7) Vid. RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 6.^a edición, Bosch, Barcelona, 1968, págs. 512 y sigs.

contrato: muerte del arrendatario, transmisión del inmueble arrendado, extinción de usufructo, ejecución de la finca arrendada, etc.; circunstancias que no juegan tratándose de los demás derechos reales, (v.gr. al acreedor hipotecario, circunstancias como aquella, en general, le son indiferentes).

3. La Ley Hipotecaria, como norma especial reguladora de la publicidad oficial de los derechos reales inmobiliarios, saca la inscripción de los arrendamientos del precepto general (arts. 2.1.º y 2.º) y le dedica un precepto específico (art. 2.5.º), condicionando, por otra parte —así lo ha hecho hasta la Ley de Arrendamientos Urbanos recién aprobada—, su inscripción al cumplimiento de determinados requisitos. Si se tratase de un derecho real más, la norma especial sobraría.

4. Quizá, la protección más enérgica del arrendatario se encuentra en la subrogación que se impone al adquirente de la finca arrendada en los derechos y obligaciones del arrendador. Pero, es de observar, que lo que se le puede imponer es la subrogación, pero no que reciba la finca con el arrendamiento con carga —*cum onere*—, que es lo propio en materia de derechos reales. Así, el adquirente de una finca hipotecada, la recibe con la carga de la hipoteca; pero no podríamos decir que se subroga en la posición del hipotecante-deudor (v.gr., salvo pacto —art. 118 LH—, no responde del débito personal garantido).

5. Se ha dicho, reiteradamente, que el arrendamiento, derecho personal, por la inscripción se convierte en derecho real (8). Esta afirmación debe rechazarse, pues el Registro no tiene la virtud de transmutar la naturaleza jurídica de los derechos, de los que solamente es instrumento de publicidad jurídica.

Sobre esta bien divulgada posición doctrinal, argumenta PAU PEDRÓN (9) que la finalidad de la Ley Hipotecaria no es regular aspectos sustantivos de las instituciones, sino los requisitos y efectos de su acceso al Registro de la Propiedad. En este sentido debe entenderse la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 de que ha transformado el arrendamiento «en un verdadero derecho real», de que el arrendamiento inscrito tiene el tratamiento hipotecario de un verdadero derecho real, de que estamos ante un «derecho hipotecariamente real».

Lo que se persigue, en definitiva, es dar seguridad a los derechos de las partes y de terceros, a través de la cognoscibilidad legal que la publicidad del Registro de la Propiedad —como Registro de naturaleza jurídica—, produce.

(8) ROCA SASTRE, obra y tomo citados, pág. 525.

(9) Trabajo citado, pág. 8

B) EL SUSTRATO SOCIAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO

Nuestro Código Civil sigue en este punto —como en tantos otros— al Código de Napoleón, carente de sentido social y corrector de los avances encaminados a proporcionar estabilidad al arrendatario de fincas, alcanzados por el *ius commune* o Derecho intermedio. Por el contrario, está impregnado del espíritu liberal del Corpus, sin más correctivos, en cuanto a su permanencia, que el pacto en contrario convenido con el adquirente de la finca arrendada y el que le proporciona la inscripción registral (aludiremos más adelante a los arts. 1.549 y 1.571.1) (10).

Han sido las Leyes especiales de Arrendamientos Rústicos y Urbanos las que han reforzado la posición del arrendatario y dado estabilidad al contrato, no sólo a través de la subrogación, sino también de los derechos de tanteo y retracto, derecho de retorno, etc.

Como dice CADENABA COYA (11) se ha pasado del primer estadio de feroz individualismo del Derecho Romano, para el cual el arrendatario no era ni siquiera poseedor, sino mero detentador, a la concepción de la época moderna en la que la justificación teórica de la estabilidad del arrendamiento viene exigida por razones de justicia social, hasta llegar a considerar la relación arrendaticia como una relación jurídica real.

El fundamento de la concesión de toda esta serie de ventajas al arrendatario, obedece, pues, a los intereses sociales que se cobijan en la posición del arrendatario, protegidos, incluso frente a terceros, con intereses superiores a los del propietario adquirente de la finca (12).

III. LOS PROPOSITOS DE LA NUEVA LEY, SEGUN SU PREAMBULO

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, parece que quiere manifestar en su Preámbulo el propósito de poner fin al tradicional desencuentro entre el derecho de arrendamiento y la Ley Hipotecaria. Sus líneas maestras en la materia son estas:

(10) ROCA SASTRE, obra y tomo citados, pág. 8.

(11) JOSÉ M.^a CADENABA COYA, «Los arrendamientos urbanos y el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 11, (2.^a época), enero de 1996, págs. 13 y sigs.

(12) M.^a ASUNCIÓN JIMÉNEZ DE LLANO Y ZATO, «Algunas consideraciones sobre la futura Ley de Arrendamientos Urbanos», en *La Ley*, núm. 3325, 13 de agosto de 1993 y en *Lunes 4'30*, núm. 136, noviembre de 1993, págs. 18 y sigs.

Entiende que la Ley de Arrendamientos de 1964 era una Ley que podríamos considerar «social», en cuanto que siempre protegió de modo primordial a los inquilinos. La nueva Ley, pretende equilibrar las posiciones; se trata, como debe ser, al arrendamiento como un contrato temporal, aunque sin atreverse a suprimir las subrogaciones.

1. «... se consagra expresamente la posibilidad de todos los contratos de arrendamiento, cualquiera que sea su duración, de acceder al Registro de la Propiedad» (13).

Analizaremos separadamente cómo queda, tras la nueva Ley, la problemática de inscripción de los arrendamientos urbanos en el Registro de la Propiedad.

2. «... intentando, por otro lado, potenciar esta posibilidad de acceso, mediante la vinculación de determinadas medidas de fomento o beneficio al hecho de la inscripción».

Esta es una declaración de intenciones, muy loable, pero que parece moverse en el terreno de la pura escatología jurídica, como premio final de la publicidad. No obstante, las ventajas de la inscripción van a ser evidentes en determinados tipos de arrendamiento, como veremos.

Quizá el legislador ha perdido la oportunidad de consagrar la inscripción de los arrendamientos, sin más, como cualquiera otro derecho inscribible, y aplicar a su inscripción las normas generales del sistema de seguridad jurídica, no quedándose en el puro paternalismo producto de sus efectos singulares, que aboca a la inseguridad y a situaciones de desamparo.

3. «Este hecho (la inscripción del arrendamiento)... contribuye a reforzar las garantías de las partes...».

En tesis general, debe decirse que el Registro de la Propiedad no está pensado para garantizar las relaciones entre las partes de un contrato, sino para que los derechos derivados del mismo sean conocidos y respetados por los terceros, si se inscriben; y para que sean desconocidos e ignorados, si no se someten al trámite de la publicidad oficial. Esta es la esencia del sistema de seguridad jurídica que el Registro comporta.

Las normas protectoras más importantes siguen siendo las que favorecen al arrendatario, por las razones antes apuntadas (14). La novedad es que la falta de inscripción del arrendamiento juega también a favor de aquel, pero

(13) DANIEL LOSCERTALES FUENTES, «Análisis urgente del Anteproyecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Lunes 4'30*, núm. 112, noviembre 1992, pág. 45.

Califica de positiva para la claridad de la relación arrendaticia la posibilidad de inscribir sin traba alguna cualquier arrendamiento en el Registro de la Propiedad, y, además, las cesiones, subarriendos y subrogaciones, pues permite una publicidad que tendrá su importancia en orden a los derechos de terceros.

(14) La protección que deriva de la inscripción y publicidad del contrato de arrendamiento implica una protección del derecho arrendaticio en su conjunto, del derecho mismo y sus facultades: adquisición preferente, derecho de retorno, derecho a la prórroga, derechos de subrogación, subarriendo, etc.

En este último sentido, puede verse la conferencia de Antonio PAU PEDRÓN «La protección del Registro de la Propiedad al arrendatario y al arrendador en la nueva regulación», *Metros, Cesine informativo del sector inmobiliario y de la construcción*, núm. 23, noviembre 1994, pág. 31.

de manera menos absoluta por el límite condicionante temporal de los cinco años.

4. «(La inscripción)... incrementa la información disponible para el Estado, permitiéndole el diseño y ejecución de aquellas medidas que pueden contribuir a la mejora de la ordenación normativa y de la práctica de los arrendamientos.»

La utilización de la información contenida en los Registros de la Propiedad con fines estadísticos, administrativos y, en general, de política económico-social, no es la función u objetivo directo de los Registros inmobiliarios de naturaleza jurídica. Los redactores de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 dejaron claro que la función registral consistía en dar certeza al dominio y a los demás derechos reales, pero que el Registro no pretendía ni debía convertirse en un «censo de la propiedad inmueble».

PAU PEDRÓN (15) destaca que constituye una novedad que la Administración vaya a utilizar un Registro jurídico como instrumento de conocimiento o de información; y que la idea es interesante pues, así como los registros administrativos no pueden servir como vehículos de seguridad jurídica, los registros de seguridad jurídica sí pueden servir, perfectamente, a aquella finalidad.

Esta misma intención aparece en la Ley del Suelo de 1992 (*vid.* art. 309.3 que se refiere a notas marginales que «no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística...») (16).

IV. INSCRIPCION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS ANTES DE LA NUEVA LEY

A) CONVENIENCIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

Una serie de razones así lo abonan. Las estructura GARCÍA GARCÍA como sigue (17):

(15) Conferencia citada en la nota anterior, pág.32.

(16) Sobre la distinción entre publicidad administrativa y publicidad jurídica, y el alcance de la llamada «publicidad-noticia» en relación con el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, puede verse el estudio de ANTONIO MANZANO SOLANO «Algunos aspectos registrales del proceso urbanizador» en el *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Madrid, 1995, editado conjuntamente por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Marcial Pons, en especial, págs. 1025 y 1026.

(17) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1990. Pueden verse los comentarios a los arts. 2.5.º de la Ley Hipotecaria, 13 y 14 del Reglamento Hipotecario y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 (hoy derogado y sustituido, en parte, por el nuevo art. 25.5 de la LAU de 24 de noviembre de 1994)

- Porque constituye un acto inscribible, según el artículo 2.5.º LH, lo cual supone la inserción del arrendamiento en el sistema general de seguridad jurídica que supone la publicidad registral institucional.
- Porque, a efectos de la hipoteca de establecimiento mercantil, como hipoteca mobiliaria, es necesario conocer la normativa arrendaticia sobre traspaso de locales de negocio.
- Porque existen relaciones entre arrendamiento e hipoteca, no sólo a efectos de la acción de devastación, sino a efectos de la preferencia entre uno y otra, aspecto éste fundamental que exigiría fomentar la inscripción de los arrendamientos urbanos, para perfilar bien su fecha respecto a terceros, a efectos de hipotecas anteriores o posteriores.
- Por la relación entre Registro y derecho de retorno (art. 15 RH).

Después de la nueva LAU, la inscripción de los arrendamientos de más de cinco años de duración va a ser algo más que conveniente, según veremos.

B) LA INSCRIPCIÓN EN LA LEY ANTERIOR

Bajo el régimen de la Ley de Arrendamientos anterior, los arrendamientos urbanos, en general, no se han inscrito. La razón hay que buscarla en el sistema de prórroga forzosa establecido por el artículo 57, pues la prórroga forzosa se producía, según dicho texto, «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones».

O lo que es lo mismo: así como los arrendamientos regulados por la legislación común (entre los que están los arrendamientos excluidos de la LAU), no surtían efectos con relación a terceros si no estaban debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 1.549 CC), los arrendamientos sujetos a la LAU, a través del mecanismo de la prórroga forzosa, afectaban a terceros sin necesidad de inscripción.

Después del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, sobre Medidas de Política Económica (Decreto BOYER), la prórroga pierde su carácter forzoso (los contratos «tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes..., sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el art. 1.566 CC») y el artículo 57 de la LAU de 1964 era de aplicación únicamente a los contratos de arrendamiento de viviendas y locales celebrados con anterioridad a la entrada en vigor, salvo la posibilidad de convenir ambas partes su aplicación. Desde el punto de vista registral, el Decreto BOYER determinaba algunas consecuencias:

- Al suprimirse la prórroga forzosa, quedaban sin efecto las normas sobre denegación de prórroga y, entre ellas, las relativas al derecho

de retorno (art. 62.2.^a, desarrollado en los arts. 78 a 94), cuya constancia registral prevé el artículo 15 del RH y sin la cual dicho derecho no perjudicaba a terceros (v.gr. al constructor adquirente del solar que se reedificaba. Del derecho de retorno nos ocuparemos en particular más adelante).

- Al no ser ya indefinida la duración del arrendamiento, se hacía más necesaria la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, para que exista publicidad de su fecha, del plazo de duración y de sus condiciones respecto a terceros, pues, en otro caso, estaríamos ante un sistema prehistórico de clandestinidad.

C) LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LOS ARRENDAMIENTOS COMUNES SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

El CC ya había previsto algunas normas en relación con los arrendamientos de inmuebles en general:

- Artículo 1.549: «Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad».
- Artículo 1.571, párrafo 1.º: «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

En estos casos de arrendamientos comunes, el efecto principal de su inscripción consiste en imponer la subrogación en el arrendamiento a todo posterior adquirente de la finca arrendada o adquirente de un derecho real sobre la misma.

En la tesis tradicional de ROCA SASTRE (18), «el arrendamiento inscrito no es protegido en su transmisión por la fe pública», sino que tan sólo se hace oponible a todo posterior adquirente o propietario, que se haya consuetudinario a tolerar o soportar la relación arrendaticia. A los efectos de los artículos 1.541 y 1.571 CC, la afección arrendaticia sujeta subrogativamente a terceros adquirentes, pero no por el mero hecho de conocimiento *de facto* o extrarregistral de la misma, sino por obra de la inscripción registral. Pero lo mismo que en la transmisión del derecho personal de opción de compra, en la del arrendamiento, el adquirente, aunque reúna los requisitos del artículo 34 LH, no por ello actuará esta protección, al mantener el arrendamiento, aún inscrito, su naturaleza personal.

(18) ROCA SASTRE, obra y tomo citados, págs. 537 y sigs.

Esta tesis está hoy superada. Para PAU PEDRÓN (19), en el régimen de continuidad o subsistencia de los arrendamientos sujetos al Código Civil, tras los cambios de propiedad hay que distinguir dos criterios:

- a) Principio de extinción voluntaria sobre base legal, cuando se trate de inmuebles no inmatriculados: «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta» (art. 1.571 CC).
- b) Principio de protección a través de la publicidad registral, cuando se trate de inmuebles inmatriculados: «Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen inscritos en el Registro de la Propiedad» (art. 1.579, concordante con la excepción del art. 1.571: «salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»).

D) LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

Los arrendamientos rústicos, como arrendamientos de bienes inmuebles, son susceptibles de inscripción conforme a las normas generales de la legislación hipotecaria: artículos 2.5.º LH, 13 y 14 RH. Además, existen Registros específicos para este tipo de arrendamientos.

a) El Registro de Arrendamientos Rústicos. Con fines marcadamente fiscales —como dice ROCA SASTRE (20)—, la Ley de Reforma Tributaria de 26 de julio de 1992 (desarrollada por el R.D.-Ley de 1 de enero de 1926), estableció un Registro de Arrendamientos, de naturaleza administrativa.

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 creó un Registro especial con finalidad civil, es decir, de naturaleza jurídica, y rígido alcance, pues, no estando inscritos los arrendamientos, se les privaba de efectos. El Registro resultó un fracaso y ante su inutilidad, la Ley de 13 de julio de 1942 dictaminó que no era obligatoria la inscripción.

El Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, ratificó el carácter facultativo de la inscripción y su carencia de efectos específicos.

La vigente Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos dispone en su artículo 24 lo siguiente: «Por Real Decreto, a propuesta de los Ministerios de Justicia y Agricultura, se organizará un Registro Especial de Arrendamientos Rústicos, el cual pasará a depender en los

(19) Trabajo citado, pág. 10

(20) ROCA SASTRE, obra citada, 5.ª edición, Bosch, Barcelona, 1954, págs. 58 y sigs.

territorios autónomos de los Organismos correspondientes». Pero se trata también de un Registro administrativo, sin efectos jurídico-civiles, pues, como explicó en la Comisión el diputado DÍAZ FUENTES, «debe recordarse que el artículo 149.1.8.º de la Constitución reserva al Estado la facultad de ordenación de los Registros». Efectivamente, son varias las Comunidades Autónomas que han regulado estos Registros: Cataluña, en 1986; Castilla-La Mancha, en 1987; Asturias, en 1987, etc.

b) El heterodoxo artículo 74 de la Ley de arrendamientos Rústicos de 1980.

El alcance registral de los arrendamientos rústicos, aparece en el artículo 74 de la Ley de 31 de diciembre de 1980: «El adquirente de la finca, aún cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador».

Este precepto puede calificarse de antihipotecario y desconocedor de las bases en que descansa el sistema de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario que nuestro Registro de la Propiedad aporta.

Como dice PAU PEDRÓN (21), aquí no hay más que un principio: el de continuidad legal, pues el adquirente queda subrogado, en todo caso, en los derechos y obligaciones del arrendador.

V. INSCRIPCION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS SEGUN LA NUEVA LEY

A) LOS ACTOS INSCRIBIBLES

Como apuntábamos más arriba, en el Preámbulo de la nueva Ley se dice que «... se consagra expresamente la posibilidad de todos los contratos de arrendamiento, cualquiera que sea su duración, de acceder al Registro de la Propiedad».

Para ello, la Disposición Adicional segunda modifica el artículo 2.5.º de la Ley Hipotecaria:

«Disposición Adicional segunda. Modificación de la Ley Hipotecaria.

1. El artículo 2, número 5.º de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, tendrá la siguiente redacción.

«5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.»

(21) Trabajo citado, pág. 11.

2. En el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley se establecerán reglamentariamente los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad.

Esta previsión se ha desarrollado en el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, que analizaremos en su momento.

Siguen vigentes los artículos 13, 14, y 15 del Reglamento Hipotecario, en los términos que quedaron señalados más arriba. Sin embargo, al incluirse ahora «los subarrendos, cesiones y subrogaciones» en la nueva redacción del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, la inscripción de estos actos adquiere rango legal y, además, sin tener que cumplir ninguno de los requisitos antes exigidos para la inscripción de los arrendamientos, en cuanto a plazo o pacto de inscripción, que el texto del artículo 2.5.º omite ahora. En cambio, no se recogen las retrocesiones, aunque su inscripción sigue siendo posible por vía reglamentaria, pues el artículo 13 RH no se ha derogado.

Es de destacar que la modificación del artículo 2.5.º LH se contiene como Disposición Adicional de la Ley de Arrendamientos, lo cual podría llevar a la conclusión de que es aplicable solamente a los arrendamientos de esta naturaleza. No obstante, al quedar inserta la reforma en la Ley Hipotecaria, que es de aplicación general, la nueva redacción alcanza a la inscripción de toda clase de arrendamientos sobre inmuebles: urbanos o rústicos, incluidos o excluidos de la Ley, de vivienda o de uso distinto al de vivienda (antiguo local de negocio), uso de la vivienda por los porteros, guardas, asalariados, uso de viviendas militares, arrendamiento con casa-habitación y aprovechamiento agrícola y el de viviendas universitarias (art. 5 de la Ley) y el de viviendas de protección oficial (Disp. Trans. 5.ª).

La nueva redacción, al establecer la inscripción de los arrendamientos sin imponer un plazo mínimo o exigir, en su caso, el convenio de las partes, sin ninguna duda, facilita la inscripción, pues entrarán en juego las normas generales de la Ley Hipotecaria sobre las personas que, como directamente interesadas, pueden pedir la inscripción: *vid.* artículo 6.º LH.

Se mantiene, igualmente, la posibilidad de inscripción de los contratos de arrendamiento con opción de compra, pues el artículo 14 del RH no se modifica.

Por último, hay que destacar que, aunque *prima facie*, pudiera entenderse que sólo se prevé inscribir la constitución de los arrendamientos, la lógica jurídica e hipotecaria y los derechos del propietario llevan a la conclusión de que también lo son las modificaciones del contrato y, muy especialmente, la cancelación del asiento que publique el arrendamiento, un vez extinguido éste por cualquier causa. Y, en todo caso, parece que por el transcurso del plazo mínimo de cinco años, si se trata de arrendamientos concertados a cinco o menos años de duración, sin constar su prórroga.

B) ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO DE RETORNO

Lo mismo hay que decir sobre la constancia registral del derecho de retorno, en los casos en que sigue siendo posible. La regulación se contiene ahora en al Disposición Adicional octava de la nueva Ley y en su defecto en las normas del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, a pesar de ser una Ley derogada, pero se parte de la base que este derecho de retorno es el regulado en la Disposición Adicional cuarta, regla 3.ª del Texto Refundido de la vigente Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992.

Por tanto, el derecho de retorno ha quedado reducido tras la nueva LAU al ámbito urbanístico. El retorno supone la continuación del mismo arrendamiento. Si es sólo una facultad del arrendatario de celebrar nuevo contrato sobre la vivienda reconstruida, se tratará más bien de una opción de arrendamiento futuro, cuyo contenido habrá de precisarse y que requerirá inscripción en el Registro (y no sólo nota marginal; *vid.* art. 15 RH). Su origen puede ser (22):

- Voluntario: cuando el inmueble se derriba con consentimiento del arrendatario y este pacta con el arrendador su reinstalación en el inmueble reedificado.
- Judicial: cuando se derriba sin consentimiento del arrendatario y éste exige al arrendador el cumplimiento de su obligación de mantenerle en los términos del contrato.
- Legal, caso previsto en la regla 3.ª Disp. Ad. 4.ª TRLS: « En las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán el derecho de retorno regulado en la legislación arrendaticia, ejercitable frente al dueño de la nueva edificación, cualquiera que sea éste».

Como aclara PAU PEDRÓN (23), han de concurrir cuatro requisitos: 1) Que se proceda a la demolición o rehabilitación del inmueble, como consecuencia de actuaciones derivadas de la ejecución del planeamiento. 2) Que se trate de una actuación aislada, no de actuaciones en unidades de ejecución

(22) PAU PEDRÓN, trabajo citado, pág. 13.

(23) Trabajo citado, págs. 13 y 14. La publicidad registral del derecho de retorno es el único medio de lograr su efectividad frente a terceros. Se constata por nota marginal, lo que revela sus limitados efectos. la oponibilidad a terceros. La inscripción del arrendamiento no será suficiente, pues durante la fase de latencia el derecho de retorno gravitará sobre el solar, aunque no recaerá directamente sobre él. Implica la publicidad de una «obligación *propter rem*» (STS de 19 de mayo de 1979), que obligará a todo posterior adquirente a realizar la prestación de entrega de la vivienda. Si el edificio no se reconstruye, existirá solo una obligación de indemnizar.

(*vid.* art. 143 y Disp. Ad. 4.^a TRLS). 4) Que se trate de viviendas, no de locales.

El artículo 26 de la nueva LAU, en relación con la habitabilidad de la vivienda arrendada dice lo siguiente: «Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario la opción de suspender el contrato o de desistir del mismo sin indemnización alguna. La suspensión del contrato supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del plazo del contrato y la suspensión de la obligación de pago de la renta».

En relación con este texto se pregunta GARCÍA VALDECASAS ALEX (24) si estamos ante un nuevo derecho de retorno. En la LAU anterior el retorno estaba previsto para el caso de demolición del inmueble y nueva construcción. En la actual, la situación prevista es la de abandono temporal del inmueble y, dada la calificación de suspensión del contrato, estaremos ante un caso de novación modificativa y no ante un nuevo contrato, lo cual puede tener importante repercusión en la actualización de las rentas.

V. PUBLICIDAD REGISTRAL Y DURACION DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS SEGUN LA NUEVA LEY

Interesa el juego que puede tener la inscripción registral en relación con la duración de los arrendamientos, según la nueva Ley.

El artículo 9 de la nueva LAU, si bien deja a las partes en libertad para fijar la duración del contrato, establece un plazo mínimo de cinco años (25). Es decir, tenemos por una parte, la duración pactada, y por otra, la mínima legal de cinco años (26).

(24) JAVIER GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, «Sobre el retorno: antiguo y nuevo retorno arrendaticio en relación con la novación», en *Lunes* 4'30, mayo 1995, núm. 167, págs. 40 y 41.

(25) La Ley Belga de Arrendamientos Urbanos de 20 de febrero de 1991, establece un plazo mínimo de nueve años, siendo, en su caso, prorrogable tácitamente de tres en tres hasta dicho límite mínimo.

(26) PEDRO MUNAR BERNAT, «Notas sobre la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda surgidos con posterioridad a la LAU de 1994», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 631, noviembre-diciembre 1995, págs. 2171 y sigs.

Argumenta que en la nueva LAU es más aparente que real la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad en el momento de fijar la duración del contrato. La libertad para fijar el plazo de duración sólo existe cuando éste es superior a cinco años, pues el mecanismo de prórrogas aboca al arrendador a tener comprometida la vivienda durante ese período.

Se pregunta MUNAR BERNAT si se trata de prórroga o de tácita reconducción. El

Desde el punto de vista de la publicidad registral, la cuestión es cómo juega respecto de terceros adquirentes la inscripción —o la falta de inscripción— del arrendamiento, según que la duración pactada sea inferior o superior a los cinco años, habida cuenta que los adquirentes de la finca arrendada quedan subrogados en los derechos y obligaciones del arrendador, por disposición legal (*vid.* art. 14, párrafo 1.º de la nueva Ley).

A) ARRENDAMIENTOS INSCRITOS: CONSIDERACIÓN GENERAL

Antes de estudiar los textos legales que nos enfrentan con los efectos de la relación contrato arrendamiento urbano-Registro de la Propiedad, puede ser oportuno hacer una afirmación: tratándose de arrendamientos inscritos, cualquiera que sea su plazo de duración, vinculan subrogativamente a todo posterior adquirente del inmueble por todo el plazo de duración que figure en la inscripción registral.

Aquí es el juego del sistema de publicidad registral el que produce sus normales efectos: artículos 1.º, 32, 34, 38, etc. de la Ley Hipotecaria. Y esta vinculación se va a producir aunque, a efectos de la validez de su título adquisitivo del dominio, el adquirente de la finca arrendada sea un tercero protegido por el artículo 34. Nunca podrá alegar ignorancia, pues sea real o personal, como derecho inscrito legalmente, el arrendamiento, a virtud de la legitimación registral, produce los efectos normales de todo derecho inscrito y como restricción o limitación que afecta a la finca —si no queremos hablar de carga— el adquirente ha de asumirlo.

Este punto de vista general, que da por supuesto la aplicación a los arrendamientos inscritos de los principios sustantivos esenciales del sistema de publicidad registral, encuentra actualmente un definido apoyo en la doctrina hipotecarista.

Para PAU PEDRÓN (27), la inscripción del arrendamiento produce los efectos derivados de la legitimación registral, en su triple protección sustantiva, procesal y operativa o de poder de disposición, de la fe pública registral, protección frente a los títulos no inscritos (art. 32 LH) y frente a las causas de nulidad o resolución del derecho de la persona que constituyó el arrendamiento, añadiendo la LAU otro mecanismo protector en el artícu-

problema no es baladí, pues la prórroga supone subsistencia del mismo contrato y la tácita reconducción nos enfrenta a un nuevo arrendamiento. Rechaza esta segunda solución, prevista en el art. 1566 CC, que supone que, una vez concluido el contrato, se mantiene al arrendatario durante quince días. En cambio, en la prórroga prevista en el art. 9.1. LAU, se parte de que en el plazo de un mes antes de finalizado el contrato, ninguna de las partes haya manifestado su voluntad de no renovarlo.

(27) Trabajo citado, págs 8, 9 y 10.

lo 13.3, tratándose de arrendamientos concertados con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro (que analizaremos más adelante); y, por último, también produce los efectos derivados de la prioridad, tanto en sentido excluyente, si se pretendiera la inscripción de un segundo arrendamiento sobre la misma finca, como en sentido prelativo o de superioridad de rango, cuando después del arrendamiento acceden derechos constituidos en títulos de igual o anterior fecha que implican contacto posesorio, como el usufructo; o de carácter inmaterial, como la hipoteca o la opción.

B) ARRENDAMIENTOS NO INSCRITOS

El problema se plantea respecto de los arrendamientos no inscritos, y aquí sí va a jugar el Registro un importante efecto en el alcance temporal de la subrogación del adquirente de la finca arrendada.

a) Efectos durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, cualquiera que sea su duración

El artículo 13 de la nueva Ley, bajo el rótulo «Resolución del derecho del arrendador», establece:

1. «Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedará resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria (28), la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1.»

Por su parte, el artículo 14, bajo el rótulo «Enajenación de la vivienda arrendada», dispone en su primer párrafo:

(28) Explica atinadamente EDUARDO SERRANO ALONSO (que comenta los arts. 9 a 16 de la nueva LAU en los *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* dirigidos por XAVIER O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, págs. 9 y sigs.) que la expresión «apertura de una sustitución fideicomisaria» es imprecisa, porque lo que se puede abrir es la sucesión testamentaria en la que haya una disposición fideicomisaria, pero no ésta. El supuesto al que parece referirse la Ley es aquel en que el arrendador es heredero fiduciario en la vivienda arrendada, cuando venga obligado a transmitir al heredero fideicomisario es cuando se produce la resolución de su derecho y la extinción del arrendamiento.

«El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.»

Es decir, durante los cinco primeros años de vigencia de los contratos, estén o no estén inscritos los arrendamientos, y tanto si se resuelve el derecho del arrendador por las causas citadas, como si enajena el inmueble arrendado, el arrendatario tiene derecho a continuar el arrendamiento hasta que se cumpla el plazo mínimo de cinco años previsto en el artículo 9. En cualquiera de estos supuestos, el adquirente o el nuevo titular del inmueble quedan subrogados en los derechos y obligaciones del arrendador durante ese plazo de cinco años.

O lo que es lo mismo: el retrayente del inmueble; el fideicomisario llamado en segundo o tercer lugar; el adjudicatario en caso de ejecución de una hipoteca sobre el inmueble arrendado (sea el arrendamiento anterior o posterior a la hipoteca); o el optante en una opción de compra, han de soportar el arrendamiento, en el que quedan legalmente subrogados, durante ese período mínimo de cinco años.

A salvo queda, desde luego, el derecho del arrendatario a no renovar el arrendamiento (*vid.* art. 9.1) o que sea improcedente la prórroga por darse el supuesto del artículo 9.3: manifestación expresa en el contrato de la necesidad del arrendador de ocupar la vivienda antes de los cinco años.

a.1) Ventas forzosas

En los casos de venta forzosa (ejecución de hipoteca, embargo, ejercicio de retracto convencional y opción de compra), señala PAU PEDRÓN (29) que se trata de ventas forzosas derivadas de un derecho anterior al arrendamiento; de ser posterior, la prioridad o la oponibilidad darían preferencia al arrendamiento, que subsistiría por toda la duración pactada frente al adquirente (art. 13, apartado 1.º *in fine* LAU). La Ley dicta dos reglas: una, la extinción del arrendamiento, consecuencia de la prioridad o la oponibilidad; otra, la continuación del arrendamiento por el plazo mínimo, que trata de dar estabilidad a la vivienda.

(29) Trabajo citado, pág 11.

a.2) Especial consideración de las ejecuciones hipotecarias

El precepto es especialmente importante en relación con las ejecuciones hipotecarias pues, a partir de ahora, aunque la ejecución no purgue los arrendamientos posteriores, el adjudicatario sólo tendrá que soportarlos durante el plazo que falte para completar los cinco años.

Pierde fuerza, por tanto, la doctrina de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992 (que analizaremos a continuación). En cambio, en alguna medida, se vuelve a la de la Sentencia de 31 de octubre de 1986, que había declarado que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de los arrendamientos posteriores.

Otra cosa es que se trate de arrendamientos inscritos y anteriores a la hipoteca, pues aquí el adjudicatario tendría que soportarlos en los términos de la inscripción, y por tanto, por el tiempo pactado (30).

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992, plantea la cuestión del desalojo del inquilino no oído en el procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo el arrendamiento posterior. La arrendataria interpuso recurso de nulidad contra la diligencia de desalojo, por indefensión, y posteriormente recurso de amparo ante el Constitucional, que anula la providencia, reconoce a la recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva y ordena el restablecimiento en su derecho absteniéndose el Juez del lanzamiento de la arrendataria.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de enero de 1995, plantea de nuevo la cuestión del desalojo del inquilino no oído en el procedimiento de ejecución hipotecaria. La extraordinaria fuerza ejecutiva del artículo 131 LH supone una paralela disminución de las posibilidades de

(30) Se pregunta R.R., en *Boletín de Información Registral de Granada*, núm. 34, febrero de 1995, pág. 81 —y deja la pregunta en el aire—. ¿Procedería la acción de devastación del 117 de la LH frente a un arrendamiento constituido fraudulentamente después de una hipoteca ante la intangibilidad del arriendo?

Si el pacto en la escritura de hipoteca de prohibición de arrendar sólo es inscribible cuando se dan determinados requisitos, que no implican devastación de la finca hipotecada (art. 219 RH, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1986, 23 y 26 de octubre de 1987: arrendamientos sin cláusula de estabilización de valor, aquellos cuya renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por ciento más, no cubran la responsabilidad total asegurada, etc.), la respuesta debe ser negativa si tales condicionantes se cumplen en el contrato de arrendamiento. En caso contrario, la *ratio iuris* abona el éxito en el ejercicio de la acción de devastación.

LUIS ROJO AJURIA (*Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* dirigidos por FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al art. 13», Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995) afirma que el art. 13.1.1.º LAU no excluye el ejercicio de la acción de devastación, ni la aplicación del art. 219.2.º del Reglamento Hipotecario, pues las medidas del art. 117 LH no afectan al contrato de arrendamiento, cuya impugnación sólo será posible cuando se trate de una confabulación fraudulenta para perjudicar al acreedor hipotecario.

oponerse a la ejecución y, si bien estas peculiaridades no son en sí mismas contrarias al artículo 24 CE (pues los titulares de derechos pueden hacerlos valer en el procedimiento declarativo oportuno), otra cosa son las resoluciones judiciales que, para dar posesión de la finca al adjudicatario en la subasta, ordenaron el lanzamiento del actor negándole la condición de arrendatario, sin poder defender sus intereses en un procedimiento; dichas resoluciones deben ser anuladas, pues han vulnerado el artículo 24 CE, cuya exigencia puede satisfacerse propiciando una interpretación del artículo 132 LH que elimine los efectos en contradicción con el derecho fundamental a la defensa (conclusión ya recogida en la STC 6/1992).

LASARTE ALVAREZ (31) reconoce la necesidad de reforma del artículo 131 LH y considera factor determinante para la resolución de la cuestión la anterioridad o posterioridad del arrendamiento a la constitución de la hipoteca. En la tensión entre arrendamientos urbanos y ejecución hipotecaria sólo deben prevalecer los anteriores; los posteriores deben decaer, salvo que el acreedor hipotecario los haya consentido, tesis, por otra parte, recogida en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 y 20 de noviembre de 1987.

REY PORTOLÉS (32) no acepta la argumentación del Tribunal Constitucional sobre la indefensión del arrendatario. Lo único que ocurre es que despliega toda su eficacia *erga omnes* el derecho real de hipoteca. A su juicio, la Sentencia del Tribunal Constitucional no parece estar empapada ni de la noción de derecho real, ni de la función de publicidad que desempeña para todos, incluso para los arrendatarios, el Registro de la Propiedad español.

Tratándose de arrendamientos rústicos, la ejecución de hipoteca —dice PAU PEDRÓN (33)— no lleva consigo la extinción del arrendamiento,

(31) CARLOS LASARTE ALVAREZ, «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendatario» (Notas de urgencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992) *Tapia*, núm. 62, enero-febrero 1992, págs. 7 a 9. También publicado en *Lunes 4'30*, núm. 97, marzo 1992, págs. 11 a 14.

(32) JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, «Hipoteca-arrendamiento posterior», en *Lunes 4'30*, núm. 97, marzo 1992, págs. 15 a 17.

(33) Trabajo citado, pág. 12.

CADENABA COYA (trabajo citado, pág. 19) resume así las tesis más generales sobre purga de los arrendamientos urbanos, en las enajenaciones forzosas derivadas de un procedimiento ejecutivo, hipotecario o no.

— Arrendamientos sujetos al CC y LH exclusivamente: la ejecución conlleva la purga o extinción del arrendamiento (SSTS 4 febrero 1927, 3 diciembre 1954, 4 y 22 mayo 1963).

— Arrendamientos sujetos a la Ley de 1964: la opinión más general es la subsistencia del arrendamiento.

— Arrendamientos sujetos al R.D. 9 de abril de 1985 (Decreto BOYER), al no estar sujetos a prórroga forzosa, parece que desaparecen las razones de orden social para la

sino su subsistencia por el tiempo establecido en la Ley especial (arts. 25 y 28).

Tras la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995, habrá que tener en cuenta su artículo 28, que establece una duración mínima de cinco años para los contratos que se celebren a partir de la entrada en vigor de dicha Ley.

Esta es la doctrina que subyace en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1990, que reconoce derecho de retracto al titular de un arrendamiento rústico constituido con posterioridad a la hipoteca (confirmada por la STC de 16 enero 1992, antes citada).

Tal vez hubiera sido mas riguroso y técnico que el artículo 14 LAU hiciera la referencia no al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino al artículo 32 y al principio de oponibilidad (34), pues aquí se trata simplemente de oponer o no el título inscrito al que no lo está; o para excepcionar el principio, es decir, la posibilidad de que el arrendamiento, aunque no esté inscrito, pueda oponerse al legítimo título del adquirente inscrito de la finca arrendada durante el plazo mínimo de los cinco años (35).

subsistencia; se aplicaría el régimen general hipotecario que conllevaría la purga y cancelación del arrendamiento.

— En la nueva LAU —según el art. 13.1—, se produciría siempre la subsistencia de los arrendamientos durante los primeros cinco años del contrato; transcurridos esos cinco primeros años, el derecho (no inscrito, habría que añadir) del arrendatario quedará resuelto

En cambio, la Ley es más enérgica en los supuestos del art. 13.2, aplicándose la regla *resoluto iure dantis resolvitur ius concessum* sin miramiento alguno y sin respetar el plazo mínimo de cinco años. Tal vez, debió establecerse algún plazo menor —por ejemplo de un año—, para evitar el total desamparo del arrendatario, lo que ocurrirá en el usufructo vitalicio en caso de muerte inesperada del usufructuario.

(34) En este sentido, señala ROBERTO BLANQUER UBEROS («El Proyecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios y Observaciones», en *La Ley*, núm. 3506, págs. 660 a 668) que no parece muy justificada la alusión al art. 34 LH, sino que habría sido más acertada la referencia al art. 32, para excepcionarlo, en el sentido de declarar que el arrendamiento no inscrito perjudica a tercero en el ámbito temporal de los plazos mínimos.

(35) Explica PAU PEDRÓN (trabajo citado, págs. 10 y 11) que tratándose de arrendamiento para vivienda no inscrito, los criterios del legislador son tres:

a) Principio de continuidad legal cuando se trate de inmuebles no inmatriculados: «El adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada» (art. 14, párrafo 2.º LAU).

b) Principio de continuidad a través de la publicidad registral cuando se trate de inmueble inmatriculado: de la alusión que hace el art. 14, párrafo 2.º, al art. 34 LH se desprende que al tercero hipotecario sólo le afectan los arrendamientos inscritos.

c) Principio de continuidad legal por el plazo mínimo cuando se trate de inmuebles inmatriculados y arrendamientos no inscritos: «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aún cuando concurren en él los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria» (art. 14, párrafo 1.º LAU).

Por todo ello, resulta evidente que no hay ningún estímulo a la inscripción de los arrendamientos de hasta cinco o menos años de duración. Pero la cuestión cambia tratándose de arrendamientos de duración superior a los cinco años, a los que se alude seguidamente.

b) *Efectos a partir de los cinco primeros años de vigencia del contrato*

b.1) Los textos legales

Artículo 13, párrafo segundo: «En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada.

Artículo 14, párrafo segundo:

«Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir». Debe insistirse en lo que ya se ha dicho: que el adquirente no será tercero hipotecario respecto del arrendamiento inscrito con anterioridad.

b.2) Análisis de su alcance registral

También la Ley aquí separa los supuestos de enajenación de la vivienda arrendada, de los que, a veces impropiamente, llama de resolución del derecho del arrendador. Veámoslos:

b.2.1) Resolución del derecho del arrendador

- Arrendamiento no inscrito de duración pactada superior a cinco años:

- Si la resolución se produce antes de transcurrir los cinco primeros años, el arrendatario tiene derecho a continuar hasta que se cumplan cinco años (supuesto del párrafo primero del art. 13.1, ya visto).
- Si la resolución se produce transcurridos los cinco primeros años, el derecho del arrendador queda resuelto y el arrendamiento se extingue (supuesto del párrafo segundo del art. 13.1, inciso primero).

◦ Arrendamiento de duración pactada superior a cinco años inscrito «con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador»:

El arrendamiento, una vez producida la resolución, continuará por la duración pactada.

La inscripción del arrendamiento debe ser anterior a la inscripción, no de la resolución, sino de los derechos que la determinan. Es decir: anterior a la inscripción de la venta con pacto de retro; de la herencia fideicomisaria; de la hipoteca que se ejecuta; de la anotación, en su caso, de la demanda que da lugar a la sentencia judicial; o del derecho de opción de compra.

Aquí se ve con claridad, el efecto protector de la inscripción del arrendamiento: su mantenimiento, frente a terceros adquirentes de la vivienda, durante la totalidad del plazo pactado (que si no está inscrito, sólo llega hasta el momento de la resolución). Y siempre con la garantía del plazo mínimo de los cinco años (art. 3, párrafo 2.º, primer inciso). Por tanto, en este caso, es muy conveniente la inscripción del contrato de arrendamiento.

b.2.2) Enajenación de la vivienda arrendada

La nueva LAU parte de la distinción entre arrendamiento inscrito y el que no lo está, pues la delimitación de los efectos de la subrogación tiene como base la constancia registral del arrendamiento.

- Arrendamiento inscrito de duración pactada superior a cinco años:

El adquirente queda subrogado en la totalidad de la duración pactada, pues nunca podrá tener los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (al quedar vinculado por el arrendamiento inscrito, que no puede registralmente desconocer), ni oponer su título de inscripción de la finca a la inscripción anterior del arrendamiento, por aplicación del artículo 32.

A esta interpretación conduce el texto del artículo 14, párrafo segundo, cuando dice que el adquirente queda subrogado «por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

- Arrendamiento no inscrito de duración pactada superior a cinco años:

Aquí sí puede surgir la figura del tercero, ya sea del artículo 34 o del artículo 32, de la fé pública o de la oponibilidad. Es decir, si el adquirente de la finca arrendada adquiere la titularidad registral y el arrendamiento no está inscrito, aunque lo lógico —hipotecariamente hablando— sería desconocer un derecho que no está inscrito, no obstante, debe soportar el arrendamiento, pero sólo «durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años», que es el plazo «innegociable» de duración mínima del contrato de arrendamiento urbano, según el artículo 9 LAU.

Es de destacar, en este caso, que la nueva LAU establece un caso anormal —en nuestro Derecho— de indemnización al que resulta perjudicado por la aplicación de los principios del sistema registral (que es general en otros sistemas hipotecarios, v.gr. el fondo de seguro del sistema australiano; o de los sistemas de «recording» de los Registros de la Propiedad anglosajones): el enajenante debe indemnizar al arrendatario en los términos del artículo 14, párrafo segundo, antes transcrito.

Igualmente, en este caso, la inscripción del arrendamiento está profundamente estimulada.

C) EL DERECHO DE SUBROGACIÓN EN LA ENAJENACIÓN DE FINCA ARRENDADA PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA

«Artículo 29. El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurren en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.»

La regla general es, pues, la del artículo 14, párrafo 1.º, para el adquirente de finca arrendada para vivienda.

Pero la diferencia es sustancial: en el caso de vivienda, la subrogación por plazo de cinco años se produce siempre, aunque el adquirente sea un tercero hipotecario; y, si el plazo es superior a cinco años, se produce por el tiempo que falte para los cinco años, cuando el adquirente sea tercero.

En el caso de enajenación de finca arrendada para uso distinto del de vivienda, ahora contemplado, si el adquirente es tercero hipotecario, sencillamente, no se produce la subrogación (36). Es decir, al legislador le

(36) En este caso, los principios seguidos por el legislador, según PAU PEDRÓN (trabajo citado, pág. 11), son:

a) Principio de continuidad legal cuando se trate de inmuebles no inmatriculados: «El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador...» (art. 29, primer inciso LAU).

b) Principio de continuidad a través de la publicidad registral cuando se trate de

preocupa mucho más la protección de la vivienda que la de la industria y, por ello, los criterios de oponibilidad que establece son distintos (37).

Solamente hemos de reiterar que el adquirente que inscribe su título de dominio o derecho real en los que cabe el arrendamiento, es tercero respecto del arrendamiento no inscrito (que le es inoponible). En cambio, si el arrendamiento está inscrito, el adquirente del inmueble o de un derecho real que permita el arrendamiento, no podrá desconocerlo y quedará subrogado por todo el tiempo del contrato.

En este tipo de arrendamientos, por tanto, la inscripción está profundamente estimulada en beneficio del arrendatario, pues le garantiza la subsistencia del contrato por todo el plazo pactado inscrito.

Otra cosa es pensar que vaya a producirse la inscripción masiva de estos arrendamientos, pues el estímulo legal no es fácil que acabe con la inercia histórica contraria (38).

VII. ESPECIALIDADES DE ALGUNOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

A) CON PACTO DE EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR ENAJENACIÓN DE LA VIVIENDA

Artículo 14, último párrafo: «Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años.»

En este caso, la inscripción del arrendamiento es muy conveniente para asegurar el conocimiento de los terceros y facilitar otros actos derivados del contrato, como el subarriendo, cesión, la constatación registral del derecho de retorno e, incluso, la retrocesión, en su caso. Con ello, podrán eludirse las cuestiones judiciales que puedan plantearse, evitando el nacimiento de terceros registrales.

inmuebles inmatriculados: al tercero hipotecario sólo le afectan los arrendamientos inscritos (art. 29, segundo inciso LAU).

Si el adquirente no inscribe, o adquiere a título gratuito, o es de mala fe por conocer el arrendamiento aún no estando inscrito, quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador.

(37) PAU PEDRÓN, conferencia citada, pág. 32.

(38) Estos arrendamientos comportan, a veces, ventajas para el arrendatario de las que carecen los arrendamientos para uso de vivienda. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1995, desestima la demanda de resolución del contrato de arrendamiento, fundada en que la arrendataria había introducido en el uso y disfrute del local a los codemandados, habiéndose pactado en el contrato que el local «se destinará exclusivamente al negocio de despacho de abogados».

B) ARRENDAMIENTOS OTORGADOS POR TITULARES DE DERECHOS TEMPORALES

Artículo 13.2: «Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley.»

Por derecho anterior (LAU 1964), pueden citarse: artículo 57 (el derecho a prórroga se aplicaba en los casos de extinción de usufructo) y 114.12 (excepción a la prórroga cuando pruebe el dueño que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario fueren notoriamente gravosas para la propiedad).

Aquí no juega el principio del plazo mínimo de cinco años del artículo 9. Aunque no se alude en este párrafo al Registro, estamos normalmente ante derechos inscritos. Desde luego el derecho del superficiario lo ha de estar siempre, pues la inscripción del derecho de superficie es de carácter constitutivo (*vid.* art. 16 RH). Esto significa que por el principio del valor sustantivo de la publicidad registral o cognoscibilidad legal, el arrendatario conoce el título del arrendador y la duración del derecho de superficie. El superficiario podrá arrendar por todo el plazo de duración de su derecho, pero no más, pues *nemo dat quod non habet*.

En cuanto al usufructo, es un derecho real esencialmente temporal, pues todos los usufructos son o vitalicios o temporales. Inscrito el usufructo, como lo suele estar habitualmente, como en el caso anterior, el arrendatario sabe que el arrendador lo es a título de tal usufructuario. Cuando el usufructo se extingue, se extingue el arrendamiento.

Esta es, por otra parte, la solución que, en relación con la hipoteca del derecho de usufructo, adopta el artículo 107 LH, pues queda extinguida la hipoteca «cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario». «Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin».

En general, para los derechos resolubles, la Ley Hipotecaria prescribe la extinción de la hipoteca al resolverse el derecho de hipotecante (art. 107.10).

Sin embargo, es de advertir que no es éste el criterio que sigue la nueva LAU en los supuestos de resolución del derecho del arrendador previstos en el artículo 13.1. También en los mismos —que son casos normalmente inscritos— el arrendatario conoce o puede conocer el carácter temporal o resoluble del derecho del arrendador y la ley impone «en todo caso» al nuevo dueño el respeto al plazo mínimo de cinco años. Pero no hay duda

del diferente tratamiento a ambos grupos de causas de resolución o extinción del derecho del arrendador, contemplados en números distintos del artículo 13.

La razón de la especialidad quizá haya que buscarla en que estamos ante derechos de larga duración (hasta 75 años el concedido por la Administración; hasta 99 años por los particulares: *vid.* arts. 287 a 290 Texto Refundido Ley Suelo de 1992) y hay que suponer un arrendamiento ya muy prolongado; y ante derechos que suponen división del dominio, aunque el CC (no la Ley de Bases) dé al usufructo carácter de limitación del dominio o de derecho real limitado.

C) ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA AJENA

Artículo 13.3: «Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1».

Se impone el plazo mínimo de cinco años (a salvo siempre el derecho de no renovación del art. 10) a los contratos de arrendamiento concertados, de una parte, por un arrendatario que lo sea de buena fe; y, de otra parte, por un arrendador que sea propietario según el Registro, «o que parezca serlo, según un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario».

Se contemplan aquí —como dice GUILARTE GUTIÉRREZ (39)— dos supuestos: el titular registral que, sin ser propietario, concierta la relación arrendaticia, beneficiando al arrendatario por su confianza en la apariencia registral; y el caso en que, aún faltando la inscripción a favor del titular dominical aparente, se sanciona la misma consecuencia, con la única exigencia de que tal estado de cosas haya sido creado o mantenido por el *verus domino*. Esto implica una conducta tanto activa como omisiva, v.gr. en los casos en que la finca arrendada no se encuentre inmatriculada; o aquellos en que la inscripción vigente carezca de actualidad por haberse operado transmisiones dominicales ulteriores o de tracto interrumpido.

En el orden sustantivo civil, como dice ROJO AJURIA (40), la relación arrendaticia se desarrollará entre el verdadero propietario y el arrendatario.

(39) VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, *La Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* Dirección: VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentario al art. 13», Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, en especial págs. 174 y sigs.

(40) Cit. pág. 102.

Pero el propietario aparente seguirá manteniendo su responsabilidad contractual, en los términos y en la medida en que se pactó en el contrato. El propietario aparente y el verdadero propietario responderán, como arrendadores, solidariamente frente al arrendatario, pues se trata de una responsabilidad que se deriva de la Ley (art. 13.3 LAU).

Una explicación, en el terreno de la lógica jurídica, podría ser:

- a) Si el texto legal habla de arrendamiento de vivienda ajena, pero, además, de que el arrendador es titular registral, esto sólo es posible ante un supuesto de inexactitud registral; es decir, que el titular en la realidad extrarregistral no es, al propio tiempo, el titular registral que concierne el arrendamiento.
- b) Hay que suponer también que esa inexactitud (que es imputable al verdadero propietario) se rectifica (*vid.* art. 40 LH) durante el transcurso o vida del arrendamiento, de modo que deviene titular registral del inmueble persona distinta del contratante-arrendador.
- c) Lo que el texto legal quiere afirmar es que, aunque se produzca el cambio de titularidad registral (que probará que el arrendamiento se concertó por un no dueño), como consecuencia de la rectificación, el arrendamiento va a mantenerse durante el tiempo mínimo de los cinco años y no le van a afectar las maquinaciones del verdadero dueño cuando creó la apariencia registral de que no lo era.

Dice PAU PEDRÓN (41) que la nueva LAU regula aquí un mecanismo protector, semejante a la fe pública, que podríamos llamar «adquisición *a non domino* civil sobre base registral»: se produce un efecto adquisitivo que es inatacable, sobre la base de una causa de nulidad o de un título que no constan en el Registro; y se exige buena fe (explícitamente) y título oneroso (implícitamente, pues el arrendamiento urbano lo es).

Sin embargo, hay importantes diferencias: la adquisición no es definitiva (sólo cinco años); el arrendador ha de aparecer en el Registro como propietario (si lo está por otro título que le facultaría para arrendar: usufructuario, enfiteuta, etc. no queda protegido); no se exige que el arrendatario inscriba su derecho (sin perjuicio de que si inscribe pueda tener el arrendamiento la duración que figure en el Registro).

Para CADENABA COYA (42), el caso podría calificarse como de «arrendamiento putativo», lo que los canonistas entenderían como un arrendamiento nulo contraído de buena fe y que se concierne con persona legitimada pero que no es dueña. Se trata de una aplicación particular de la enorme

(41) Trabajo citado, pág. 9.

(42) Trabajo citado, pág. 20.

potencialidad de la legitimación registral del artículo 38 LH. La duración de cinco años sólo puede referirse al arrendamiento putativo no inscrito. Si el arrendamiento se inscribe, su protección por todo el plazo de duración pactado —y no sólo por cinco años, como dice el art. 13.3— dimana del artículo 34 LH.

Para R.R. (43), el precepto se refiere sólo a la constitución del arrendamiento y es una clara aplicación del principio de legitimación registral (art. 38 LH) y no del principio de fe pública (art. 34), pues no se exige la inscripción del arrendamiento, sino sólo la buena fe. La duda está en si se establece la relación arrendaticia de tracto, con sus pagos de renta, etc., con el titular registral o con el titular real, inclinándose por esto último, constituyendo un argumento el epígrafe donde está el artículo, que trata «De la resolución del derecho del arrendador».

ROJO AJURIA (44) por su parte, señala que la norma protege al arrendatario de buena fe y castiga al propietario no arrendador, al que se impone un arrendamiento del que no fue parte; sanción que se justifica por su inactividad al no inscribir su titularidad sobre la vivienda en el Registro de la Propiedad, y que implica una inscripción registral casi obligatoria para los propietarios para evitar los riesgos de encontrarse su propiedad arrendada sin su voluntad. Consecuencias jurídicas —dice— de la no inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad, muy discutible en un sistema, como el nuestro, de inscripción voluntaria o facultativa de la propiedad inmobiliaria (aunque podríamos añadir que la inscripción está profundamente estimulada por los beneficiosos efectos jurídicos protectores que de la misma derivan).

ESPERT SANZ (45) critica el artículo 13.3 desde tres aspectos: 1) El requisito de la buena fe que, aunque debe presumirse, estima, en este caso, que impone cierta actividad del arrendatario, sin que baste la simple manifestación registral. 2) Limitar la protección al arrendatario que haya contratado con el propietario, con el titular del pleno dominio, a pesar de que otros derechos de goce, como el usufructo, permiten concertar arrendamientos. 3) Proteger al arrendatario que contrata con quien cree que es el verdadero propietario, porque el propietario ha organizado las cosas de forma que él aparece oculto y crea un propietario aparente, lo cual implica intención de fraude, al menos fraude fiscal.

(43) Trabajo citado, pág. 42.

(44) ROJO AJURIA, trabajo citado, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos* dirigidos por XAVIER O'CALLAGHAN, pág. 145.

(45) VICENTE ESPERT SANZ, «La protección del arrendatario del art. 13, párrafo 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994», en *Lunes 4º 30*, núm. 162, febrero 1995, pág. 18.

VIII. PROTECCION REGISTRAL DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

La más importante garantía instrumental para asegurar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, como derechos de adquisición preferente del arrendatario frente a eventuales terceros adquirentes, venía siendo el artículo 55 de la Ley de 1964, ahora derogada:

Artículo 55. «1. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de las fincas urbanas a que se refiere este capítulo (el que regulaba los derechos de tanteo y retracto), deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48 con los requisitos exigidos. La falta de justificación constituirá defecto subsanable con suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción si dentro de dicho plazo de vigencia se acreditase haberse practicado las notificaciones en forma legal.

2. Cuando el piso transmitido no estuviere arrendado, para que sea inscribible la transmisión deberá el transmitente declararlo así en la escritura de venta, bajo pena de falsedad en documento público.»

Este artículo trata de resolver —según GARCÍA GARCÍA (46)— el conflicto entre retracto arrendaticio y tercero hipotecario. Con la notificación de la transmisión al arrendatario se protege el ejercicio del tanteo o retracto; pero, al propio tiempo, se evita que quede indefinidamente expuesto cualquier titular o tercero al ejercicio extemporáneo de la acción de retracto legal.

También llama la atención el plazo excepcional de duración de la anotación de 180 días naturales, frente a los 60 días hábiles de las demás anotaciones de suspensión (*vid.* arts. 42.9.º y 96 LH).

En relación con la declaración de libertad de arrendamientos y con la notificación, la Dirección General tiene formuladas una serie de declaraciones que siguen teniendo fuerza en la nueva Ley:

- No basta la manifestación de que la finca está libre de cargas; es necesaria una declaración expresa sobre la inexistencia de arrendamientos (Resolución 5 noviembre 1993).
- Puede considerarse notificación fehaciente el envío por Notario de carta certificada con acuse de recibo (Resolución 1 abril 1965).
- Sin la práctica de la notificación exigida, no puede inscribirse la venta en la que los otorgantes manifiestan que la vivienda se halla

(46) *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, citado. Comentarios al art. 55 de la LAU de 1964.

arrendada por el comprador a favor de determinada persona (Resolución 18 septiembre 1990).

- Sobre la constancia en la escritura de la inexistencia de arrendamientos, la Resolución de 11 de diciembre de 1986 había declarado que se exige declaración expresa de que el piso no está arrendado, declaración que ha de hacer, precisamente, el transmitente, bajo pena de falsedad en documento público. No basta la expresión «ocupada por los compradores», pues ésta se declara en el momento de la venta, lo que no excluye la existencia de arrendatarios ocupantes.
- Sobre la aplicación del precepto a las adjudicaciones en procedimiento judicial sumario, las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987 (conforme a las Sentencias de 2 de marzo de 1959 y 23 de enero de 1971), permiten que la declaración de no estar arrendada la finca la haga el nuevo propietario-adjudicatario, en lugar del transmitente, bien en las actuaciones judiciales, bien ante Notario, bien en instancia firmada o ratificada ante el Registrador.

En los casos en que, según la nueva LAU, el arrendamiento es eficaz frente a terceros (47), se reconoce al arrendatario un derecho de preferente adquisición, en sus dos modalidades de derechos de tanteo y retracto, a los que se reconoce una doble cobertura registral.

(47) JOSÉ MANUEL FÍNEZ (en el *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* dirigidos por FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al art. 25», Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, págs. 283 y ss), concreta los supuestos que, en su opinión, dan lugar a los derechos de tanteo y retracto: la venta de la vivienda, pero no la permuta, donación, renta vitalicia o aportación del inmueble a una sociedad (respecto de este último caso, *vid* la Resolución de la DGRN de 5 de septiembre de 1991). Excluye los casos de cesión solutoria o *pro soluto*, así como el pacto de cesión *pro solvendo* y la adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común; y considera problemáticos los casos de ejecución o transmisión forzosa de la vivienda, distinguiendo los supuestos de ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, de los demás casos.

Reconoce, no obstante, que en los casos de adjudicación por división y en los de venta a uno de los comuneros (*vid*. art. 25.4 LAU) es importante determinar el momento de la constitución de la comunidad, anterior o posterior al arrendamiento, a efectos de la existencia de fraude.

El ejercicio del retracto convencional, inscrito al tiempo de la celebración del arrendamiento, será preferente al retracto del arrendatario (art. 25.4 LAU), cuando la venta tenga su origen en el retracto convencional, siéndole éste último inoponible. No así cuando el retracto convencional no figure inscrito o lo sea después del contrato de arrendamiento, aunque no esté inscrito. Pero la excepcionalidad del supuesto impide su aplicación extensiva a otros casos similares, como pueda ser la opción de compra previamente inscrita.

A) PREFERENCIA SOBRE OTROS DERECHOS SIMILARES

Artículo 25.4 : «El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento» (*vid.* art. 50 LAU anterior).

Por tanto, los derechos de tanteo y retracto arrendaticio urbano no tienen preferencia respecto:

- a) Del retracto legal de condueños o copropietarios (art. 1.522 CC). La Dirección General de los Registros ha declarado que para la procedencia del retracto es necesario que la situación de comunidad sea anterior al arrendamiento, pero no cuando la comunidad se constituye después (*vid.* art. 47.3 LAU anterior y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21, 22 y 23 de septiembre de 1983 y 17 de enero de 1989).
- b) Del retracto convencional pactado en la compraventa de la vivienda (art. 1.507 CC), pero, en este segundo caso, sólo cuando la venta con pacto de retro figure inscrita en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento.

Salvados estos dos tipos de retracto, el tanteo y retracto arrendaticio tienen preferencia sobre cualquier otro derecho similar. Aquí hay que incluir: el de colindantes, que no se da en la venta de fincas urbanas (*vid.* art. 1.523 CC); el de coherederos, pues el título es gratuito (art. 1.067 CC); el de consocios, pues no hay transmisión onerosa, sino adjudicación al consocio de la parte que ya tenía en el fondo común (art. 1.708 CC).

2. Mantenimiento de la obligación de justificar las notificaciones. Artículo 24.5: «Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público».

El precepto es sustancialmente idéntico al artículo 55 de la LAU anterior, con las siguientes salvedades:

La justificación de la notificación o la declaración de que no está arrendada, siguen siendo requisitos para la inscripción de venta de vivienda arrendada. Pero el precepto se ha vaciado de la particular técnica hipotecaria o registral que antes contenía. Lo cual no significa que el Registrador

haya de dejar de estimar subsanables estos defectos, ni que pueda practicar anotación de suspensión, o convertir la anotación en inscripción definitiva, cuando se subsanen. Lo único que ocurrirá es que, a partir de ahora, será una anotación de suspensión sometida al régimen general de estos asientos (art. 42.9 LH y concordantes) y su duración será también la normal, es decir, no los 180 días naturales que establecía el artículo 55 de la LAU anterior, sino los 60 días hábiles, prorrogables hasta 180 en virtud de justa causa y providencia judicial, que prescribe el artículo 96 LH (48).

En este apartado, por último, hay que destacar algunos supuestos específicos en que no se dan los derechos de tanteo y retracto y, por tanto, el Registrador no tendrá que exigir el cumplimiento de los requisitos de notificación o declaración de no estar la finca arrendada. No se dan estos derechos:

- a) Cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble.
- b) Cuando se vendan conjuntamente por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble.
- c) Aclara También la nueva LAU que si en el inmueble sólo existiera una vivienda (y habrá que entender, «aunque existan loca-

(48) En este sentido:

— FEDERICO A. RODRÍGUEZ MORATA, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, «Comentario al art. 25», Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995, pág. 624.

— JUAN V. FUENTES LOJO, *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, «Comentario al art. 25», J.M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, pág. 118.

— JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* dirigidos por XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Comentario al art. 25», págs. 345 y ss., que sitúa el problema en la ortodoxia hipotecaria, al entender la procedencia de la anotación preventiva por el defecto subsanable de falta de justificación de las notificaciones. «Si se solicita expresamente» (*vid.* arts. 42.9º y 65 Ley Hipotecaria)

No parece entenderlo así FRANCISCO JAVIER SERRANO GARCÍA en el comentario al art. 25 de la LAU (*La Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, cit. coordinada por VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, págs. 348 y 349), cuando habla de la supresión de la toma de anotación preventiva por defecto subsanable, si bien la constancia registral de la acción de retracto resultará de la vía del número 1.º del art. 37 de la Ley Hipotecaria: acciones de retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen

De novedoso interés resulta la pregunta que se formula este último autor sobre qué ocurriría si el comprador espera a la conclusión del arriendo para inscribir. No tendría que notificar nada al ex arrendatario —dice— y no incurriría en falsedad al afirmar que la vivienda no está arrendada (hay que entender que el otorgamiento de la escritura es posterior al término del arrendamiento, pues, en otro caso, habría falsedad en documento público), el perjuicio para el arrendatario al hurtársele los derechos retractuales, reconduce al núm. 3.º del art. 37 Ley Hipotecaria, es decir, a la vía del fraude.

les»), el arrendatario tendrá los derechos de tanteo y retracto (art. 25.7) (49).

DOMÍNGUEZ CALATAYUD (50) explica que el derecho de preferente adquisición se da tanto en la compraventa voluntaria como en las forzosas derivadas de procedimientos judiciales o administrativos (RR. 19 y 20 noviembre 1987 y 5 noviembre 1993), sin que el carácter público de la subasta pueda sustituir a la notificación personal y directa al arrendatario. Pero la existencia del derecho de preferente adquisición en las enajenaciones forzosas, plantea el problema de determinar qué arrendamientos subsisten tras las mismas. Sin duda, los que hayan accedido al Registro con anterioridad a la resolución de los derechos del arrendador, conservando el arrendatario su derecho de preferente adquisición en la venta forzosa y debiendo ser notificado. Si los arriendos se inscribieron después del derecho determinante de la resolución del derecho del arrendador, conserva el arrendatario su derecho si la transmisión se opera dentro del plazo mínimo de cinco años.

En contra, PAU PEDRÓN (51), para quien subsiste el arrendamiento, pero sin derecho de preferente adquisición. Si el procedimiento de ejecución se inicia pasados los cinco años, como el inquilino verá purgado su derecho por la ejecución judicial, no tendrá derecho de preferente adquisición.

En cambio, es de tener en cuenta que la Disposición Transitoria 2.^a declara la improcedencia de los derechos de tanteo y retracto «en los casos de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común cuando los contratos de arrendamiento hayan sido otorgados con posterioridad a la constitución de la comunidad sobre la cosa, ni tampoco en los casos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado». El artículo 47 de la LAU de 1964, solamente exceptuaba este último supuesto, de herencia o legado.

(49) También la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 atribuye al arrendatario el derecho de adquisición preferente en el caso de enajenación *inter vivos* de fincas rústicas. El art. 91 condiciona el acceso al Registro de la escritura de enajenación a requisitos semejantes a los del art. 25 LAU: a) El transmitente debe declarar, bajo pena de falsedad si la finca objeto de aquella se halla o no arrendada, y en este último caso si ha hecho uso en los seis años anteriores a la transmisión del derecho de oposición a la prórroga a través del compromiso de cultivo directo y personal; b) En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario a efectos del retracto o, en su caso, del derecho de adquisición.

(50) VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD, «El derecho de adquisición preferente del arrendatario en la nueva Ley 29/94», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 6 (2.^a Época), julio 1995, págs. 1.401 y sigs.

(51) Trabajo citado, pág. 10.

B) ARRENDAMIENTOS PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA

El artículo 31 dispone la aplicación del artículo 25 a estos arrendamientos. No hay especialidad, pues, en cuanto a los derechos de tanteo y retracto, como derechos de adquisición preferente, en caso de venta de inmuebles arrendados para uso distinto del de vivienda.

VIII. REQUISITOS REGISTRALES DE LA INSCRIPCION

A) FORMA DEL CONTRATO

En cuanto a la forma del contrato, la ley «mantiene la libertad de las partes de optar por la forma oral o escrita» (Exposición de Motivos, punto 2, párrafo final).

El artículo 37, en concordancia con los artículos 1.278 y siguientes del Código Civil, dispone: «Las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento. En este caso, se hará constar la identidad de los contratantes, la identificación de la finca arrendada, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente pactado».

Por tanto, el contrato de arrendamiento, en el aspecto civil de perfección como negocio jurídico, no está sujeto a forma alguna, puede concertarse incluso verbalmente. Aunque, en caso de ser necesario, su existencia queda sujeta a prueba por los medios, ordinarios o extraordinarios, que procedan (cfr. arts. 1.214 y sigs. Código Civil).

B) TÍTULO INSCRIBIBLE

a) *La libertad de forma civil y la documentación auténtica de los actos inscribibles*

El principio de libertad de forma de los contratos, de honda raigambre en nuestro Derecho histórico (Ordenamiento de Alcalá de 1348), que recoge el artículo 1.278 del Código Civil, y que se fundamenta en el respeto a la libertad de las partes cuando el negocio no sale del ámbito personal de las mismas, tiene, en el orden registral inmobiliario, la contrapartida del principio de titulación pública o auténtica de los actos y negocios inscribibles, proclamado en el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria. Esta exigencia se justifica por los fuertes efectos legitimadores que, en cuanto a terceros, derivan de la publicidad registral (*vid.* arts. 1.º, párrafo 3.º, 32, 34 y 38, principalmente, de la Ley Hipotecaria), por el valor no constitutivo de la

inscripción, que publica derechos ya perfectos extrarregistralmente, y por la función de seguridad preventiva que la registración persigue, que haría muy peligrosas, más allá del ámbito de las partes, las dudas sobre la existencia y autenticidad del derecho que se publica (52).

En armonía con estas ideas, la nueva LAU de 1994, sin perjuicio de proclamar la libertad de forma, determina (*vid.* Disposición Adicional segunda, punto 2) la sana previsión de que «en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley se establecerán reglamentariamente los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad».

Por tanto, la nueva LAU, de momento, en el orden registral, no introducía modificación o excepción alguna al artículo 3.º LH, lo cual implicaba el mantenimiento de la necesidad de documentación pública de los contratos para que puedan acceder a la inscripción.

El título para la inscripción de los arrendamientos y sus variedades (subarriendo, subrogación, cesión, retrocesión), habría de ser la escritura pública en que se otorgue el correspondiente contrato, la sentencia en que se declare la existencia del arrendamiento o el laudo arbitral en que se reconozca.

b) *El Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos*

b.1) Orientación general

El desarrollo del apartado 2 de la Disposición Adicional segunda de la LAU de 1994, se hace en el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero.

El Preámbulo recoge las dos intenciones básicas de la disposición:

- El mantenimiento, como regla general, del principio de titulación pública de los derechos inscribibles, pues —señala— «no hay motivos ni bases legales bastantes para estimar alterados los principios generales de nuestro ordenamiento inmobiliario registral».
- El fomento de la inscripción de los arrendamientos urbanos, sean de vivienda o de uso distinto, estableciendo ventajas arancelarias (reducción del 25 por 100 de los aranceles notariales y registrales).

(52) *Vid.* MANZANO SOLANO, obra y volumen citados, págs. 439 y sigs.

No obstante, señalan CAMPO VILLEGAS y AVILA NAVARRO (53), que, al limitar el artículo 1.º del Real Decreto su aplicación «exclusivamente a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arrendamientos urbanos celebrados a partir del día 1 de enero de 1995», quedan fuera de la nueva reglamentación la gran masa de arrendamientos urbanos protegidos existentes en tal fecha —que habrán de regirse por las normas generales de la Ley Hipotecaria y su Reglamento—, así como los arrendamientos sujetos al Código Civil, pues, según la Exposición de Motivos del Real Decreto, el mismo se aplica a «los arrendamientos, sean de vivienda o de uso distinto a ésta», terminología extraña al Código Civil.

b.2) Actos inscribibles

El artículo 2.5.º LH —tras la modificación introducida por la Disposición Adicional segunda de la LAU— se refiere a «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos».

Por su parte, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, que no se ha modificado, considera inscribibles «los subarrendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento... y las retrocesiones lo serán en todo caso».

Por último, el artículo 5 del Real Decreto de 23 de febrero de 1996 —bajo la rúbrica de «Modificaciones posteriores»—, dice que los títulos inscribibles señalados en el artículo 2, «permitirán la inscripción en el Registro de la Propiedad de los subarrendos, cesiones, subrogaciones, prórrogas y cualesquiera otras modificaciones de los arrendamientos inscritos».

Por tanto —como quedó apuntado más arriba y ahora ratifica el Real Decreto—, los actos inscribibles serán:

- La constitución de arrendamientos.
- Los subarrendos, subrogaciones, cesiones, retrocesiones y prórrogas.
- Cualesquiera otras modificaciones de los arrendamientos inscritos.
- La cancelación de las respectivas inscripciones.

b.3) Título inscribible

Requisitos del mismo y de los asientos registrales.

(53) ELÍAS CAMPO VILLEGAS y PEDRO AVILA NAVARRO, «Inscripción y cancelación de arrendamientos urbanos (R.D. 297/1996)», en *Revista Jurídica SEPIN*, mayo 1996, núm. 159, pág. 14.

El título específico, suficiente para practicar la inscripción, es «la escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado de este contrato» (art. 2) (54).

El título contendrá la identidad de los contratantes, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado (art. 5 del Real Decreto, que reproduce el art. 37, párrafo 2.º LAU), así como los requisitos generales exigidos por la legislación hipotecaria (arts. 9.º LH y 51 RH).

Pero el Real Decreto hace una importante distinción, consciente de la existencia de viviendas y locales arrendados o susceptibles de serlo, que forman parte de una edificación más amplia, o de un conjunto en régimen de propiedad horizontal o alguna de sus variantes, y que pueden encontrarse inscritos como fincas independientes o como parte del edificio como finca única, cuando aún no se haya inscrito la división horizontal.

Esta distinción es la siguiente:

b.3.1) Fincas arrendadas inscritas en folio registral independiente

El Notario debe consignar, incluso si no aparecen reflejados en el documento privado del contrato, todos los datos sobre la población, calle, número y situación dentro del edificio de la finca arrendada, superficie y linderos, así como los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad, y, en su caso, el número correlativo que tuviere la finca arrendada en la propiedad horizontal, y la cuota de comunidad cuando se haya pactado que los gastos generales sean a cuenta del arrendatario (art. 3.1) (55).

(54) La ausencia de formalismo del art. 37 LAU creó la incertidumbre —dicen CAMPO VILLEGAS y AVILA NAVARRO (cit. pág. 15)— de que, por vía reglamentaria, pudiera introducirse el documento privado, como medio de agilizar el ingreso de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad. La solución del Real Decreto acaba con el peligro que acechaba a la seguridad jurídica.

Por otra parte, explican —con razón— que es innecesaria la alusión a la elevación a escritura pública, tras imponer la escritura que es la misma forma documental; así como la redundancia del término «escritura pública notarial». En cambio, se echa de menos la referencia a la ejecutoria o documento judicial y al laudo arbitral como títulos inscribibles, pues en vía contenciosa se puede obtener el reconocimiento de la existencia o inexistencia de una relación arrendaticia.

(55) La posibilidad de inscribir el arrendamiento sobre finca que no constituya entidad hipotecaria independiente en el Registro, sigue el criterio ya marcado por la Resolución de 16 de diciembre de 1994 en materia de derecho de uso. Como dicen CAMPO VILLEGAS y AVILA NAVARRO (cit. pág. 17), se entiende compatible esta posibilidad con el principio de especialidad registral, aunque en los grandes edificios con pequeñas unidades para arrendar, el folio puede quedar muy sobrecargado y confuso, lo cual hace aconsejable la inscripción de cada arrendamiento en folio independiente, conectado al

En este caso, «el contrato inicial y sus modificaciones serán objeto de asiento de inscripción en el folio registral abierto a la finca arrendada» (art. 5). Es de observar que el Real Decreto que comentamos, ratifica que el asiento adecuado para la constancia registral de los actos inscribibles derivados del contrato de arrendamiento es el asiento de inscripción, en armonía con lo previsto tanto en la Ley Hipotecaria (art. 2.5.º) como en su Reglamento (art. 13), que utilizan las expresiones «se inscribirán» y «serán inscribibles».

En relación con esta cuestión del tipo de asiento registral para la publicidad de los arrendamientos, la doctrina ha criticado que se haya previsto un asiento de inscripción, habida cuenta de que estamos ante un derecho personal y temporal por naturaleza.

La anotación preventiva es el asiento que adopta el artículo 959 del CC suizo para dar publicidad a los arrendamientos de inmuebles, que califica de derechos personales.

Ante un sistema de Registro como el nuestro, que excluye del mismo los derechos personales, quizá hubiera sido más lógico un asiento de anotación preventiva. Pero no puede olvidarse que nuestra legislación hipotecaria, como señalamos al esbozar la naturaleza del derecho de arrendamiento, lo trata como «derecho hipotecariamente real» (Exposición de Motivos de la Ley de 1861).

Lo abona el hecho de que el artículo 98 LH niegue efectos y facilite la expulsión del Registro de los derechos personales que hayan logrado infiltrarse en los libros; sin embargo, por excepción que el precepto no señala, se permite la inscripción de los contratos de arrendamiento y opción.

b.3.2) Finca arrendada que forma parte de otra inscrita en folio registral independiente

El documento notarial debe recoger los datos descriptivos señalados en el apartado anterior, «pero no será necesario describir el resto del edificio o vivienda» (art. 3.2).

Las variantes de inscripción, en este caso, pueden ser dos:

— Regla general: La inscripción se practicará en el folio abierto para la totalidad del edificio o de la finca (art. 6.2 *in fine*).

No es obstáculo que suspenda la inscripción del contrato la circunstancia de que la finca arrendada no forme folio registral independiente en el Registro, siempre que el edificio en su conjunto o la totalidad de la finca

folio matriz con las oportunas notas marginales. Y si se presenta una división horizontal que no coincide con la hecha a efectos arrendaticios, las titularidades dominicales y las arrendaticias pueden entrecruzarse en un damero registral bastante confuso.

figuren inscritos a nombre del arrendador, sin necesidad de previa segregación o de constitución en régimen de propiedad horizontal, si bien la finca arrendada ha de quedar suficientemente delimitada, con expresión de su superficie, situación y linderos (art. 6.2)

— Principio de especialidad registral: Cuando la claridad de los asientos lo requiera, o lo solicite el presentante, la inscripción del arrendamiento de parte de la finca registral, se practicará en folio independiente, bajo el mismo número y el de orden correlativo que le corresponda, haciéndose constar la apertura de folio por nota de referencia al margen de la inscripción de dominio (art. 6.2, último párrafo).

Esta apertura de folio —bajo el mismo número de finca de la que la arrendada es parte— tiene como exclusivo objeto «la claridad de los asientos», la aplicación del principio de especialidad registral al derecho de arrendamiento, pero no implica el nacimiento de una nueva finca registral con la que pueda operarse y que pueda ser objeto de negocios jurídicos (venta, hipoteca, anotaciones de embargo, etc), separadamente. No obstante, habrán de practicarse en ese folio las modificaciones posteriores del derecho de arrendamiento (*vid.* art. 5 del Real Decreto), incluida la hipoteca de dicho derecho, si se acepta su posibilidad, y, desde luego, la cancelación de la inscripción (56).

b.4) Cancelación

Hay que insistir en lo ya dicho sobre el limitado ámbito de aplicación de las normas del Real Decreto, según su artículo 1.º, pues no alcanza a los arrendamientos urbanos anteriores a 1 de enero de 1995, ni a los arrendamientos del Código Civil.

El artículo 7.º del Real Decreto regula dos formas de cancelación de la inscripción de arrendamientos urbanos:

b.4.1) De oficio

Esta cancelación se ajustará a lo dispuesto en el artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario (cuando se expida certificación o se practique algún asiento relativo a la finca) y tendrá lugar en dos supuestos:

(56) Lo que parece quebrar en este texto —que permite la introducción de datos no contenidos en el documento privado que se eleva a público—, es el mismo concepto notarial de «elevación a público». Técnicamente, como dice AVILA ALVAREZ, Pedro, en *Estudios de Derecho Notarial*, 4.ª edición, Editorial Montecorvo, Madrid 1973, págs. 92 y 93, la escritura ha de limitarse a recoger el negocio tal como aparece estructurado en el documento privado.

- Inscripciones de arrendamientos urbanos de duración inferior a cinco años, cuando hayan transcurrido ocho años desde la fecha inicial del contrato y no conste la prórroga convencional de éste (art. 7.1).
- Inscripciones de los demás arrendamientos, cuando haya transcurrido el plazo pactado y no conste en el Registro la prórroga del contrato (art. 7.2).

La operación registral implicará no sólo la cancelación del asiento de arrendamiento, sino también el cierre del folio especial, al desaparecer las razones que justificaron su apertura a pesar de no tratarse de una finca registral independiente.

En opinión de CAMPO VILLEGAS y AVILA NAVARRO (57), el Real Decreto sólo contempla la cancelación de arrendamientos de viviendas de duración inferior a cinco años (art. 7.1) y la de arrendamientos para uso distinto al de vivienda (art. 7.2), pero no la de arrendamientos de viviendas pactados por cinco o más años, vacío normativo que debe resolverse aplicando por analogía la regla del artículo 7.1.

b.4.2) Por acta notarial

Mediante presentación de copia del acta notarial por la que el arrendatario notifica al arrendador o el arrendador al arrendatario, en los casos previstos en el artículo 10 de la LAU, su voluntad de no renovar el contrato.

El artículo 10 LAU prevé que si llegada la fecha del vencimiento del contrato, transcurridos como mínimo cinco años de duración, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con un mes de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades, su voluntad de no renovarlo (art. 7.3 del Real Decreto en relación con el art. 10 LAU) (58).

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Facultad de Derecho-Universidad de Córdoba

(57) Trabajo citado, págs. 19 y 20.

(58) Advierten CAMPO VILLEGAS y AVILA NAVARRO (trabajo citado, págs. 20 y 21) de la diferencia que existe cuando la voluntad de no renovar procede del arrendador y cuando procede del arrendatario, pues, en éste caso, no existe la preocupación por la recepción, ya que es el propio favorecido por la prórroga quien la renuncia.

Aspectos registrales de una sentencia estimatoria de impugnación de acuerdos sociales

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES SOBRE LOS ACUERDOS IMPUGNADOS: 1. DELIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA: 1.1. *La declaración judicial de nulidad de los acuerdos impugnados* 1.2. *La cancelación registral de los acuerdos impugnados* —III. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES SOBRE LOS ACUERDOS INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL CON POSTERIORIDAD A LOS IMPUGNADOS: 1. SITUACIÓN BAJO LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1951 Y EL REGLAMENTO DE REGISTRO MERCANTIL DE 1956. 2. SITUACIÓN BAJO LA DISCIPLINA VIGENTE: 2.1. *Planteamiento del problema* 2.2. *Interpretación del artículo 122 3.* 2.3. *Declaración genérica de cancelación y principio registral de legitimación.* 2.4. *Posibles interpretaciones del artículo 156 2 RRM 1989.* 2.5. *La competencia del Registrador Mercantil para la cancelación de los acuerdos posteriores* 2.6. *La fijación por el Registrador Mercantil de los acuerdos posteriores cancelables.* 2.7. *Los límites de la actuación del Registrador Mercantil:* 2.7.1. Cancelación de oficio, cancelación rogada. 2.7.2. Vías de oposición ante la actuación del Registrador Mercantil: 2.7.2.1. Por parte de la sociedad demandada. 2.7.2.2. Por parte del accionista demandante.—3. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

Los artículos 67 a 70 de la Ley de 17 de julio de 1951, de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas (en adelante, LSA 1951), establecieron, fruto de la necesidad, destacada por la doctrina (1), un régimen de

(1) En 1946 el profesor GARRIGUES («Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima», *RDM*, núm. 3, 1946, págs. 415 y sigs.) ya planteó la necesidad de regular, al igual que ocurría en diversos textos legislativos

impugnación de los acuerdos sociales para combatir las actuaciones de la Junta General que lesionasen los intereses de la propia sociedad o infringiesen los mandatos de la Ley o de los Estatutos. En dichos artículos se regularon los distintos supuestos de impugnación, los requisitos de legitimación activa y pasiva, algunos aspectos procesales (creando un procedimiento especial y estableciendo la posibilidad de suspensión de los acuerdos), así como los efectos de la sentencia.

La reforma y adaptación de nuestra legislación societaria al marco comunitario acarrió una profunda alteración en la regulación de algunas instituciones. Otras, sin embargo, sólo sufrieron matizaciones de escasa trascendencia. La impugnación de acuerdos sociales parece encuadrarse, a primera vista, en este segundo grupo. En efecto, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 (en adelante, TRLSA) sigue el esquema establecido en la legislación anterior. Los artículos 115 a 122 TRLSA (2) regulan los acuerdos impugnables (distinguiendo entre acuerdos nulos y anulables); los plazos de caducidad de la acción; la legitimación activa y pasiva para su ejercicio; la competencia judicial; el procedimiento (que ya no es especial, sino el del Juicio de Menor Cuantía regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil); las medidas cautelares del procedimiento de impugnación (la suspensión de los acuerdos impugnados y la anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil); y por último, los efectos estimatorios de la acción.

La impugnación de acuerdos se ha visto consagrada como uno de los derechos inherentes a la condición de socio (3) (art. 48.c *in fine* TRLSA). El ejercicio de este derecho ante los tribunales se erige a veces, en la práctica, más que como un medio de defensa de la legalidad de los acuer-

uropeos, un mecanismo de defensa para el accionista frente a los acuerdos tomados en la Junta General, más eficaz que el existente. En efecto, antes de la LSA 1951 el accionista que quisiese atacar los acuerdos sociales tendría que acudir a un juicio declarativo de mayor cuantía, ya que no existía un cauce procesal adecuado para el ejercicio de la acción de impugnación. Este procedimiento, largo y costoso, amedentraba a los socios que, lesionados por aquellos derechos, se encontraban ante la necesidad de ejercitar dicha acción.

(2) Este régimen legal se ve complementado con normas de carácter reglamentario en los artículos 155 a 157 RRM 1989.

(3) Según afirma SÁNCHEZ ANDRÉS (en «La acción y los derechos del accionista», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA [direc.], *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo IV —«Las acciones»—, vol. 1.º, Madrid, 1994, 141), el artículo 48 TRLSA recoge el «mal llamado» derecho del socio a impugnar los acuerdos sociales, porque no es exclusivo del accionista, ya que los terceros, en algunos supuestos, ostentan idéntica facultad. En realidad, en cuanto a la estimación de la acción de impugnación de acuerdos sociales es indiferente que la persona que interponga la demanda sea o no accionista, al ser las consecuencias idénticas en uno y otro supuesto.

dos, en el elemento básico de presión de los accionistas minoritarios frente al grupo mayoritario (4).

En efecto, el ejercicio, fundado e infundado, por parte del socio de una acción de impugnación de acuerdos sociales puede tener en la vida de la sociedad una doble proyección de gran trascendencia y repercusión. Por un lado, con anterioridad a la sentencia firme estimatoria o desestimatoria de la pretensión deducida, el mero ejercicio de la acción puede verse acompañado por la adopción de una medida cautelar (5), como la suspensión de los acuerdos adoptados, que implique, si los acuerdos son de cierta importancia, significativas dificultades, e incluso la paralización del normal desarrollo de las actividades societarias. Por otro lado, si la sentencia firme estima la acción de impugnación, en virtud de lo establecido en los artículos 122.3 TRLSA y 156.2 RRM 1989, habría de declarar la nulidad de todos o de algunos de los acuerdos impugnados y, si éstos estuviesen inscritos en el Registro Mercantil, ordenar la cancelación de los asientos correspondientes.

Pero la sentencia estimatoria no ha de limitar necesariamente sus efectos a los acuerdos impugnados, también puede repercutir sobre otros acuerdos posteriores que no han sido objeto de impugnación. Este último punto, es decir, las consecuencias de la estimación de una acción de impugnación de acuerdos sociales sobre los acuerdos adoptados con posterioridad, constituye el objeto presente del estudio, que pretende analizar el alcance de la reforma operada en nuestra legislación respecto de la cancelación registral de tales acuerdos.

Las múltiples repercusiones de la estimación de una acción de impugnación de los acuerdos sociales han supuesto, en sus distintas regulaciones, un tema complejo en nuestro derecho societario (6). Por ello, la doctrina científica española, incluso antes de la promulgación de la LSA 1951, mostraba inquietud (7) por las consecuencias de una acción de impugnación de acuerdos sociales, destacando la trascendencia práctica incuestionable de

(4) Como acertadamente pone de manifiesto BERCOVITZ (en «Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima», en VV AA., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Broseta*, tomo I, Valencia, 1995, pág. 377), «cuando hay malas relaciones entre el grupo mayoritario y el grupo minoritario... la impugnación sistemática de los acuerdos sociales se constituye en el arma legal de los minoritarios para poder salirse de la sociedad. Son demandas que se interponen como un elemento más de presión para llegar a una negociación».

(5) Véase a este respecto RUBIDO DE LA TORRE, «La impugnación de acuerdos en la sociedad anónima. Examen especial de las medidas cautelares: suspensión de acuerdos y anotación preventiva», *La Ley*, 1994-2, págs. 944 y sigs.

(6) En este sentido, afirmaba GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 415, que «es difícil saber cuándo es nulo un acuerdo de la Junta y, sobre todo, cuáles son las consecuencias de esa nulidad».

(7) Véase, entre otros, PÉREZ SERRANO, «Impugnación de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas», *ADC*, 1949, págs. 1334 y sigs.

este tema. Durante la vigencia de la LSA 1951 la doctrina mercantilista (8), e incluso la procesalista (9), dedicaron especial atención a la impugnación de acuerdos sociales. Ahora bien, la inquietud que despertó esta institución no dió lugar sin embargo a un análisis exhaustivo de las consecuencias de la estimación de una acción de impugnación de acuerdos sociales (10). Incluso en los estudios más recientes, ya bajo el imperio del TRLSA, sólo se enuncian interrogantes a un problema tan vital para las sociedades mercantiles. Pues, en efecto, el tema planteado no limita su ámbito al tipo social de la anónima, sino que también afecta a las sociedades de responsabilidad limitada, a las sociedades comanditarias por acciones y a las cooperativas (11).

En primer lugar, abordaremos someramente los efectos de la sentencia (12) sobre los acuerdos impugnados, y a continuación, contemplando

(8) En tales términos GARRIGUES, *op. cit.*, págs. 415 y sigs.; DUQUE, *Tutela de la minoría Impugnación de acuerdos lesivos*, Valladolid, 1957; BUGIARI. «Notas sobre el Anteproyecto de Ley española de sociedades anónimas», *RDM*, núm. 27. 1950, págs. 327 y sigs.

(9) Véanse, entre otros, FUENTES CARSI, «Un nuevo juicio en el Derecho procesal español: el proceso de impugnación de los acuerdos sociales de la Ley de Sociedades Anónimas», *RGD*, núm. 84, 1951, págs. 463 y sigs.; MEJÍAS GONZÁLEZ, «La acción de impugnación de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas», *RGD*, núm. 89, 1952, págs. 66 y sigs.; GIMENO SENDRA, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Madrid, 1985, y *La reforma procesal mercantil*, Valencia, 1990; y Díez-PICAZO GIMÉNEZ y DE LA OLIVA SANTOS, «Especialidades procesales en la Ley de Sociedades Anónimas», *RDP*, núm. 3. 1990, págs. 421 y sigs.

(10) Véase SORIA FERRANDO, «Consideraciones sobre la eficacia de los acuerdos sociales declarados nulos», *RDM*, núm. 165-166, 1982, págs. 537 y sigs.

(11) A las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud de la remisión al TRLSA que establece el artículo 70.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, a las sociedades comanditarias por acciones, por la remisión que establece el artículo 152 CCom, y, por último, a las cooperativas, en virtud del artículo 52.5 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas. Sobre este último particular véase el interesante estudio de LASSALETA GARCÍA, «Impugnación de acuerdos del Consejo Rector en las sociedades cooperativas», *RDP*, tomo LXXVIII, 1994, págs. 333 y sigs.

(12) La inclusión de un nuevo párrafo en el artículo 119 TRLSA, en virtud de la disposición adicional 2.ª.12 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, permite a las sentencias de las audiencias provinciales acceder a la casación «en todo caso». De este modo, se zanja una polémica suscitada por la disposición adicional octava de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, que establecía que contra las resoluciones de los Jueces de primera instancia cabía la apelación, y contra la resolución de la Sala era susceptible la casación «cuando ello proceda conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil» (v. art. 1.687 LEC), en claro enfrentamiento con lo dispuesto en la norma 9.ª del artículo 70 LSA 1951, que admitía sólo en tres supuestos la casación (v. sobre este particular SERRA DOMÍNGUEZ, «Recurribilidad en casación de la sentencia sobre impugnación de acuerdos de sociedades anónimas [un comentario sobre el Auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1993]», *RGD*, núm. 582, 1993, págs. 1689 y sigs.). Por tanto, hoy día toda resolución en apelación es recurrible en casación, aunque las sentencias sean «conformes de toda

con mayor detenimiento las repercusiones del fallo sobre los acuerdos posteriores inscritos en el Registro Mercantil, destacaremos los cambios sustantivos que se han producido entre la regulación anterior y la actual (13).

II. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES SOBRE LOS ACUERDOS IMPUGNADOS

I. DELIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA

El RRM 1956 establecía que la sentencia firme estimatoria de una acción de impugnación de acuerdos sociales producía la declaración de nulidad de todos o de algunos de los acuerdos impugnados y, si fueron inscritos en el Registro Mercantil, su consiguiente cancelación registral (14). Estas mismas consecuencias se contemplan en el TRLSA y en el RRM 1989 (15). Pero entendemos que la disciplina del RRM 1956 sólo se ha trasladado íntegramente al TRLSA y al RRM 1989 en lo concerniente a uno de los efectos de la sentencia: la nulidad. En relación con el otro efecto —la cancelación registral— únicamente se mantiene inalterado el *nomen iuris*, pues, como veremos, el *modus operandi* de la cancelación del acuerdo impugnado declarado nulo se ha visto socialmente modificado.

1.1. La declaración judicial de nulidad de los acuerdos impugnados

Ante la carencia en Derecho Mercantil de una teoría general sobre la nulidad, debemos acudir en principio, en virtud de la remisión general

conformidad», ya que el otro obstáculo que impone el artículo 1.687 LEC, una cuantía determinada, no tiene virtualidad en materia de impugnación de acuerdos sociales por tratarse de un procedimiento de cuantía indeterminada.

(13) Como afirman HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA («Nueva regulación del régimen de impugnación de los acuerdos de las Juntas generales de accionistas de las sociedades anónimas», *La Ley*, 1991-1, pág. 1126), «un problema que será arduo en ocasiones de delimitar será el de la cancelación de los asientos posteriores al acuerdo declarado nulo que contradigan la sentencia estimatoria de la nulidad o anulabilidad. En este supuesto no se indica quién deberá determinar esa contrariedad, qué procedimiento se ha de seguir, ni qué medidas se pueden tomar para el caso de que alguna de las partes interesadas no esté conforme con la conclusión a la que se haya llegado»

(14) El cuerpo del artículo 113 RRM 1956 disponía que: «si en sentencia firme se declarase nulidad del acuerdo impugnado.. el Juez ordenará además la cancelación de dicho acuerdo...»

(15) Artículo 122 TRLSA, apartados 2 y 3, y artículo 156.2 RRM 1989.

establecida en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio (16), al Derecho común para analizar la nulidad *ex sententia* de los acuerdos sociales. No obstante, conviene advertir que, como señalaba el profesor GARRIGUES (17), la aplicación analógica de las reglas de los contratos bilaterales de cambio no siempre es trasladable al campo societario.

La nulidad en Derecho común (18) es oponible *erga omnes* y la sentencia que la estima posee carácter retroactivo; es decir, destruye los efectos del negocio anulado *ex tunc*, tanto *inter partes* como frente a los terceros. Juega en ella en todo su rigor el viejo aforismo *quod nullum est nullum effectum producit*. Si bien las partes deberán según establece el artículo 1.303 del Código Civil (19), restituirse lo recíprocamente recibido (20), por lo que la formulación adecuada del citado principio debería ser *quod nullum est nullum effectum producere debet* (21).

En el ámbito del Derecho societario es muy discutible la aplicación de los perfiles de la teoría general de la nulidad del Derecho Civil. En efecto, los artículos 34 y 35 TRLSA apuntan unos principios propios de nulidad en materia de sociedades (22), entre los que cabe destacar la protección de los terceros que contratan con la sociedad. La nulidad de los acuerdos impugnados también parece salvaguardar, a primera vista, los derechos adquiridos por terceros de buena fe al establecer la norma contenida en el artículo 122.1 que: «La sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado».

(16) Sobre este particular véase, por todos, DE CASTRO, «El término Derecho común en el Código de Comercio», *ADC*, 1969, págs. 839 y sigs.

(17) GARRIGUES en *op. cit.*, pág. 41, siguiendo a VIVANTE (*Trattato di Diritto Commerciale*, 5.ª ed., vol. 2, pág. 488) y a MOSSA (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1915, I, pág. 202), califica el acuerdo de la Junta general como declaración unilateral y única de voluntad.

(18) Véanse al respecto, por todos, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, reedición facsimilar de la 2.ª edición, Madrid, 1985, págs. 471 y sigs., y Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, 4.ª ed., Madrid, 1993, págs. 445 y sigs.

(19) Sobre este particular véase, entre otros, DELGADO ECHEVARRÍA en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, págs. 550 y sigs.

(20) Para un estudio pormenorizado de la obligación de restitución véase LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «El supuesto carácter recíproco de la obligación de restitución derivada del contrato nulo o anulable», en VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Broseta*, tomo II, Valencia, 1995, págs. 2035 y sigs.

(21) Así se manifiesta, entre otros, Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 448.

(22) Sobre este particular véase, por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO, «Nulidad de la sociedad», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, cit., tomo III —«Fundación de la sociedad anónima»—, vol. 2.º, Madrid, 1995, págs. 25 y sigs.

A pesar del carácter tajante con que en el precepto reseñado se preservan los derechos de los terceros de buena fe, algunos autores (23) se han planteado algún supuesto (como, por ejemplo, la situación de socio adquirida como consecuencia de la suscripción de acciones en un aumento de capital) que podría considerarse incompatible con los efectos propios de la nulidad del acuerdo social. Sin embargo, la primacía de la defensa de los intereses de la seguridad del tráfico ha llevado a estos autores a defender la posición accionarial del tercero de buena fe. Así las cosas, la sentencia que declare la nulidad de dicho aumento no tendría virtualidad y quizá sólo sirviese para fundamentar una acción de responsabilidad contra los administradores que regían la sociedad en el momento de adopción del acuerdo declarado nulo.

Por todo lo anterior, hacemos nuestras las palabras del profesor GARRIGUES (24), que indicaba que en materia de impugnación de acuerdos sociales «hay que aplicar con grandes reservas las reglas del Derecho común», debiéndose entender que las normas, los principios y las consecuencias de la nulidad de acuerdos sociales son especiales y «genuinas del Derecho de sociedades».

1.2. *La cancelación registral de los acuerdos impugnados*

Como previene el artículo 122.3 LSA, la sentencia estimatoria ordenará, si el acuerdo declarado nulo estuviese inscrito en el Registro Mercantil, su consiguiente cancelación registral. Anteriormente el artículo 113 RRM 1956 establecía que la sentencia estimatoria provocaría la cancelación registral del acuerdo inscrito. Como ya hemos indicado, si bien el contenido esencial de ambos preceptos parece idéntico, difiere sobremanera el procedimiento establecido en uno y otro para conseguir la cancelación registral del acuerdo declarado nulo.

El artículo 113 RRM 1956 establecía que el órgano encargado de librar mandamiento al Registrador Mercantil para que procediese a la cancelación del acuerdo declarado nulo era el Juez *a quo*, por corresponderle la ejecución de la sentencia (25). El artículo 156.2 RRM 1989, en aras de una mayor celeridad, dispone que el actor, una vez deducido por el secretario

(23) Véanse por todos, aunque bajo la vigencia de la LSA 1951, SORIA FERRANDO, *op. cit.*, pág. 551, y GÓMEZ ORBANEJA, «Impugnación de acuerdos sociales», *RD*, pág. 1299, que han tratado el tema y, siguiendo a GARRIGUES, «Nulidad e impugnabilidad.», *op. cit.*, pág. 429, mantienen que el tercero que adquiere la condición de accionista como consecuencia de un acuerdo de aumento de capital no se ve afectado si el acuerdo es declarado nulo.

(24) Véase nota 17

(25) Véase, en este sentido, el artículo 919 LEC.

del Juzgado testimonio de la sentencia firme, de acuerdo con lo establecido en el artículo 234 LOPJ (26), puede, al ser título suficiente para ello, presentar dicho testimonio en el Registro Mercantil a fin de que el Registrador proceda (27) a la cancelación de los acuerdos declarados nulos.

Por tanto, bajo la actual normativa ya no es necesario, como consecuencia de la eficacia cancelatoria del testimonio judicial de la sentencia firme, que el accionista solicite la ejecución de la sentencia para la cancelación de los acuerdos impugnados declarados nulos. Ni tampoco es precisa dicha solicitud, como establece el artículo 156.2 RRM 1989, para la cancelación de los acuerdos posteriores que sean contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia, respecto de los que se plantea, como veremos, el nudo gordiano de la cancelación registral.

III. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES SOBRE LOS ACUERDOS INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL CON POSTERIORIDAD A LOS IMPUGNADOS

1. SITUACIÓN BAJO LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1951 Y EL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL DE 1956

El artículo 113.3 RRM 1956 establecía: *«Si en sentencia firme se declarase la nulidad del acuerdo impugnado o suspendido, se cancelará la anotación preventiva y el Juez ordenará, además, la cancelación de la inscripción de dicho acuerdo, así como de los asientos posteriores que fueren contradictorios a los pronunciamientos de la sentencia. El Registra-*

(26) Cuyo tenor es: «Los secretarios y personal competente de los Juzgados y Tribunales facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley. En los mismos casos se expedirán los testimonios que se soliciten con expresión de su destinatario, salvo en los casos en que la ley disponga otra cosa»

(27) De forma previa a la cancelación debe el Registrador proceder a la calificación del documento judicial, como establece el artículo 18.2 del Código de Comercio. Sobre este particular véase ESTURILLO LÓPEZ, *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil Práctica de la legislación mercantil societaria*, Madrid, 1993, págs. 115 y sigs., y comparando nuestro Derecho registral al argentino SCORTI, «Legalidad y calificación registral», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, tomo II, Madrid, 1975, págs. 593 y sigs.

dor procederá a la cancelación de los mismos en virtud del mandamiento que expresamente lo ordenare».

Se observa que este artículo, a semejanza de como hoy hace el 122.3 TRLSA, efectuaba una referencia a la cancelación de inscripciones posteriores al acuerdo declarado nulo, aunque regulaba el problema contemplado con un contenido diverso al de la normativa de 1989.

Así, bajo la vigencia de la LSA 1951 y del RRM 1956, el fallo de la sentencia firme declaraba nulo un acuerdo, y para su ejecución la Audiencia Provincial (o el Tribunal Supremo si la sentencia de la Audiencia había accedido a casación) remitía los autos al Juzgado de Primera Instancia que conoció del procedimiento. El demandante instaba ante el Juzgado *a quo* la ejecución de la sentencia, solicitando la declaración de nulidad de los acuerdos posteriores que estimase cancelables por ser contradictorios con el impugnado. Ello podía ocasionar una dilación excesiva para la ejecución de la sentencia, puesto que, en efecto, la sociedad demandada podía personarse y, en buena lógica forense, oponerse a la ejecución, negando la contradicción de los acuerdos posteriores con el declarado nulo. De este modo se suscitaba un nuevo procedimiento judicial susceptible de apelación y de casación, con lo que se desvirtuaba de modo irreparable la vía de la impugnación de acuerdos sociales como medio eficaz para la defensa de los derechos del accionista, ya que, a pesar de no haber obtenido una sentencia firme favorable, el socio tenía que litigar de nuevo para hacer efectivo el fallo estimatorio de la acción de impugnación. A título de ejemplo citaremos el caso recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1966, que declaraba nulos por defectos de convocatoria los acuerdos tomados en Junta General de 20 de diciembre de 1960. La demandante dedujo solicitud de ejecución de sentencia ante el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid para que declarase la nulidad de los acuerdos posteriores que traían causa de los impugnados, y recayó sentencia del Tribunal Supremo, para este último procedimiento, el 27 de noviembre de 1970, es decir, diez años después de celebrarse la Junta General extraordinaria.

2. SITUACIÓN BAJO LA DISCIPLINA VIGENTE

2.1. Planteamiento del problema

El artículo 122.3 TRLSA establece: *«En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella».*

El problema que se suscita es saber si la determinación de los acuerdos contradictorios sigue correspondiendo a un órgano judicial, como sucedía en la regulación anteriormente vigente, o compete ahora al Registrador Mercantil. En otras palabras, ¿deberá ser el Juez o el Registrador Mercantil el que decida cuáles son los acuerdos posteriores que han de ser cancelados por resultar contradictorios con la sentencia?

2.2. Interpretación del artículo 122.3 TRLSA

Para comprender el alcance de este precepto debemos interpretar el sentido de la palabra «determinará». En una primera aproximación al texto de la norma, el verbo utilizado puede entenderse que hace referencia a que la sentencia concretará uno a uno los acuerdos contradictorios con sus pronunciamientos; en este caso, la interpretación del precepto habría de ser la de que el Registrador Mercantil procederá simplemente a la cancelación de los acuerdos que taxativamente vengan recogidos en el fallo.

Pero también cabe, y este es el sentido en que nos parece más correcto interpretar el texto examinado, acudir a una interpretación literal del precepto, tal y como predica el artículo 3.1 CC. Cuando una sentencia estimatoria de una acción de impugnación de acuerdos sociales determina la cancelación de la inscripción de los acuerdos impugnados y la de los asientos posteriores, respecto de los acuerdos impugnados no cabe admitir que «determinación» signifique su individualización; es claro que la acepción en que se emplea el verbo «determinar» en este caso es la de «tomar resolución», «sentenciar» o «decidir» (28), acepción que por utilizarse el verbo determinar como factor común a toda la norma es la que juega en el inciso final del artículo 122.3 TRLSA. Por lo tanto, la sentencia estimatoria debe «determinar», es decir, declarar y ordenar la cancelación de los acuerdos posteriores que se opongan al fallo de la sentencia. A mayor abundamiento, la sentencia firme, por razones de orden práctico, en muchos supuestos no lograría precisar uno por uno los acuerdos contradictorios, entre otras razones, porque podría ocurrir (y en la mayoría de los casos resultará de este modo) que en el momento de interponer la demanda de impugnación no existiese todavía ningún acuerdo contradictorio, sino que éstos se adoptaran e inscribieran en el Registro Mercantil durante la contienda judicial, lo que acarrearía su desconocimiento por el Juez, ya que el actor no puede ampliar el *petitum* de la demanda con posterioridad a su presentación (29).

(28) Véase acepción sexta de la palabra «determinar», REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 21 edición, Madrid, 1992.

(29) En virtud del principio procesal de inmodificabilidad de las pretensiones principales, recogido en el artículo 548 LEC.

Así las cosas, para que tenga eficacia la norma del artículo 122.3 TRLSA hay que interpretarla en el sentido de que, dado que la sentencia estimatoria no podrá, en principio, contener la relación de todos los posibles acuerdos contradictorios, habrá de limitarse a establecer en su fallo una declaración genérica de cancelación (30).

2.3. *Declaración genérica de cancelación y principio registral de legitimación*

La razón de que la sentencia estimatoria de la impugnación de acuerdos sociales se limite a establecer una declaración genérica de cancelación de los acuerdos posteriores contradictorios con el fallo puede responder, bien a que el Juez *a quo*, en ejecución de sentencia, individualizará los acuerdos posteriores cancelables, o bien a que esta competencia le va a corresponder en exclusiva al Registrador Mercantil.

Conforme a la primera alternativa, cuando el artículo 122.3 TRLSA establece que la sentencia determinará la cancelación de los acuerdos posteriores se estaría refiriendo, aunque de una forma defectuosa, a que esa fijación se realizará en la ejecución de la sentencia por el órgano judicial correspondiente. Pero esta interpretación chocaría frontalmente con lo establecido en el artículo 156.2 RRM 1989, a cuyo tenor: «*El testimonio judicial de la sentencia firme que declare la nulidad de todos o alguno de los acuerdos impugnados será título suficiente para la cancelación de la anotación preventiva, de la inscripción de dichos acuerdos y de la de aquellos otros posteriores que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia*» (31).

Como hemos indicado anteriormente (32), la regulación registral de la ejecución de sentencia establecida en el artículo 113 RRM 1956 ha sido suprimida por la reforma del RRM 1989. Así, el artículo que acabamos de reseñar establece que el testimonio de la sentencia firme es título suficiente para la cancelación de los acuerdos posteriores que sean contradictorios con

(30) Por esta solución parecen decantarse las SSTs más recientes; véase, entre otras, la STS de 15 de junio de 1994 que establece en su fallo que «procede declarar nulos los acuerdos adoptados en la Junta General extraordinaria de la entidad mercantil "V.-S, S.A.", dada su ilegal constitución, así como los posteriores acuerdos que traigan su causa de la primera (*sic*), ordenándose la cancelación de cualquier inscripción registral a los mismos referida». En esta misma línea, la STS de 9 de abril de 1995 indica que «se aceptan parcialmente las peticiones de la demanda inicial, declarando nulas las Juntas Generales ordinaria y extraordinaria celebradas el día 29 de junio de 1989, así como los acuerdos en ellas adoptados y las consecuencias que de ellos se deriven...»

(31) El subrayado es nuestro

(32) Véase *supra* 2.1.2.

los pronunciamientos de la sentencia, sin necesidad de un mandato judicial en que expresamente se ordene dicha cancelación. De lo que se infiere que ya no es necesario el mandamiento del Juez *a quo* para cancelar los acuerdos posteriores contradictorios.

Ahora bien, el principio de legitimación (33), proclamado por los artículos 20 CCom. y 7 RRM 1989, establece que «*los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad*». Por tanto, cabría pensar que el otro extremo de la alternativa, la atribución al Registrador de la competencia necesaria para cancelar los asientos, chocaría frontalmente con este principio registral. En efecto, podría argumentarse que excedería de las funciones del Registrador cancelar unos asientos que están, en última instancia, bajo la salvaguarda de los Tribunales de Justicia y se presumen válidos mientras un Juez no decrete su inexactitud o nulidad y faculte al Registrador para su modificación o cancelación (34).

¿Cómo se compatibiliza entonces el principio de legitimación con lo dispuesto en el artículo 156.2 RRM 1989?

2.4. Posibles interpretaciones del artículo 156.2 RRM 1989

En primer lugar, podría pensarse que el testimonio judicial de la sentencia estimatoria resulta título suficiente para cancelar los acuerdos posteriores contradictorios porque la propia sentencia individualiza en su fallo los acuerdos concretos que debe cancelar el Registrador. Sin embargo, como hemos visto, el fallo de la sentencia puede sólo contener una declaración genérica de nulidad, sin concretar todos los posibles acuerdos a cancelar. Por tanto esta interpretación del artículo 156.2 RRM es incorrecta.

Cabría entonces plantear la posible ilegalidad del precepto, pues sería posible entender que no es viable que el testimonio de la sentencia estimatoria faculte al Registrador Mercantil para cancelar los acuerdos contradictorios con la sentencia, ya que estos asientos sólo pueden cancelarse por orden

(33) Véanse al respecto, entre otros, CABELLO DE LOS COBOS, «El principio registral de legitimación». *RCDI*, núm. 625, 1994, págs. 2311 y sigs., y HERNANDO COLLAZOS, «El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial». Madrid, 1990. *passim*.

(34) En Derecho societario la declaración mediante sentencia firme de la nulidad de un acuerdo social conlleva su consiguiente cancelación registral. En Derecho hipotecario es, sin embargo, necesario solicitar en la demanda tanto la nulidad como la cancelación del asiento cuando se ejercita una acción contradictoria del mismo (sobre este particular v. CAPILLA RONCERO, «Comentario a la STS de 29 de marzo de 1984», *CCJC*, núm. 5, abril-agosto 1984, págs. 1561 y sigs., y LLEDÓ YAGÜE, «Comentario a la STS de 6 de julio de 1987», *CCJC*, núm. 14, abril-agosto 1987, págs. 4757 y sigs.).

judicial. Si una norma reglamentaria, como es el artículo 156.2 RRM 1989, contraviniese un precepto legal (no olvidemos que el principio de legitimidad está recogidos en el art. 20 CCom.), en virtud del principio de jerarquía normativa se podría solicitar la declaración judicial de ilegalidad (35) de la norma inferior. Sin embargo, entendemos que esta interpretación tampoco es correcta. La determinación y la cancelación por parte del Registrador Mercantil de los asientos que contradigan una sentencia estimatoria de impugnación de acuerdos sociales no violan el principio de legitimación.

2.5. *La competencia del Registrador Mercantil para la cancelación de los acuerdos posteriores*

El artículo 113 RRM 1956, como queda dicho, forzaba al accionista y a la sociedad a un largo peregrinar por los Tribunales de Justicia para que éstos determinasen, al cabo de no pocos años, los acuerdos posteriores que traían causa de los impugnados y que debían, por ello, cancelarse.

En cambio, el artículo 156.2 RRM 1989 faculta, a nuestro entender, al Registrador Mercantil para que cancele los acuerdos posteriores que sean contradictorios con el fallo de la sentencia firme de impugnación.

En este sentido, en virtud del principio registral de legitimación, para que se cancelen unos acuerdos sociales que hayan accedido al Registro Mercantil debe existir el pertinente mandato judicial cancelatorio que declare su inexactitud o nulidad. Como hemos visto con anterioridad (36), las sentencias estimatorias deben recoger el mandato legal del artículo 122.3 TRLSA, estableciendo en sus fallos una expresión genérica que ordene al Registrador Mercantil que proceda a la cancelación de los acuerdos posteriores que traigan su causa de los declarados nulos. Pero estas sentencias estimatorias no sólo ordenan la cancelación, sino que también decretan genéricamente la nulidad de los acuerdos posteriores contradictorios con el fallo. La nulidad de los acuerdos impugnados acarrea, a su vez, la nulidad de los posteriores que traigan de ellos su causa, por lo que debe procederse a la cancelación registral de unos y otros. El Registrador Mercantil recibe, por tanto, no sólo una orden judicial de cancelación, sino que la sentencia declara también la nulidad de los acuerdos posteriores que

(35) Al respecto véase OLIVENCIA. «Ley y Reglamento del Registro Mercantil», en JIMÉNEZ Y GÓMEZ LA FUENTE (COORD.), *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 1325 y sigs.

(36) Véase el fallo de la STS de 15 de junio de 1994, reseñado en nota 29, y la STS de 9 de abril de 1995 que establece en su fallo: «se declaran nulas las Juntas Generales ordinaria y extraordinaria celebradas el día 29 de junio de 1989, así como los acuerdos en ellas adoptados y las consecuencias que de ellos se derivan».

adoptó la sociedad al amparo de los impugnados. ¿Puede, por tanto, libremente el titular del Registro cancelar los acuerdos que estime contradictorios con la sentencia? Desde luego, su actuación, es decir, la cancelación de un asiento concreto, por estimar que se opone a la sentencia, no es causa de la extinción del contenido de ese asiento registral. La causa de la extinción del contenido tabular emana de la nulidad del asiento, declarada judicialmente por la sentencia estimatoria. Se cumple de este modo el principio registral de legitimación: un Juez ha declarado nulos los posibles asientos posteriores contradictorios.

Por ello, el testimonio judicial de la sentencia firme es título suficiente para cancelar los acuerdos posteriores cuando aquélla contiene, además de la orden cancelatoria, la declaración de nulidad de cualquier asiento posterior contradictorio que el Registrador estime cancelable. De ese modo, cuando la orden cancelatoria se ve acompañada de una declaración genérica de nulidad de los asientos posteriores, no se está vulnerando el principio de legitimación registral. La sentencia, al declarar la nulidad de cualquier asiento posterior que se oponga a su fallo, habilita al Registrador Mercantil para que especifique y cancele los posibles asientos contradictorios.

2.6. *La fijación por el Registrador Mercantil de los acuerdos posteriores cancelables*

La sentencia estimatoria no individualiza los acuerdos posteriores que son nulos y por consiguiente cancelables. Esta labor le corresponde al Registrador Mercantil, sin que la falta de concreción judicial constituya para él un obstáculo insuperable. El titular del Registro tiene a su alcance varios elementos que le permiten identificar los acuerdos que debe cancelar. El propio TRLSA establece en su artículo 122.3 un rasgo definidor de los asientos posteriores que debe cancelar: son los «que resulten contradictorios con la sentencia» (37). La contradicción de un acuerdo posterior con el fallo de una sentencia radica, como ha manifestado la jurisprudencia de forma categórica (38), en el hecho de que los acuerdos posteriores se fundamentan en el acuerdo impugnado declarado nulo. A mayor abundamiento,

(37) En el mismo sentido se pronuncia el artículo 156.2 RRM 1989, al establecer como rasgo característico de los acuerdos posteriores «que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia». Aunque este artículo delimita, aún más que el 122.3 TRLSA, el ámbito de dicha oposición, pues mientras el artículo 122.3 TRLSA establece que son cancelables los acuerdos que contradigan la sentencia, el 156.2 RRM 1989 ciñe la cancelación a los asientos que se opongan al fallo de la misma.

(38) Véase, entre otras, la STS de 28 de enero de 1984.

la DGRN (39) admite de forma indubitada la determinación de los acuerdos cancelables por «una circunstancia común a todos ellos», estableciendo que el Registrador debe cancelar todos los asientos que hubiera provocado el asiento cancelado.

Por tanto, el Registrador Mercantil debe cancelar toda inscripción de asientos posteriores que traigan su causa de los acuerdos impugnados declarados nulos. Como ha desaparecido tabularmente la inscripción que los originó, por efecto propio de la nulidad, han de desaparecer del Registro los asientos consecuentes.

Además de este rasgo común de los asientos cancelables, el RRM brinda al Registrador un resorte jurídico que le ayudará en dicha concreción: el principio de tracto sucesivo o inscripción previa (40).

Este principio registral está recogido en el artículo 11 RRM 1989. El citado precepto reglamentario establece: «1. *Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto.* 2. *Para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de éstos.* 3. *Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos.*».

Así, este principio registral obliga a la lógica concatenación de inscripciones.

El Registrador Mercantil desde el asiento impugnado y cancelado puede fijar de modo preciso todos los posteriores que ya no pueden permanecer en el Registro porque, dada la nueva realidad registral, fruto de la sentencia, no traen causa de una inscripción previa (41).

Así las cosas, entendemos que la actuación del Registrador Mercantil debe estar encaminada a adecuar el Registro a la nueva realidad extrarre-

(39) Así, la resolución de la DGRN de 25 de enero de 1988 establece en el tercero de sus fundamentos de Derecho: «La resolución judicial cancelatoria ha de partir de una consideración individualizada de cada uno de los asientos cuya cancelación se solicita, y ha de expresar de modo claro e indubitado tanto el efecto cancelatorio como los asientos respecto de los que se predica, pero de aquí no cabe concluir la necesidad de identificación específica de cada uno de ellos; igualmente efectiva puede ser la identificación por una circunstancia común a todos ellos».

(40) La doctrina ha discutido la propiedad de la expresión «tracto sucesivo» en el Registro Mercantil; sobre este particular, aunque bajo la vigencia de la anterior regulación, véase OLIVENCIA, «El principio de tracto sucesivo en el Registro Mercantil», en *Curso de conferencias sobre el Registro Mercantil*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1972, págs. 87 y sigs.

(41) A título de ejemplo indiquemos que si el nombramiento de un administrador es declarado nulo y cancelado, el Registrador Mercantil, «que vigila un orden formal de inscripciones» (OLIVENCIA, *op cit.*, pág. 101), deberá cancelar los poderes, con protección tabular, otorgados por aquél al no constar ya inscrito el poder de representación del otorgante.

gistrar de la sociedad nacida como consecuencia de la estimación judicial de la acción de impugnación.

2.7. *Los límites de la actuación del Registrador Mercantil*

La normativa legal no establece expresamente cuáles son los límites de la actuación del Registrador Mercantil. Los autores que defienden la competencia cancelatoria del Registrador tampoco han logrado dar una respuesta a la cuestión suscitada (42).

Ante el vacío legal, doctrinal y jurisprudencial se plantean, a nuestro juicio, dos cuestiones básicas.

2.7.1. Cancelación de oficio, cancelación rogada

En primer lugar, la de si el Registrador Mercantil puede, ante cualquier sentencia estimatoria de impugnación de acuerdos sociales, cancelar acuerdos posteriores a los impugnados aunque la sentencia no contenga la declaración de su nulidad y cancelación, o si debemos considerar, por el contrario, como imprescindible la inclusión en el fallo de la declaración genérica de nulidad y cancelación de los acuerdos posteriores.

Según se desprende del tenor literal del artículo 122.3 TRLSA, parece que la sentencia estimatoria de impugnación de acuerdos sociales siempre deberá contener la orden cancelatoria (43). Pero puede suceder que la sentencia estimatoria no ordene en su fallo la cancelación de los asientos posteriores contradictorios por omisión voluntaria del Tribunal (44) o por ser ésta forzada como consecuencia de no haberlo solicitado el actor en el suplico de la demanda. ¿En tal caso podría el Registrador, de oficio, cancelar acuerdos posteriores contradictorios?

(42) En este sentido véase, por todos, CASADO BURBANO, *Derecho Mercantil Registral*, Madrid, 1992, pág. 225.

(43) En este sentido, aunque analizando la cancelación de la anotación preventiva de demanda, LANZAS GALVACHE, *Comentarios prácticos a la Ley de Sociedades Anónimas y Reglamento del Registro Mercantil en lo aplicable a dicho tipo societario*, Madrid, 1991, pág. 250.

(44) Véase al respecto la STS de 16 de marzo de 1995, que establece en su fundamento de Derecho primero que «debe hacerse constar en el Registro Mercantil la nulidad del acuerdo de la Junta General de 25 de junio de 1990, pero sin extenderla a otros acuerdos sociales que trayendo causa del acuerdo objeto de la impugnación se hayan adoptado con posterioridad, por no concretarse cuáles pudieran ser, no plantearse esta concreta cuestión en el juicio y no haber sido oídos como parte los nuevos titulares de las acciones».

En principio, parece lógico que si su actuación se limitase a la cancelación del acuerdo declarado nulo se provocaría una incongruencia registral y en algunos supuestos una violación del principio de tracto sucesivo. Por lo que algún autor ha defendido la plena libertad de actuación del Registrador (45). Pero esta tesis nos llevaría a considerar que el artículo 122.3 TRLSA contempla un supuesto de extinción legal de los asientos registrales (46). La cancelación automática de los asientos, por su carácter excepcional, sólo cabe cuando una norma legal lo declara expresamente, pero en ningún caso cuando la subsistencia del asiento puede ser dudosa o controvertida, como sucede con los asientos posteriores a los impugnados. Así, cuando la normativa societaria ha establecido un supuesto de cancelación automática de los asientos registrales, el precepto que lo regula es de una claridad rotunda (47).

Consecuentemente, hay que concluir que el artículo 122.3 TRLSA no recoge un supuesto de extinción legal de los asientos registrales. La causa de la cancelación de estas inscripciones es la nulidad derivada de los acuerdos posteriores que contempla la declaración genérica que contiene la sentencia estimatoria.

Nos inclinamos a considerar que, por tanto, si la sentencia estimatoria no incluye en su fallo la declaración de nulidad y la orden de cancelación de los acuerdos posteriores al declarado nulo y que traigan su causa del mismo, el Registrador no podrá cancelar los que estime contradictorios con el que motivó la acción de impugnación.

2.7.2. Vías de oposición ante la actuación del Registrador Mercantil

La segunda de las cuestiones que nos planteamos en relación a los límites de actuación del Registrador Mercantil atañe a las posibles vías de oposición con que cuentan tanto el accionista impugnante como la so-

(45) En este sentido, CASADO BURBANO. *op. cit.*, pág. 225.

(46) La extinción legal de los asientos registrales viene establecida y regulada en el artículo 79.2 LH, al que acudimos en virtud de la carencia en el RRM de preceptos que regulen la materia cancelatoria y de la remisión a la legislación hipotecaria establecida en el artículo 80 RRM. Cuando se produce la extinción legal de un asiento no es necesario que un Juez ordene, mediante sentencia firme, la cancelación del mismo; puede el Registrador cancelarlo de oficio, según establece el artículo 82 LH en su segundo párrafo.

(47) En este sentido, la disposición transitoria 6.ª TRLSA establece que las sociedades que no se adapten a la nueva normativa antes del 31 de diciembre de 1995 «quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta».

ciudad (48) cuando uno u otro, o ambos, entiendan que el Registrador Mercantil ha pecado por exceso o por defecto a la hora de cancelar.

2.7.2.1. Por parte de la sociedad demandada

Analicemos, en primer lugar, las posibles vías de actuación de la sociedad demandada.

La sociedad demandada que esté en desacuerdo con alguna cancelación practicada por el Registrador Mercantil, obviamente distinta de las expresamente ordenadas en sentencia firme correspondiente a los acuerdos impugnados, no podría recurrir a la vía lógica de impugnación de la calificación registral: el recurso gubernativo (regulado en los arts. 66 a 76 RRM 1989). Esta afirmación deriva del hecho de que el Registrador, al practicar la cancelación, no deniega inscripción (49) alguna, extremo éste que haría viable el recurso. La DGRN así se manifiesta de forma clara en alguna resolución (50).

Sin embargo, no puede constreñirse a la sociedad de indefensión. La sociedad, por el principio constitucional de tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la Constitución española, podría en todo caso acudir a los Tribunales ordinarios de justicia (51). La vía de actuación de la sociedad

(48) Aunque cabe preguntarse si además del socio impugnante y de la sociedad también podrían estar legitimados los terceros con interés legítimo, los obligacionistas y los acreedores de la sociedad. Una interpretación extensiva del artículo 67.a) RRM 1989 nos llevaría a dar una respuesta afirmativa, pues estos terceros, respecto del pronunciamiento judicial, tienen «un interés conocido en asegurar los efectos de la inscripción».

(49) Lo que se inscribe en el Registro Mercantil es el título que se presenta, en materia de impugnación de acuerdos sociales es un documento judicial, el testimonio de la sentencia, y la inscripción del título consiste, dependiendo de su contenido, en la práctica de un asiento que puede ser (*ex art. 33 RRM 1989*), de presentación, inscripción, anotación preventiva, cancelación y nota marginal.

(50) Véase, entre otras, la RDGRN de 18 de enero de 1988, que de forma taxativa establece que «el recurso gubernativo no puede declarar la improcedencia de una cancelación ya efectuada».

(51) Si bien la actuación del Registrador Mercantil está sometida al control judicial, conviene precisar a qué orden jurisdiccional compete tal control: civil o contencioso-administrativo. La consideración del Registrador Mercantil como un funcionario público, cuyos actos están sometidos al Derecho Administrativo ha tenido escaso eco (véase, por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, «La impugnación de los actos registrales», *RCDI*, 1955, págs. 513 y sigs., y «El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad», *RCDI*, 1976, págs. 1084 y sigs.) en nuestro país. La doctrina hipotecarista (véase, entre otros, CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, vol. I, Madrid, 1994, págs. 590 y sigs.) y la DGRN, en sendas Resoluciones de 26 de julio de 1986 y de 6 de junio de 1991, rechazan de plano la sujeción al Derecho Administrativo. En efecto, como señala OLIVENCIA («Ley y Reglamento...», *op. cit.*, pág. 1340), en

estaría entonces encaminada a conseguir, en un procedimiento declarativo ordinario (52), un fallo que obligase al Registrador Mercantil a «cancelar la cancelación», amén de asumir las posibles responsabilidades (53) que derivasen de su actuación.

La acción judicial contra el Registrador parece, *prima facie*, ardua y compleja. La entidad demandada debería fundamentar la no concurrencia entre el acuerdo nulo y los acuerdos posteriores cancelados.

2.7.2.2. Por parte del accionista demandante

El accionista impugnante, disconforme con la actuación del Registrador por entender que no ha cancelado todos los acuerdos posteriores que traían causa del impugnado, podría acudir al recurso gubernativo (art. 66 RRM 1989) por haberse denegado la cancelación de algún asiento posterior considerado contradictorio y estar legitimado para interponerlo según lo dispuesto en el artículo 67.a) RRM 1989: *«El recurso gubernativo podrá ser interpuesto:*

- a) *Por la persona a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, por quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta y por quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos u otros para tal objeto».*

Como vemos, accionista y sociedad no están en un mismo plano de equilibrio, no ostentan los mismos medios para oponerse a la cancelación practicada por el Registrador. Mientras que la sociedad debe acudir a un largo y complejo procedimiento declarativo ordinario para cancelar el asiento cancelatorio, el accionista tiene a su alcance el recurso gubernativo

materia de sociedades nos movemos en el ámbito del Derecho Privado, cuya competencia jurisdiccional corresponde en exclusiva (*ex art. 22 LOPJ*) al orden civil; incluso algún autor (MARINA MARTÍNEZ-PARDO, «Calificación registral Reflexiones sobre las vías de impugnación», *AAMN*. 1992, pág. 511) indica que la competencia funcional en esta materia le corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia

(52) La sociedad demandada debe acudir al declarativo ordinario porque el recurso judicial, establecido también, amén del gubernativo, en el artículo 66 LH es inviable en materia mercantil. Pues carece de sentido que la sociedad y el accionista impugnante litiguen entre sí acerca de la validez del título inscribible, que no es otro (*ex art. 156.2 RRM 1989*) que el testimonio judicial, la sentencia firme estimatoria

(53) La responsabilidad del Registrador Mercantil viene establecida en los artículos 18.2 CCom., 6 RRM, 283 LH y específicamente en materia de cancelaciones en el artículo 296 LH en sus apartados 3 y 4 La demanda contra el Registrador se sustanciará en el orden civil de acuerdo con las especialidades procesales establecidas en los artículos 303 a 312 LH.

para solicitar la cancelación de asientos posteriores que a juicio del Registrador Mercantil no traían causa de los impugnados. Este desequilibrio entre la sociedad y el impugnante nos parece injustificado, sobre todo porque creemos que el recurso gubernativo también podría acoger la disconformidad de la sociedad, pues como establece el precepto que lo regula, está legitimado para interponerlo «quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de la inscripción» [art. 67.a) RRM 1989]. ¿Y a quién interesan más los asientos registrales sino a la propia sociedad?

3. CONSIDERACIONES FINALES

Una vez delimitados y analizados de forma sintética los problemas registrales que surgen de la estimación de la acción de impugnación de acuerdos sociales, sólo nos resta exponer algunas breves reflexiones de orden general sobre todo lo aquí planteado.

En primer lugar, hay que indicar que nuestro legislador no ha estado muy afortunado en la redacción de los preceptos relativos a la cancelación en materia de impugnación. En efecto, la parca y confusa regulación de la materia la convierten en un tema de obligado y profundo estudio jurisprudencial y doctrinal que arroje más luz sobre el oscuro entramado de la cancelación de los acuerdos posteriores.

Por otro lado, es de destacar el tradicional recelo de los Registradores tanto de la Propiedad como Mercantiles hacia la cancelación de asientos debido a la responsabilidad en la que podrían incurrir si se extralimitasen en su actuación, lo que provoca que permanezcan, de momento, ajenos al cambio legislativo que les confiere la competencia orgánica cancelatoria.

Todo ello provoca que cuando el legislador ha articulado, en nuestra opinión, un mecanismo cancelatorio mucho más eficaz que ampara la seguridad jurídica por la celeridad de su respuesta y que está avalado por el rigor del órgano que debe emitirla, nos encontramos con una serie de obstáculos que dificultan la puesta en marcha de una estructura cancelatoria adecuada a las necesidades actuales del tráfico mercantil societario.

MANUEL DORADO MUÑOZ
Profesor Asociado del Departamento
de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Breve análisis sobre la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. AMBITO DE APLICACION OBJETIVO Y SUBJETIVO: A) INTRODUCCIÓN. B) EXCLUSIONES DE ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. C) ELEMENTOS FORMALES: a) *Principios generales*. b) *Contenido y cláusulas del contrato*. c) *Consecuencias de la falta de forma y de las condiciones y del contenido obligatorio del contrato*. d) *Modificación del coste total del crédito*. e) *Resolución del contrato*. f) *Reembolso anticipado y cobro indebido*. g) *Coste total del crédito y Tasa Anual Equivalente*.—III. NULIDAD Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS.—IV. LOS CONTRATOS VINCULADOS: A) INTRODUCCIÓN: EFICACIA DE LA COMPRAVENTA. B) DERECHOS EJERCITABLES EN LOS CONTRATOS VINCULADOS.—V. SITUACIONES DIVERSAS EN LA COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO.—VI. OTRAS CUESTIONES EN LA LEY DE CREDITO AL CONSUMO.—VII. ACTUACION NOTARIAL EN LA LEY.—VIII. DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LEY.

I. INTRODUCCION

Entre el marasmo legislativo a que nos tiene acostumbrado el legislador en los últimos tiempos, aparece un nuevo texto normativo que es la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, que entró en vigor el pasado 26 de mayo de 1995 y que fue publicada en el *BOE* el 25 de marzo del mismo año. El texto normativo consta de 19 artículos, una disposición transitoria, cuatro disposiciones finales y un anexo.

Esta Ley ha sido dictada en desarrollo de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa al crédito al consumo, y a su vez modificada por otra Directiva de 22 de febrero de 1990.

Desde el punto de vista de antecedentes, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, ha servido de guía conductor para que surjan un conjunto de normas que hacen referencia al

Crédito al Consumo; pero como dice la propia exposición de motivos de la Ley: «... son solamente aplicables a las Entidades de Crédito, siendo así que en la normativa comunitaria ha de ser impuesta también a empresas que no están sometidas a la legislación sobre aquellas Entidades».

De este conjunto normativo baste señalar, entre otros, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia en los Préstamos Hipotecarios, modificada por otra de 27 de octubre de 1995, en la que se incluye dentro de la disciplina de la Orden de 5 de mayo, ya citada, a las Entidades aseguradoras cuando concedan préstamos hipotecarios. La Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios de 30 de marzo de 1994, todo ello conexionado con la Circular del Banco de España de 7 de septiembre de 1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, a su vez modificada por la Circular de 22 de junio de 1994, también del Banco de España, y la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés, comisiones, información al cliente, etc. (1).

Para completar toda esta materia aparece esta nueva Ley objeto de nuestro comentario, que además incide en la Ley 50/1965 sobre regulación de la venta a plazos de bienes muebles. Tal es su incidencia, que la propia disposición final tercera de la Ley establece que el Gobierno presentará a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, un proyecto de Ley de Modificación de la Ley 50/1965 sobre la regulación de la venta a plazos de bienes muebles; no debemos olvidar que el contenido de la Ley de Crédito al Consumo entra de lleno en la de Venta a Plazos, ya que en el artículo primero de dicha Ley de 17 de julio de 1965 se establece en su punto número 1: «Es objeto de la presente Ley la regulación de las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles, de los préstamos destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos (2). De todo ello se deriva que, como hemos indicado, la disposición final segunda de la Ley establezca:

(1) En cuanto a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, ver nuestro trabajo: «Breves notas a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, semana del 10 al 16 de abril de 1995, núm. 15, págs. 283 y sigs. También, en el *Boletín del Colegio de Granada*, núm. 165, septiembre 1994, págs. 1997-2022.

(2) En este sentido, el artículo 1.2 establece: «Por venta a plazos se entenderá, a efectos de esta Ley, el contrato mediante el cual el vendedor entrega al comprador una cosa mueble corporal y recibe de éste en el mismo momento una parte del precio, con la obligación de pagar el resto diferido en un período de tiempo superior a tres meses y en una serie de plazos que se determinarán en la forma que dispone el artículo 20... 3. A efectos de esta Ley, tendrán la consideración de préstamos de financiación a vendedor los convenidos para facilitar la adquisición de cosas muebles a plazos

«Los contratos sujetos a la Ley 50/1965 que se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley de Crédito al Consumo se regirán por los preceptos de esta última y, supletoriamente, por los de aquélla. A los restantes contratos sujetos a la Ley 50/1965, además de las normas de la misma, le serán de aplicación las contempladas en el apartado 2 del artículo 6 (es decir, las condiciones esenciales del contrato y contenido necesario del documento); el artículo 7, salvo el primer párrafo (incumplimiento de la forma escrita); el artículo 8 (modificación del coste total del crédito); el apartado primero del artículo 14 (la eficacia de los contratos de consumo), y los artículos 17 y 18 (relativos a la publicidad sobre ofertas de crédito y al coste Total del Crédito y Tasa Anual Equivalente).

También existen materias contenidas en esta Ley que afectan al carácter básico de Normas Civiles y Mercantiles; así en lo relativo a la nulidad, anulabilidad, resolución de contratos, garantías en el precio aplazado como la condición resolutoria, efectos de la resolución contractual, etc. En este sentido, la propia Exposición de Motivos indica: «... La Norma de Transposición tiene rango de Ley dado que en ella se establecen preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos en materias reguladas por los Códigos Civil y de Comercio».

Por último, siempre queda en el trasfondo de todo este entramado normativo la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

II. AMBITO DE APLICACION: OBJETIVO Y SUBJETIVO

A) INTRODUCCIÓN

En esta Ley, en lo relativo al conjunto de bienes que pueden ser objeto de crédito al consumo, está claro que es muy variado, así como las formas de financiación; pero no cabe la menor duda que uno de los que más nos atañe en el quehacer profesional, tanto notarial como en la conexión registral, es la venta de bienes inmuebles con precio aplazado, garantizado o no

cuando el vendedor ceda o subroga al financiador en su crédito frente al comprador, con o sin reserva de dominio, o cuando vendedor y financiador se concierten de cualquier modo para proporcionar la adquisición de la cosa al comprador contra el pago ulterior de precio a plazos. Tendrán la consideración de préstamos de financiación al comprador aquellos en que un tercero facilite al comprador, como máximo, el importe aplazado del precio de las ventas a que se refiere esta Ley, reservándose las garantías que convengan, quedando obligado el comprador a devolver el importe del préstamo superior a tres meses, y en el número de plazos, nunca inferior a tres, que se determine conforme al artículo 20».

con condición resolutoria y realizada por una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio, a personas físicas que compren para satisfacer necesidades personales ajenas a su actividad empresarial o profesional, siempre que el precio que se aplace sea superior a 25.000 pesetas e inferior a 3.000.000 de pesetas (si superan los 3.000.000 de pesetas la Ley tendrá una aplicación parcial). Como luego veremos, el concepto que se da en el artículo 1 de la Ley comprende más supuestos, tanto en razón del objeto como de los medios de financiación.

De esta definición, indicada anteriormente, surgen los elementos subjetivos y objetivos; en definitiva, los elementos personales y reales que se articulan a la hora de aplicar la Ley de Crédito al Consumo. Por ello, esta definición es equiparable o encajable a los casos de venta de otro tipo de bienes siempre que estén dentro de los límites subjetivos y objetivos que marca la Ley. Tampoco cabe la menor duda que el precio aplazado es una de las formas de concesión de un crédito, aunque el artículo 1, en su punto primero, establece otros medios, como es el préstamo, la apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, claro está, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional. En cuanto a la expresión, cualquier otro medio equivalente de financiación, se ha dicho «que se está dejando una puerta abierta a otras fórmulas o a supuestos de formalización de las operaciones mediante modos no contractuales; así, letras de cambio y pagarés» (3).

En cuanto a los elementos subjetivos o personales, el ámbito de aplicación de la Ley corre por dos ejes: uno de ellos es que el vendedor debe ser un empresario en el ejercicio de su actividad, sea persona física o jurídica. Por ello debemos dejar de lado las compraventas en el tema de inmuebles, por ejemplo, cuando se realice la venta con un particular. En cuanto al otro elemento subjetivo se halla la persona del consumidor, siendo definida en el artículo 1.2 como la persona física que en las relaciones contractuales que en ellas se regulan actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

En este sentido, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya citada en el artículo 1.1.2, define a los consumidores usuarios como «las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, la individualidad colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». En el mismo artículo de esta Ley el punto tercero

(3) Así, ANTONIO J. SERRA MALLOL, «Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo): un examen de su regulación», *Revista General de Derecho*, núm. 609, junio 1995, pág. 6339

indica que «no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros». Como podemos apreciar, aunque en ambas Leyes existe una concepción básica igualitaria de lo que pueda significar el concepto de consumidor, la Ley de Crédito al Consumo nos ofrece un concepto más reducido, más estricto diríamos, ya que asume e identifica, entre otras variables, al consumidor como una persona física.

En cuanto a los elementos objetivos o reales, surgen de la propia definición que hemos dado con anterioridad; en definitiva, se centra en los contratos en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio, en adelante empresario, concede o se compromete a conceder a un consumidor crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional.

En cuanto a la exclusión finalista de la Ley, en el sentido que para que ésta se aplique debe ser que la concesión de un crédito lo sea para satisfacer necesidades personales al margen de la actividad empresarial o profesional, o dicho de otro modo, que no se incluyen las necesidades originadas por la actividad del consumidor de tipo profesional o empresarial (4).

Con referencia a este punto, será conveniente el hacer mención expresa, cuando así sea, que la operación lo es para la actividad empresarial o profesional a fin de excluir la aplicación de la Ley. En este mismo sentido, en la práctica notarial nos encontraremos que la operación que estamos plasmando en el documento notarial, en principio está bajo la aplicación de la Ley, pero podrá ocurrir que quede fuera porque sea para una actividad profesional; en estos casos así habrá que hacerlo constar.

Dentro de las distintas fórmulas en que se puede dar el crédito, el artículo 2.2 establece que las disposiciones de los artículos 6-14 y 19 no se aplicarán a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.

Estos artículos están haciendo referencia a las normas contenidas en el capítulo segundo de la Ley referente a la forma y contenido de los contratos, a la penalización por falta de forma, a la modificación del coste total del crédito, a las liquidaciones a realizar por la ineficacia por resolución del contrato de adquisición, a los reembolsos anticipados, a las excepciones oponibles en caso de cesión, a las obligaciones cambiarias, al cobro inde-

(4) En este sentido, ANTONIO J. SERRA MALLOL, «Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo). un examen de su regulación», *Revista General de Derecho*, núm. 609, junio 1995, pág. 6339.

bido y a la eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito; y el artículo 19 relativo a la información al consumidor sobre los anticipos en descubierto.

Como hemos indicado anteriormente, en cuanto a las entidades de crédito en relación a los préstamos hipotecarios la legislación aplicable, entre otras, es la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia, con los límites subjetivos y objetivos que en dicha norma se establece. En cuanto a qué debe entenderse por Entidad de Crédito, habrá que acudir a las enumeradas en el apartado 2.º del artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1288/1986, de 28 de julio, en relación con la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. En estos casos, toda esta legislación tiene ámbito de aplicación especial por las características de las Entidades Prestamistas, e incluso la disposición final primera de la Ley de Crédito al Consumo indica que el capítulo tercero de la Ley (relativo a oferta vinculante, publicidad, coste total del crédito, etc.) sólo se aplicará a las Entidades de Crédito y Establecimientos Financieros de Crédito a falta de Normativa Sectorial Especial, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla.

B) EXCLUSIONES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

a) **No se aplicará dicha Ley a los contratos en los que el importe del crédito sea inferior a 25.000 pesetas ni superior a los 3.000.000 de pesetas, pero en este último caso le será de aplicación lo previsto en el capítulo tercero de la Ley, artículos 16-19, que ya adelantamos a qué materias se refería: entre otras, la oferta vinculante, la publicidad sobre ofertas de crédito, el coste total del crédito y tasa anual equivalente y la información al consumidor sobre anticipos en descubierto.**

No obstante, la Ley interpreta cuándo se debe entender como única la cuantía de un mismo crédito, indicando que efectivamente se entenderá como única, aunque aparezca distribuida en contratos diferentes celebrados entre las mismas partes para la adquisición de un mismo bien o servicio, aun cuando los créditos hayan sido concedidos por diferentes miembros de una agrupación o mantenga ésta o no personalidad jurídica. En este sentido, el punto de conexión para considerar como única la cuantía está en que, aunque haya diversidad de contratos, todos ellos se refieran a la adquisición de un mismo bien o servicio, incluso aunque sean diferentes las personas concedentes, siempre que pertenezcan a una agrupación.

b) **Aquellos en los que se pacte que el consumidor reembolse el crédito, bien dentro de un único plazo que no rebase los tres meses, bien**

en cuatro plazos como máximo, dentro de un período que no supere los doce meses.

En este caso el legislador ha querido utilizar las variables del número de plazos y del período de reembolso para considerar o no necesaria la inclusión dentro del ámbito de la Ley.

c) Los créditos en cuenta corriente concedidos por una entidad de crédito que no constituyan cuentas de tarjetas de crédito.

En estos supuestos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, pero en cambio se aplicará lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley, cuyo objetivo primordial es el de información al consumidor cuando para la concesión de un crédito en cuenta corriente exista un contrato entre la Entidad de Crédito y el propio consumidor; en estos casos éste deberá ser informado, bien en el momento de la celebración del contrato o bien anteriormente de una serie de datos que son: el límite de crédito si lo hubiere, el tipo de interés anual y los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato, así como las condiciones en las que podrán modificarse, y el procedimiento para la resolución del contrato; en todo caso, mientras dure el contrato el consumidor debe ser informado de cualquier modificación que se produzca en el tipo de interés o en los gastos.

d) Los contratos en los que el crédito concedido sea gratuito o en los que sin fijar interés el consumidor se obligue a reembolsar de una sola vez un importe determinado superior al del crédito concedido.

En relación con este punto, y más en concreto en las ventas de inmuebles realizadas por empresarios o sociedades, existen muchos casos en los que efectivamente ese aplazamiento del precio, en definitiva el crédito que concede el vendedor, es de carácter gratuito, es decir, que no tiene intereses. En este caso sería conveniente hacer constar en la escritura, en una cláusula separada, que no es de aplicación la Ley de Crédito al Consumo por no tener el precio aplazado intereses. En los demás casos de exclusión, ciertamente se encuentran dentro del texto normativo y no será necesario, en nuestra opinión, el hacer ninguna especificación; en cambio, sí parece lógico el hacerla en este supuesto para evitar malinterpretaciones de las partes contratantes, como así también lo indicábamos, a la hora de excluir de la Orden de Transparencia de 5 de mayo de 1994, para los supuestos en que se tratara de refinanciación de deudas (5). Como ya indicamos líneas arriba, existe una exclusión parcial, en cuanto a la aplicación de la Ley, a los contratos de crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria; y ello aunque no estén destinados a la adquisición o mejora de la vivienda. En este sentido, se ha indicado que nuestra Ley sólo excluye los créditos hipotecarios, pero ampliando el ámbito de la Directiva en beneficio del consumidor al no

(5) Ver mi trabajo sobre la Orden de transparencia, ob. cit., págs. 286-287.

excluir los préstamos o créditos personales, no hipotecarios, destinados a la mejora o adquisición de la vivienda (6).

En cuanto a los contratos de arrendamiento, parece que están excluidos de la Ley, aunque podrían encajar aquellos en que se determine o prevea que el título de propiedad va a pasar al arrendatario; pero también se ha señalado, creemos que acertadamente, que en nuestro Derecho esta Ley no afectará a los contratos de *leasing*, ya que no se permiten al consumidor, sino al profesional (7).

No debemos olvidar que tampoco se aplicará la Ley, por no considerarse contrato de crédito, los que consistan en la prestación de servicios, privados o públicos, con carácter de continuidad y en los que asista al consumidor el derecho a pagar tales servicios a plazos durante el período de su duración (8).

C) ELEMENTOS FORMALES

a) *Principios generales*

El artículo 6 de la Ley establece en su punto primero que los contratos sometidos a la misma se harán constar por escrito, formalizándose en tantos ejemplares como partes intervengan, debiéndose entregar a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado.

Por supuesto que pueden existir una gran amalgama de los tipos contractuales, pero teniendo en cuenta también la legislación específica, en este caso la notarial en conexión con la civil y la registral, cuando hagamos referencia a las escrituras públicas, por ejemplo, de compraventas, de bienes inmuebles con precio aplazado, y asimilando el precepto, deberá entregarse a cada una de las partes contratantes, vendedor y comprador, una copia autorizada del documento público autorizado. Por supuesto, en el caso de documentos privados deberá regirse por las Normas Generales de Contratación, con las especialidades que determina la Ley.

b) *Contenido y cláusulas del contrato*

Con independencia de las condiciones esenciales del contrato, según el tipo a que haga referencia, en cuanto a sus elementos personales, reales

(6) FRANCISCO ARROYO FIESTAS, J., «Directiva de préstamo al consumo», *Revista del Colegio de Abogados de Málaga*, Miramar, noviembre 1995, pág. 25.

(7) En este sentido, ARROYO FIESTAS, ob. cit., pág. 25.

(8) En este sentido, indica SERRA MALLOL que podrían recogerse aquí los contratos de suministros de servicios. Ob. cit., pág. 6340.

y formales, el artículo 6.2 establece que el mismo deberá contener necesariamente:

La indicación de la Tasa Anual Equivalente y de las condiciones en las que ese porcentaje podrá en su caso modificarse. La Tasa Anual Equivalente está definida en el artículo 18.b), que la define como el coste total del crédito, expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido, siendo calculada esta Tasa Anual Equivalente con la fórmula que el propio anexo de la Ley establece, con todos los parámetros que intervienen en la fórmula matemática, recordándonos las fórmulas de aplicación en las Tasas Anuales Equivalentes (TAE) a las que están sometidas las Entidades de Crédito, por ejemplo, en los préstamos hipotecarios; no olvidemos lo que ya indicábamos con respecto a la disposición final primera en el sentido de que el capítulo tercero, entre los que se encuentra el artículo 18, referente al TAE, será de aplicación supletoria, en defecto de que existan Normas Específicas de Protección al Consumidor, en relación con las Entidades de Crédito. También, dentro del TAE, en los casos en que no sea posible indicar dicha tasa, deberá hacerse constar, como mínimo, el tipo de interés nominal anual, los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato y las condiciones en las que podrán modificarse.

Una relación del importe en número y la periodicidad o las fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses y demás gastos, así como el importe total de esos pagos cuando ello sea posible.

La relación de elementos que componen el coste total del crédito, con excepción de los relativos al incumplimiento de las obligaciones contractuales, especificándose cuáles se integran en el cálculo del TAE e, igualmente, la necesidad de constitución en su caso de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del particular.

c) *Consecuencias de la falta de forma y de las condiciones y del contenido obligatorio del contrato*

Como principio general, el carácter escrito como forma del contrato aparece aquí como *ab solemnitatem*, ya que el artículo 7.º establece con claridad que dará lugar a la nulidad del contrato.

Puede ocurrir que el contrato no contenga alguna de las cláusulas obligatorias u obligaciones que el artículo 6 ha establecido, por ello el legislador en el propio artículo 7 establece con distinta modulación y efectos cuáles son las consecuencias de esa omisión.

En definitiva, se está alterando el sistema general de libertad de forma

de los artículos 1.278, en conexión con el 1.279 y el 1.280 del Código Civil; y ello debido a que la regla del artículo 1.279 es la de la forma *ad probationem*, con lo que ello significa, y el artículo 1.280 mezcla supuestos de forma *ad solemnitatem* con supuestos de forma *ad probationem*.

Cuando lo que se haya omitido sea la indicación del TAE, el consumidor sólo estará obligado a abonar el interés legal en los plazos convenidos.

Cuando lo que se haya omitido sea la relación del importe, el número, la periodicidad o las fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito, su obligación se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. Siempre, claro está, que no se omita o se establezca con inexactitud el plazo; si esto ocurriera, no podrá ser exigido al consumidor el pago antes de la finalización del contrato.

En el caso de omitirse los elementos que componen el coste total del crédito no podrá exigirse al consumidor el abono de gastos ni la constitución o renovación de garantía alguna. Como principio general establece la Norma que aunque figuren todos estos indicativos del artículo 6, si fuesen inexactos se tendrá en cuenta los efectos de esa inexactitud en función del perjuicio que sufra el consumidor.

Como vemos, la Norma siempre tiende a la protección de la parte más débil, en este caso el consumidor, la persona de la que se presume un menor conocimiento de las operaciones que firma; y en vez de producir una nulidad del contrato, modula e incluso establece reglas de interpretación contractual a los efectos de determinar cuáles son las obligaciones de las partes y en concreto las del consumidor. No olvidemos que la Ley de 19 de julio de 1984, para la Defensa de los Consumidores, en su artículo 10 determina con carácter general el contenido de las cláusulas, condiciones y estipulaciones en los supuestos de ofertas, promociones o ventas de productos o de servicios; y en este sentido el artículo 10.1 indica: «las cláusulas, condiciones y estipulaciones que con carácter general se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: ... c) buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye: 1.º La omisión, en casos de pago diferido en contratos de compraventa, de la cantidad aplazada, tipo de interés anual sobre saldos pendientes de amortización y las cláusulas que de cualquier forma facultan al vendedor a incrementar en precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato. 2.º Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario... 4.º Condiciones abusivas de crédito».

d) *Modificación del coste total del crédito*

El artículo 18 define que el coste total del crédito comprende los intereses y todos los demás gastos y cargas que el consumidor esté obligado a pagar para el crédito, incluidos los de seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular que sean exigidos por el empresario para la concesión del mismo. Como ya vimos, uno de los contenidos esenciales del contrato es el hacer constar los elementos del coste total del crédito, pero puede ocurrir que haya una modificación de dicho coste. El artículo 8 de la Ley sienta como principio general que este coste no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario salvo que se haya previsto por ambas partes y por escrito, pero teniendo en cuenta que esta modificación deberá estar sometida a una serie de parámetros y de limitaciones. Así, la variación del coste deberá ajustarse al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, y en el acuerdo que se formalice por las partes deberá al menos regularse los derechos que contractualmente correspondan a las partes para la modificación del coste inicial y el procedimiento a que ésta deba ajustarse; también deberá constar el diferencial que se aplicará en su caso al índice de referencia utilizado para determinar el nuevo coste, así como la identificación del índice utilizado o una definición del mismo y del procedimiento para su cálculo, que siempre deberá ser de carácter objetivo.

Como consecuencia de lo anterior, cuando las partes utilicen un tipo de referencia publicado oficialmente por el Ministerio de Economía o por el Banco de España, las modificaciones en el coste del crédito no deberán ser notificadas por el prestamista al prestatario de forma individualizada, pero si no es un tipo de referencia publicado oficialmente, sí que deberá ser notificada de forma individualizada.

En lo relativo a esta circunstancia de las notificaciones, nos recuerda la Orden de Transparencia sobre las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios, así como la utilización de los tipos de referencia que ya están establecidos con carácter general (9).

e) *Resolución del contrato*

El artículo 9 de la Ley prevé, para el supuesto de créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados, cuando el prestamista recupere el bien como consecuencia de la nulidad o la resolución de los contratos y adquisición o financiación de dichos bienes, las partes deberán restituirse

(9) Ver nuestro trabajo sobre la Orden de transparencia, ob. cit.

recíprocamente las prestaciones realizadas, estableciendo que, en todo, el empresario o el prestamista al que no sea imputable la nulidad del contrato tendrá derecho a deducir determinadas cantidades.

El 10 por 100 del importe de los plazos pagados en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador.

Este primer apartado del artículo ha sido objeto de interpretación en cuanto a la expresión plazos pagados (10).

Una cantidad igual al desembolso inicial por la depreciación comercial del objeto, pero cuando esta cantidad sea superior a la quinta parte del precio de venta la deducción se reducirá a esta última. También por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor además la indemnización que en derecho proceda.

Este artículo 9, en nuestra opinión, es una de las piezas clave de esta Ley, ya que acepta de una manera clara a normas de carácter civil y mercantil, pero sobre todo a las básicas civiles en materia contractual. En concreto en una materia muy específica en nuestro quehacer notarial en las ventas de bienes inmuebles con precio aplazado, que entran de lleno en el contenido de esta Ley, siempre, claro está, que el supuesto de hecho de las mismas encaje dentro de los límites objetivos y subjetivos que marca la Ley.

En este caso de los inmuebles habrá que tener en cuenta el artículo 1.124 del Código Civil, relativo a la Resolución de las Obligaciones Recíprocas, en conexión con el artículo 1.504 del Código Civil.

También teniendo en cuenta los artículos 1.300-1.314 del mismo Cuerpo legal referentes a la nulidad de los contratos, así como también de los artículos 1.152-1.155 del mismo Cuerpo legal referentes a las obligaciones con cláusula penal.

Como se ha puesto de relieve, se intenta no dejar al arbitrio del Juez la facultad moderadora que para las cláusulas penales establece el artículo 1.154 del Código Civil, sino que sea una previsión ya pactada al momento de formalizar el contrato con respecto a las normas de la buena fe (11).

Y, ciertamente, en los contratos de venta de inmuebles con precio aplazado se utilizan una serie de cláusulas, sobre todo cuando se garantiza este precio aplazado con condición resolutoria.

Como indica la Circular de la Junta de Decanos relativa a esta Ley, como consecuencia de este artículo 9 no será válida la cláusula habitual en las compraventas de precio aplazado garantizadas con condición resolutoria

(10) Así, SERRA MALLOL indica que no se puede incluir a la entrega a cuenta, por lo que sólo incluiríamos el primer pago aplazado; pero se plantearían dos cuestiones: si el plazo no se pagó, ¿se debe incluir?, pues el texto legal dice plazos pagados y no los vencidos. Esto debe corregirse. También hace referencia este autor a la inclusión o no de la carga financiera. Ob. cit., pág. 6346.

(11) ARROYO FIESTAS, ob. cit., pág. 26.

en las que se estipula que en caso de resolución el vendedor hará suyas las cantidades ya recibidas por precio aplazado sin intereses, sino que sólo podrá retirar las cantidades que permite la Ley.

Como consecuencia de lo anterior, si se llegaran a poner este tipo de cláusulas se tendrían por no puestas y no serían válidas; pero, en nuestra opinión, no dará lugar a la nulidad del contrato, sino que el consumidor en base al artículo 9 tendría la posibilidad de tener en límite a dichas cantidades conforme al artículo 9.

También en lo referente a la nulidad de los contratos, pensamos que, con independencia de lo que establece el tenor de la Norma, habrá que tener en cuenta si estamos hablando de una nulidad absoluta o radical o de una anulabilidad o nulidad parcial, con los efectos que se determinan en los ya citados artículos 1.300-1.314 del Código Civil en relación a ambas partes contratantes y teniendo en cuenta que el legislador modula y modera las posibles cláusulas penales que hayan establecido las partes contratantes.

En relación a los bienes muebles, habrá que tener en cuenta el artículo 1.505 del Código Civil.

f) *Reembolso anticipado y cobro indebido*

El artículo 10 de la Ley establece la posibilidad de que el consumidor pueda reembolsar anticipadamente de forma total o parcial, en cualquier momento de vigencia del contrato, el préstamo concedido; en el caso de ventas con precio aplazado, el precio aplazado.

Prevé el artículo 10 que el consumidor sólo quedará obligado a pagar por razón de ese reembolso anticipado la compensación que se haya pactado previamente en el contrato, que en ningún caso podrá exceder cuando se trate de contratos con modificación del coste del crédito del 1,5 por 100 del capital reembolsado anticipadamente y del 3 por 100 en el caso de que no se haya contemplado esta modificación, quedando claro que no se le podrá exigir al consumidor intereses no devengados por el préstamo. Nos recuerda este artículo 10 lo que ya se vislumbraba en la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios en lo referente a los préstamos con interés variable, en la no posibilidad de establecer una comisión por cancelación anticipada superior al 1 por 100; opinión que en su momento dimos a la hora de estudiar esa Ley de Subrogación y que después vino confirmada de una manera clara en la Circular de 22 de julio de 1994 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que modifica a otra de 1990.

En este sentido, se ha indicado que en materia de consumo, pues, se parte de la premisa de que los plazos se establecen en beneficio del consumidor, siendo éste, por tanto, libre de renunciarlos, a diferencia de la

regla general contenida en el artículo 1.277 del Código Civil relativa a la fijación del término de las obligaciones (12).

Por su parte el artículo 13 establece también lo referente al cobro indebido, con criterio general para los cobros indebidos derivados de un crédito, producirán inmediatamente el interés legal, pero si el interés contractual fuese superior al legal devengará el contractual. Si ha existido en este cobro indebido malicia o negligencia del empresario, el consumidor, comprador si se trata de una venta, tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios causados, que no será inferior al interés legal incrementado en cinco puntos o bien al interés del contrato si es superior al legal, incrementándose también en cinco puntos.

En este caso el legislador modula con carácter legal cláusulas indemnizatorias mínimas de daños y perjuicios, que en el caso de venta de bienes inmuebles pueden tener aplicación en muchos supuestos.

g) *Coste total del crédito y Tasa Anual Equivalente*

Como ya indicamos en su momento, la Ley en el artículo 18 establece el concepto de coste total del crédito y el de Tasa Anual Equivalente, conceptos éstos que no nos son extraños en razón de haber sido utilizados y manejados en todas o en muchas de las disposiciones sobre Entidades de Crédito, en relación con las Normas de Protección a los Consumidores, y en concreto a la clientela.

Para el cálculo de esta Tasa Anual Equivalente, la propia Ley en un anexo establece cuál es la fórmula matemática para su cálculo, siendo interesante la definición que se da en el artículo 18 del TAE, que será: «el coste total del crédito, expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido»; estableciéndose por el legislador que la Tasa Anual Equivalente igualará sobre una base anual el valor actual de todos los compromisos (créditos, reembolsos y gastos) existentes o futuros asumidos por el empresarios y por el consumidor.

III. NULIDAD Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

El artículo 3 indica que no serán válidos y se tendrán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente Ley, salvo que sean más beneficiosos para éste.

(12) ARROYO FIESTAS, ob. cit., pág. 26.

Como ya indicamos anteriormente, se utiliza la técnica de la nulidad parcial en aquellas cláusulas contrarias a lo establecido en la Ley, dejando a salvo la validez del contrato, con excepción de esas cláusulas, y utilizando un criterio de interpretación de los contratos siempre en beneficio del consumidor, del que considera la Ley la parte más débil.

En este sentido, la Ley General de Consumidores en su artículo 10, también reseñado con anterioridad, hace referencia a que las cláusulas de los contratos deben basarse en la buena fe del justo equilibrio de las contraprestaciones, y ello según este artículo excluye las llamadas cláusulas abusivas, que son las que perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios. En este sentido véase la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

También este artículo 10 considera que no hay buena fe en las contraprestaciones, como ya hemos reseñado líneas arriba, cuando se omita en los casos de pago diferidos en contratos de compraventa, de la cantidad aplazada, del tipo de interés anual sobre saldos pendientes de amortización y de las cláusulas que de cualquier forma facultan al vendedor a incrementar el precio aplazado.

El artículo 5 de la Ley hace referencia a las sanciones administrativas, estableciendo que el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándose la Legislación de Protección al Consumidor; y en el caso de Entidades de Crédito y establecimientos financieros de crédito, las disposiciones contenidas en la Ley constituirán normas de ordenación y de disciplina. Pero teniendo en cuenta que en este expediente sancionador, de carácter administrativo como es lógico, no podrán examinarse cuestiones civiles o mercantiles, que deben dejarse en la jurisdicción ordinaria competente.

En el caso de las infracciones en materia de consumo, la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, dedica el capítulo IX de la Ley a las infracciones y sanciones, definiendo lo que son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios en su artículo 34, y clasificándolas en leves, graves y muy graves en su artículo 35, atendiendo a los criterios de riesgo..., grado de intencionalidad..., generalización de la infracción y la reincidencia. En congruencia con ello el artículo 32.1 establece que las infracciones en materia de consumo serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir. En cuanto al Juez

competente, establece el artículo 4 que será competente para el conocimiento de las acciones derivadas de la presente Ley y de los contratos sujetos a ella el Juez del domicilio del consumidor. En relación con este artículo, algún autor ha señalado que, por la propia dicción del artículo, parece deba aplicarse, incluso, por las acciones de tipo civil y criminal que se originen, quedando también afectada la Ley de Enjuiciamiento Civil (13).

IV. LOS CONTRATOS VINCULADOS

A) INTRODUCCIÓN: EFICACIA DE LA COMPRAVENTA

El artículo 14 de la Ley establece la regulación específica y, diríamos nosotros, novedosa de los que denominan eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito, que puede ser aplicado a todos los contratos de consumo siempre que reúnan los elementos subjetivos y objetivos de carácter general que ya indicamos líneas arriba. En definitiva, entrarían dentro de este concepto, que la Ley establece como contratos vinculados, a aquellos contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios cuya efectividad se condicione a la concesión de un crédito que financie el pago de la adquisición o de la prestación (14).

El artículo 14.1 establece: «La eficacia de los contratos de consumo en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito; será nulo el pacto incluido en el contrato por el que se obligue al consumidor a un pago al contado u a otras fórmulas de pago para el caso de que no se obtenga el crédito de financiación previsto» (15).

En nuestra actividad profesional el caso más típico, referente a este artículo, es el relativo a las compraventas vinculadas con la obtención de un préstamo siempre que el vendedor sea empresario, el comprador sea una persona física al margen de su actuación empresarial o profesional y la cuantía del préstamo superior a 25.000 pesetas e inferior a 3.000.000 de pesetas. Como indica la Circular de la Junta de Decanos, la compraventa,

(13) En este sentido, SERRA MALLOL. También indica que el artículo 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que prescribe que la demanda ejecutiva se presentará ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar del cumplimiento, en el domicilio del demandado o demandados, o del lugar donde estén los inmuebles hipotecados, ha quedado modificado al reducir en el caso de las operaciones sometidas a esta Ley a solo un lugar donde presentar la demanda. Ob. cit., pág. 6341.

(14) En este sentido, SERRA MALLOL, ob. cit., pág. 6351,

(15) En este sentido, también desplegaría sus efectos lo establecido en el artículo 9 de la propia Ley.

o mejor dicho su eficacia, en los casos en que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un préstamo de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese préstamo.

Como vimos anteriormente, el artículo 14 declara la nulidad de los pactos que puedan incluirse en la compraventa por el que se obliga al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago para el caso de que no se obtenga el préstamo previsto. Como hemos tenido ocasión de analizar, según lo que establece el artículo 2.2 de la Ley, las disposiciones de los artículos 6-14 y 19 no se aplicarán a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria; y como bien sabemos, el artículo 14 está haciendo referencia a la eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito (16).

El artículo 14.2 aplicado a estas compraventas de inmuebles determinaría que la ineficacia de la compraventa va a dar lugar también a la ineficacia del préstamo que expresamente va destinado a su financiación, siempre y cuando concurran las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15, con los efectos previstos en el artículo 9, referentes a las liquidaciones a realizar por la ineficacia o resolución del contrato de adquisición.

También conforme al artículo 14.3, el consumidor, en nuestro supuesto el comprador, tiene la posibilidad de disponer de la opción de no concertar el contrato de préstamo, realizando el pago en la forma que acuerde con el vendedor. Pero como vemos, se trata de un derecho ejercitable únicamente por el consumidor o comprador, que se considera la parte más necesitada de protección de ayuda. El artículo 14.3 determina que debe quedar perfectamente acreditada la identidad del proveedor de los bienes, en nuestro caso el vendedor, y la del concedente en el contrato de crédito. En este caso el prestamista del préstamo, de forma que cada uno de ellos aparezca ante el consumidor como sujeto de las operaciones relacionadas en los respectivos contratos. Ello quiere decir que para que efectivamente tenga ese carácter de contratos vinculados no valdrá la fórmula que indique que el comprador como parte del precio lo satisfará con cargo a un préstamo que va a solicitar, sino que, por el contrario, debe hacer una concreción identificativa clara y rotunda para que efectivamente entre en juego el artículo 14 y el artículo 15 de la Ley de Crédito.

(16) En sentido contrario parece orientarse la Circular de la Junta de Decanos, ya que al analizar el artículo 14 de la Ley hace referencia a las compraventas de inmuebles y préstamos hipotecarios vinculados a ellas

B) DERECHOS EJERCITABLES EN LOS CONTRATOS VINCULADOS

El artículo 15 regula los derechos ejercitables en los contratos vinculados con carácter general, también aplicables en las compraventas de inmuebles vinculadas con préstamos hipotecarios, ya que en este caso no existe la inclusión que se realiza en el artículo 2.2, ya mencionado. Centrándonos en estas últimas, se establece que el comprador, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al vendedor de los bienes adquiridos mediante un préstamo, podrá ejercitar esos mismos derechos frente a la entidad que le hubiere concedido el préstamo, pero para que ello sea así es necesario que concurran conjuntamente todos los requisitos que establece la propia Ley y que son:

Que el comprador para la adquisición del bien inmueble haya concertado un contrato de préstamo con un empresario distinto del vendedor.

Que entre la entidad concedente del préstamo y el vendedor exista un acuerdo previo concertado en exclusiva en virtud del cual aquélla ofrecerá préstamos a los clientes del vendedor para la adquisición de los inmuebles que éste venda.

El comprador tendrá la opción de concertar el contrato de préstamo con otra entidad distinta a la que esté vinculado el vendedor en virtud de acuerdo previo. Nos podríamos plantear si este punto es encajable en aquellos préstamos que concede una Entidad de Crédito al promotor para la construcción del edificio, y que después a la hora de realizar la compraventa se produzca una subrogación o, en sentido más técnico, una asunción de deuda.

Que el comprador haya obtenido el préstamo en aplicación del acuerdo previo mencionado anteriormente.

Que el inmueble objeto del contrato no haya sido entregado en todo o en parte o no sea conforme a lo pactado en el contrato.

Que el comprador haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en Derecho, contra el vendedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho. Como se ha indicado, parece más cómodo acudir a una reclamación extrajudicial (17).

Conforme al artículo 15.2, todo lo anteriormente indicado no se aplicará cuando en la operación individual de que se trate se dé una cantidad inferior a la fijada reglamentariamente. En el sentido de este último párrafo, se ha criticado el mismo por dejar de lado a los pequeños consumidores (18).

(17) En este sentido, SERRA MALLOL, ob. cit., pág. 6353

(18) Así, indica SERRA MALLOL que este derecho del artículo 15 de la Ley «se esfumará para los pequeños consumidores, los más humildes y los que se suelen dejar más aparte, muchas veces por culpa de ellos mismos, pues la ignorancia tiene un efecto expansivo, y en este sentido me parece injusta la norma». Ob. cit., pág. 6353.

V. SITUACIONES DIVERSAS EN LA COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO

Como hemos indicado anteriormente, será distinto la situación en el supuesto de la venta del bien inmueble en cuanto el precio aplazado sea superior a 3.000.000 de pesetas o inferior a esa cantidad, ya que si es superior a 3.000.000 de pesetas, conforme a lo establecido en el artículo 2.1.a), sólo le será de aplicación lo dispuesto en el capítulo 3.º, que en lo referente a las escrituras públicas tendrá que hacerse referencia al coste total del crédito y a la tasa anual equivalente.

En cambio, si es inferior o igual la cantidad aplazada a 3.000.000 de pesetas, y hasta 25.000, entra de lleno la aplicación de la Ley siempre que, y volvemos a insistir, se den los requisitos subjetivos y objetivos; en concreto, entre otros puntos, se aplicará la limitación del artículo 9, referente a las liquidaciones a realizar por la ineficacia o resolución del contrato de adquisición, que ya hemos analizado.

Esto es importante debido a que en las escrituras de compraventa con precio aplazado, garantizado con condición resolutoria, opera el artículo 1.504 del Código Civil, en conexión con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, que podrá seguir operando, pero sin ese automatismo, en cuanto a las cantidades que se pierden o recuperan, en virtud del cual se establecía que en caso de resolución el vendedor recuperaría el bien transmitido y que el comprador perdería las cantidades entregadas. Por ello es necesario, siempre que estemos dentro de los supuestos de la Ley de Crédito al Consumo, utilizar unas fórmulas adaptadas a la Ley en relación con las compraventas con precio aplazado.

La Junta de Decanos en la Circular citada ha utilizado unas fórmulas en cuanto al precio y en cuanto a la condición resolutoria, así también en cuanto a las menciones obligatorias que la Ley de Crédito al Consumo establece cuando el precio aplazado sea inferior o igual a 3.000.000 de pesetas y hasta 25.000 (19). Cuando el precio aplazado sea superior a

(19) Dicha Circular de la Junta de Decanos establece como cláusulas orientativas las siguientes: *Precio*. El precio de esta compraventa es la suma de ... pesetas, del que la parte vendedora confiesa haber recibido antes de este acto ... pesetas. El resto del precio, que asciende a ... pesetas, en unión de los intereses del mismo por aplazamiento al ... % nominal anual, será abonado (solidariamente) por la parte compradora en ... plazos mensuales (bimensuales, trimestrales, anuales, etc.) de ... pesetas, cada uno de ellos comprensivos del principal e intereses (del que corresponden ... pesetas al principal y ... a los intereses) (cuando se utilice el sistema francés de amortización en el que la imputación de los plazos a capital va creciendo y decreciendo la de intereses, hay que incorporar al contrato privado y a la escritura pública el cuadro de amortización correspondiente), del modo que figura en el cuadro de amortización formado por las partes que se incorpora a esta escritura, siendo el primer vencimiento el día ... y los siguientes el

3.000.000 de pesetas, como ya hemos indicado, tendrá aplicación el capítulo III de la Ley, y en concreto la determinación de los elementos que componen el coste total del crédito y que supone el aplazamiento del pago del precio, así como también la especificación de la tasa anual equivalente, expresada en tantos por cientos; en definitiva, habrá que transcribir en estos

mismo día de los meses, cada dos meses, trimestres, semestres y años consecutivos hasta el último, que tendrá lugar el día ... Para mayor facilidad en el pago y sin que ello suponga duplicidad de deuda, cada uno de los plazos está representado por ... letras de cambio libradas por la parte vendedora y aceptadas por la parte compradora de la clase ..., serie ..., números ... (este párrafo que se introduce en el formulario de la Junta de Decanos será únicamente aplicable en el caso de que el precio aplazado esté representado por letras de cambio).

Condición resolutoria. En garantía del precio aplazado y sus intereses ordinarios (no los de demora, si los hubiere), la transmisión del dominio de la finca (o cuota indivisa de finca) vendida se sujeta, conforme a los artículos 1.504 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, a condición resolutoria explícita, de modo que la falta de pago a su vencimiento de uno cualesquiera de los plazos (o letras de cambio reseñadas) facultará a la parte vendedora para resolver de pleno derecho la compraventa, requiriendo, incluso a terceros, el dominio de la finca con sus mejoras, que no serán indemnizables a dicha parte vendedora, fijándose como domicilio de la compradora a efectos de la preceptiva notificación notarial o judicial de la resolución la propia finca vendida (si fuera una plaza de garaje, poner otro domicilio).

La resolución provocará el desalojo inmediato de la finca por la parte compradora o por quienes de ella deriven su derecho, ya sea éste real o personal, incluido el de arrendamiento.

En caso de resolución por impago del precio aplazado, ambas partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones ya realizadas, salvo que la parte vendedora retendrá las siguientes sumas que tiene derecho a deducir: a) El 10 por 100 del importe de los plazos pagados en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador; b) Una cantidad igual al desembolso inicial por la depreciación comercial del inmueble vendido con el límite máximo de la quinta parte del precio de venta. Por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en Derecho proceda.

La parte vendedora consiente formalmente, desde ahora y para entonces, que la condición resolutoria podrá cancelarse mediante instrumento público que el Notario de fe de que las letras reseñadas se encuentran en poder de la parte compradora o de sus causahabientes.

CUARTA.—Menciones obligatorias En cumplimiento de la Ley de 23 de marzo de 1995 sobre crédito al consumo, la parte vendedora hace constar:

A) Que los elementos que componen el coste total del crédito que supone el aplazamiento de pago del precio, con excepción de los gastos de incumplimiento contractual, son: el interés nominal del ... % anual, que no se modificará durante toda la vida del contrato; los honorarios de Notaría y Registro por la constitución y, en su día, cancelación de la condición resolutoria, y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados a pagar a la Hacienda Pública por tal constitución y cancelación, que en la actualidad es el 0,5 por 100 sobre el precio aplazado, e intereses garantizados en cada uno de dichos actos.

B) Que la tasa anual equivalente definida en el artículo 18 de la citada Ley es el ... % anual, para cuyo cálculo sólo se ha considerado el tipo de interés, plazos y periodicidad de los mismos.

casos la cláusula cuarta, relativa a las menciones obligatorias, que la Circular de la Junta de Decanos ha establecido y que hemos reseñado en la nota número 19; en cambio, en el caso de la ejecución de la condición resolutoria la cantidad que puede retener el vededor, o en caso de impago del precio aplazado, no estará sujeta a las limitaciones del artículo 9 de la Ley, de modo que el vendedor en caso de resolución podrá retener la totalidad del precio recibido y de sus intereses, siempre, claro está, que el precio aplazado sea superior a 3.000.000 de pesetas.

VI. OTRAS CUESTIONES EN LA LEY DE CREDITO AL CONSUMO

El artículo 11 relativo a las excepciones oponibles en caso de cesión establece que cuando el concedente de un crédito ceda sus derechos a un tercero el consumidor tendrá derecho a oponer contra el tercero las mismas excepciones que le hubieren correspondido contra el acreedor originario, incluida en su caso la de compensación, conforme al artículo 1.198 del Código Civil. Efectivamente, el artículo 1.198 del Código Civil se encuentra en sede de la compensación, estableciendo: «El deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondiera contra el tenente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión». Al remitirse el artículo 11 de la Ley de Consumo al artículo 1.198 del Código Civil, entendemos que se aplicará el fenómeno de la compensación en el caso de cesión en las mismas circunstancias y condiciones que establece el propio artículo 1.198 del Código Civil y reguladas en cada uno de sus tres párrafos. También habrá que tener en cuenta los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil en materia de la transmisión de créditos y demás derechos incorporeales.

Indica la misma Circular que en los supuestos en que el precio aplazado sea superior a los 3.000.000 de pesetas, además de las menciones obligatorias ya transcritas, como no hay la limitación que sí se establece en los casos en que el precio aplazado es inferior a esa cantidad, se podría poner la siguiente cláusula: «En caso de resolución la parte vendedora retendrá, sin obligación de devolver, como indemnización y cláusula penal por el incumplimiento, la totalidad de las cantidades ya percibidas a cuenta del precio e intereses, sin perjuicio de que los Tribunales puedan moderar equitativamente la pena, conforme al artículo 1.154 del Código Civil».

El artículo 12 de la Ley hace referencia a las obligaciones cambiarias, en concreto a las excepciones cambiarias reguladas en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

Establece este artículo 12 que cuando en la adquisición de bienes o servicios concurren las circunstancias previstas en las letras *a)*, *b)* y *c)* del apartado 1 del artículo 15 (que ya tuvimos ocasión de examinar al hablar de los derechos ejercitables en los contratos vinculados, en los supuestos en que el consumidor o comprador pueda ejercitar sus derechos frente al prestamista, derechos que le correspondía ejercitar frente al vendedor o proveedor de los bienes), si el consumidor y su garante (comprador y avalista en las ventas) se hubieran obligado cambiariamente, mediante la firma en letras de cambio o pagarés, podrán oponer al tenedor, al que afecten las mencionadas circunstancias del artículo 15, las excepciones que se basen en sus relaciones con el proveedor de los bienes o servicios (con el vendedor en el caso de venta de bienes) (20).

Ello es consecuencia del propio artículo 15, ya que si se dan las circunstancias contenidas en el apartado 1.º de ese artículo es lógico que, si se han emitido unas letras de cambio, el consumidor o comprador pueda oponer las excepciones que se basen en sus relaciones con el vendedor o proveedor de los bienes aunque el tenedor sea otra tercera persona, en este caso el empresario que hubiere concedido el crédito; en definitiva, el tenedor de la letra, siempre que le afecten las circunstancias mencionadas en el artículo 15, tratándose de contratos vinculados, con todas las particularidades establecidas en ese artículo.

El artículo 16 hace referencia a la oferta vinculante dirigida al empresario que ofrezca un crédito al consumidor, y si el consumidor así lo solicita, deberá entregarle antes de la celebración del contrato un documento con todas las condiciones del crédito como oferta vinculante y que deberá mantener durante un plazo mínimo de diecinueve días hábiles desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él.

Esta oferta vinculante nos recuerda a la que ya estudiamos en su momento (21) en relación con la Ley de Subrogación y Modificación de

(20) Como indica SERRA MALLOL, si se dan todas las circunstancias de este artículo 12 de la Ley, el consumidor, de esta forma, puede evitar el perjuicio que se le ocasiona si debe atender los pagos del crédito al consumo cuando el bien o servicio no ha sido entregado o realizado en condiciones, lo que en otra forma exigiría al cliente reclamar al proveedor, exigir y justificar sus gastos financieros y otros, lo que significaría no sólo los gastos económicos, sino también molestias personales y desasosiego muchas veces. Ob. cit., pág. 6350.

(21) Ver nuestros trabajos sobre la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, así como la Orden de Transparencia, en el trabajo ya citado. En cuanto al primero, en *RCDI*, núm. 624, septiembre-octubre 1994, págs. 1947-1965; también, en el *Boletín del Colegio de Granada*, núm. 160, abril 1994, págs. 877-898.

Préstamos Hipotecarios, así como en la Orden de Transparencia, en donde esta oferta vinculante era siempre y en todo caso obligatoria para la entidad de crédito, lo solicitara o no el prestatario o consumidor, a diferencia de lo que ocurre aquí, en donde parece que si el consumidor no lo solicita no se está obligado a entregarle ese documento acreditativo de la oferta. Como ya hemos dicho en otros momentos de este trabajo, todo el tema de la oferta vinculante, de su contenido, de su eficacia y de su naturaleza, habrá que remitirse a la legislación específica a la que están sometidas las Entidades de Crédito, que casi en un 100 por 100 realizan los préstamos; en materia de préstamos hipotecarios, y en lo dispuesto en este artículo 16, para las Entidades de Crédito habrá que estar a su legislación específica, y únicamente lo dispuesto en el capítulo III de la Ley de Crédito al Consumo, entre los que se encuentra este artículo 16, será aplicable a falta de normativa sectorial específica y que, como sabemos, existe de forma variada, todo ello conforme a la disposición final primera de la Ley.

Lo mismo en relación al artículo 17 en cuanto a la Publicidad sobre Ofertas de Crédito, a los efectos de informar al consumidor, cuando reciba el impacto publicitario de ofertas, establece los requisitos mínimos que debe contener esta publicidad sobre las mismas.

VII. ACTUACION NOTARIAL EN LA LEY

La intervención o actuación notarial en esta Ley de Crédito al Consumo no difiere de la función general asesora establecida en la legislación notarial. A diferencia de otras normas, como, por ejemplo, la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, pero sobre todo en la Orden de Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, donde se hacen una serie de menciones específicas al Notario y de comprobaciones que debe realizar, así como advertencias específicas consignadas en el propio documento público.

Por ello, el Notario deberá advertir y asesorar a las partes sobre esta Ley de Crédito al Consumo, indicándoles si efectivamente se encuentran en su ámbito de aplicación; las menciones que la Ley exige deben quedar plasmadas en el documento público, pero no se le exige al Notario una especial comprobación sobre algunos de sus elementos, como es, por ejemplo, el cálculo de la tasa anual equivalente, a diferencia de lo que sí ocurre en la Orden de Transparencia.

En este sentido, entre otros, el artículo 147 del Reglamento Notarial, en conexión con el artículo 1, entran de lleno en la labor asesora, así como en la de las reservas y advertencias legales, en este caso en especial la de la Ley de Crédito al Consumo, indicándoles cuál debe ser el contenido

de estos contratos y las consecuencias por su omisión; y una vez advertidos de todo ello, las partes contratantes podrán utilizar una u otra vía.

Especial consideración debe tener el Notario en la compraventa de inmuebles con precio aplazado, conformando y perfilando los efectos de la condición resolutoria, punto crucial en este tipo de contratos con precio aplazado, sobre todo en lo referente al artículo 9, relativo a las liquidaciones a realizar por la ineficacia o por la resolución del contrato de adquisición.

En resumen, la actividad notarial debe ser la misma que en la aplicación de cualquier otra Ley en las funciones de asesoramiento, de información y de asistencia especial al otorgante necesitado de ella, pero no con el carácter específico de comprobaciones y advertencias consignadas de forma especial, como ocurre en la Orden de Transparencia ya citada.

VIII. DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LEY

La disposición final tercera, dentro del apartado mandatos y autorizaciones al Gobierno, hace algunas a éste para modificar por Real Decreto las cuantías mencionadas en la presente Ley, así como para desarrollar por medio del Real Decreto lo dispuesto en la misma en el plazo máximo de seis meses desde su publicación en el *BOE*

También la disposición transitoria única determina que mientras no se desarrolle reglamentariamente el artículo 18 de la Ley se aplicará a los créditos regulados en ella lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 sobre Tipos de Interés y Comisiones y Normas Complementarias, la cual mantendrá su actual rango normativo.

Así pues, esperaremos el desarrollo reglamentario de esta Ley que intenta controlar el tráfico de bienes y servicios en relación con la financiación de los mismos, teniendo como principal protagonista al consumidor, que, poco a poco, va siendo protegido en los diversos ámbitos de su actuación, muchas veces por necesidades de las Directivas Comunitarias.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS
Notario de Rincón de la Victoria (Málaga)
Profesor Asociado de Derecho Civil
Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga

Concepto y tipos de empresa según la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EVOLUCION LEGISLATIVA.—3. CONCEPTO DE EMPRESA AGRARIA.—4. REQUISITOS Y CLASIFICACION.—5. AGRICULTOR PROFESIONAL, AGRICULTOR PRIORITARIO Y AGRICULTOR A TITULO PRINCIPAL.—6. EXPLOTACIONES ASOCIATIVAS. OBRAS CITADAS.

1. INTRODUCCION

Ante todo, quiero adelantar que hace más de veinte años redacté una monografía publicada en 1978, cuyo título es similar al del presente trabajo, en el que me propongo hacer un rápido repaso del vigente régimen de la empresa agraria en nuestro Derecho. Esta monografía tuvo poco eco en su momento, lo que no es raro en el ámbito de las obras científicas. Aparte de una amable recensión, este libro pasó casi inadvertido hasta que lo ha criticado recientemente A. GERMANÒ, actual Ordinario de Roma, por estar demasiado influido, a su juicio, por el Derecho italiano. Lo que es cierto, pero hay que reconocer que los italianos inventan a veces cosas acertadas que no hay por qué descartar sólo por ser italianas; por ejemplo, la noción biológica de agrariedad, que el profesor A. CARROZZA expuso por primera vez en Salamanca en 1971 y que, aunque yo no la comparto, se ha acogido por el legislador francés para definir la agricultura en la Ley de Orientación Agrícola de 1988. Además, en aquellos años los datos normativos sobre la empresa agraria eran tan antiguos como escasos, pues se limitaban a las viejas leyes de colonización, adjudicación de tierras, unidades mínimas de cultivo y concentración parcelaria, entre otras materias recogidas en la LRDA de 1973, aparte del anterior RAR de 1959, por lo que la mejor doctrina de entonces se inspiraba en fuentes extranjeras, no sólo en el

campo del Derecho agrario, sino también en el del Derecho civil y en el mercantil. En fin, estos datos han cambiado afortunadamente en los últimos veinte años, al tiempo que han dado una mayor consistencia legal a la figura que estudiamos. Por todo esto, nos proponemos volver al cabo de estos años sobre el mismo tema.

2. EVOLUCION LEGISLATIVA

En efecto, a lo largo de estos años ha habido importantes y profundos cambios legislativos. Además de la Constitución, aparece en primer lugar la nueva LAR de 1980, en la que se exige que el arrendatario tenga la capacidad especial de profesional de la agricultura, esto es, que se ocupe preferentemente en actividades agrarias, y de manera efectiva y directa de la explotación arrendada.

En segundo lugar, está el ambicioso y poco aplicado Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes de 1981, en que se define dicha explotación, por evidente influjo del Derecho comunitario, como el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular con fines de mercado, siempre que constituya el medio principal de vida de su familia, el titular se dedique a ella como actividad principal y que la mano de obra asalariada sea inferior a la familiar.

En tercer lugar, España ingresa en la CEE y acoge por el RD 808/1989 las reformas estructurales previstas por Reglamento CEE 797/1985, reformado por el Reglamento CEE 2328/1991, traspuesto al Derecho español por el RD 1887/1991 y modificado por el reciente RD 204/1996, de 9 de febrero, que contiene el vigente régimen de las ayudas públicas a la mejora de las estructuras agrarias y la modernización de las explotaciones que mencionaremos más adelante.

Varias son las novedades que la recepción de la PAC en España trajo consigo; acaso las más importantes sean las siguientes: el sistema de ayudas pasa de la garantía de precios al apoyo directo de las rentas; se combaten las producciones excedentarias mediante el abandono de la agricultura por pre-jubilación, la retirada de tierras de los cultivos, la reforestación y la fijación de cuotas, primas o derechos limitados de producción; la agricultura viene a desempeñar una nueva función protectora del medio ambiente y es fundamental para el nuevo desarrollo del espacio rural; en fin, tras los acuerdos del GATT, la agricultura española, lo mismo que la europea, está llamada a competir libremente en el mercado mundial, pues las barreras protectoras de las distintas OCM se han mantenido *ad tempus* hasta el año 2004.

En este contexto, por último, se encuadra la reciente Ley 5/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias (LMEA), que es la

que vamos a examinar aquí, pues establece el Estatuto de la empresa agraria que está hoy en vigor. Se trata de la única Ley sobre agricultura promulgada en los trece años de gobierno socialista, que modifica algunas disposiciones de la LRDA y deroga todo el Estatuto antes citado. Como ha observado A. BALLARÍN MARCIAL, con razón, es una Ley bien preparada por un estudio preliminar que se publicó en la *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, cuya meta fundamental es el agrandamiento del tamaño de las explotaciones, y en este sentido viene a llenar un vacío histórico.

En efecto, si los problemas del latifundio se han afrontado desde 1939 con la colonización de grandes zonas y las distintas leyes sobre fincas y comarcas mejorables, los problemas del minifundio se han intentado resolver por la concentración parcelaria, pero ésta, por limitarse a la agrupación de las parcelas dispersas, no ha podido o no ha sabido aumentar la dimensión económica de las pequeñas explotaciones ni se ha utilizado como medio para instaurar grandes empresas asociativas. Por el contrario, la LMEA se centra en las que llama explotaciones agrarias prioritarias, que son, como veremos, explotaciones medianas y pequeñas, casi como unas PYME del campo, que ahora se pretende potenciar, favoreciendo fuertemente la mejora de su estructura, aunque sólo de forma débil la asociación de las mismas. Esto lo hace la LMEA mediante un amplio catálogo de ayudas directas y de beneficios fiscales que complementan las ayudas previstas por el RD 204/1996, hasta el punto de que, a juicio de F. CORRAL DUEÑAS, estamos ante una Ley más económica que jurídica.

En nuestra opinión, esto es sumamente significativo, ya que en lugar de incidir sobre el derecho de la propiedad y la función social del mismo, como la Ley andaluza de Reforma Agraria y la célebre STC 37/1987, por ejemplo, la intervención pública se traduce aquí en medidas directas e indirectas de fomento que presupone la libre actuación de los agricultores en el mercado. Si nos situamos en el plano de nuestra Constitución, esto quiere decir que la intervención pública en la agricultura descansa en la política de equiparación de todos los sectores económicos que consagra el artículo 130.1, pero no se basa en el derecho de propiedad que regula el artículo 33, sino que responde más bien a la lógica del contrato y se asienta, por ello, en el artículo 38, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Con todo, esta meta fundamental se despliega a través de los ocho fines particulares que fija el artículo 1 de la LMEA, y que son éstos: estimular la formación de explotaciones agrarias de dimensiones suficientes para asegurar su viabilidad y que constituyan la base permanente de la economía familiar de sus titulares; definir las explotaciones agrarias que se consideran destinatarias prioritarias de los apoyos públicos a la agricultura y de los beneficios establecidos en esta Ley; favorecer la incorporación de los agri-

cultores jóvenes como titulares de explotaciones prioritarias; fomentar el asociacionismo agrario como medio para la formación o apoyo de explotaciones agrarias con dimensión suficiente para su viabilidad y estabilidad; impedir el fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas; incrementar la movilidad en el mercado de la tierra, tanto en propiedad como en arrendamiento; mejorar la cualificación profesional de los agricultores, especialmente de los jóvenes, para su adaptación a las necesidades de la agricultura moderna, y por último, facilitar el acceso al crédito de los titulares de explotaciones que pretenden modernizar éstas. Básicamente, estos fines son similares a los que imperan en el Derecho comunitario, pero, como advierte también BALLARÍN, se ha omitido la protección del medio ambiente y el desarrollo del espacio rural, que aparece, sin embargo, como una posible actividad agraria complementaria.

A continuación, la LMEA contiene, como las leyes anglosajonas, una lista de doce definiciones, que el RD 204/1996 ha elevado a veintiuna y añade otra docena de Anexos. Luego se establecen los requisitos y el régimen de la explotación prioritaria, se regulan las unidades mínimas de cultivo, sancionándose con nulidad los actos de división que den lugar a parcelas inferiores a la misma, y se reduce para el futuro la duración mínima de los arrendamientos rústicos a cinco años, prorrogables de tres en tres años si no hay voluntad contraria de los contratantes.

Naturalmente que no vamos a examinar todo esto aquí, sino que pasamos a estudiar el concepto de empresa agraria, pues una de las novedades de la LMEA es que nos ofrece, por primera vez en nuestro Derecho, una definición legal del mismo.

3. CONCEPTO DE EMPRESA AGRARIA

Como es bien sabido, el fenómeno de la empresa no ha encontrado fácil acomodo en el mundo jurídico, ni siquiera en el Derecho Mercantil, que los mercantilistas de hoy, no sin cierto voluntarismo, autodefinen como el Derecho de las empresas. En la monografía que mencionábamos al principio distinguíamos dos aspectos, como hace toda la doctrina, un aspecto subjetivo o empresario y un aspecto objetivo o establecimiento; en parecidos términos, la LMEA distingue, por un lado, el titular de la explotación o empresario agrícola, y por otro lado, la explotación agraria y los elementos que la componen. Admitíamos también la existencia de una noción unitaria de empresa, que es común para la empresa agraria y para cualquier otra clase de empresa. De acuerdo con esta noción, suele entenderse que se trata de una actividad económica que se ejercita en y para el mercado de forma organizada y profesional por el empresario, al que se imputan los resultados

económicos y las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha actividad. Y esto es aproximadamente lo que viene a establecer el artículo 2.4 de la LMEA cuando define al titular de la explotación como «la persona física o jurídica que ejerce la actividad agraria originando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidades civil, social y fiscal que puedan derivarse de la gestión de la explotación».

Es claro que están presentes aquí, además, los elementos o requisitos que son propios de toda empresa, pues aunque hay opiniones discrepantes predomina la tesis según la cual deben concurrir estos cuatro requisitos: una actividad económica, que en nuestro caso es la actividad agraria; la existencia de una organización, que se concreta en la explotación agraria y sus elementos; la imputación, que consiste en la asunción de los riesgos económicos, y las responsabilidades jurídicas. En fin, sólo falta el requisito de la profesionalidad, pero aparte de ser discutible y de estar implícito en la organización, es tan importante en la LMEA que determina los distintos tipos de empresa y el régimen aplicable a los mismos; determina, en concreto, la calificación del empresario como agricultor profesional, agricultor prioritario o agricultor a título principal.

4. REQUISITOS Y CLASIFICACION

Así pues, la empresa agraria requiere, en primer lugar, que el sujeto ejercite la actividad agraria, que se define a su vez como el conjunto de trabajos necesarios para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales. Aparte de la tautología que supone definir la actividad agraria como la productora de productos agrarios, es claro que estos últimos no son los frutos naturales de la tierra o del ganado, sino los que el artículo 335 del Código Civil llama frutos industriales porque son los que resultan del beneficio y del trabajo del hombre. Sin entrar en el discutido problema de la agricultura sin tierra, es de notar que aquí, a diferencia del Derecho comunitario, no hay una lista que acote cuáles son y cuáles no son los productos agrarios, por lo que en caso de duda o de litigio debe resolver el Juez atendiendo a las circunstancias de cada caso. La obtención de estos productos, en fin, se debe considerar como actividad esencial o principalmente agraria y se contrapone a las actividades accesorias o conexas que la LMEA denomina actividades complementarias.

Estas actividades pueden ser de tres tipos. En primer lugar, pueden consistir en las clásicas actuaciones conexas a la agricultura que son la transformación y la venta directa de los productos de la explotación. Para evitar ulteriores problemas de interpretación, conviene entender que el

adjetivo «directa» se refiere tanto a la transformación como a la venta; si esto es así, cabe afirmar, en línea con el Tratado de Roma, que los productos transformados son agrarios solamente cuando resulten de una primera operación de transformación, debiendo advertirse que tales productos están sujetos a la responsabilidad civil especial que protege a los consumidores frente a productos defectuosos, puesto que sólo se excluyen las materias primas que no hayan sufrido transformación inicial, conforme a lo dispuesto por el artículo 2.1 de la Ley 22/1994. En lo que concierne a la venta, también directa, de los productos agrarios, es de naturaleza civil por estar excluida del Código de Comercio por su artículo 326.2.º, y también lo es, a nuestro juicio, cuando forma parte de un contrato de integración agroindustrial. En segundo lugar, pueden ser actividades complementarias también las turísticas, las cinegéticas y las artesanales desarrolladas en la propia explotación, así como todas las relacionadas con la conservación del espacio rural y la protección del medio ambiente. Por último, puede serlo, asimismo, la participación por elección pública en organismos consultivos, mesas de seguimiento y organizaciones sindicales, cooperativas o profesionales. Naturalmente que todas estas actividades complementarias son accesorias y presuponen que el empresario ejerza, además, la actividad agraria principal, que hemos visto antes.

Por otra parte, se requiere la existencia de una explotación agraria cuya constitución se debe llevar a cabo por el propio empresario, lo que no excluye que la adquiera, a cualquier título, una vez constituida u organizada previamente por otro. Esta organización ha de ser de carácter empresarial y consiste, como dice el artículo 44.2.º del RH, en una organización económica que no sea la puramente individual, esto es, una heteroorganización de bienes y de servicios que debe estar orientada primordialmente hacia el mercado y no al autoconsumo de los productos agrarios. Por eso, la explotación agraria se define por el artículo 2.2 de la LMEA como «el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica».

Con ser clara la influencia del derogado Estatuto en esta definición, dos observaciones acertadas expone CORRAL DUEÑAS al respecto. Por un lado, se resalta ahora la orientación al mercado, que prevalece sobre la antigua protección centrada en el núcleo familiar; y por otro, se ha pretendido consagrar la concepción unitaria u orgánica de la empresa o del establecimiento, más bien, descartándose la teoría atomista. Lo que se aprecia fundamentalmente a la hora de su transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, en la que tropieza con la dificultad insalvable de que los elementos que la componen son de naturaleza jurídica distinta y están sujetos a un régimen de transmisión diferente; por eso, a su juicio, se trata de una unidad técnico-

económica, como dice correctamente la LMEA, pero no de una unidad jurídica.

En efecto, los elementos de la explotación pueden ser de la naturaleza más diversa. Ante todo, están los inmuebles de naturaleza rústica, es decir, las fincas situadas en suelo no urbano ni urbanizable o, al menos, no programado, y cualesquiera otros, como dice el artículo 2.3 de la LMEA, «que son objeto de aprovechamiento agrario permanente», como puede ser el agua; y los inmuebles por incorporación, como son la vivienda, siempre que tenga dependencias agrarias, y las construcciones agrarias e industriales. Asimismo, son también elementos de la explotación los bienes muebles, como los ganados, máquinas y aperos, integrados y afectos a ella. Se trata, pues, de las pertenencias que, de acuerdo con el artículo 334.5.º del CC, se consideran inmuebles mientras estén destinadas a satisfacer las necesidades de la explotación, pero que una vez que termine esta relación de servicio recuperan su naturaleza de bienes muebles. Finalmente, los derechos y las obligaciones son también elementos de la explotación siempre que se hallen afectos a la misma. Y todos estos bienes y derechos pueden corresponder a su titular, explica el precepto citado, «en régimen de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y disfrute e incluso por mera tolerancia de su dueño».

Varias son las consecuencias que se desprenden de esto; a nuestro juicio, las más sobresalientes son las siguientes. En primer término, es claro que la finca rústica es indispensable, aunque sólo sea el soporte físico de un invernadero, como hemos puesto de relieve en otro lugar, y constituye el eje en torno al que se organiza la explotación. Si ésta comprende predios no colindantes o fincas discontinuas puede inscribirse en el Registro de la Propiedad, conforme al mencionado artículo 44.3.º del RH, bajo un solo número, así como también las explotaciones familiares agrarias, que hoy se deben entender referidas, como opina CORRAL DUEÑAS, a las explotaciones prioritarias; y en caso que no supere el tamaño de la unidad mínima de cultivo, está sujeta al régimen de indivisión que establece el artículo 24 de la LMEA. Pero es de resaltar que ambos aspectos se refieren exclusivamente a los inmuebles integrados en la explotación, pero no a los demás bienes y derechos que formen parte de la misma.

En segundo lugar, conviene llamar la atención que entre los derechos integrados en la explotación se comprenden los bienes inmateriales y, en particular, las denominaciones territoriales o de origen, las cuotas, primas y, en general, los derechos de producción que correspondan al titular en las distintas OCM según los productos de que se trate; y entre las obligaciones, igualmente, las rentas de arrendamiento, las hipotecas o la prenda agraria que afecten o graven la finca o sus productos, sin entrar aquí en las dificultades que plantea su transmisión.

Por último, la titularidad amplia que admite la LMEA sobre los distintos elementos de la explotación pretende favorecer a cualquier empresario, sea cual sea su título, pero suscita problemas de no fácil solución. En concreto, I. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS se ha fijado en que la mera tolerancia del dueño, o sea el precario, se considera título bastante para integrar dichos elementos en la explotación, pero no parece ser suficiente, a su juicio, para obtener las ayudas, los beneficios fiscales o el acceso al Catálogo General de Explotaciones Prioritarias por falta de estabilidad y de seguridad jurídicas, y ello aparte de que puede constituir un fraude de ley en aquellos casos en que, tras la tolerancia, exista un dueño o un factor oculto, que puede sobrepasar los requisitos mínimos exigidos en cada caso por la LMEA y se esconde, por ello, bajo la titularidad aparente del cultivador.

Además, el tercer requisito es la asunción de los riesgos y de las responsabilidades civil, social y fiscal. En cuanto a los riesgos, apuntemos que se trata tanto de los riesgos económicos que resulten de las variaciones que experimente el mercado como de los riesgos agronómicos que se deriven de la climatología. Y por lo que respecta a las responsabilidades, hay que entender que el enunciado es ejemplificativo a fin de incluir la responsabilidad penal que inexplicablemente se ha omitido; en concreto, la responsabilidad civil es la patrimonial universal del artículo 1.911 del CC. En caso de insolvencia, que tan bien ha estudiado el profesor ORDUÑA MORENO recientemente, el agricultor puede acudir a la cesión de bienes, a los convenios de quita y espera y al concurso de acreedores, pero no a la suspensión de pagos o a la quiebra por no ser comerciante.

El último requisito es la profesionalidad, que por analogía con el comerciante precisamente consiste en el carácter habitual, permanente o sistemático del ejercicio de la actividad agraria; no es tanto la capacitación científica o técnica del agricultor, sino más bien la dedicación a los trabajos u operaciones que la explotación requiera. Se mide en términos de la renta que percibe y la que proceda de la explotación y del tiempo de trabajo dedicado a la misma. Estas dos variables determinan la dimensión económica de la explotación, que no se fija con arreglo a los datos físicos de la superficie o las cabezas de ganado, sino de acuerdo con las variables numéricas de renta y trabajo; y éstas determinan también la clase de explotación de que se trate, así como su régimen de fomento y protección.

En efecto, de acuerdo con estos criterios cuantitativos, las empresas agrarias se clasifican en tres tipos básicos, a saber: *a)* el agricultor profesional, al que se une el profesional con dedicación exclusiva a su explotación; *b)* el agricultor prioritario, que puede ser individual, lo mismo joven o no, y asociativo, y *c)* el agricultor a título principal, que puede ser, además, agricultor con dedicación principal agrícola-ganadera, pequeño agricultor y pequeño agricultor con orientación lechera, y al que se contra-

pone, por último, el agricultor a tiempo parcial. Dada esta completa tipología, veremos brevemente los supuestos que se refieren a las personas físicas y los supuestos de personas jurídicas.

5. AGRICULTOR PROFESIONAL, AGRICULTOR PRIORITARIO Y AGRICULTOR A TÍTULO PRINCIPAL

El primero de estos supuestos es el del agricultor profesional, que se caracteriza por obtener la mitad de su renta total en actividades agrarias y complementarias y por dedicar más de la mitad de su tiempo de trabajo al ejercicio de las mismas; en todo caso, la cuarta parte de su renta debe provenir del trabajo directo en la explotación. En particular, el profesional con dedicación agrícola o ganadera es el que se dedica en exclusiva a las actividades agrarias y complementarias en su propia explotación, sin ocuparse de las comprendidas en el tercer tipo de estas últimas, es decir, la participación en cargos de elección pública.

El régimen jurídico del agricultor profesional es relativamente simple. Puede solicitar ayudas públicas para las inversiones que se contemplen en un plan de mejora y para inversiones en obras de uso común en las zonas desfavorecidas, zonas de montaña y regiones con insuficiencias estructurales. Además, está legitimado para ser arrendatario rústico dado que la LMEA ha reformado la dedicación preferente que exigía el artículo 15.1 de la LAR e impuesto las mismas magnitudes del agricultor profesional. Es de lamentar, sin embargo, que no se haya aprovechado esta reforma para esclarecer el discutido concepto del cultivador profesional. En fin, el agricultor profesional puede ser calificado como agricultor prioritario si reúne los requisitos propios de este último.

En efecto, la figura central de la LMEA es el llamado titular de una explotación familiar, que exige la concurrencia nada menos que de estos seis requisitos, a saber: *a)* ser agricultor profesional; *b)* poseer una capacitación agraria suficiente en términos de formación lectiva y de experiencia profesional; *c)* tener una edad comprendida entre los 18 y los 65 años cumplidos; *d)* estar dado de alta en los regímenes especiales agrarios de la Seguridad Social; *e)* residir en la comarca en donde radique la explotación o en comarcas limítrofes, salvo los casos de fuerza mayor o de necesidad; *f)* ser titular de una explotación familiar, es decir, una explotación capaz de ocupar una unidad de trabajo agrario y de producir una renta entre el 35 y el 120 por 100 de la renta de referencia. Para el año 1996 la unidad de trabajo agrario es de 1.920 horas y la renta de referencia, que es la media de los salarios no agrarios pagados en España, se ha fijado en 2.648.938 pesetas.

Por eso decíamos antes que el agricultor prioritario es de un tamaño notablemente reducido, y todavía se puede reducir más en los casos especiales de insuficiencias estructurales y zonas de montaña, en que se suprime el límite inferior de la renta, y en las Comunidades Autónomas en que la cuarta parte de las explotaciones familiares no alcance dicho límite se puede rebajar al 30 por 100 de la renta de referencia. Además, transitoriamente hasta el año 1998, este porcentaje rebajado habilita para obtener la calificación de agricultor prioritario siempre que la explotación produzca, al menos, media unidad de trabajo agrario. Por último, en caso de matrimonio basta que uno de los cónyuges reúna todos los requisitos aunque la titularidad de la explotación pertenezca a ambos cónyuges, y lo mismo ocurre en la hipótesis de una comunidad hereditaria con pacto expreso de indivisión por más de seis años. Con razón, ha señalado FERNÁNDEZ DE CORDOVA que esta nueva figura tiene un amplio ámbito de aplicación a pesar del aparente rigor de sus requisitos.

Finalmente, hay todavía un requisito de forma y otro de publicidad. El primero consiste en la calificación administrativa y la certificación expedida por la respectiva Comunidad Autónoma que permite acreditar la condición de explotación prioritaria, lo mismo para obtener los beneficios fiscales que para todos los demás efectos previstos por la LMEA. Y la publicidad se traduce en la inscripción obligatoria en el Catálogo General de Explotaciones Prioritarias. Observemos, sin embargo, que la certificación no es una formalidad esencial y que la inscripción tampoco es constitutiva, pues la eficacia de una y otra es puramente probatoria; así lo da a entender el artículo 16.3 de la LMEA cuando dispone que «la inclusión en el Catálogo o la certificación de la Comunidad Autónoma serán los medios para acreditar que la explotación tiene carácter de prioritaria a los efectos establecidos en esta Ley». Lo que parece no excluir los demás medios probatorios para acreditar la condición de explotación prioritaria, ni impedir que ostenten dicha condición explotaciones que no estén calificadas por la Administración ni inscritas en el Catálogo.

El régimen jurídico de esta clase de explotación se refiere a tres aspectos diferentes, que son las situaciones legales de preferencia, los beneficios fiscales y las ayudas públicas.

En cuanto a las primeras, se trata de las hipótesis siguientes: adjudicación de tierras por las Administraciones Públicas; seguros agrarios subvencionados; formación y cualificación profesional; planes de mejora; ayudas por ordenación de la producción o localización en determinadas zonas; y, lo que es más importante, gozan de preferencia legal para la asignación de cuotas, primas y derechos de producción. A esto se une la preferencia para retraer, en caso de venta, la finca colindante de dimensión inferior al doble de la unidad mínima de cultivo y la bonificación al arrendador del

10 por 100 de la renta anual si se ha pactado un arrendamiento de duración superior a ocho años, lo que se compagina mal con la reducción del plazo mínimo a cinco años. Los beneficios fiscales se confieren por préstamos, transmisión íntegra de la explotación, completar la superficie bajo una sola linde, adquisición parcial y permuta de fincas rústicas. Y las ayudas comprenden las inversiones previstas en planes de mejora, introducción de contabilidad, cualificación profesional y adquisición de tierras. En el caso de los agricultores jóvenes, esto es, aquellos que tengan menos de cuarenta años de edad, cabe, además, la ayuda de primera instalación y la de capacitación agrícola reglada. Es claro, pues, que se trata del verdadero protagonista del sistema instaurado por la LMEA.

Por último, es agricultor a título principal el titular de una explotación que obtenga de ella la mitad de su renta total y se dedique a la misma la mitad de su tiempo de trabajo. A diferencia del supuesto anterior, esta figura tiene escasa relevancia práctica; sólo en conjunción con las características propias del agricultor prioritario, la presencia de un agricultor a título principal permite considerar como explotación prioritaria a la sociedad que agrupe las dos terceras partes de su superficie bajo una sola linde.

Algo semejante ocurre con el agricultor con dedicación principal agrícola-ganadera, que trabaja sólo en su explotación y que sólo está legitimado para las ayudas destinadas a la introducción de la contabilidad y la gestión en común de las explotaciones. Asimismo, el pequeño agricultor, esto es, aquel agricultor a título principal cuya explotación no supere 12 unidades de dimensión europea y cuya renta total sea inferior a los dos tercios de la renta de referencia, carece de consecuencias jurídicas; y el pequeño agricultor de orientación lechera, caracterizado por poseer una cabaña inferior a 15 vacas, 200 ovejas o 120 cabras de las que obtenga más de la mitad de su producción total, puede pedir ayudas para la mejora de sus instalaciones y la adquisición de derechos de producción y derechos a prima.

Finalmente, contrapuesto al agricultor a título principal, está el agricultor a tiempo parcial, que es el titular de una explotación que se dedica a actividades agrarias entre un 20 y un 50 por 100 de su tiempo de trabajo total, no tiene un régimen propio ni se prevén, por el momento, ayudas a favor del mismo.

6. EXPLOTACIONES ASOCIATIVAS

Para terminar, haremos una rápida alusión al régimen de las explotaciones asociativas, que pueden ser de dos tipos: o bien explotaciones prioritarias, o bien agrupaciones para la prestación de determinados servicios en común.

En el primer caso, se trata de explotaciones que tengan la misma capacidad de generar renta y proporcionar trabajo que las explotaciones familiares y que su titularidad corresponda a una entidad que ostente personalidad jurídica.

En concreto, tales entidades pueden ser cooperativas de explotación común de la tierra o de trabajo asociado por el solo hecho de estar legalmente constituidas; y además, cooperativas agrarias, sociedades agrarias de transformación o sociedades civiles y mercantiles que se encuentren en cualquiera de estos casos: a) la mitad de sus socios sean agricultores profesionales; b) los dos tercios se encarguen de la gestión de la sociedad y reúnan los requisitos para ser titulares individuales de explotaciones prioritarias, aunque no sean agricultores profesionales, siempre que aporten también los dos tercios del trabajo desarrollado en la explotación; c) se formen por la agrupación de explotaciones cuyas dos terceras partes estén bajo una sola linde, sin que el 40 por 100 de la superficie aportada pertenezca a un solo socio y uno de ellos, al menos, sea agricultor a título principal, como sabemos. Por último, en el caso de las sociedades civil, laboral o mercantil se requiere, además, que las acciones o participaciones sean nominativas, tengan por objeto social exclusivo el ejercicio de la actividad agraria en la explotación que les pertenezca y la mitad del capital social corresponda a agricultores profesionales respecto de la misma explotación.

Es de notar, como advierte I. MALDONADO RAMOS, que se ha establecido aquí un *numerus clausus* y es claro que abarca, además de la sociedad civil y la anónima laboral, toda la amplia gama de las sociedades mercantiles, incluyendo las agrupaciones de interés económico; compartimos su duda sobre las uniones temporales de empresas por la temporalidad de las mismas, pero nada impide que una fundación participe en las sociedades mercantiles, incluso mayoritariamente, con las limitaciones impuestas por el artículo 22 de la Ley 30/1994 y, por esta vía indirecta, puede ser también titular de una explotación prioritaria asociativa.

El régimen de preferencias legales, beneficios fiscales y ayudas públicas de las explotaciones asociativas es exactamente el mismo que el de la explotación prioritaria individual. En este sentido, hay que señalar que el fin de fomentar el asociacionismo, que establece el artículo 1.d) de la LMEA, como vimos, se queda en buenas intenciones, pues no se prevén medidas concretas que lo favorezcan.

Una excepción tímida se aprecia en lo que concierne a las agrupaciones o asociaciones constituidas para la prestación de servicios comunes a varias explotaciones, que pueden ser de tres modalidades diferentes. Por una parte, servicios de ayuda mutua, tales como la utilización de nuevas tecnologías y prácticas agrarias alternativas o protectoras del medio ambiente y del

espacio rural, aparte de la explotación en común de tierras y ganados. Por otra parte, servicios de sustitución en las tareas que se realizan en la explotación por el titular o cualquier otra persona que trabaje en la misma. Por último, servicios de gestión empresarial de las explotaciones prestados por terceros o por los propios agricultores con dedicación principal a la agricultura; no es claro si basta aquí ser agricultor profesional o agricultor a título principal, como es más probable por el origen comunitario de esta figura. El régimen de estas agrupaciones y asociaciones lo fijan las Comisiones Autónomas, en particular por lo que respecta a la forma jurídica de las mismas; en todo caso, se rigen con carácter supletorio por la Ley 29/1992, de agrupación de productores agrarios, y por la Ley 191/1964, de asociaciones, respectivamente.

BIBLIOGRAFIA

- A. BALLARÍN MARCIAL, «Introducción y crítica a la nueva Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», *RDAA*, núm. 27, 1995, págs. 7 y sigs.
- F. CORRAL DUEÑAS, «Comentario a la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», *RDAA*, núm. 27, 1995, págs. 13 y sigs., y *RCDI*, núm. 630, 1995, págs. 1771 y sigs.
- I. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «Aspectos civiles y fiscales de la Ley de 4 de julio de 1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias», *RDAA*, núm. 27, págs. 23 y sigs., y *RCDI*, núm. 632, 1996, págs. 95 y sigs.
- A. GERMANÒ, *L'impresa agricola nel Diritto spagnolo*, Giuffrè, Milán, 1993.
- I. MALDONADO, «Consideraciones sucesorias y societarias en torno a la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», *RCDI*, núm. 632, 1996, págs. 119 y sigs.
- F. J. ORDUÑA MORENO, *La insolvencia. análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1994.
- SECRETARÍA DE ESTADO DE ESTRUCTURAS AGRARIAS (MAPA), «Notas para la estructura y contenido del Anteproyecto de Ley de Bases sobre Modernización de las Estructuras Agrarias», *RDAA*, núm. 20, 1993, págs. 21 y sigs.
- C. VATTIER FUENZALIDA, *Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español*, Colegio Universitario de León, León, 1978, y «La explotación agrícola en invernadero y sus elementos», *RCDI*, núm. 628, 1995, págs. 909 y sigs.

o

DICTAMENES Y NOTAS

Reforma del régimen de horizontalidad en Puerto Rico y una jurisprudencia que rectifica

En el número 609 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1992, se publicó un pequeño estudio sobre el régimen de propiedad horizontal en el Derecho de Puerto Rico, ofreciendo su perspectiva general. Desde entonces, hecha excepción de un par de *Decisiones* del Tribunal Supremo —demostrativas de que seguía bastante obnubilado sobre las características de este especial régimen de propiedad—, concretamente las recaídas en *Junta de Directores condominio El Monte v. Consejo de Titulares El Monte North Garden* y *Condominio Profesional San Juan Health Centre v. P.R.F., Inc.* (1), ni la Asamblea Legislativa ni el Tribunal Supremo habían hecho manifestación alguna acerca del régimen especial.

Escasamente han transcurrido tres años cuando, vía Asamblea Legislativa, la ley especial de propiedad horizontal ha *sufrido* dos reformas importantes. Y, en perspectiva jurisprudencial, se produce una importante rectificación de algún gravísimo error sostenido —y *no enmendallo*— por el Alto Organismo judicial.

La primera reforma legislativa viene determinada por la Ley 129/1994, de 13 de diciembre. La segunda, *provocada* (y luego explicaré la bastardi-lla) por la más recientemente Ley 153/1995, de 11 de agosto. La primera de las leyes, pretendiendo resolver un problema de convivencia horizontal que ya estaba resuelto en su esencia. La segunda, para pretender resolver particulares problemas de algunos condominios ofrecidos como problemática general (*pareciendo*, así, dar la razón a SUÁREZ y su exigencia de que las leyes deben responder al bienestar general).

Jurisprudencialmente, la recentísima *Decisión* recaída en *Raquel Alvarez Figueredo v. Sebastián González Lamela*, ref. Col. Abogados 95-95,

(1) Respectivamente, ref. C.A. 93-4 y C.A. 93-71.

págs. 471 y sigs. de las *Avanzadas* (2) que responde a una solicitud de reconsideración ante el Tribunal Supremo de la *Decisión* recaída en su día (Col. Abogados 93-108).

Con referencia a las modificaciones habidas mediante Ley, hay que indicar que ambos textos van precedidos de sus correspondientes EE. de MM., que, con igual correspondencia, no suelen guardar relación alguna con la intención reformadora, sino que son simples excusas simplonas. Y ambos textos de reformas legislativas se ajustan al modo —un tanto primitivo y artesanal, hay que decirlo— de reformas textos legislativos que impera en el país: sin mucha reflexión metodológica acerca de lo que se pretende (rompiendo, así, las exigencias de una hermenéutica elemental y, con mayor frecuencia, permitiendo el naufragio del oculto motivo reformador; oculto motivo que, respecto a la Ley 153/1995, ha dejado de serlo al saltar a las páginas de la prensa la verdadera intención); *sobre escribiendo* el *aparente* texto legal en vigor a ser reformado; con rapidez y sin apreciar la mínima unidad orgánica del texto vigente (que tampoco es muy generoso en dicha unidad orgánica).

Ciertamente, que un texto legal responda a motivos ocultos (legítimos o no es ahora indiferente) es algo tan normal en la Historia de los Sistemas Jurídicos que no es necesario —ni conveniente— sorprenderse. Que motivos particulares quieran esconderse bajo la pretensión de un interés general ha resultado, asimismo, una constante histórica. Tampoco, pues, hay que extrañarse por ello. Quizá lo sorprendente de la reforma es que las razones que se aducen están, luego, negadas por el texto reformador (entre otras causas, por el método establecido de hacer reformas, como luego explicaré). De todo ello resulta que el texto normativo deviene y pasa a convertirse en expresión, nuevamente, de la *magia de la palabra*: parece partirse del supuesto de que es suficiente incorporar un vocablo para que éste se haga realidad. Precisamente una de las virtudes de la reorientación jurisprudencial de la *Decisión* que ha de analizarse es poner fin a un concepto hueco y vacío (por si acaso...) que respondía a ese principio mágico y que tanto cultiva el Alto Organismo judicial (de ahí lo maravillosamente sorprendente del fallo).

Es posible que si algún lector me concede su atención no capte el significado de aquella mi expresión de reformar textos legales *sobre escribiendo*. Me veo obligado a explicarlo como única manera de entender lo que he de decir luego y de comprender las dos leyes reformadoras mismas.

Puerto Rico carece de texto auténtico de las Leyes. El único existente es el que queda depositado en el Departamento de Estado, que suele repro-

(2) Realmente, y de modo lamentable, *retrasadas*; pues, por mucho que venga siendo el esfuerzo del Colegio de Abogados, nos llegan semanas después de publicarse la *Decisión*.

ducirlo para venta a los particulares interesados, frecuentemente mediante la fotostática de texto original. Lo normal es esperar a la aparición de la colección privada *Leyes de Puerto Rico Anotadas* (LPRA), que, obviamente, se publican con posterioridad de un año; colección privada de hermosos volúmenes, muy bien impresos y encuadernados, complementada con suplementos anuales para su inserción en un sistema de bolsillo. Ciertamente, si el Suplemento último no nos ha llegado, será menester buscar las normas vigentes entre otras fuentes de conocimiento; porque si nos limitamos al volumen en circulación puede ocurrir que el mismo refleje un texto normativo modificado, que aparecerá al día en el Suplemento respectivo.

Así, un legislador que quiera *reformular sobre escribiendo puede sobre escribir* un texto distinto al que está en vigor, resultando de tal modo una reforma que no reforma lo que se pretende, sino que reforma lo que no hay que reformar.

Estas dos precisiones que preceden en los dos últimos párrafos hay que tenerlas muy presentes si se quieren entender las reformas de 1994 y 1995 a que se dedican estas páginas.

La Ley 129/1994 resalta en su E. de M. su finalidad: asegurar la buena marcha del inmueble, así como de su administración, ante situaciones de titulares morosos en el pago de sus cuotas proporcionales por concepto de gastos derivados de los elementos comunes del inmueble (llamados vulgarmente, pero también profesionalmente, gastos de *mantenimiento*). Legítima preocupación que lleva al legislador a ofrecer «un medio para ser utilizado». Medio que consiste en legitimar expresamente al Consejo de Titulares —Junta de Propietarios, Consorcio de Propietarios, etc., según países— a proceder a la suspensión de los servicios de agua, gas, electricidad, teléfono y similares, siempre que los mismos se reciban a través de elementos comunes.

A tal efecto, se incorpora al previo artículo 38 de la Ley especial un apartado g); y *se empuja* el anterior apartado g) «y se redesigna... como h)...» (Sección primera, Ley 129). Si bien el texto resultante y texto auténtico ha omitido este apartado h) y —hay que suponerlo— lo que debiera ser tal apartado ha quedado expresado como párrafo segundo del apartado g). Supongo que, ante ello, en su día debería el intérprete recurrir a esta hermenéutica «*constructiva e imaginativa*» (3).

(3) Según se dijo en *Castle Enterprises, Inc v Registrador*, 1963, 87 DPR 775, al efecto de permitir el Tribunal lo que prohibía entonces el Reglamento Hipotecario, y la propia Ley de Propiedad Horizontal tanto entonces como ahora, impidiendo agrupar fincas urbanas no colindantes. Al absurdo que se llega cuando el legislador (antes estudiante de Derecho o Abogado) hace de amanuense, ya lo he expresado en el *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho Privado puertorriqueño*, tomo XV.

Por cierto, modalidad de interpretación *constructiva e imaginativa* que se está usando constantemente como flaca excusa para eludir el mandato legislativo.

De otro lado, se modifica igualmente el correspondiente artículo 39 del texto original para privar del voto al titular que incurra en adeudos de tres o más mensualidades (Sección segunda, Ley 129); precepto éste que por mora de la Ley 153 tendrá un destino similar al apartado *h*), como veremos más tarde.

Por consecuencia, la innovación que aporta la Ley 129, de 1994, queda limitada (*pero es importante recordarlo para comprender la Reforma de 1995*) a la suspensión del derecho al voto en las Juntas generales y a poder ver sacrificarse ciertos servicios que discurren por elementos comunes del inmueble, pero sin afectarse, naturalmente, la ejecutoriedad original fijada por el texto legal al constituir un gravamen sobre el departamento o piso privativo por el monto del adeudo (art. 39, párrafo 5.º, del texto reformado). Se marca así una pequeña diferencia entre el nuevo texto (suspensión del voto y de los servicios por moratoria de tres meses) y el anterior (ejecutoriedad por adeudo de quinientos dólares o seis plazos), resultando en un texto final con ambas previsiones normativas.

Pero como la suspensión del derecho al voto ya estaba contenida en el original artículo 39, en su párrafo octavo y último, la Ley 129 viene simplemente a añadir la potestad de suspensión de aquellos servicios que transcurran por elementos comunes. En suma, lo que ya por vía de interpretación se había resuelto (ARTURO MALDONADO TORRES, v. *Consejo de Titulares del condominio Torre del Mar*, 1981, 111 DPR 1981). Es claro, pues, que algún legislador, Abogado, leyó el caso en su época de estudiante y vino a remediar la «laguna».

Sin embargo, el texto *auténtico* de la Ley 129 crea, en mi parecer, un problema distinto. Problema que tiene también relación con la manera tan original de ofrecerse los textos de Ley. Me refiero al hábito existente, cuando se enmienda algún párrafo de concreto artículo contenido de varios, de dejar permanecer el texto que no se enmienda, pero no mediante su literal transcripción, sino bajo la *elegante* forma de poner puntos suspensivos. Ejemplo de ello lo tenemos en la propia Ley 129 al modificar el artículo 38 de la Ley especial de horizontalidad. Obsérvese cuando se transcriba el texto auténtico (fotocopiado) que el apartado *a*) se mantiene mediante los dichosos puntos suspensivos, síntoma de que no se modifica. Y hay que suponer que por pasar el texto legal del apartado *a*) al apartado *g*), los apartados intermedios se mantienen en su tenor existente. Claro es que nada impide pensar lo contrario y que dichos apartados omitidos lo están porque precisamente han sido derogados. Pues así se nos ofrecen otros textos legales. Esta incógnita hace, indudablemente, mucho más emocionante el estudio del Derecho en Puerto Rico, que es lo que el legislador local califica de *ser práctico*.

Corresponde ahora transcribir el texto original reformado, así como el texto reformante expresado en la Ley 129.

Texto de la Ley de Propiedad Horizontal en los preceptos reformados:
«Artículo 38. Corresponde al Consejo de Titulares:

- a) Elegir, por el voto afirmativo de la mayoría, las personas que habrán de ocupar los siguientes cargos:
 1. El Director o la Junta de Directores, quien o quienes necesariamente pertenecerán a la comunidad de titulares. El Director o los miembros de la Junta de Directores que los titulares designen actuarán como Presidente y Secretarios del Consejo. El Presidente representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten y presidirán las reuniones del Consejo. El Secretario llevará, certificará y custodiará las actas en que consten los acuerdos del Consejo.
 2. El agente administrador, quien podrá no pertenecer a la comunidad de titulares y en quien el Director o la Junta de Directores podrá delegar las facultades y deberes que les permita delegar el Reglamento.

Salvo que el Reglamento disponga otra cosa estos nombramientos serán por un año, prorrogable fácilmente por períodos iguales.

- b) Conocer las reclamaciones que los titulares de los apartamentos formulen contra los aludidos en el inciso anterior y removerlos, en todo caso, por acuerdo mayoritario tomado en reunión extraordinaria convocada al efecto.
- c) Aprobar el plan de gastos e ingresos previsibles para el próximo año fiscal y el estado de cuentas correspondientes al año que finaliza.
- d) Aprobar la ejecución de obras extraordinarias y mejoras y recabar fondos para su realización.
- e) Imponer mediante el voto afirmativo de la mayoría de los titulares una cuota especial (i) (*sic*) al titular del apartamento cuyos ocupantes o visitantes, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás titulares, regularmente, hagan uso tan intenso de cualquier elemento común; que los gastos de operación, mantenimiento o reparación de dicho elemento común sobrepasen los que razonablemente deban incurrirse en el uso normal y corriente de la referida facilidad, (ii) (*sic*) al titular del apartamento que por la naturaleza de la actividad que legítimamente lleva a cabo en su apartamento, conforme al destino que le ha sido asignado al mismo en la escritura de constitución, ocasione unos gastos comunes mayores a los que habría que incurrir si en el apartamento en cuestión no se llevase a cabo la referida actividad. La cantidad impuesta para cubrir el importe del exceso de gastos de re-

ferencia se añadirá y será exigible como parte de los gastos comunes atribuibles a dicho apartamento.

- f) Aprobar o enmendar el Reglamento a que se refiere el artículo 36.
- g) Entender y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad y acordar las medidas necesarias y convenientes para el mejor servicio común.»

«Art. 39. Los titulares de los apartamentos están obligados a contribuir proporcionalmente a los gastos para la administración, conservación y reparación de los elementos comunes generales del inmueble y, en su caso, de los elementos comunes limitados, así como a cuantos más fueren legítimamente acordados.

Ningún titular podrá librarse de contribuir a tales gastos por renuncia al uso o disfrute de los elementos comunes ni por abandono del apartamento que le pertenezca.

La cantidad proporcional con que debe contribuir cada titular a los gastos comunes se determinará, fijará e impondrá al principio de cada año calendario o fiscal, y vencerá y será pagadera en plazos mensuales. Las cuotas que los titulares no cubran dentro del plazo fijado para su pago devengarán interés al tipo máximo legal. La falta de pago de tres o más plazos consecutivos conllevará una penalidad adicional equivalente al uno por ciento mensual del total adeudado.

El titular moroso será requerido de pago mediante correo certificado con acuse de recibo, y de no verificar el pago en el plazo de quince días se le podrá exigir por la vía judicial.

La deuda de un titular por un concepto de gastos comunes hasta la suma de quinientos (500) dólares o hasta la cantidad que represente la falta de pago de no más de seis (6) plazos le podrá ser reclamada judicialmente con arreglo al procedimiento abreviado dispuesto bajo la Regla 60 de las de Procedimiento Civil de 1958, según enmendadas.

Cuando se reclame la deuda por la vía judicial, el Tribunal, a instancias del demandante, decretará el embargo preventivo de los bienes del deudor o deudores, sin otro requisito que la presentación de una certificación jurada por el Presidente y por el Secretario del Consejo de Titulares, ante un Notario público u otro funcionario autorizado para tomar juramentos, en que conste el acuerdo que aprobó el gasto exigible y su cuantía, así como la gestión de requerimiento de pago a que se refiere el párrafo cuarto anterior.

Cuando el demandante así lo solicitare, en aquellos casos en que el titular moroso hubiere arrendado el apartamento el Tribunal podrá ordenar al arrendatario que consigne judicialmente a favor del Consejo de Titulares la cantidad total por concepto de cánones de arrendamiento, según éstos vayan venciendo, hasta que se cubra totalmente la deuda del titular.

Aquellos titulares que adeuden tres (3) o más plazos consecutivos quedarán temporalmente privados de ejercer su derecho al voto en las reuniones del Consejo de Titulares hasta tanto satisfagan la deuda en su totalidad.»

Texto de la Ley 129 modificando los artículos 38 y 39, antes transcritos:

«Art. 38. Corresponde al Consejo de Titulares:

a) ...

g) Ordenar que se suspendan los servicios recibidos a través o por medio de los elementos comunes generales, incluyendo los servicios de agua, gas, electricidad, teléfono y/o cualquier otro servicio similar a éstos, a aquellos condómines morosos que, al no pagar sus cuotas de mantenimiento, se sirven graciosamente de los elementos a cuyo mantenimiento no contribuyan como les corresponde, adeudan tres o más plazos consecutivos de sus cuotas.

Intervenir y tomar decisiones sobre aquellos asuntos de interés general para la comunidad, así como tomar aquellas medidas necesarias y convenientes para el mejor servicio común.

Sección 2. Se enmienda el párrafo octavo (último párrafo) del artículo 39 de la Ley 104/1958, de 25 de junio, según enmendada, para que lea como sigue:

Artículo 39. ...

Aquellos titulares que adeuden tres (3) o más plazos consecutivos quedarán temporalmente privados de ejercer su derecho al voto en las reuniones o asambleas del Consejo de Titulares hasta tanto satisfagan la deuda en su totalidad. Además, se le podrá suspender el servicio similar cuando el suministro de éstos llega por medio de instalaciones que constituyen elementos comunes generales del inmueble.» (*sic*) para la sintaxis.

Ahora ya nos hallamos en condiciones de analizar la segunda reforma, la *provocada* por la Ley 153, de 1995, que deviene en bastante más abarcadora y profunda y que explica el título dado a este comentario.

Reforma *provocada* y no en su significado original latino (*provocatio* = llamar por o para), sino en el sentido violento: llamar a la pelea, a la oposición. Porque el legislador demuestra en el texto legal que, o es un irónico o, lo que deviene en mucho peor, un auténtico cínico. No cabe imputarle ignorancia, siguiendo las pautas jurisprudenciales que siempre aluden a la *sabiduría* del legislador (?). Veamos el porqué de tan duras expresiones.

Erase una vez dos legisladores, miembros de las respectivas Cámaras Legislativas Baja (Cámara de Representantes) y Alta (Senado), quienes vivían en distintos edificios sometidos al régimen especial de propiedad hori-

zontal. Hace algún tiempo, ya pretendieron introducir un proyecto de Ley reformando la Ley de Propiedad Horizontal. La intención que perseguían era resolver su personal y particular interés: hacer determinadas obras en su propio beneficio en la planta destinada a estacionamiento de automóviles, ampliando, de paso, su participación en algún elemento privativo del inmueble detraído de algún elemento común. La excusa: hacer *mejoras*. La realidad, que las obras se sufragasen por todos. Por ello se aducía en aquel proyecto de Ley, y se reitera en éste de manera indirecta, el enorme *abuso* que pueden ofrecer los grupos minoritarios, impidiendo, con su negativa, dar satisfacción a aquellos intereses tan particulares. Lamentablemente, el proyecto de Ley no pasó el filtro del Ejecutivo, siendo vetado. Y como aquellos caballeros vivían en edificios diferentes, parecía explicable someter *todo los inmuebles del país* a la sana reforma propuesta; hermosa cortina de humo adicional.

Ante aquel veto, se explica entonces un nuevo intento, persiguiendo exactamente las mismas metas..., aprovechadas, al parecer y según la prensa del país, por otros caballeros que también vieron la oportunidad de atender sus particulares intereses. Hay, sin embargo, alguna diferencia entre el primer intento y éste, segundo, que viene aderezado con la *magia de la palabra*: expresiones rimbombantes, que siempre caen bien.

El punto de partida del texto innovador es de amplia hechura: fortalecer, nada menos, la convivencia de los cotitulares en la horizontalidad, evitando conflictos y fricciones. Y como quiera que obtener la unanimidad de los titulares deviene en algo muy caro, hasta el punto de que «se ha creado una parálisis que impide... un mejoramiento sustancial y desarrollo de los condominios (*sic*) existentes», el legislador pretende con la nueva Ley «agilizar... los procedimientos y decisiones de los titulares para ampliar y mejorar sus condominios» (*sic*), además de reducir aquellos gastos que la unanimidad provoca. Pero, eso sí, todo ello tomando una *especial precaución*: no perjudicar a los cotitulares cuyo medio de vida sea la pensión de retiro laboral. Como ha de verse, no deja de ser sardónica esta especial precaución, tan *generosa*.

Sumando, pues, los motivos —que no causas— determinantes (reducir costos, acelerar trámites, no perjudicar a tales jubilados o retirados) se llega al total; aunque quizá resulte un total algo asombroso: se promueve así una mejor planificación urbana, se fomenta una mejor convivencia y se resuelven caprichos ocasionados por minorías; con lo que, suma sumando, se alienta la política pública de utilizar mejor los terrenos.

Lástima que con aquellos motivos no se logre también la paz mundial y el pleno empleo en el orbe, fines que, indudablemente, le pasaron desapercibidos al legislador.

La última aseveración del legislador no deja, sin embargo, de asombrar a un país como Puerto Rico en que casi la cuarta parte de su escaso suelo

debe ser usado en construcción de casas terreras, pues la Junta de Planificación (brazo, al fin, de los propietarios de la tierra), utilizando unos criterios de densidad poblacional más propios de los vacíos Estados Unidos de América del Norte, es relativamente renuente a la construcción en altura. Desde 1965 se viene hablando en dicha Junta de la conveniencia de prohibir drásticamente la tradicional modalidad de construcción... que continúa. Ciertamente, el Estado no es inconsciente. Y, así, ha constituido el Fideicomiso de Puerto Rico como patrimonio fiduciario dotado de un muy magro presupuesto, con función de adquirir algunos terrenos, edificios de valor histórico, etc., como brazo protector..., siendo el otro brazo la citada Junta, predestinada a hacer lo contrario. En suma, un exponente más del otrora famosísimo *Principio de Peter*. Naturalmente, queda el no menos famoso anuncio: «¿Que caben más basureros? ¿Que caben más casas?... Pero ¿en qué cabeza cabe?» Y todos contentos.

Y como el texto reformador, básicamente, lo que dispone es privar a los cotitulares de su tradicional dominio sobre las cuotas en los elementos comunes, «fusilando» el artículo 333 CC («Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte...»), se recurre al elegante método de reducir la unanimidad de los copropietarios al *democrático* 75 por 100 para *concretos actos dispositivos* (los que interesaban a los autores). Con todo lo cual no sabe uno muy bien (yo al menos) cómo relacionar esa intención, *de sustrayendo aedificatione* diría el *Digesto*, con el mejor uso del uso del suelo nacional. Esquema de razonamiento semejante a aquel en que descansaba el principio de la *führung* (¿qué representación más representativa que la del *führer*?... con olvido de la esencial revocabilidad).

Pero, indudablemente, lo más *alentador* del texto reformador es aquel espíritu *caritativo y condescendiente* para pensionados y jubilados. Para llevar a cabo esas mejoras que han de provocar tan magistrales consecuencias (¡grandeza de la Patria!), no se les requiere aportar su parte proporcional a los gastos que las mejoras *queridas por otros y para otros* provoquen. No. Simplemente, dichos porcentajes se les suma al pasivo por gastos comunes, convirtiendo ese impago en un *simple gravamen* garantizado con el propio departamento o piso... Y (Ley 129 por delante) a los tres meses el ancianito carecería de voto, pudiendo cortársele los servicios de agua, gas, electricidad, teléfono, etc., que discurriesen por los elementos comunes, hasta que, llevado el adeudo a seis meses, ¡ejecución por la vía sumaria! Hay que suponer que con aquellos cortes los ancianitos gastarían menos, con lo que la tutela de tan preclaro legislador habría de ayudar (¿por qué no?) a la economía nacional.

Eso sí. Para poder disfrutar de tan merecido privilegio y digno trato no sería suficiente ser ancianito. No. Se pide al titular que acredite ser residente y tener más de 65 años, «que acredite... ser titular y residente» (expresión

reiterativa del texto legal, art. 16, párrafo segundo, texto de reforma) y «que depende exclusivamente de una pensión por virtud de incapacidad o retiro, y que demuestre que ésta no es suficiente» (insuficiencia que no se aclara si es para subsistir o abonar *las mejoras* que han de desembocar en un mejor uso del suelo). Entonces y sólo entonces, no ha de pagar «de inmediato».

Bajo tales *delicadas* consideraciones, es elemental pensar, y concluir, que si la parte proporcional mensual de la derrama no puede ser afrontada por el ancianito, residente, con 65 o más años, pensionado, con recursos insuficientes, le será mucho más difícil asumir los pagos acumulados. Y ahora sí llegamos a comprender la relación entre la intención reformadora —mejor uso del suelo, vía mejor convivencia— y la caridad del ancianito: éste se quedará sin departamento, podrá pudrirse tranquilamente, sus huesos irán a algún cementerio y entonces su departamento podrá ser adquirido por otra persona. Muerto el ancianito, no peleará con los vecinos y ¡mejoramos la convivencia! *Sabiduría del legislador*. Por eso se dice en la E. de M. por tan sesudo legislador que se «ha tomado también la precaución de proteger aquellos condómines que han adquirido un apartamento en la expectativa de disfrutar el resto de su vida y dependen de una pensión fija por retiro o incapacidad» (E. de M., Ley 153/1995). Es indudable que con estos *protectores* los ancianitos disfrutarán en demasía.

Protegidos así los ancianitos, el legislador pasa entonces a desmontar el dominio napoleónico —*cuya crisis expresa la quintaesencia de la horizontalidad*— introduciendo un concepto poco jurídico (aunque está recogido en el Código Civil); poco jurídico dados los problemas que ha ocasionado y ocasionará la expresión al moverse entre el Derecho y la Economía, remitiendo los actos dispositivos calificados como *mejoras* al voto de tres cuartas partes representativas de la plena titularidad del inmueble; proporcionalidad del 75 por 100 que se mantiene en el nuevo texto para el cambio de uso del inmueble, si bien *respetando* la proporcionalidad del 90 por 100 cuando de zonas verdes se trate. Ello es natural: los estacionamientos no son zonas verdes, sino las grises del cemento. Criterio de proporcionalidad del 75 por 100 que asimismo es suficiente para convertir elementos comunes en elementos comunes limitados, contrariando así a una jurisprudencia constante que se empeña en afirmar que los elementos comunes son siempre comunes y que pertenecen a la Asamblea legislativa.

Y, de pasada y como quien no quiere la cosa, se aprovecha para *disponer* de las *cuotas de los otros* si el 75 por 100 de los unos (¿serán Hunos?) así lo desee, que es lo que permite y autoriza el artículo 32 del texto reformador, que redactado *sobre escribiendo* el texto original produce un total fiasco y avoca la inconstitucionalidad.

El preclaro legislador, luego de modificar el original artículo 11, que remitía a la autonomía particular que los estacionamientos pudieran ser

elementos comunes o elementos privativos (o elementos comunes limitados), tajantemente viene en disponer lo contrario al ordenar el carácter de elemento común de «toda área destinada a estacionamiento». Pero no parece quedar muy conforme dicho legislador, pues el párrafo segundo del anterior artículo 12 inicia su redacción exactamente igual en el texto reformador, incurriendo en clara incongruencia: «Cuando el estacionamiento fuere elemento común...» *Sobre escribiendo* el texto original, se ha olvidado que el «cuando» se ha convertido en *siempre*.

Finalmente, con semejante brillantez y desconocimiento de causa (aunque, es de suponerse, con claro motivo), frente a la posibilidad de que sótanos, azotea, patios y jardines, fuesen o no elemento común según voluntad del titular único o titulares todos que sometieren el inmueble al régimen especial, el texto reformador impone su carácter de elementos comunes generales. Chocando nuevamente con la jurisprudencia por lo que a las azoteas se refiere.

Curiosa innovación lo es, asimismo, la modificación del artículo 37, apartado g), al otorgar a la Junta de Directores, esto es *al o a los administradores*, la facultad de acordar gastos, resultando una manera muy elegante de que quien sólo puede gestionar lo que le digan pasa ahora a *mandar a su mandante*. Tomando en consideración que los administradores suelen serlo los denominados eufemísticamente *institucionales*, hay que suponerle un enorme apoyo a esta modificación por parte de entidades financieras y bancarias: habrán de participar en el banquete. Naturalmente, a los condóminos que les parta un rayo, que es necesario reducir costos, aligerar trámites y respetar a los ancianitos, evitando que *las minorías abusen*. Para abusar ya está el legislador con sus adláteres.

Pero la perspicacia del legislador no queda parada solamente en concederle al administrador poderes para que mande al dueño, *su patrono*. Para mayor satisfacción del mandatario devenido en mandante, los propietarios *deberán* determinar unas concesiones especiales [art. 38.h), texto reformador]. No se especifica si, en cuanto *concesiones*, lo son de minas, aguas, obras públicas... Lo que es seguro es que no se trata de las de ferrocarriles, al menos por el momento.

Ante esta clase de manejos parece conveniente al legislador, *en su sabiduría*, prevenir que ciertas cosas no salgan mucho a la luz. Consecuentemente, la cautela *formal* que se establecía en el artículo 38-B desaparece. Ahora ya es absolutamente claro que es muy sencillo manipular al antojo del que pluga los criterios de mayoría, lo que se logra —realmente se facilita, pues en cuanto logrado lo estaba ya desde la Reforma de 1976— por el sencillo procedimiento de hacer desaparecer (¿error de *sobre escribir*?) los cuatro primeros párrafos del artículo 38-B, que queda ahora con una anodina remisión a situaciones de departamentos tenidos en usufructo.

Ahora es menester volver a recordar en serio el problema que afecta al legislador, destacadamente si ha estudiado Derecho, pues es problema que puede afectar al Abogado, al Juez, al Catedrático, al estudiante. Y es el temible tema de las *fuentes de conocimiento*, unido a la rutina, tantas veces indicada de *sobre escribir*, de confección de proyectos de Ley.

No hay que insistir mucho en que los textos que todos manejamos, las *Leyes de Puerto Rico Anotadas*, familiarmente LPRA (sin relación alguna con el *Mycobacterium* de Hansen), se publican naturalmente, luego de bien terminado el año legislativo, siendo sus Suplementos anuales el instrumento de actualización del Derecho legislado que tenemos a nuestro alcance. Hay, ciertamente, otras fuentes de conocimiento, pero la dependencia de LPRA lleva, ahora sí, al sarcoma de Hansen.

El legislador padece igual dependencia, lo que explica que la Ley 153/1995 no se haya percatado adecuadamente de la Ley 129/1994. Es por ello que aquel apartado *h)* —de triste enunciado en páginas anteriores— es enteramente sustituido por el texto de la Ley 153/1995, de manera tal que las facultades generales del Consejo de Titulares pasan a limitarse a las de aprobar aquellas concretas prebendas ya aludidas y en beneficio de quien es mero administrador. Y, naturalmente, como al *sobre escribirse* el texto de la Ley 153/1995 al texto entonces existente en LPRA, me temo que sin Suplemento, estaba pendiente de añadirse el texto de la Ley 129/1994, la facultad que esta Ley concedía para suspender los servicios que transcurriesen por elementos comunes desaparece por arte de magia. En otras palabras, el legislador nos confiesa, en 1995, que la morosidad en el pago de las sumas debidas por gastos derivados de la participación en los elementos comunes del inmueble no eran tan grave como afirmaba ese legislador en 1994. Incluso la supresión del voto a los morosos.

Pero el legislador —muy probablemente estudiante de Derecho o Abogado— pare tener algo dándole vueltas por su cerebelo —que no por su cerebro—; eso del voto, hasta se publicó en los periódicos, y esos sí que los lee con detenimiento el legislador. Es casi seguro que, al *sobre escribir* tan excelente texto reformador, no pudo *sobre escribir* el artículo 39 correspondiente a la Ley 129/1994. No; ha usado el tomo de LPRA, pero sin Suplemento. Por lo que se cuida muy mucho (art. 16, párrafo tercero, Ley 153/1995) de castigar al titular moroso *por concepto de mejoras* de su derecho a votar. Con lo que no ha apreciado el legislador, en 1995, que su perspicaz reforma ha suprimido la supresión del voto por cualquier causa. Estamos, claro se ve, ante un legislador consciente de sí (y para sí): lo que importa es hacer las dichas mejoras en el estacionamiento, apartando a esas minorías que encarecen, dilatan y, por ello, abusan de los demás en los trámites. Y resulta ironía: cuando al legislador se le ocurrió por primera vez (texto vetado) invocar el abuso de las minorías, ¿cómo habría reaccionado

si ante su comportamiento en las Cámaras se le hubiese imputado algo semejante?... porque era representativo de una minoría (aunque no diré de cuál: se dice el pecado, pero no el pecador).

Ciertamente, *sobre escribir* el texto de 1995 ha permitido una cosa: ponerle fin a la posibilidad ofrecida por la Ley de 1994 acerca de suspender los servicios que transcurran por los elementos comunes del edificio en horizontalidad. Es decir, que a los ancianitos, así como a los jóvenes y robustos, ya no se les va a cortar el agua, la luz, el teléfono, ni etc. Simplemente, se espera a que transcurran los seis meses o se dispare la deuda para, entonces, si se es ancianito, ejecutar su departamento por razón del gravamen acumulado; y si no se es ancianito, igualmente. He aquí un legislador muy constitucional, que suprime una situación de discrimen por razón de edad.

Hay una duda que me asalta.

Como el artículo 32 del texto original disponía que «en la segregación de porciones de terreno común, transmitidas por la totalidad de los titulares...», y el actual 75 por 100 se ha incluido allí donde se hacía referencia a la totalidad —cual quedó antes apuntado—, me temo que cabe plantear la inconstitucionalidad de *todo el texto de 1995*. La Ley es tajante y no contiene cláusula de salvedad: «En la segregación de porciones de terreno común, transmitidas por el setenta y cinco por ciento de los titulares...», con olvido de que *transmitir* no es *mejora* ni es *uso*, sino acto dispositivo sobre el derecho de dominio, esto es venta y donación, y venta y donación se rigen por las normas del Código Civil. Me temo inconstitucional privar a alguien de su *pleno dominio proporcional en su cuota*. La Ley es tajante en su absurdo: enumera exactamente qué preceptos se modifican; carece de cláusula derogatoria, así como de salvedad según indiqué. Por todo ello, las facultades dominicales de los comuneros respecto de su comunidad se rigen por el Código Civil (el texto de la Ley de Propiedad Horizontal silencia el tema). Tampoco es esta Ley derecho *especial* en tema de compraventa, pues en el Código Civil ese derecho *especial* respecto de compraventa (o donación); aparte que la segregación queda sujeta a la Ley Hipotecaria, asimismo no afectada por la Ley de 1995, y la segregación reclama el concurso de todos los comuneros. Y, obsérvese, el texto de 1995 se limita a indicar dónde deben constar esa segregación y enajenación imposible, no a legitimarla; como es obvio para todos, pero no para el legislador, a quien se le ha escapado el gazapo. Y, al parecer, con el gazapo se le fue la mano al interesado en *mejorar* el estacionamiento de su edificio y de mejorarse en su propia situación inmobiliaria. Con todo lo cual acabamos de perder el mejor uso racional del suelo, evitar el abuso de las minorías, reducir los gastos... y demás fines perseguidos al decir de la E. de M.

Debe reconocerse al texto legal su mérito. Al fin y al cabo, se usa de la Ley y de la Ley para que quienes no lo deseen paguen lo que otros

quieren pero no desean asumir. Ello obliga a modificar el artículo 39 del texto original (que imponía la obligación de satisfacer los gastos de administración, conservación y reparación del edificio), para que también se obligue a los titulares a abonar los gastos de *mejoras*.

Ciertamente, no se podía solicitar a tal legislador que usa de la Ley como escudo para ocultar su estrecho interés, que aprovechase su paso por el artículo 39 del texto original para suprimir la actualizada *servidumbre de la gleba*, dado que él está imponiendo otra, la de la *gleba*; pues es de suponerse que, luego de las añoradas mejoras en los elementos comunes susceptibles de convertirse en privativos mediante la segregación y enajenación por decisión del 75 por 100 de los cotitulares, algunos elementos privativos incrementen su valor. Entonces, ¿venderá el legislador su departamento? De ser cierta la hipótesis, tiene cabida lo dicho en la E. de M., que con la medida legislativa se facilita «el logro de la política pública sobre la mejor utilización de los terrenos», mejor *utilización* en beneficio del legislador.

Conviene ahora pasar a transcribir el texto legal, intercalando el precepto original y, en bastardilla, el texto reformador.

Art. 2. Las disposiciones de esta Ley son aplicables sólo al conjunto de apartamentos y elementos comunes cuyo titular único, o titulares todos, si hubiere más de uno, declaren expresamente su voluntad de someter el referido inmueble al régimen establecido en esta Ley, haciéndolo constar por escritura pública e inscribiendo ésta en el Registro de la Propiedad.

El régimen de la propiedad horizontal podrá establecerse sobre bienes inmuebles que radiquen en terrenos poseídos a título de arrendamiento o de usufructo siempre que, mediante escritura pública al efecto, el arrendador o nudo propietario preste su consentimiento expreso para ello y renuncie a toda acción o reclamación que pueda éste iniciar contra los titulares en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o usufructuario original.

La escritura que establezca el régimen de propiedad horizontal expresará clara y precisamente el uso a que será destinada toda área comprendida en el inmueble, y una vez fijado dicho uso sólo podrá ser variado mediante el consentimiento unánime de los titulares.

Artículo 2

«Las disposiciones de esta Ley son aplicables sólo al conjunto de apartamentos y elementos comunes cuyo titular único, o titulares todos, si hubieren más de uno, declaren expresamente su voluntad de someter el referido inmueble al régimen establecido en esta Ley, haciéndolo constar por escritura pública e inscribiendo ésta en el Registro de la Propiedad.»

El régimen de la propiedad horizontal podrá establecerse sobre bienes inmuebles que radiquen en terrenos poseídos a títulos de arrendamiento o de usufructo siempre que, mediante escritura pública al efecto, el arrendador o nudo propietario preste su consentimiento expreso para ello y renuncie a toda acción o reclamación que pueda éste iniciar contra los titulares en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o usufructuario original.

La escritura que establezca el régimen de propiedad horizontal expresará clara y precisamente el uso a que será destinada toda área comprendida en el inmueble, y una vez fijado dicho uso sólo podrá ser variado mediante el consentimiento del setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que representen a su vez el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes: disponiéndose que para variar el uso de un área verde se requerirá el consentimiento del noventa (90) por ciento de los titulares que a su vez representen el noventa (90) por ciento de participación en los elementos comunes.»

Art. 11. Se consideran elementos comunes del inmueble:

- a) El terreno, el vuelo y toda área destinada a actividades recreativas.
- b) Los cimientos, paredes maestras, techos, galerías, vestíbulos, escaleras y vías de entrada y salida o de comunicación.
- c) Los sótanos, azoteas, patios y jardines, salvo disposición o estipulación en contrario.
- d) Los locales destinados a alojamiento de porteros o encargados, salvo disposición o estipulación en contrario.
- e) Los locales o instalaciones de servicios centrales, como electricidad, luz, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques y bombas de agua y demás similares.
- f) Los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos o instalaciones existentes para beneficio común.
- g) Toda área destinada a estacionamiento, salvo disposición o estipulación en contrario.
- h) Todo lo demás que fuere racionalmente de uso común del inmueble o necesario para su existencia, conservación, seguridad y adecuado uso y disfrute.

Art. 11. *Se consideran elementos comunes generales del inmueble:*

- a) ...
- b) ...
- c) *Los sótanos, azoteas, patios y jardines.*

- d) *Los locales destinados a alojamiento de porteros o encargados.*
- e) *...*
- f) *...*
- g) *Toda área destinada a estacionamiento.*
- h) *...*

Art. 12. También serán considerados elementos comunes, pero con carácter limitado, siempre que así se acuerde expresamente por la totalidad de los titulares del inmueble, aquellos que se destinen al servicio de cierto número de apartamentos con exclusión de los demás, tales como pasillos, escaleras y ascensores especiales, servicios sanitarios comunes o los apartamentos de un mismo piso y otros análogos.

Artículo 12

«También serán considerados elementos comunes, pero con carácter limitado, siempre que así se acuerde expresamente por el setenta y cinco (75) por ciento de los titulares del inmueble que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes, aquellos que se destinen al servicio de cierto número de apartamentos con exclusión de los demás, tales como pasillos, escaleras y ascensores especiales, servicios sanitarios comunes a los apartamentos de un mismo piso y otros análogos.»

Art. 14. Cada titular podrá usar de los elementos comunes conforme a su destino, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás.

Cuando el estacionamiento fuere elemento común, todo titular tendrá derecho a hacer uso de su espacio de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil por cada apartamento de que fuere propietario que estuviere ocupado. Ningún titular podrá hacer uso de un espacio de estacionamiento que exceda aquella cabida si con ello priva a otro titular del disfrute efectivo de tal elemento común. Si el número de espacios de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil fuere menor que el número de apartamentos, tales espacios serán ocupados por los titulares que primero arriben al área de estacionamiento.

Artículo 14

«Salvo lo dispuesto en el artículo 12, cada titular podrá usar de los elementos comunes conforme su destino, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás.»

Quando el estacionamiento fuere elemento común, todo titular tendrá derecho a hacer uso de un espacio de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil por cada apartamento de que fuere propietario que estuviere ocupado.

Ningún titular podrá hacer uso de un espacio de estacionamiento que exceda aquella cabida si con ello priva a otro titular del disfrute efectivo de tal elemento común. Si el número de espacios de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil fuere menor que el número de apartamentos, tales espacios serán ocupados por los titulares que primero arriben al área de estacionamiento.»

Art. 16. Las obras necesarias para la conservación del inmueble y para el uso eficaz de los elementos comunes serán acordadas por la mayoría de los titulares.

Para toda otra obra que afecte los elementos comunes del inmueble [se] requerirá el consentimiento unánime de todos los titulares.

Artículo 16

«Las obras necesarias para la conservación del inmueble y para el uso eficaz de los elementos comunes serán acordados por la mayoría de los titulares.

Las obras de mejora que afecten los elementos comunes del inmueble serán acordadas por el setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación de los elementos comunes. La forma de pagar la cantidad proporcional que le corresponda en las obras de mejoras deberá ser aprobado por el setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes. La falta de pago de la deuda por concepto de mejoras no afectará el derecho a votar en las reuniones del Consejo de Titulares.

Todo titular que acredite ser residente y tener más de 65 años y que acredite además de ser titular y residente que depende exclusivamente de una pensión por virtud de incapacidad o retiro, y que demuestre que ésta no es suficiente, no será obligado a hacer efectivo el pago de inmediato de las obras de mejoras que se aprueben con posterioridad a la fecha en que la persona se convirtiera en titular residente, se constituirá un gravamen sobre su propiedad, según el artículo 41 de este título, por la cantidad que le corresponda por concepto de dicha derrama y que demuestre que no puede satisfacer por las razones antes expuestas. Dicha deuda devengará intereses al tipo legal prevaleciente en el mercado, lo cual también será garantizado por dicho gravamen. Esta norma no será de aplicación a aque-

llos condómines que reúnen todos los requisitos antes mencionados, excepto por haber adquirido el apartamento con posterioridad a la fecha en que se aprobaron las obras de mejora.»

Art. 18. Ningún titular podrá, sin el consentimiento unánime de los otros, construir pisos, hacer sótanos o excavaciones o realizar obras que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio.

Artículo 18

«Ningún titular podrá, sin el consentimiento unánime de los otros, construir nuevos pisos, hacer sótanos o excavaciones o realizar obras que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio, disponiéndose que si el uso del nuevo piso fuere como elemento común sólo se requerirá el consentimiento del setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes.»

Artículo 31. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las agregaciones de nuevos pisos o adquisiciones de nuevas porciones de terrenos colindantes efectuadas por la totalidad de los titulares para que formen parte de los elementos comunes del inmueble se inscribirán en la finca matriz. Del mismo modo, la cancelación total o parcial de gravámenes anteriores a la constitución del inmueble en propiedad horizontal y las inscripciones o anotaciones preventivas que tengan referencia expresa al inmueble o a los elementos comunes del mismo en su totalidad se practicarán en la finca matriz, dejando siempre constancia marginal de estas operaciones en los Registros filiales.

Artículo 31

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las agregaciones de nuevos pisos, acordados conforme dispone el artículo 18 o adquisiciones de nuevas porciones de terrenos colindantes efectuadas por el setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes, para que formen parte de los elementos comunes del inmueble se inscribirán en la finca matriz. Del mismo modo, la cancelación total o parcial de gravámenes anteriores a la constitución del inmueble en propiedad horizontal y las inscripciones o anotaciones preventivas que tengan referencia expresa al inmueble o a los elementos comunes del mismo en su totalidad se practicarán en la finca matriz, dejando siempre constancia marginal de estas operaciones en los Registros filiales.»

Art. 32. En la segregación de porciones de terreno común, transmitidas por la totalidad de los titulares, la escritura pública contendrá la descripción del inmueble tal como debe quedar después de deducidas aquellas porciones de terreno. Esta nueva descripción se practicará en la finca matriz.

Artículo 32

«En la segregación de porciones de terreno común, transmitidas por el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes, la escritura pública contendrá la descripción del inmueble tal como debe quedar después de deducidas aquellas porciones de terreno. Esta nueva descripción se practicará en la finca matriz.»

Art. 32-A. A menos que la escritura matriz, el Reglamento del inmueble o la Administración de Reglamentos y Permisos específicamente lo prohíban, los apartamentos y sus anejos podrán ser objeto de división material, mediante segregación, para formar otra u otras unidades susceptibles de aprovechamiento independiente o podrán ser aumentados por agrupación de otras partes colindantes del mismo inmueble; pero ninguna segregación o agrupación así realizada tendrá el efecto de variar el destino o uso dispuesto en la escritura matriz para el apartamento o apartamentos que quedaren modificados.

En tales casos se requerirá, además [d]el consentimiento de los titulares afectados, la aprobación del Consejo de Titulares, correspondiéndole al Director o a la Junta de Directores la fijación de los porcentajes o cuotas de participación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 8 y sin alterar los porcentajes correspondientes a los restantes titulares. La nueva descripción de los apartamentos afectados, así como los porcentajes correspondientes, deberán consignarse en la escritura pública de segregación o agrupación que se otorgue, la cual no surtirá efecto hasta tanto se inscriba en el Registro particular de cada una de las fincas filiales afectadas, dejándose copia certificada archivada en el Registro de la Propiedad, unida a la escritura matriz. A dicha copia certificada se unirá un plano, certificado por un ingeniero o arquitecto, autorizado para la práctica de su profesión en Puerto Rico, que de modo gráfico indique claramente los particulares del apartamento o apartamentos según resulten modificados. Cuando se tratere de una segregación, dicho plano deberá también aparecer aprobado y certificado por la Administración de Reglamentos y Permisos.

Artículo 32-A

«A menos que la escritura matriz, el Reglamento del inmueble o la Administración de Reglamentos y Permisos específicamente lo prohíban, los apartamentos y sus anejos podrán ser objeto de división material, mediante segregación, para formar otra u otras unidades susceptibles de aprovechamiento independiente o podrán ser aumentados por agrupación de otras partes colindantes del mismo inmueble, pero ninguna segregación o agrupación así realizada tendrá el efecto de variar el destino o uso dispuesto en la escritura matriz para el apartamento o apartamentos que quedaren modificados.

En tales casos se requerirá la aprobación del setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes, correspondiéndole al Director o la Junta de Directores la fijación de los porcentajes o cuotas de participación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 8 y sin alterar los porcentajes correspondientes a los restantes titulares. La nueva descripción de los apartamentos afectados, así como los porcentajes correspondientes, deberán consignarse en la escritura pública de segregación o agrupación que se otorgue, la cual no surtirá efecto hasta tanto se inscriba en el Registro particular de cada una de las fincas filiales afectadas, dejándose copia certificada archivada en el Registro de la Propiedad, unida a la escritura matriz. A dicha copia certificada se unirá un plano, certificado por un ingeniero o arquitecto autorizado para la práctica de su profesión en Puerto Rico, que de modo gráfico indique claramente los particulares del apartamento o apartamentos según resulten modificados. Cuando se tratare de una segregación, dicho plano deberá también aparecer aprobado y certificado por la Administración de Reglamentos y Permisos.»

Art. 37. El Reglamento podrá contener todas aquellas normas y reglas en torno al uso del inmueble y sus apartamentos, ejercicios de derechos, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, que no contravengan las disposiciones de esta Ley. Proveerá obligatoriamente a los extremos que siguen:

- a) Forma de administración, indicándose si estará a cargo de un Director o de una Junta de Directores, con expresión de sus facultades, remoción y, en su caso, remuneración. Deberá especificar cuáles, si algunas, de sus facultades y deberes podrá delegar el Director o la Junta de Directores a un Agente Administrador.
- c) Cuidado, atención y vigilancia del inmueble en sus elementos y servicios comunes, generales o limitados.
- d) Manera de recaudar los fondos de los titulares para el pago de los gastos comunes.

- e) Designación y despido del personal necesario para la realización de obras y servicios comunes generales o limitados del edificio inmueble.
- f) Cuando se someta al régimen de la propiedad horizontal un inmueble que contenga o haya de contener apartamentos destinados a vivienda conjuntamente con apartamentos destinados a usos no residenciales, se proveerá lo necesario para que no se estorbe el legítimo derecho de los titulares en el uso y disfrute de los elementos comunes, así como para que no se les imponga una carga económica indebida por concepto de gastos comunes.

En cualquier momento, el titular único del inmueble o, si hubiere más de uno, las dos terceras partes de los titulares, o de titulares de porcentajes de participación en los elementos comunes del inmueble, dependiendo de la definición que rija para el inmueble, podrán modificar el Reglamento, pero siempre deberá quedar regulado cada extremo de los comprendidos en este artículo. La modificación no surtirá efecto mientras no se haga constar en la escritura pública y además se inscribirá en el Registro particular de la finca matriz, dejándose archivada en el Registro de la Propiedad copia certificada, según dispone el artículo 36.

Artículo 37

«El Reglamento podrá contener todas aquellas normas y reglas en torno al uso del inmueble y sus apartamentos, ejercicios de derechos, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones que no contravengan las disposiciones de esta Ley. Proveerá obligatoriamente a los extremos que siguen:

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) *Manera de recaudar los fondos de los titulares para el pago de los gastos comunes y aquellos que legítimamente sean acordados por la Junta de Directores y/o el Consejo de Titulares.*
- e)
- f).»

Art. 38. Corresponde al Consejo de Titulares:

- a) Elegir, por el voto afirmativo de la mayoría, las personas que habrán de ocupar los siguientes cargos:

1. El Director o la Junta de Directores, quien o quienes necesariamente pertenecerán a la comunidad de titulares. El Director o los miembros de la Junta de Directores que los titulares designen actuarán como Presidente y Secretario del Consejo. El Presidente representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten y presidirá las reuniones del Consejo. El Secretario llevará, certificará y custodiará las actas en que consten los acuerdos del Consejo.
2. El agente administrador, quien podrá o no pertenecer a la comunidad de titulares y en quien el Director o la Junta de Directores podrá delegar las facultades y deberes que les permita delegar el Reglamento.

Salvo que el Reglamento disponga otra cosa estos nombramientos serán por un año, prorrogable tácitamente por períodos iguales.

- b) Conocer las reclamaciones que los titulares de los apartamentos formulen contra los aludidos en el inciso anterior y removerlos, en todo caso, por acuerdo mayoritario tomado en reunión extraordinaria convocada al efecto.
- c) Aprobar el plan de gastos e ingresos previsibles para el próximo año fiscal y el estado de cuentas correspondientes al año que finaliza.
- d) Aprobar la ejecución de obras extraordinarias y mejoras y recabar fondos para su realización.
- e) Imponer mediante el voto afirmativo de la mayoría de los titulares una cuota especial: i) al titular del apartamento cuyos ocupantes o visitantes, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás titulares, regularmente hagan uso tan intenso de cualquier elemento común; que los gastos de operación, mantenimiento o reparación de dicho elemento común sobrepasen los que razonablemente deban incurrirse en el uso normal y corriente de la referida facilidad; ii) al titular del apartamento que por la naturaleza de la actividad que legítimamente lleva a cabo en su apartamento, conforme al destino que le ha sido asignado al mismo en la escritura de constitución, ocasione unos gastos comunes mayores a los que habría de incurrir si en el apartamento en cuestión no se llevase a cabo la referida actividad. La cantidad impuesta para cubrir el importe del exceso de gastos de referencia se añadirá y será exigible como parte de los gastos comunes atribuibles a dicho apartamento.
- f) Aprobar o enmendar el Reglamento a que se refiere el artículo 36.

Artículo 38

«Corresponde al Consejo de Titulares:

- a) ...*
- b) ...*
- c) ...*
- d) ...*
- e) ...*
- f) ...*
- g) ...*
- h) Aprobar mediante el voto afirmativo de la mayoría de los titulares unas concesiones especiales para aquellos que ocupen puestos en la Junta de Directores. Estas concesiones especiales deberán estar contenidas en el Reglamento a que se refiere el artículo 37 de esta Ley.»*

Art. 38-A. El Consejo de Titulares se reunirá por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas, y en las demás ocasiones que convoque el Presidente o la quinta parte de los titulares o un número de éstos cuyos apartamentos representen al menos el veinte por ciento de los porcentajes de participación en los elementos comunes.

La convocatoria estará firmada por la persona o personas que convoquen e indicará los asuntos a tratar y hora, día y lugar de la reunión. Las citaciones se harán por escrito, entregándose en el apartamento perteneciente a cada titular o por medio de carta certificada dirigida a la dirección que a esos fines haya designado el titular que no resida en su apartamento.

La citación para la reunión ordinaria anual, cuya fecha se fijará en el Reglamento, se hará cuando menos con diez días de antelación, y para las extraordinarias, con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados.

El Consejo podrá reunirse válidamente aun sin convocatoria, siempre que concurren la totalidad de los titulares y así lo decidan.

No será necesaria la celebración de una reunión del Consejo de Titulares para determinado propósito si todos los titulares con derecho a voto en dicha reunión renunciaren a la referida reunión y consintieren por escrito a que se tome la acción propuesta.

Artículo 38-A

«El Consejo de Titulares se reunirá por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas, y en las demás ocasiones que convoque

el Presidente o la quinta parte de los titulares o un número de éstos cuyos apartamentos representen al menos el veinte (20) por ciento de los porcentajes de participación en los elementos comunes.

La convocatoria estará firmada por la persona o personas que convoquen e indicará los asuntos a tratar, y hora, día y lugar de la reunión. Las citaciones se harán por escrito, entregándose en el apartamento perteneciente a cada titular o por medio de carta certificada dirigida a la dirección que a esos fines haya designado el titular que no resida en su apartamento.

La citación para la reunión ordinaria anual, cuya fecha se fijará en el Reglamento, se hará cuando menos con diez (10) días de antelación, y para las extraordinarias, con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados.

El Consejo podrá reunirse válidamente aun sin convocatoria, siempre que concurren la totalidad de los titulares y así lo decidan.

No será necesaria la celebración de una reunión del Consejo de Titulares para determinado propósito si todos los titulares con derecho a votar en dicha reunión renunciaren a la referida reunión y consintieren por escrito a que se tome la acción propuesta.

Art. 38-B. La asistencia a las reuniones del Consejo de Titulares será personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar esta última un escrito firmado por el titular.

Cada titular tendrá derecho a un voto irrespectivamente del número de apartamentos de que es propietario, para efectos del cómputo de mayoría numérica de titulares y/o derecho al voto con arreglo al porcentaje correspondiente a su apartamento para efectos del cómputo de mayoría de porcentajes, dependiendo de la definición del concepto de mayoría que rija para el inmueble.

Cuando uno o más apartamentos pertenecieren a una persona jurídica, ésta designará a uno de los oficiales para que asista a las reuniones y ejercite el derecho de voto que le corresponda.

Si algún apartamento pertenece *pro indiviso* a diferentes propietarios, éstos nombrarán a una sola persona para que represente a la comunidad.

Si el apartamento se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponden al nudo propietario, quien salvo manifestación en contrario se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa y por escrito la delegación cuando se trate de acuerdos que requieran la unanimidad de los titulares o de obras extraordinarias o de mejoras. Ninguna persona podrá ejercitar el derecho al voto por delegación en representación de más de un titular.

Artículo 38-B

«Si el apartamento se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponden al nudo propietario, quien salvo manifestación en contrario se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa y por escrito la delegación cuando se trate de acuerdos que requieran la unanimidad de los titulares. Ninguna persona podrá ejercitar el derecho al voto por delegación en representación de más de un titular.»

Art. 38-C. Los acuerdos del Consejo de Titulares se someterán a las siguientes normas:

- a) Cuando en una reunión para tomar un acuerdo no pudiera obtenerse el quórum por falta de asistencia de los titulares, se procederá a nueva convocatoria con los mismos requisitos que la primera, y en tal reunión constituirán quórum los presentes.
- b) Cuando todos los titulares presentes en una reunión convocada para tomar un acuerdo que requiera unanimidad adoptasen dicho acuerdo, aquellos que debidamente citados no hubieren asistido serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado, y si en un plazo de treinta (30) días a contar de dicha notificación no manifestaren en la misma forma su discrepancia quedarán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutable hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaren su conformidad.
- c) Cuando en una reunión convocada para enmendar el Reglamento no pueda obtenerse la aprobación de las dos terceras partes de todos los titulares, aquellos que debidamente citados no hubieren asistido serán notificados de modo fehaciente y detallado de acuerdo adoptado por la mayoría de los presentes, concediéndoseles un plazo de treinta (30) días a contar desde dicha notificación para manifestar en la misma forma su conformidad o discrepancia con el acuerdo tomado. Disponiéndose que el voto de aquellos titulares que no manifestaren su discrepancia dentro del plazo concedido se contará a favor del acuerdo. Dicho acuerdo será ejecutable tan pronto se obtenga la aprobación de las dos terceras partes de los titulares.
- d) Los acuerdos del Consejo se reflejarán en un libro de actas. Las actas contendrán necesariamente el lugar, fecha y hora de la reunión, asuntos propuestos, número de titulares presentes, con expresión de sus nombres y porcentajes de participación que éstos representan, forma en que fue convocada la reunión, texto de las resoluciones adoptadas, los votos a favor y en contra y las explica-

ciones de votos o declaraciones de que cualquier titular quiera dejar constancia.

- e) Las actas serán firmadas al final de su texto por el Presidente y el Secretario.
- f) Custodiará a disposición de los titulares toda la documentación concerniente a las reuniones del Consejo.
- g) Todas las demás funciones y atribuciones que lógicamente sean de su competencia, por la naturaleza de su cargo, y aquellas que le sean asignadas por el Reglamento o el Consejo de Titulares.

Artículo 38-C

«Los acuerdos del Consejo de Titulares se someterán a las siguientes normas:

- a) ...
- b) *Cuando todos los titulares presentes en una reunión convocada para tomar un acuerdo que requiera unanimidad o el setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes adoptasen dicho acuerdo, aquellos que debidamente citados no hubieren asistido serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado, y si en un plazo de treinta (30) días a contar de dicha notificación no manifestaren en la misma forma su discrepancia quedarán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutable hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaren su conformidad.*
- c) ...
- d) ...
- e) ...»

Art. 39. Los titulares de los apartamentos están obligados a contribuir proporcionalmente a los gastos para la administración, conservación y reparación de los elementos comunes generales del inmueble y, en su caso, de los elementos comunes limitados, así como a cuantos más fueren legítimamente acordados.

Ningún titular podrá librarse de contribuir a tales gastos por renuncia al uso o disfrute de los elementos comunes ni por abandono del apartamento que le pertenezca.

La cantidad proporcional con que debe contribuir cada titular a los gastos comunes se determinará, fijará e impondrá al principio de cada año calendario o fiscal y vencerá y será pagadera en plazos mensuales. Las cuotas que los titulares no cubran dentro del plazo fijado para su pago

devengarán interés al tipo máximo legal. La falta de pago de tres o más plazos consecutivos conllevará una penalidad adicional equivalente al uno por ciento mensual del total adeudado.

El titular moroso será requerido de pago mediante correo certificado con acuse de recibo, y de no verificar el pago en el plazo de quince días se le podrá exigir por la vía judicial.

La deuda de un titular por concepto de gastos comunes hasta la suma de quinientos (500) dólares o hasta la cantidad que represente la falta de pago de no más de seis (6) plazos le podrá ser reclamada judicialmente con arreglo al procedimiento abreviado dispuesto bajo la Regla 60 de las de Procedimiento Civil de 1957, según enmendadas.

Cuando se reclame la deuda por la vía judicial, el Tribunal, a instancias del demandante, decretará el embargo preventivo de los bienes del deudor o deudores, sin otro requisito que la presentación de una certificación jurada por el Presidente y por el Secretario del Consejo de Titulares, ante un Notario público u otro funcionario autorizado para tomar juramentos, en que conste el acuerdo que aprobó el gasto exigible y su cuantía, así como la gestión de requerimiento de pago a que se refiere el párrafo cuarto anterior.

Cuando el demandante así lo solicitare, en aquellos casos en que el titular moroso hubiera arrendado el apartamento, el Tribunal podrá ordenar al arrendatario que consigne judicialmente a favor del Consejo de Titulares la cantidad total por concepto de cánones de arrendamiento, según éstos vayan venciendo, hasta que se cubra totalmente la deuda del titular.

Aquellos titulares que adeuden tres (3) o más plazos consecutivos quedarán temporalmente privados de ejercer su derecho al voto en las reuniones del Consejo de Titulares hasta tanto satisfagan la deuda en su totalidad.

Artículo 39

«Los titulares de los apartamentos están obligados a contribuir proporcionalmente a los gastos para la administración, conservación y reparación y mejoras de los elementos comunes generales del inmueble y, en su caso, de los elementos comunes limitados, así como a cuantos más fueren legítimamente acordados.

Ningún titular podrá librarse de contribuir a tales gastos por renuncia al uso o disfrute de los elementos comunes ni por abandono del apartamento que le pertenezca.

La cantidad proporcional con que debe contribuir cada titular a los gastos comunes se determinará, fijará e impondrá al principio de cada año calendario o fiscal y vencerá y será pagadera en plazos mensuales. Las cuotas que los titulares no cubran dentro del plazo fijado para su pago

devengarán interés al tipo máximo legal. La falta de pago de tres (3) o más plazos consecutivos conllevará una penalidad adicional equivalente al uno por ciento mensual del total adeudado.

El titular moroso será requerido de pago mediante correo certificado con acuse de recibo, y de no verificar el pago en el plazo de quince (15) días se le podrá exigir por la vía judicial.

La deuda de un titular por concepto de gastos comunes hasta la suma de quinientos (500) dólares o hasta la cantidad que represente la falta de pago de no más de seis (6) plazos le podrá ser reclamada judicialmente con arreglo al procedimiento abreviado dispuesto bajo la Regla 60 de las de Procedimiento Civil de 1958, según enmendadas.

Cuando se reclame la deuda por la vía judicial, el Tribunal, a instancias del demandante, decretará el embargo preventivo de los bienes del deudor o deudores, sin otro requisito que la presentación de una certificación jurada por el Presidente y por el Secretario del Consejo de Titulares, ante un Notario público u otro funcionario autorizado para tomar juramentos, en que conste el acuerdo que aprobó el gasto exigible y su cuantía, así como la gestión de requerimiento de pago a que se refiere el párrafo cuarto anterior.

Cuando el demandante así lo solicitare, en aquellos casos en que el titular moroso hubiera arrendado el apartamento, el Tribunal podrá ordenar al arrendatario que consigne judicialmente a favor del Consejo de Titulares la cantidad total por concepto de cánones de arrendamiento, según éstos vayan venciendo, hasta que se cubra totalmente la deuda del titular.»

Art. 41. La obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes constituirá un gravamen sobre dicho apartamento. Por lo tanto, el adquirente voluntario de un apartamento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor con el artículo 39, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente a repetir contra el otro otorgante, por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario.

La referida obligación será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamento, aun cuando el mismo no haya sido segregado e inscrito como finca filial en el Registro de la Propiedad o enajenado a favor de persona alguna.

Artículo 41

«La obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes y aquellos otros gastos legítimamente aprobados

constituirá un gravamen sobre dicho apartamento. Por lo tanto, el adquirente de un apartamento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor con el artículo 39, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente a repetir contra el otro otorgante, por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario

La referida obligación será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamento, aun cuando el mismo no haya sido segregado e inscrito como finca filial en el Registro de la Propiedad o enajenado a favor de persona alguna.»

Art. 44. En caso de siniestro, la indemnización del seguro del inmueble se destinará, salvo lo establecido en el artículo 3, apartado 5, de la Ley Hipotecaria, a la reconstrucción del mismo.

Cuando dicha reconstrucción comprendiere la totalidad del inmueble o más de sus tres cuartas partes, no será obligatorio hacerla. En tal caso, y salvo convenio unánime de los titulares en otro sentido, se entregará la indemnización proporcionalmente a quienes corresponda, y en cuanto al resto del inmueble se estará a lo establecido en el artículo 338 del Código Civil.

Si procediere hacer la reconstrucción se observará lo previsto para tal hipótesis en la escritura constitutiva de la propiedad horizontal y, en su defecto, en lo que acuerde el Consejo de Titulares.

Artículo 44

«En caso de siniestro, la indemnización del seguro del inmueble se destinará, salvo lo establecido en el artículo 161 de la Ley Hipotecaria, a la reconstrucción del mismo.

Cuando dicha reconstrucción comprendiere la totalidad del inmueble o más de sus tres cuartas partes, no será obligatorio hacerla. En tal caso, y salvo convenio del setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes en otro sentido, se entregará la indemnización proporcionalmente a quienes corresponda, y en cuanto al resto del inmueble se estará a lo establecido en el artículo 338 del Código Civil.

Si procediere hacer la reconstrucción se observará lo previsto para tal hipótesis en la escritura constitutiva de la propiedad horizontal y, en su defecto, en lo que acuerde el Consejo de Titulares. Antes de comenzar las obras de reconstrucción será necesario obtener el consentimiento del setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes.»

Art. 45. Cuando el inmueble no estuviere asegurado o la indemnización del seguro no alcanzare para cubrir el valor de lo que debe reconstruirse, el nuevo costo de edificación será abonado por todos los titulares a quienes afecte directamente el daño, en proporción al porcentaje de sus respectivos apartamentos; y si alguno o varios de aquellos que integren la minoría se negaren a ello, la mayoría podrá hacerlo a expensas de todos en cuanto las obras les beneficien, tomando el acuerdo oportuno, que fijará los particulares del caso e inclusive el precio de las obras con intervención del Consejo de Titulares.

Lo dispuesto en este artículo podrá variarse por acuerdo unánime de los interesados, adoptado con posterioridad a la fecha en que ocurriere el siniestro.

Artículo 45

«Cuando el inmueble no estuviere asegurado o la indemnización del seguro no alcanzare para cubrir el valor de lo que debe reconstruirse y la reconstrucción comprendiere la totalidad del mismo o más de tres cuartas (3/4) partes, no será obligatoria hacerla. Antes de comenzar la reconstrucción será necesario obtener el consentimiento del setenta y cinco (75) por ciento de participación de los elementos comunes. El nuevo costo de edificación será abonado por todos los titulares a quienes afecte directamente el daño, en proporción al porcentaje de sus respectivos apartamentos; y si alguno o varios de aquellos que integren la minoría se negaren a ello, la mayoría podrá hacerlo a expensas de todos en cuanto a las obras les beneficien, tomando el acuerdo oportuno, que fijará los particulares del caso e inclusive el precio de las obras con intervención del Consejo de Titulares. Si por el contrario se determinare no reconstruir el mismo, se entregará la indemnización correspondiente a quienes corresponda, y en cuanto al resto del inmueble se estará a lo establecido en el artículo 338 del Código Civil.

Lo dispuesto en este artículo podrá variarse por acuerdo del setenta y cinco (75) por ciento de los interesados, que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes adoptando con posterioridad a la fecha en que ocurriere el siniestro.»

Corresponde ahora analizar el impacto de la reforma legislativa en su contraste con la elaboración jurisprudencial existente, no sin antes acometer la labor de aplaudir en el plano hermenéutico la *Decisión* recaía en *Raquel Álvarez Figueredo v. Sebastián González Lamela*, en reconsideración, C.A. 95-95.

En su momento (*Álvarez Figueredo v. González Lamela*, C.A. 93-108) el Tribunal Supremo había determinado que una construcción, en una azo-

tea adquirida como elemento privativo, antes de la Reforma de 1976, suponía infringir el régimen de horizontalidad. El argumento fundamental del Tribunal Supremo fue simple: González Lamela confundió el carácter privativo de la azotea con la facultad de sobre elevación; González Lamela recibió el uso de la azotea solamente al comprar la misma. Al construir se excedió en sus facultades.

De esta *Decisión* me preocupé en su momento (4), por lo que huelga insistir en ello. Mayor interés tiene la reflexión llevada a cabo por el

(4) Pude escribir (y omito las notas al calce):

Los hechos son muy simples. González Lamela adquirió, antes de la Reforma de 1976 a la Ley de Propiedad Horizontal, un penthouse y su azotea como una alteración en la fachada correspondiente. El cotitular se opone y demanda rectificación.

Este es mi tema predilecto. La originalísima teoría del Tribunal Supremo atribuye a la Asamblea legislativa el dominio de todos los elementos comunes de los inmuebles sujetos al Régimen de Propiedad Horizontal, caso curiosísimo de expropiación (y en el más exacto significado técnico-jurídico del término y no como en situaciones como las citadas de CABASSA, FUENTES v ARPR y similares) y muestra palpable del confusionismo —por decirlo suave— de la jurisprudencia cuando se enfrenta a los dichosos *condominios*

Reinsistiendo en sus vacíos conceptos, se citó el Tribunal Supremo a sí mismo con referencia a la opinión recaída en *Consejo de Titulares v Vargas*, distinguiendo el vuelo, elemento común perteneciente a la Asamblea legislativa, y sobreelevación, facultad de usar del vuelo perteneciente a los cotitulares en la horizontalidad.

Ciertamente, tan peculiar distinción, imposible de realizarse jurídicamente, le llevó al Tribunal a concluir, en otro matiz igualmente erróneo, cual es no plantear el tema esencial: que la Reforma de 4 de junio de 1976, por fijar un régimen general, impone un régimen retroactivo, tajantemente indicado además en el último precepto de la propia Ley de Reforma. No. El Tribunal prefirió dar la vuelta afirmando que calificar una azotea como elemento privativo (factible en el texto original de la Ley de Propiedad Horizontal) es una simple inferencia o especulación y no una clara adjudicación del derecho de sobreelevación; calificar la azotea como elemento privativo es sólo conceder el uso de la azotea. Argumentó el Tribunal que, de seguirse en sus conclusiones lógicas, significaría que todo elemento calificado como privativo en la escritura correspondiente, y subsiguiente inscripción registral, implica simplemente que concede el uso. Y, entonces, ¡además artículo 8 de la Ley!

Al realizar el Tribunal Supremo aquella distinción entre vuelo y sobreelevación, el Alto Organismo parece estar actuando como demiurgo, con lo que también ha trastornado todo el régimen de horizontalidad. Y me explico. Como su nombre explica y el Tribunal Supremo ha reconocido en alguna ocasión, la horizontalidad es una modalidad de dominio (lo que no le impide, en el mismo caso Arce, convertir al inmueble en sujeto de derecho, mano a mano con el régimen patrimonial de gananciales, dándose la impresión de que en Puerta de Tierra existe un centro de engendramiento pediátrico; aunque sí, si de engendros jurídicos se trata)

El dominio recae sobre un objeto o cosa, al igual que cualquier otra finca, integrado por subsuelo, superficie y columna de aire. Y en cuanto cosa objeto de un derecho de dominio, pertenece a su dueño, en este caso los llamados cotitulares (exactamente igual que en cualquier vulgar y normal comunidad de bienes).

Naturalmente, la Asamblea legislativa tiene reconocidas facultades para legislar, conformando subsuelo, superficie y columna de aire (v.gr.: adscribiendo el subsuelo al

Alto Organismo —aunque no sin disidencia, como era de esperarse—, que viene a reconocer su error, si bien bajo el eufemismo de considerar «prudente variar la norma general impuesta en el caso» antes aludido (C.A. 93-108). En esta *Decisión*, el tema a determinarse era la alegación del recurrente reconsiderante que su atribución de la azotea por decisión unánime del Consejo de Titulares con autorización para sobre elevar

dominio público, como los yacimientos, fijando servidumbres en altura, cuales las limitaciones de construcción en zonas próximas a aeropuertos o por simples razones de densidad poblacional, etc.). Pero tal facultad no la convierte en propietaria. En consecuencia, el objeto de un dominio pertenece a su titular o a sus titulares si es compartido. Así, cualquier solar, edificado o no, expresa como objeto esas tres expresiones: subsuelo, superficie, vuelo. Todo ello es cosa en sentido jurídico. ¿Qué añade de particular a lo dicho el régimen de horizontalidad? Algo que en el Código Civil solamente se concibe para el censo enfiteutico: la división de ese objeto en planos horizontales (y de ahí el nombre de la Ley y del régimen), pues el Código Civil solamente separa las cosas por planos verticales. Así, cuando algún autor argentino, muy querido del Tribunal Supremo, pues sólo aquél y éste están solos en ciertas afirmaciones, defiende el nombre de propiedad vertical porque los edificios son estructuras verticales, debiera dedicarse a veterinario —sus clientes nunca protestarían de sus conclusiones—, es decir, no se ha enterado de por dónde van las cosas. Y con él el Tribunal Supremo. Todo esto, que está clarísimo en la Ley de Propiedad Horizontal, no parece estarlo en la mentalidad de dicho Tribunal.

Es por consecuencia de lo apuntado que, en el régimen de horizontalidad, el objeto está formado por el subsuelo, el suelo y el edificio que sobre el mismo se asienta y la columna de aire hasta un límite convencional o determinado por norma de política urbana (Junta de Planificación, hoy ARPR). Por consiguiente, si se pretende separar el vuelo de la sobreelevación, resulta un imposible.. salvo para el demiurgo. Se trata de volver a aquella «virgen embarazada», en momentos, además, en que el Espíritu Santo no trabaja. Por ello, remitir la titularidad del vuelo a la Asamblea legislativa y la de la sobreelevación a los condóminos es una aberración. Si el vuelo es un derecho (que tampoco es cierto), su contenido, la sobreelevación, pertenece la titular de ese vuelo, o viceversa. El vuelo sólo es derecho en casos de enfiteusis, dentro o fuera del régimen especial.

La equivocación del Tribunal Supremo, que identifica los elementos comunes fijados legalmente con titularidades ajenas a los condóminos (de ahí su afirmación de que éstos no pueden disponer de ellos, ni tan siquiera por decisión unánime), le lleva a ese juego de separar el derecho (Asamblea legislativa) de su contenido (condóminos). Nunca podrá razonar cómo ello es posible. Naturalmente, buena parte del error en que incidió el Tribunal Supremo ya viene ínsito en la misma Ley de Propiedad Horizontal, al confundir ésta la realidad material de la potencial construcción con la configuración jurídica de los elementos comunes al desvirtuar el régimen horizontal por ser una Ley pensada para que los bancos vendiesen los apartamentos ejecutados luego de 1973 y siguientes, y al pensar solamente en el negocio de los núcleos económicos. Los elementos comunes son aquellos de imperativa indivisión, que deben ser comunes porque si no sería imposible la existencia de la estructura edificada luego de los elementos privativos. El legislador pensó en los elementos comunes como aquellos que significarían un sustancioso negocio para las compañías encargadas de administrar condominios. Si no, no se explica el absurdo por ignorancia que implica, por un lado, afirmar la total indivisión, y por otro, admitir la hipotecabilidad de esos elementos —galimatías de términos que solamente indican a qué estaba jugando el legislador

validaba lo por él realizado en dicha azotea. Es entonces que el discurso judicial, luego de recorrer la serie de *Decisiones* expresivas de toda la peregrina tesis judicial en tema de horizontalidad y respecto del vuelo como elemento común (aunque mezclando y confundiendo diversos aspectos que nada tienen que ver con el punto del vuelo), procede a rectificarse.

Pero precisamente porque en su relato exhibe el Tribunal sus equívocos, es mucho más adecuado transcribir la *Decisión*, comentarla brevemente y, luego, dar paso a la disidencia, asimismo con lo que la misma sugiere.

Naturalmente, debe tenerse siempre en consideración, previamente, el dislate cometido por el legislador al adjudicar *necesariamente* el carácter de elemento común, no a aquellos elementos de y en la construcción del edificio que son de imperativa indivisión para que el propio edificio pueda existir —y por ello y con ello darse vida a los departamentos como objeto de dominio ordinario—, sino a un conjunto de ingredientes «del inmueble» (v.gr., zonas adyacentes al edificio mismo con su respectiva columna de aire, entre otros absurdos). Idea de indivisión del elemento común completamente errónea e innecesaria, que produce impacto en el juicio judicial: todo lo común no sólo es de todos, sino indivisible. Por ello, ni puede ser privativo ni dividirse, por lo que únicamente cabe un uso general. Confusión entre *lo común por título* y *lo común por uso* con lo indivisible material o jurídico que, una vez sentado en el seno del pensamiento del Tribunal Supremo, le obliga, obviamente, a amplias lucubraciones metafísicas de índole bizantina.

Al no reconocer el Tribunal —menos aún el legislador— que el objeto de la horizontalidad se integra por subsuelo, edificio y columna de aire (elementos que pertenecen a sus dueños, los copropietarios), y que la única particularidad del régimen especial estriba en dividir en planos horizontales los

Junto a aquella confusión, la otra elemental es: identificar título de uso y título de dominio; uso exclusivo y uso compartido; título en común y título exclusivo, aprovechamiento en común y aprovechamiento exclusivo. Todo ello con referencia a la noción de cosa en cuanto objeto de la horizontalidad.

Previas las aclaraciones que todos estos conceptos suponen es que tiene explicación la refutación que pretendió, pero que no logró, el Tribunal Supremo respecto del argumento empleado por González Lamela: que éste había comprado antes de la Reforma de 1976, la cual se le estaba aplicando retroactivamente (lo que es cierto y, además, válido en Derecho). En vez de afirmar tal cosa el Tribunal, prefirió un recorrido por el País de las Maravillas: «No, Sr Lamela, no, es que usted creyó que se le ofreció el derecho de sobreelevación cuando simplemente se le otorgó el título de elemento privativo» —es decir, la propiedad exclusiva y excluyente—. Todo este confusionismo llevará, decisión tras decisión, a separar techo del inmueble, techo (pero de la sola sala de máquinas de elevadores), azotea, columna de aire, vuelo, contenido de vuelo, etc. Si IHERING viviese, en su etapa de Saulo de la dogmática, le habría ergido al Tribunal Supremo el mayor monumento que imaginarse uno pueda. Con el «Abrete, Sésamo», el Alto Organismo atraviesa la roca... que los demás no podemos pasar.

distintos niveles de la edificación, fenómeno que impone, a su vez, *el control por todos los cotitulares* de los dichosos elementos comunes, desemboca en lo que desemboca. Así, es curioso que en el pleito de referencia se discuta acerca del vuelo y el techo del edificio, pero se hace mutis acerca de un dato fundamental: la construcción de «una escalera interior de acceso» entre el piso último y lo sobre él construido en la azotea inmediatamente superior (hechos probados, C.A. 93-108), lo que supuso que el señor González Lamela tuvo que romper la construcción del plano que cierra el edificio (elemento común), lo que nada tiene que ver con la autorización o no de los demás condóminos para construir en la azotea. Al parecer, ese plano horizontal de cemento armado no es tan llamativo como el vuelo, aunque presuponga igualmente una agrupación de hecho (sujeta en la Ley a la *unanimidad de más que todos* los comuneros, pues se requiere, junto al consentimiento del interesado, el de la entera Junta de Propietarios, de la que aquél es parte).

Pero será mejor que dejemos expresarse al Juzgador.

EN EL TRIBUNAL SUPREMO
DE PUERTO RICO

95 C.A. 95

Raquel Alvarez Figueredo
Demandante-Recurrida

v.

Sebastián González Lamela
Demandante-Recurrente
Núm. RE-90-293

Revisión

**Opinión del Tribunal emitida por el Juez Asociado
señor Hernández Denton**

San Juan, Puerto Rico, a 14 de julio de 1995.

A solicitud del recurrente, Sebastián González Lamela, reconsideramos la Opinión y Sentencia emitida en el caso de autos. Luego de evaluar la cuestión planteada a la luz de la Ley y jurisprudencia aplicables, consideramos prudente variar la norma general impuesta en el caso de epígrafe.

I

El 28 de octubre de 1993 emitimos Opinión y Sentencia en el caso de autos en la que determinamos que no puede tener carácter privativo una edificación sobreelevada en un condominio aun cuando la misma se haya destinado a dicho uso por consentimiento unánime de los titulares del condominio. Basamos nuestra determinación en que, a tenor con la Ley de Propiedad Horizontal vigente, 31 LPRA, sec. 1291 *et seq.*, el vuelo es un elemento común general no susceptible de apropiación particular. En consecuencia, confirmamos la sentencia sumaria parcial dictada por el foro inferior que determinó que las construcciones que había llevado a cabo González Lamela en la azotea del condominio McLeary eran ilegales y le prohibió llevar a cabo construcciones adicionales en la misma.

Posteriormente, González Lamela radicó moción de reconsideración en la cual solicitó que dictamináramos, entre otras cosas, «que le corresponde válidamente al Consejo de Titulares decidir sobre el derecho de sobreelevación y sobre la validez de las construcciones realizadas en el Condominio en el ejercicio de ese derecho...» Basó su posición, primordialmente, en la diferencia que, a su juicio, existe entre «una reserva previa de sobreelevar y la autorización para sobreelevar, otorgada por el Consejo de Titulares con posterioridad a la constitución del régimen y a la venta de los apartamentos». Véase Moción de Reconsideración radicada en el caso de autos, a la página 5.

El 3 de diciembre de 1993 emitimos Resolución en la que otorgamos término a la parte recurrida para que expresara sobre la moción de reconsideración radicada por González Lamela. Esta ha comparecido y estando en posición de resolver, así lo hacemos sin ulterior trámite.

II

La controversia que nos ocupa surge de la interacción entre el concepto del vuelo y el derecho de sobreelevación. Por lo tanto, debemos examinar cómo hemos tratado estos conceptos en el pasado. Veamos.

A) Como indicamos en nuestra Opinión general, el vuelo ha sido definido como «la parte ideal del edificio susceptible de ser construida, no un elemento material tangible, sino el espacio aéreo en la parte superior de la cubierta o techo en el que puede ser elevada la edificación. *Consejo de Titulares v. Vargas*, 101 DPR 579 (1973).

A partir de 1976, el mismo es un elemento común general del inmueble por disposición de Ley [31 LPRA, sec. 1291.i)]. En consecuencia, el vuelo

no puede ser objeto de división por parte de la comunidad y cualquier pacto en contrario es nulo [31 LPRA, sec. 1291.k)].

Intimamente relacionado al concepto de vuelo se encuentra el derecho de sobreelevación, el cual ha sido definido como el «derecho de utilizar el vuelo para elevar la edificación». *Costa Linda v. Registrador*, 109 DPR 861, 869 (1980). Con relación a éste, el artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que se requerirá el consentimiento unánime de los condóminos para «hacer nuevos pisos» [31 LPRA, sec. 1291.p)].

En *Costa Linda Inc. v. Registrador*, 109 861 (1980), se planteó si el propietario de un edificio podía reservar el derecho de sobreelevación para uno de los apartamentos al someter el edificio al Régimen de Propiedad Horizontal. Señalamos entonces, a tenor con la Ley, que el vuelo es un elemento común general necesario, y añadimos que dicha conclusión no está reñida con el artículo 18 de la propia Ley, pues «al impedir el artículo 11 que se haga reserva del vuelo en perjuicio de su carácter comunal, no impide que la comunidad lo aproveche mediante el ejercicio de su derecho a sobreelevación en virtud del artículo 18. Ambas disposiciones, lejos de contradecirse, se complementan». *Idem* a la página 869.

Establecimos, además, que el derecho a sobreelevar también está reservado a los condóminos y que sólo pueden disponer del mismo por acuerdo unánime conforme al artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal. Señalamos lo absurdo que sería interpretar que el vuelo es un elemento común fuera del alcance de una reserva de derecho y que, por el contrario, pueda reservarse el derecho a sobreelevar a un apartamento en particular. *Idem*, a la página 869.

Posteriormente, en *Soc. de Gananciales Manzanares v. Suárez*, 122 DPR 46 (1988), nos enfrentamos a otra situación en la cual el desarrollador constituyó en la escritura matriz del condominio una reserva de derecho sobre el techo del mismo, equivalente a una reserva del derecho a sobreelevar el condominio. Para sostener la validez de dicha reserva, el recurrente Vadiz Colón adujo que el artículo 18 de la Ley permitía que, mediante el consentimiento unánime de los titulares del condominio, un particular utilizara el vuelo para beneficio particular. Ante dicho reclamo señalamos que: «el lenguaje del artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal, *supra*, no puede tener el efecto de permitir lo que la Ley prohíbe en su artículo 11, *supra*. Esto es, no puede uno de los titulares del condominio, mediante el consentimiento unánime de los demás titulares, construir una estructura cerrada sobre un elemento común general, convirtiéndolo en un elemento privativo, en clara violación a las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal y a nuestra jurisprudencia, que prohíben que ciertos elementos comunes generales, como lo son el techo y el vuelo de un edificio, se conviertan en elementos comunes limitados o en elementos privativos.

Se ha reconocido que mediante el consentimiento unánime de los titulares se pueda disponer del derecho de utilizar el vuelo para elevar la edificación. No obstante, dicha elevación ha de ser para beneficio de toda la comunidad, ya que al ser el vuelo un elemento común general y el derecho a sobreelevación un derecho comunal reservado a la comunidad de condóminos, la utilización de los mismos no puede tener el efecto de variar su naturaleza común, ya que todo pacto contrario a su naturaleza común sería nulo». Idem, páginas 53-54.

Dicha determinación estuvo basada en la premisa de que al sobreelevar un condominio se invade el vuelo del mismo. Olvidamos en aquella ocasión que dicho concepto no constituye un elemento tangible del inmueble, sino «el espacio aéreo en la parte superior de la cubierta o techo en el que puede ser elevada la edificación». Consejo de Titulares v. Vargas, *supra*. «Como tal, (el vuelo) es inacabable o, por lo menos y en lo que respecta a su extensión vertical, es ilimitado». MICHEL J. GODREAU, *El condominio*, 94 (1992).

En consonancia con dicha concepción del vuelo, resulta forzoso concluir que al sobreelevar un condominio no se invade el vuelo del mismo. Aunque se ejercita un derecho de naturaleza comunal, el de sobreelevación, no se varía la naturaleza de elemento común del vuelo. Tampoco se convierte el techo del condominio en un elemento privativo. Una vez construida la nueva edificación, el techo de la misma se convierte en el techo del condominio, y como tal es un elemento común general [31 LPRA, sec. 1291.i)]. Igual ocurre con el vuelo del edificio, el cual comenzará a partir de la azotea de la nueva edificación, y por ser inacabable o ilimitado no se habrá visto disminuido por la edificación sobreelevada. Es decir, dicha sobreelevación no varía la naturaleza del vuelo.

Tal interpretación es errónea con el artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal [31 LPRA, sec. 1291.p)], que permite que, previo el consentimiento de todos los titulares, se construyan nuevos pisos y no impone restricción alguna que implique que dicha nueva edificación tenga que dedicarse a uso común de los titulares. Así lo habíamos determinado ya en *Costa Linda v. Registrador*, *supra*, cuando dispusimos que los artículos 11 y 18 de la Ley de Propiedad Horizontal, lejos de contradecirse, se complementan.

En suma, todo Consejo de Titulares tiene la facultad de sobreelevar el condominio cuyo destino dirige y dedicar la edificación así construida para beneficio particular, siempre que previamente se obtenga el consentimiento unánime de todos los titulares del inmueble [31 LPRA, sec. 1291.p)] y consiga los permisos correspondientes de la Administración de Reglamentos y Permisos, así como cualquier otra autorización requerida por Ley.

B) La norma que hoy imponemos le hace honor al postulado de interpretación legislativa que exige que los estatutos se interpreten tomando en consideración los fines que persiguen y la política pública que los inspira.

Vázquez v. ARPE, Op. y Sentencia emitida en 13 de junio de 1991, 129 DPR — (1990), 91 JTS 53.

En Puerto Rico existe una clara política pública en favor de la utilización de edificios multipisos sometidos al Régimen de Propiedad Horizontal como unidades de vivienda. *Soto Vázquez v. Vázquez Torres*, Op. y Sentencia emitida el 21 de abril de 1995, 140 DPR — (1995), 95 JTS 46. En la consecución de dicha política pública hemos establecido que la interpretación de la Ley de Propiedad Horizontal debe ser «constructiva e imaginativa». *Castle Enterprises Inc. v. Registrador*, 97 DPR 775, 781 (1963). Inclusive, que dicha interpretación debe ajustarse a la esencia de la horizontalidad: la coexistencia de diversos pisos de dominio exclusivo en el condominio forzoso e inescapable de elementos comunes. *Consejo de Titulares del Condominio McKinley Court v. Salvador Rullán et als.*, Op. emitida el 3 de mayo de 1990, 126 DPR — (1990).

La norma que impusimos en *Sociedad de Gananciales Manzanares v. Suárez*, 122 DPR 46 (1988), no respondió a las necesidades del régimen. La prohibición de reservar el derecho de sobreelevación a favor de un particular no tiene otro propósito que proteger a los titulares de los desmanes negociables del desarrollador o titular inicial único del condominio. Fue en esas circunstancias que sostuvimos su validez tanto en *Costa Linda* como en *Sociedad de Gananciales Manzanares*. Nunca se concibió como un límite a los derechos dominicales del Consejo de Titulares una vez vendidos todos los apartamentos del condominio sometido al Régimen de Propiedad Horizontal.

Aunque, ciertamente, el derecho propietario de los titulares sobre sus apartamentos particulares no cuenta con la misma extensión que el dominio concebido por nuestro Código Civil en otros contextos, *Soto Vázquez v. Vázquez Torres*, Op. y Sentencia emitida en 21 de abril de 1995, 140 DPR — (1995), 95 JTS 46, el Consejo de Titulares, como organismo supremo del régimen con personalidad jurídica, *Arce v. Caribbean Home Const.*, 108 DPR 252-53 (1978), tiene dominio pleno sobre todas las áreas comunes del condominio. Cónsono con nuestra trayectoria de facultar al Consejo de Titulares con amplios poderes en el ejercicio de sus prerrogativas, tal dominio tiene que incluir forzosamente la facultad de sobreelevar el condominio para dedicarlo a beneficio particular, siempre que no se disminuyan los derechos de los titulares sobre los elementos comunes que conforman el inmueble. MICHEL GODREAU, *El condominio*, 93-94 (1992).

III

En vista de que, contrario a nuestra determinación inicial, existe una posibilidad *de jure* de que se hayan convalidado mediante el consentimiento

unánime de los titulares los cambios realizados al edificio por González Lamela, entendemos procedente devolver el caso al Tribunal de instancia para que determine si se aprobaron por unanimidad las construcciones efectuadas por los titulares hasta ese momento.

Tal proceder responde a que, a pesar de que a la reunión del 6 de agosto de 1987 el Consejo de Titulares del Condomino McLeary no asistieron a la totalidad de los titulares, véase el texto pertinente de la Minuta de dicha reunión, Alegato de la parte recurrida, a la página 4, existe controversia sobre el posible cumplimiento de la Junta de Directores con las disposiciones del artículo 38.c) de la Ley de Propiedad Horizontal sobre el voto unánime de los condóminos [31 LPRA, sec. 1293.b).3].

Por los fundamentos que anteceden, procede que reconsideremos nuestra decisión anterior y revoquemos la sentencia sumaria parcial recurrida. Además, devolvemos el caso al Tribunal de Primera Instancia, Sala de San Juan, para que determine si los cambios hechos por González Lamela estuvieron avalados unánimemente por los titulares del condominio.

Se dictará la sentencia correspondiente.

FEDERICO HERNÁNDEZ DENTON
Juez Asociado

SENTENCIA

San Juan, Puerto Rico, a 14 de julio de 1995.

Por los fundamentos expuestos en la Opinión que antecede, la cual se hace formar parte de la presente, reconsideramos nuestra decisión anterior y revocamos la sentencia sumaria parcial recurrida. Se devuelve el caso al foro de instancia para que determine si los cambios hechos por González Lamela estuvieron avalados unánimemente por los titulares del condominio McLeary.

Así lo pronunció y manda el Tribunal y certifica el señor Secretario General. El Juez Asociado señor Negrón García emitió Opinión disidente. El Juez Asociado señor Rebollo López «disiente por entender que no procede la reconsideración de la Opinión originalmente emitida por el Juez Asociado señor Negrón García».

FRANCISCO R. AGRAIT LLADÓ
Secretario General

Como el prometido breve comentario posterior ha sido efectuado como anterior, aquí solamente resta una indicación, referible a la última expresión

del Tribunal, que recoge, al parecer, del buen amigo GODREAU: que todo lo hecho y dicho sobre la posibilidad de sobreelevar tiene un claro límite, cual es «que no se disminuyan los derechos de los titulares sobre los elementos comunes que conforman el inmueble». Si esto es cierto, el fallo debió ser opuesto a lo decidido; porque es indudable que al integrarse lo construido por González Lamela en su departamento inferior aumentó la superficie de su propio departamento y, con ello, su cuota de participación en los elementos comunes del inmueble (art. 8, Ley de Propiedad Horizontal), luego disminuyendo (la aritmética no engaña) la proporción de los demás condóminos, que ven reducido el objeto proporcional de su derecho en la comunidad de bienes, luego asimismo su derecho.

Pero lo cierto es que el criterio judicial en la hermenéutica del texto legal se ha mejorado, quedando pendiente acreditarse respecto de los hechos *sub iudice* la presencia o no de la imperativa unanimidad que autorizase la construcción. Por ello, se remiten los autos a la instancia.

Y es esta remisión lo que explica, inicialmente, la disidencia, que asimismo se transcribe, para analizarla, ahora sí, con posterioridad.

Opinión disidente del Juez Asociado señor Negrón García (En Reconsideración)

San Juan, Puerto Rico, a 14 de julio de 1995.

I

En su estructura interna, la Opinión mayoritaria ignora el trasfondo procesal y los verdaderos hechos; se apuntala en unas premisas erróneas.

Primero, contrario a como sostiene el recurrente Sebastián González Lamela, cuando compró su Pent-House 2 no adquirió derecho de sobreelevación alguno. Por lo tanto, no podía romper el techo estructural y penetrar desde el interior de su apartamento hacia la azotea para sobre ésta edificar una estructura de concreto y madera. Su escritura de adquisición sólo dispuso que la azotea «sería un elemento privado» de su «pent-house».

Como dijimos en la Opinión original, conforme *Consejo de Titulares v. Vargas*, 101 DPR 579 (1973), el derecho de sobreelevación, por traer consigo la introducción de nuevos elementos arquitectónicos, económicos y estéticos, y por afectar fundamentalmente el régimen de copropiedad, no puede nacer de inferencias o especulaciones. Su concesión debe ser clara y explícita (pág. 586). Distinto a su contención no se le concedió el derecho de sobreelevación para invadir el vuelo del edificio. La estructura matriz es

sumamente parca. Se limitó a concederle el uso de la azotea; ello no es suficiente para inferir el derecho de sobreelevación (énfasis suplido).

Nótese que, en el caso de autos, la escritura matriz únicamente dispuso que la azotea sería un elemento privado de su «pent-house». Aparte de las razones expuestas en *Consejo de Titulares v. Vargas, supra*, es justo consignar que *de ninguna forma* nuestro ordenamiento jurídico permite conceder el derecho de sobreelevación a una persona que tiene a su favor exclusiva e individualmente el *uso de la azotea*. Esto es distinto a cuando a un titular, por unanimidad de los condómines y previa determinación de beneficio para toda la comunidad, se le concede el uso del vuelo, esto es, el derecho de sobreelevación.

Al distinguir el concepto de techo del de «azotea», dijimos en *Sociedad de Gananciales Manzanares v. Suárez*, 122 DPR 46, 53 (1988):

«La interacción y equivalencia funcional de ambos conceptos las sintetiza BORJA MARTÍNEZ, a la página 171 de su obra *La propiedad de pisos o departamentos en el Derecho mexicano*, al decir que techo es la parte inferior y superior de un edificio que lo cubre y cierra, y azotea es la cubierta llana de un edificio dispuesta para poder andar por ella; de donde se deduce según su configuración física un techo puede o no ser al mismo tiempo azotea.

En este caso, el área individualizada fue la parte superior del edificio comercial, área no dispuesta para andar sobre ella y hacia la cual no existía acceso alguno a través de los apartamentos residenciales. Dicha área era un techo no susceptible de utilizarse como azotea.

El techo, a diferencia de la azotea, constituye un elemento común general no susceptible de apropiación particular. A tenor con el artículo 13 de la Ley, 31 LPRA, sec. 1291.k), el techo, como todo elemento común, ha de permanecer en indivisión forzosa, siendo todo pacto en contrario nulo. El aquí recurrente no podía erigir la estructura aquí en controversia, ya que el área que ocupa dicha estructura, o sea, el techo y el vuelo del edificio comercial, son elementos comunes generales necesarios cuya naturaleza no puede ser variada por Ley. *Arce v. Caribbean Home Const. Corp.*, 108 DPR 225 (1978).»

Tan claro es el propósito de no conceder derecho de sobreelevación como derivado de la adjudicación a un particular del derecho de uso exclusivo de la azotea, que en *De la Cruz v. Toro Sintés*, 112 DPR 650 (1982), expresamos:

«El derecho de uso exclusivo de la azotea, que por estipulación en contrario de su condición de elemento común se concede a un determinado apartamento —un Penthouse en este caso—, no implica conceder al titular de dicho apartamento un derecho absoluto e irrestricto en perjuicio del bienestar y la seguridad de todos los condóminos. Impedir el acceso a la azotea a discreción del titular de dicho apartamento es contrario a la seguridad de los ocupantes del condominio en caso de un incendio, y el llamado derecho exclusivo de uso tiene que ceder en este caso al interés general de

los condóminos y a la seguridad de todos. Igual solución se impone respecto a cualquier obstrucción a los medios o vías de acceso como son los pasillos, las escaleras y los ascensores.»

Resulta medianamente claro, por tanto, que cuando se trata de una azotea propiamente, no puede haber obstrucciones de dicho elemento y, mucho menos, la construcción de una edificación. Esta solamente puede hacerse como parte del derecho a utilizar el vuelo que nace del techo. Unicamente cuando el techo no es susceptible de utilizarse como azotea por no estar dispuesto para andar sobre él y por no viabilizar accesos a través de los apartamentos residenciales, es que puede concederse a un titular el derecho de sobreelevación si ha mediado unanimidad de los cotitulares y una determinación de beneficio para la comunidad.

Segundo, independientemente de si nuestro Estado de derecho permite reconocer el derecho de sobreelevación a quien ha recibido el derecho de uso de la azotea, la prueba incontrovertida revela que en la reunión del 6 de agosto de 1987 no hubo un consentimiento unánime de los titulares del condominio alegadamente ratificando la edificación de González Lamela sobre la azotea y los cambios de fachada. La minuta acredita que el quórum sólo fue de 74.6530.

La Ley de Propiedad Horizontal exige el voto unánime de *todos* los titulares; no basta «unanimidad de los presentes». Para cumplir con este requisito de unanimidad es menester gestionar el voto de todos los dueños de unidades, aun cuando no hayan comparecido a la reunión donde se adoptó el referido acuerdo. El artículo 38.c).b) de dicha Ley, según enmendado, establece que:

«Cuando todos los titulares presentes en una reunión convocada para tomar un acuerdo que requiera unanimidad, adoptada en dicho acuerdo, aquellos que debidamente citados no hubieren asistido serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado; y si en un plazo de treinta (30) días, a contar de dicha notificación, no manifestaren en la misma forma su discrepancia quedarán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutable hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaren su conformidad» [31 LPRA, sec. 1293.b).3.b)].

Distinto a la conclusión mayoritaria, los autos evidencian que no se siguió el proceso estatuido para obtener el voto del 25.347 de los titulares que no asistieron a la reunión del 6 de agosto de 1987. Desconocemos las razones para hoy la mayoría haber creado una controversia ficticia donde no la hay.

Tercero, decimos ficticia, pues durante la aludida reunión del 6 de agosto de 1987 —donde supuestamente se adoptó el referido acuerdo unánime— renunció como presidenta de la Junta la demandante Alvarez Figue-

redo, y el Departamento de Asuntos del Consumidor (DACO), por Resolución final y firme decretó que la elección que allí hubo de la nueva Junta de Residentes fue nula. ¿Cómo entonces puede la mayoría estimar unánime un acuerdo que precisamente motivó esa renuncia y además una querella en DACO escasamente veintiún (21) días después?

Y cuarto, una lectura de la transcripción de la vista evidenciada de la querella promovida por DACO por la propia señora Alvarez Figueredo revela diáfamanamente que no hubo la pretendida unanimidad. Allí, tres (3) meses después de la susodicha reunión, bajo juramento, González Lamela admitió la ilegalidad de su edificación sobre la azotea y aceptó que no había conseguido *unanimidad*.

LCDO. SANCHEZ CASO.—Y usted vela por su seguridad por razón de que en esa azotea usted tiene una edificación que no vino originalmente en ese condominio; es correcto, señor...

SR. GONZALEZ.—Sí, señor.

P.—Y usted acaba de declararle a la Examinadora que la construyó hace once años fue lo que dijo.

R.—Sí, señor.

P.—Hace once años. ¿Usted sabe si la Ley de Propiedad Horizontal establece algo sobre los cambios de fachada, estructuras adicionales, cómo se debe... usted tiene conocimiento de eso o no lo sabe?

R.—Algo.

P.—¿Sabía que la Ley dispone que tiene que ser por unanimidad los cambios de fachada y adiciones a la estructura de ese condominio, sabe eso?

R.—Entiendo que sí.

P.—¿Y usted consiguió la *unanimidad de todos los miembros titulares de ese condominio para edificar esa azotea ese segundo piso que usted hizo en la azotea*?

R.—No, señor.

P.—O sea, que entonces usted *acepta que eso es ilegal*, ¿no?

R.—Yo entiendo...

P.—No niega la unanimidad y construyó... para ese tipo...

R.—Entiendo que en este momento se suscita por primera vez ante una oficina la ilegalidad.

P.—No, no, yo no le estoy preguntando si se suscita o no ante una oficina; le estoy preguntando si usted sabe, como acaba de declarar, que la Ley dispone que es por unanimidad cuando se hacen adiciones o cambios de fachada, yo le pregunto si entonces eso que usted dice que acaba de declarar *que dice que no consiguió unanimidad de nadie, es ilegal lo que tiene usted allí*. Usted acepta eso.

R.—*Está bien*.

P.—Lo acepta. ¿Es así o no es así?

R.—Si usted lo dice.

P.—No, no, yo le pregunto a usted; contésteme usted, señor González.

R.—Si usted lo dice, licenciado.

P.—No, yo le pregunto y usted me contesta.

R.—Pues le contesto que como usted me lo dice yo se lo acepto.

P.—No, pero es que yo no estoy pidiendo lo que yo diga, señor González. Yo quiero que usted me conteste bajo juramento a esta distinguida Examinadora si eso es así, porque usted es el que está declarando, no soy yo.

R.—*Yo lo acepto, sí señor* (TE, págs. 46-47, Vista Administrativa del 12 de noviembre de 1987 en DACO). (Énfasis suplido).»

Ante esta prueba incontrovertible y contundente, ¿cómo puede la mayoría insistir todavía en que existe controversia sobre el pretendido voto unánime?

II

Aclarado el trasfondo procesal, fáctico y doctrinario, advertimos que los pronunciamientos mayoritarios de hoy infligen una ruda estocada a la sana normativa de *Sociedad de Gananciales Manzanares v. Suárez, supra*.

Se trasluce que la médula de la decisión ahora en reconsideración es que nuestra jurisprudencia ha confundido los conceptos de vuelo y sobreelevación y no hemos adjudicado propiamente los derechos que tienen los titulares sobre ambos. Nada más lejos de la verdad.

Nuestra doctrina ha diferenciado claramente ambos conceptos y definido los derechos de los titulares a disponer del «vuelo» y la «sobreelevación». De entrada, es menester reiterar que si bien el vuelo y el derecho de sobreelevación son distintos, están íntimamente ligados; es imposible conceptualizar uno sin el otro. En *Costa Linda, Inc. v. Registrador, supra*, exploramos la interrelación entre los artículos 11 y 18 de la apartamentos y demostramos así sus disposiciones armoniosas:

«Al impedir el artículo 11 que se haga reserva del vuelo en perjuicio de su carácter comunal, no impide que la comunidad lo aproveche mediante el ejercicio de su derecho de sobreelevación en virtud del artículo 18. Ambas disposiciones, lejos de contradecirse, se complementan.

El vuelo y el derecho de sobreelevación no son una y la misma cosa. El vuelo es un elemento del edificio, como lo son las escaleras, los vestíbulos, las paredes, las azoteas, las áreas de estacionamiento de vehículos,

etc. Estos elementos son propiedad particular, otros no. El vuelo está entre estos últimos por disposición del artículo 11.a). El derecho de sobreelevación es, como dijimos en *Consejos de Titulares v. Vargas* [101 DPR 579 (1973)], en la página 585, el derecho de utilizar el vuelo para elevar la edificación. Y ese derecho también lo reserva nuestra Ley de Propiedad Horizontal a los condómines como un derecho natural del cual pueden ellos disponer solamente por acuerdo unánime conforme al artículo 18. No podría concebirse el derecho de sobreelevación separado del derecho al vuelo. Sería absurdo interpretar que el derecho al vuelo es elemento común no susceptible de reserva a favor de determinado apartamento y que, por el contrario, pueda disponerse en el título constitutivo que el derecho de sobreelevación sí puede reservarse a favor de un apartamento en particular» (pág. 869) —énfasis suplido.

Nótese que aunque reconocimos que el vuelo y la sobreelevación no son equivalentes, tienen que entenderse conjuntamente y respondiendo a iguales principios de política pública encarnados en la Ley. Fuimos claros entonces en que, aunque el artículo 18 contempla un consentimiento unánime para levantar pisos (sobreelevar), ello no podía implicar que se adjudicara *a un particular* si ese era el criterio unánime, pues no se podía atentar contra el carácter comunal de dicho derecho cónsono con el de vuelo.

Aun cuando propone una tesis diferente —acogida hoy por el Tribunal— en su obra *El condominio*, expresó así el profesor MICHEL J. GODREAU el alcance de ese dictamen:

«Si bien se reconoce la facultad de disponer de este derecho de sobreelevación, ello no faculta a los condóminos, ni siquiera vía el consentimiento unánime, a destinar este tipo de elemento común a un particular o a un grupo de condóminos» (pág. 92).

III

La opinión mayoritaria hace una apología del derecho de los titulares a utilizar el vuelo para elevar una edificación siempre que preceda un acuerdo unánime. Estamos de acuerdo; la Ley y nuestra jurisprudencia son claros al respecto. Lo que no podemos convenir es reconocer un derecho irrestricto de los titulares a sobreelevar una edificación. Discrepamos de la posición de que al ejercer el derecho que confiere el artículo 18 la única limitación es la unanimidad. A tenor con esa visión, mediante un consentimiento unánime podría permitirse a un particular construir sobre el techo para su beneficio privado.

Esa interpretación pierde de perspectiva el análisis integral que hiciéramos en *Sociedad de Gananciales Manzanares v. Suárez*, *supra*.

«Por último, el lenguaje del artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal, *supra*, no puede tener el efecto de permitir lo que la Ley prohíbe en su artículo 11, *supra*. Esto es, no puede uno de los titulares del condominio, mediante el consentimiento unánime de los demás titulares, construir una estructura cerrada sobre un elemento común general, convirtiéndolo en un elemento privativo, en clara violación a las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal y a nuestra jurisprudencia, que prohíben que ciertos elementos comunes generales, como son el techo y el vuelo de un edificio, se conviertan en elementos comunes limitados o en elementos privativos.

Se ha reconocido que mediante el consentimiento unánime de los titulares se pueda disponer del derecho de utilizar el vuelo por elevar la edificación. No obstante, dicha elevación ha de ser para beneficio de toda la comunidad, ya que al ser el vuelo un elemento común general y el derecho a sobreelevación un derecho comunal reservado a la comunidad de condóminos, la utilización de los mismos no puede tener el efecto de variar su naturaleza común, ya que todo pacto contrario a su naturaleza común será nulo. *Costa Linda, Inc. v. Registrador, supra*» (págs. 53-54) —énfasis nuestro.

Reiteramos la sabiduría y juridicidad del criterio expresado en *Costa Linda, Inc. v. Registrador, supra*, 869, a los efectos de que es completamente ilógico y absurdo sostener que puede utilizarse el derecho a sobreelevación para beneficio de un individuo por acuerdo unánime de los titulares y, a su vez, decidir que el vuelo es un elemento común general no susceptible de aprobación individual.

La posibilidad contemplada en la Ley que puedan construirse nuevas plantas no puede estimarse para beneficio exclusivo de un solo condómine. *Esa sería la única interpretación que no choca contra el espíritu y propósitos de la Ley*. Al interpretarla hemos reconocido el carácter común del derecho a la sobreelevación y, en virtud de ello, sólo hemos permitido que se le confiera a un particular siempre que la obra se destine al uso común de los titulares.

Lamentamos sobremanera el destrozo inmisericorde de unas bien delineadas decisiones de este Tribunal que tenían como faro la lógica y defensa de los principios de política pública inmersos en la Ley de Propiedad Horizontal. La cuidadosa perfilación de esta norma, que alcanzó su cénit en *Manzanares, supra*, ha quedado destruida de un plumazo.

¿Cómo comprar la teoría de que al sobreelevar un condominio no se invade el vuelo del mismo? Si el vuelo es apenas el espacio aéreo sobre el techo y el derecho de sobreelevación la potestad de utilizar el vuelo para elevar la edificación, es éste el que da sentido práctico a aquél.

No es conveniente, pues, la tesis mayoritaria de que no se ve menoscabado o invadido el vuelo de un edificio de ninguna forma. Destaca que el vuelo es inacabable e ilimitado, por lo que siempre existirá sobre el techo de la nueva edificación. Precisamente por eso es que puede convertirse en

letra muerta la prohibición respecto al vuelo. Bajo esa teoría, siempre podría concederse el derecho de sobreelevación a un individuo para beneficio propio y siempre quedaría incólume el «inacable» vuelo.

Recapitulando, en lo procesal reiteramos del todo improcedente el dictamen mayoritario devolviendo el caso al foro de instancia. Hasta la saciedad hemos demostrado que no hubo el alegado voto unánime de los titulares del condominio convalidando los cambios ilegales efectuados al edificio por González Lamela.

En lo sustantivo, conforme nuestra doctrina y *Manzanares, supra*, dicho curso de acción judicial es inconsecuente. Independientemente de que no hubo tal unanimidad, es un hecho no contradicho que la edificación construida no era para beneficio de la comunidad de titulares, sino para el de un solo titular.

Debimos denegar la reconsideración.

ANTONIO S. NEGRÓN GARCÍA
Juez Asociado

NOTAS AL ALCANCE DEL TRIBUNAL

Aquí se trataba de una demanda de *injunction* contra Emilio Ortiz Alfonso, titular de un «pent-house», a quien se le confirió el uso exclusivo de la azotea para obligarle a eliminar un portón y una puerta de madera instalados entre el pasillo en que ubicaba el apartamento y la azotea.

Se demandó además a James A. Toro Sintés para compelerlo a remover un portón que instaló en el piso en que radicaba su apartamento y que impedía el acceso a las escaleras del condominio.

La lógica de esta concepción se hace más patente a la luz de nuestros pronunciamientos en *Costa Linda v. Registrador, supra*, página 870, cuando dijimos:

«Hacer reserva del derecho de sobreelevación a favor de un apartamento es tanto como reservarle a éste un “solar” sobre el techo para edificar.»

Parece sensato concluir que la disidencia, mejor orientada *con relación a los hechos* del caso, sustenta el tradicional error. Ello explica su insistencia en el equívoco, hasta el punto de desembocar en el peor conceptualismo con tal de sustentar el tenor tradicional. Obsérvese:

«Nuestra doctrina —es decir, el propio Tribunal Supremo fundamentalmente— ha diferenciado claramente ambos conceptos y definido los derechos de los titulares a disponer del “vuelo” y la “sobreelevación”. De

entrada, es menester reiterar que si bien el vuelo y el derecho de sobreelevación son distintos, están íntimamente ligados: es imposible conceptualizar uno sin el otro». Bueno, pues no. Basta pensar en el derecho de superficie agrícola (*satio*, *plantatio*) para poder apreciar un vuelo carente de sobreelevación. Pero es que el tema no es pretender contrastar dos fantasmas, que es lo que se hace cuando se pretende distinguir un *derecho de vuelo* y un *derecho de sobreelevación*, siendo éste el contenido de aquél (*Consejo de Titulares v. Vargas*, 1973, 101 DPR 579: «Se entiende por vuelo la parte ideal del edificio susceptible de ser construida, no un elemento material y tangible, sino el espacio aéreo en la parte superior de la cubierta o techo en el que puede ser elevada una edificación. Llámase sobreelevación al acto de utilizar ese derecho»). Claramente, no cabe hablar de derecho de vuelo y de derecho de sobreelevación como distintos. Que se identifique, también erróneamente, lo que es común con lo que no es susceptible de ser reservado es entrecruzar dos líneas distintas (validez o no de las reservas de derecho, carácter común o privativo de los elementos) que lleva al consecuente equívoco, consistente entonces en reclamar que la sobreelevación debe serlo en beneficio de todos (*Manzanares v. Suárez*, 1988, 122 DPR 46: «Se ha reconocido que mediante el consentimiento unánime de los titulares se pueda disponer del derecho de utilizar el vuelo para elevar la edificación... No obstante, dicha elevación ha de ser para beneficio de toda la comunidad, ya que siendo el vuelo un elemento común y el derecho a sobreelevación un derecho comunal reservado a la comunidad...»).

La postura de la disidencia, de que es muy distinto el uso de la azotea al derecho de vuelo (o sobre edificación), siendo plenamente exacta, incide, sin embargo, en la obsesión inicial, confundiendo el vuelo y su uso con la facultad (de riguroso dominio y reservada, pues, a la comunidad ínterin no la transmita a algún condómino en concreto) de alterar dicho vuelo: se puede usar el vuelo, v.gr.: para instalar cordeles, cables de televisión o teléfono, antenas de televisión, etc., y tal uso no implica en lo absoluto sobreelevación. Y la equiparación que hace la disidencia («Esto es distinto a cuando un titular, por unanimidad de los condómines [*sic*] y previa determinación de beneficio para toda la comunidad, se le concede *el uso del vuelo*, esto es, el derecho de sobreelevación») —énfasis del original— acredita que se sigue sin saber qué es el vuelo, su título dominical, su uso, etc.

Confusión que vuelve a acreditarse —dichosa magia de las palabras— cuando se enfrenta el techo con la azotea. Porque si bien es cierto que el techo, en cuanto cobertura del edificio todo, es elemento común, y la azotea es otra cosa (pudiendo ser o no techo del edificio, dato éste que determina la construcción misma: hay azoteas que con techos y techos

que son azoteas), nada impide que tal techo pueda ser apropiado individualmente para uso privativo si así lo deciden los propietarios del edificio: es suficiente con que todos así lo decidan; en cuyo caso el techo seguirá siendo indivisible en el sentido de que *no puede partirse por la mitad* dejando parte del edificio sin cobertura. Pero es claro que puede dividirse si la colectividad decide abrir en el mismo un hueco de acceso privativo.

La tendencia del Tribunal Supremo a usar palabras con independencia del contenido jurídico que puedan encerrar le hace, así, derivar inconsistentemente. Fijando su mente en una concreta idea, no parece apreciar que, trascendiendo tal pequeña y ridícula realidad, aquellas palabras se convierten en absurdos. Así, cuando la disidencia cita lo afirmado en *De la Cruz v Toro Sintes*, 1982, 112 DPR 650, no parece pensar sino en una sola forma de azotea. ¿Diría lo mismo en el caso de edificios construidos en terraza, en que cada azotea del respectivo departamento es techo del de abajo, reuniendo a la vez carácter de elemento privativo por título y por uso, al tiempo que elemento común en cuanto techo? Quizá es la expresión «azotea propiamente dicha» (y a saber qué es eso de propiamente dicha, porque en el ejemplo anterior es la azotea tan azotea como cualquier otra azotea propiamente dicha) lo que debe expresar la idea de la disidencia. En cuyo caso el problema parece que se desplaza a que es algo «propiamente dicho»: ¿Sólo lo dicho —aunque sea equivocado— por el Alto Organismo? Porque, entonces, mucho me temo que el Tribunal Supremo no sólo se empeña en ser la fuente exclusiva de lo jurídico (por mal que sepa el agua), sino también Academia de la Lengua. Lamentablemente, ambas funciones le caen demasiado anchas.

Por ello, no es argumento el empleado en la disidencia, argumento que pretende reforzar con la cita del profesor GODREAU. No es refuerzo, pues GODREAU repite lo dicho antes por el propio Tribunal. No es cita de GODREAU, sino que es autocita. Y precisamente el error del tema lo ha provocado el propio Tribunal Supremo, que sigue sin entender lo más mínimo el tema de la horizontalidad. Y posiblemente siga ocurriendo así mientras las leyes sobre la materia se confeccionen para que los entes financieros puedan vender muy bien los departamentos otrora ejecutados o algún otro listillo quiera convertir el régimen en su propia ley y exclusivo interés. Habrá, pues, que esperar a que el legislador, *en su sabiduría*, dicte un texto que esté pensado para resolver los conflictos de la convivencia horizontal. Entonces podremos hacer Derecho. Menos aún puede hacerse ahora, cuando el texto legal se interpreta convirtiendo los artículos en secciones: la disidencia, obsesionada con el artículo 11, se olvida del artículo 9, que, en su absurdo, permite hipotecar los elementos comunes, *esos que son de imperativa indivisión* (art. 13, Ley de Propiedad Horizontal). Por ello, ¿por qué ciertos elementos indivisibles pueden dividirse y otros no?

En fin, el apartado III de la disidencia, de tomarse *ad pedem literae* impediría que una construcción, incorporada al régimen especial de horizontalidad al erigirse el primer piso (arts. 2, 3, 4 y 5 de la Ley), pueda continuar su construcción. ¡Buena interpretación *constructiva e imaginativa* (que, por cierto, nadie salvo el Alto Organismo ha conocido nunca tal clase de hermenéutica).

Consiguientemente, y con profundo dolor, no veo por parte alguna la sabiduría (por supuesto, menos aún la juridicidad) de lo afirmado en *Costa Linda, Inc. v. Registrador*, 1980, 109 DPR 861, que confunde el tema de las reservas con el de los elementos comunes, diferenciación que debe saber cualquier estudiante que haya tomado el curso de derechos reales.

Pero dejando ya de lado la jurisprudencia, lo interesante es contrarrestar la reforma legislativa con los dichos y hechos de esa jurisprudencia. Porque su pretensión constante ha sido radicalmente alterada por el legislador, que permite ahora no ya disponer de algunos elementos comunes por decisión del 75 por 100, sino convertirlos (mediante la frustrada enajenación, previa segregación), resultando así que algunos elementos comunes de imposible división devienen en elementos comunes de total divisibilidad... y venta de algún listo (5).

Es claro, o la legislatura ha perdido esa connotación («en su sabiduría...») o el Tribunal Supremo ha de comenzar con sus genialidades («interpretación constructiva e imaginativa», «sabiduría y juridicidad»).

APENDICE
(P. de la C. 251)
129 DEC 13 1994
LEY

Para adicionar un nuevo inciso g) y redesignar el inciso g) como inciso h) del artículo 38; para enmendar el párrafo octavo del artículo 39 de la nueva Ley 104/1958, de 25 de junio, según enmendada, conocida como «Ley de la Propiedad Horizontal» a fin de garantizar el funcionamiento de los elementos comunes de inmueble cuando los condómines morosos al pago de las cuotas de mantenimiento atenten contra el disfrute y uso de la propiedad y agravando la situación de los demás propietarios de apartamentos en el inmueble y que está sometido al Régimen de Propiedad Horizontal.

(5) Algo nuevo aporta la Ley 153: convertir (en algunos artículos) los *apartamientos* en *apartamentos*. ¡Felicidades!

EXPOSICION DE MOTIVOS

El propósito de la presente medida es garantizar que un inmueble, sometido al Régimen de Propiedad Horizontal, no se vea afectado en su funcionamiento cuando condómines morosos se atrasan exageradamente en sus cuotas de mantenimiento y provoquen con esto que los demás condómines tengan que cubrir los gastos de aquéllos para mantener en funcionamiento los elementos comunes.

Es necesario proveerle a la Junta o Consejo de Titulares un medio para ser utilizado cuando se han agotado los recursos en cuanto al cobro de las cuotas adeudadas y el condómine moroso se niega a satisfacer esa deuda. Es injusto que los demás titulares tengan que verse afectados cuando para el buen funcionamiento del inmueble hay que sufragar esos gastos.

No podemos permitir que, abusivamente, perjudique a los demás titulares cuando no exista justificación para los atrasos en el pago de la cuota de mantenimiento.

Esta Ley facultará al Consejo de Titulares a ordenar la suspensión de aquellos servicios que se reciben a través o por medio de los elementos comunes cuando algún condómine se atrase injustificadamente en el pago de la cuota de mantenimiento por un término igual o mayor a tres pagos y no satisfaga la totalidad de dicha deuda a pesar de habersele requerido.

Decrétese por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico:

Sección 1.—Se adiciona un nuevo inciso g) y se redesigna el inciso g) como h) del artículo 38 de la Ley 104/1958, de 25 de junio, según enmendada, para que se lea como sigue:

Artículo 38.—Corresponde al Consejo de Titulares:

a) ...

g) Ordenar que se suspendan los servicios recibidos a través o por medio de los elementos comunes generales, incluyendo los servicios de agua, gas, electricidad, teléfono y/o cualquier otro servicio similar a éstos a aquellos condómines morosos que al no pagar sus cuotas de mantenimiento se sirven graciosamente de los elementos a cuyo mantenimiento no contribuyen como les corresponde, adeudan tres o más plazos consecutivos de sus cuotas.

Intervenir y tomar decisiones sobre aquellos asuntos de interés general para la comunidad, así como tomar aquellas medidas necesarias y convenientes para el mejor servicio común.

Sección 2.—Se enmienda el párrafo octavo (último párrafo) del artículo 39 de la Ley 104/1958, de 25 de junio, según enmendada, para que lea como sigue:

Artículo 39.—...

Aquellos titulares que adeuden tres (3) o más plazos consecutivos quedarán temporalmente privados de ejercer su derecho al voto en las reuniones o asambleas del Consejo de Titulares hasta tanto satisfagan la deuda en su totalidad. Además, se les podrá suspender el servicio de agua potable, electricidad, gas, teléfono y cualquier otro servicio similar cuando el suministro de éstos llega por medio de instalaciones que constituyen elementos comunes generales del inmueble.

Sección 3.—Esta Ley comenzará a regir inmediatamente después de su aprobación.

Presidente de la Cámara

Presidente del Senado

**LEY NUM. 153,
de 11 de agosto de 1995**

Para enmendar el tercer párrafo del artículo 2, los incisos *c)*, *d)* y *g)* del artículo 11; los artículos 12, 14, 16, 18, 31, 32 y el segundo párrafo del artículo 32A; el inciso *d)* del artículo 37; el cuarto párrafo del artículo 38A; el quinto párrafo del artículo 38B; el inciso *b)* del artículo 38C; el primer párrafo del artículo 39; el primer párrafo del artículo 41; los artículos 44 y 45 y adicionar un inciso *b)* al artículo 38 de la Ley 104, de 25 de junio de 1958, según enmendada, conocida como Ley de Propiedad Horizontal, a los fines de establecer que para toda obra que afecte a los elementos comunes del inmueble se requerirá el consentimiento del setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes; disponiéndose que para virar el uso de un área verde se requerirá el consentimiento del noventa (90) por ciento de los titulares que a su vez representen el noventa (90) por ciento de participación en los elementos comunes.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Durante los años de vigencia de la Ley 104/1958, de 25 de junio, según enmendada, han surgido situaciones que en vez de fortalecer y mejorar la

convivencia de los titulares que viven en los condominios sometidos a dicha Ley tiende a crear conflictos y fricciones entre los titulares.

Otra situación observada es que la forma en que están redactados los artículos que por la presente se enmiendan, los cuales exigen unanimidad de los titulares, se ha creado una parálisis que impide no sólo su mejoramiento sustancial y desarrollo de los condominios existentes, sino que se han elevado exageradamente los costos y gastos para lograr un consenso que beneficie a todos los titulares de un condominio.

El propósito de las enmiendas que aquí se introducen a la Ley van dirigidas a agilizar, por un lado, los procedimientos y decisiones de los titulares para ampliar y mejorar sus condominios, y, por otro lado, a reducir los costos y gastos que actualmente conlleva el lograr un consenso por unanimidad.

Se ha tomado también la precaución de proteger aquellos condómines que han adquirido un apartamento en la expectativa de disfrutar el resto de su vida y dependen de una pensión fija por retiro o incapacidad.

Esta Asamblea legislativa considera que esta legislación promueve una mejor planificación urbana y fomenta una mejor convivencia social, por lo que la misma debe ser aplicable a todo edificio que esté sujeto al Régimen de Propiedad Horizontal. De esta forma se resuelven caprichos ocasionados por minorías, factor que desalienta y dificulta el logro de la política pública sobre la mejor utilización de los terrenos mediante la construcción de edificios sujetos a este régimen.

Decrétese por la Asamblea legislativa de Puerto Rico:

Artículo 1. Se enmiendan el tercer párrafo del artículo 2; los incisos *c)*, *d)* y *g)* del artículo 11; los artículos 12, 14, 16, 18, 31, 32; el segundo párrafo del artículo 32A, el inciso *d)* del artículo 37, el cuarto párrafo del artículo 38A, el quinto párrafo del artículo 38, el inciso *b)* del artículo 38C, el primer párrafo del artículo 39, el primer párrafo del artículo 41, los artículos 44 y 45 y se adiciona un inciso *h)* al artículo 38 de la Ley 104, de 25 de junio de 1958, según enmendada, conocida como «Ley de Propiedad Horizontal».

«Artículo 2.

Las disposiciones de esta Ley son aplicables sólo al conjunto de apartamentos y elementos comunes cuyo titular único, o titulares todos si hubiere más de uno, declaren expresamente su voluntad de someter el referido inmueble al régimen establecido en esta Ley, haciéndolo constar por escritura pública e inscribiendo ésta en el Registro de la Propiedad.

El Régimen de Propiedad Horizontal podrá establecerse sobre bienes inmuebles que radiquen en terrenos poseídos a títulos de arrendamiento o de usufructo siempre que, mediante escritura pública al efecto, el arrendador o nudo propietario preste su consentimiento expreso para ello y renuncie a toda

acción o reclamación que pueda éste iniciar contra los titulares en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o usufructuario original.

La escritura que establezca el Régimen de Propiedad Horizontal expresará clara y precisamente el uso a que será destinada toda área comprendida en el inmueble, y una vez fijado dicho uso sólo podrá ser variado mediante el consentimiento *del setenta y cinco (75) por ciento* de los titulares que representen a su vez el *setenta y cinco (75) por ciento* de la participación en los elementos comunes: disponiéndose que para variar *el uso de un área verde* se requerirá el consentimiento del *noventa (90) por ciento* de los titulares que a su vez representen el *noventa (90) por ciento* de participación en los elementos comunes.

Artículo 11. Se consideran elementos comunes generales del inmueble:

- a) ...
- b) ...
- c) Los sótanos, azoteas, patios y jardines.
- d) Los locales destinados a alojamiento de porteros o encargados.
- e) ...
- f) ...
- g) Toda área destinada a estacionamiento.
- h) ...

Artículo 12. También serán considerados elementos comunes, pero con carácter limitado, siempre que así se acuerde expresamente por el *setenta y cinco (75) por ciento* de los titulares del inmueble que a su vez representen el *setenta y cinco (75) por ciento* de participación en los elementos comunes, aquellos que se destinen al servicio de cierto número de apartamentos con exclusión de los demás, tales como pasillos, escaleras y ascensores especiales, servicios sanitarios comunes a los apartamentos de un mismo piso y otros análogos.

Artículo 14. Salvo lo dispuesto en el artículo 12, cada titular podrá usar de los elementos comunes conforme su destino, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás.

Cuando el estacionamiento fuere elemento común, todo titular tendrá derecho de hacer uso de un espacio de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil por cada apartamento de que fuere propietario que estuviere ocupado. Ningún titular podrá hacer uso de un espacio de estacionamiento que exceda aquella cabida si con ello priva a otro titular del disfrute efectivo de tal elemento común. Si el número de espacios de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil fuere menor que el número de apartamentos, tales espacios serán ocupados por los titulares que primero arriben al área de estacionamiento.

Artículo 16. Las obras necesarias para la conservación del inmueble y para el uso eficaz de los elementos comunes serán acordados por la mayoría de los titulares.

Las obras de mejora que afecten los elementos comunes del inmueble serán acordadas por el setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes. La forma de pagar la *cantidad* proporcional que le corresponda en las obras de mejoras deberá ser aprobado por el *setenta y cinco (75)* por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes. La *falta de pago de la deuda por concepto de mejoras no afectará el derecho a votar en las reuniones del Consejo de Titulares.*

Todo titular que acredite ser residente y tener más de 65 años y que acredite, además de ser titular y residente, que depende exclusivamente de una pensión por virtud de incapacidad o retiro y que demuestre que ésta no es suficiente, no será obligado a hacer efectivo el pago de inmediato de las obras de mejoras que se aprueben con posterioridad a la fecha en que la persona se convierta en titular residente; se constituirá un gravamen sobre su propiedad, según el artículo 41 de este título, por la cantidad que le corresponda por concepto de dicha derrama y que demuestre que no puede satisfacer por las razones antes expuestas. Dicha deuda devengará intereses al tipo legal prevaleciente en el mercado, lo cual también será garantizado por dicho gravamen. Esta norma no será de aplicación a aquellos condómines que reúnen todos los requisitos antes mencionados, excepto por haber adquirido el apartamento con posterioridad a la fecha en que se aprobaron las obras de mejora.

Artículo 18. Ningún titular podrá, sin el consentimiento unánime de los otros, construir nuevos pisos, hacer sótanos o excavaciones o realizar obras que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio, disponiéndose que *si el uso del nuevo piso fuere como elemento común sólo* se requerirá el consentimiento del setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes.

Artículo 31. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las agregaciones de nuevos pisos, acordados conforme dispone el artículo 18 o adquisiciones de nuevas porciones de terrenos colindantes efectuadas por el *setenta y cinco (75)* por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes, para que formen parte de los elementos comunes del inmueble se inscribirán en la finca matriz. Del mismo modo, la cancelación total o parcial de gravámenes anteriores a la constitución del inmueble en propiedad horizontal y las inscripciones o anotaciones preventivas que tengan referencia expresa al inmueble de los elementos comunes del mismo en su totalidad

se practicarán en la finca matriz, dejando siempre constancia marginal de estas operaciones en los Registros filiales.

Artículo 32. *En la segregación de porciones de terreno común, transmitidas por el setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes, la escritura pública contendrá la descripción del inmueble tal como deba quedar después de deducidas aquellas porciones de terreno. Esta nueva descripción se practicará en la finca matriz.*

Artículo 32A. A menos que la escritura matriz, el Reglamento del inmueble o la Administración de Reglamentos y Permisos específicamente lo prohíban, los apartamentos y sus anejos podrán ser objeto de división material, mediante segregación, para formar otra u otras unidades susceptibles de aprovechamiento independiente; o podrán ser aumentados por agrupación de otras partes colindantes del mismo inmueble; pero ninguna segregación o agrupación así realizada tendrá el efecto de variar el destino o uso dispuesto en la escritura matriz para el apartamento o apartamentos que quedaren modificados.

En tales casos se requerirá la aprobación *del setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes*, correspondiéndole al Director o a la Junta de Directores la fijación de los porcentajes o cuotas de participación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 8 y sin alterar los porcentajes correspondientes a los restantes titulares. La nueva descripción de los apartamentos afectados, así como los porcentajes correspondientes, deberán consignarse en la escritura pública de segregación o agrupación que se otorgue, la cual no surtirá efecto hasta tanto se inscriba en el Registro particular de cada una de las fincas filiales afectadas, dejándose copia certificada archivada en el Registro de la Propiedad, unida a la escritura matriz. A dicha copia certificada se unirá un plano, certificado por un ingeniero o arquitecto, autorizado para la práctica de su profesión en Puerto Rico, que de modo gráfico indique claramente los particulares del apartamento o apartamentos según resulten modificados. Cuando se trate de una segregación, dicho plano deberá también aparecer aprobado y certificado por la Administración de Reglamentos y Permisos.

Artículo 37. El Reglamento podrá contener todas aquellas normas y reglas en torno al uso del inmueble y sus apartamentos, ejercicios de derechos, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, que no contravengan las disposiciones de esta Ley. Proveerá obligatoriamente a los extremos que siguen:

- a) ...
- b) ...
- c) ...

- d) Manera de recaudar los fondos de los titulares para el pago de los gastos comunes y aquellos que legítimamente sean acordados por la Junta de Directores y/o el Consejo de Titulares.
- e) ...
- f) ...

Artículo 38. Corresponde al Consejo de Titulares:

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) ...
- e) ...
- f) ...
- g) ...
- h) Aprobar mediante el voto afirmativo de la mayoría de los titulares unas concesiones especiales para aquellos titulares que ocupen puestos en la Junta de Directores. Estas concesiones especiales deberán estar contenidas en el Reglamento a que se refiere el artículo 37 de esta Ley.

Artículo 38A. El Consejo de Titulares se reunirá por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas, y en las demás ocasiones que convoque el Presidente o la quinta parte de los titulares o un número de éstos cuyos apartamentos representen al menos el veinte (20) por ciento de los porcentajes de participación en los elementos comunes.

La convocatoria estará firmada por la persona o personas que convoquen e indicará los asuntos a tratar y hora, día y lugar de la reunión. Las citaciones se harán por escrito, entregándose en el apartamento perteneciente a cada titular o por medio de carta certificada dirigida a la dirección que a esos fines haya designado el titular que no resida en su apartamento.

La citación para la reunión ordinaria anual, cuya fecha se fijará en el Reglamento, se hará cuando menos con diez (10) días de antelación, y para las extraordinarias, con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados.

El Consejo podrá reunirse válidamente aun sin convocatoria, siempre que concurren la *totalidad de los titulares* y así lo decidan.

No será necesaria la celebración de una reunión del Consejo de Titulares para determinado propósito si todos los titulares con derecho a votar en dicha reunión renunciaren a la referida reunión y consintieren por escrito a que se tome la acción propuesta.

Artículo 38B. Si el apartamento se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponden al nudo propietario, quien salvo manifestación en

contrario se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa y por escrito la delegación cuando se trate de acuerdos que requieran la unanimidad de los titulares. Ninguna persona podrá ejercitar el derecho al voto por delegación en representación de más de un titular.

Artículo 38C. Los acuerdos del Consejo de Titulares se someterán a las siguientes normas:

- a) ...
- b) Cuando todos los titulares presentes en una reunión convocada para tomar un acuerdo que requiera unanimidad o el setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes adoptasen dicho acuerdo, aquellos que debidamente citados no hubieran asistido serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado; y si en el plazo de treinta (30) días, a contar de dicha notificación, no manifestaren en la misma forma su discrepancia, quedarán vinculados por el acuerdo, que será ejecutable tan pronto el número correspondiente de titulares manifestaren su conformidad.
- c) ...
- d) ...
- e) ...

Artículo 39. Los titulares de los apartamentos están obligados a contribuir proporcionalmente a los gastos para la administración, conservación y reparación y mejoras de los elementos comunes generales del inmueble y, en su caso, de los elementos comunes limitados, así como a cuantos más fueren legítimamente acordados.

Ningún titular podrá librarse de contribuir a tales gastos por renuncia al uso o disfrute de los elementos comunes ni por abandono del departamento que le pertenezca.

La cantidad proporcional con que debe contribuir cada titular a los gastos comunes se determinará, fijará e impondrá al principio de cada año calendario o fiscal, y vencerá y será pagadera en plazos mensuales. Las cuotas que los titulares no cubran dentro del plazo fijado para su pago devengarán intereses al tipo máximo legal. La falta de pago de tres (3) o más plazos consecutivos conllevará una penalidad adicional equivalente al uno por ciento mensual del total adeudado.

El titular moroso será requerido de pago mediante correo certificado con acuse de recibo, y de no verificar el pago en el plazo de quince (15) días se le podrá exigir por la vía judicial.

La deuda de un titular por concepto de gastos comunes hasta la suma de quinientos (500) dólares o hasta la cantidad que represente la falta de

pago de no más de seis (6) plazos le podrá ser reclamada judicialmente con arreglo al procedimiento abreviado dispuesto bajo la Regla 60 de las de Procedimiento Civil de 1958, según enmendadas.

Cuando se reclame la deuda por la vía judicial, el Tribunal, a instancias del demandante, decretará el embargo preventivo de los bienes del deudor o deudores, sin otro requisito que la presentación de una certificación jurada por el Presidente y por el Secretario del Consejo de Titulares, ante un Notario público u otro funcionario autorizado para tomar juramentos, en que conste el acuerdo que aprobó el gasto exigible y su cuantía, así como la gestión de requerimiento de pago a que se refiere el párrafo cuarto anterior.

Cuando el demandante así lo solicitare, en aquellos casos en que el titular moroso hubiere arrendado el apartamento, el Tribunal podrá ordenar al arrendatario que consigne judicialmente a favor del Consejo de Titulares la cantidad total por concepto de cánones de arrendamiento, según éstos vayan venciendo, hasta que se cubra totalmente la deuda del titular.

Artículo 41. La obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes y aquellos otros gastos legítimamente aprobados constituirá un gravamen sobre dicho apartamento. Por lo tanto, el adquirente de un apartamento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor del artículo 39, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente a repetir contra el otro otorgante por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario.

La referida obligación será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamento, aun cuando el mismo no haya sido segregado e inscrito como finca filial en el Registro de la Propiedad o enajenado a favor de persona alguna.

Artículo 44. En caso de siniestro, la indemnización del seguro del inmueble se destinará, salvo lo establecido en el artículo 161 de la Ley Hipotecaria a la reconstrucción del mismo.

Cuando dicha reconstrucción comprendiere la totalidad del inmueble o más de sus tres cuartas partes, no será obligatorio hacerla. En tal caso y salvo convenio del setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes en otro sentido, se entregará la indemnización proporcionalmente a quienes corresponda; y en cuanto al resto del inmueble se estará a lo establecido en el artículo 338 del Código Civil.

Si procediere hacer la reconstrucción, se observará lo previsto para tal hipótesis en la escritura constitutiva de la propiedad horizontal y, en su defecto, lo que acuerde el Consejo de Titulares. Antes de comenzar las obras de reconstrucción será necesario obtener el consentimiento del setenta

y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes.

Artículo 45. Cuando el inmueble no estuviere asegurado o la indemnización del seguro no alcanzare para cubrir el valor de lo que debe reconstruirse y la reconstrucción comprendiere la totalidad del mismo o más de tres cuartas (3/4) partes, no será obligatoria hacerla. Antes de comenzar la reconstrucción será necesario obtener el consentimiento del setenta y cinco (75) por ciento de los titulares que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación de los elementos comunes. El nuevo costo de edificación será abonado por todos los titulares a quienes afecte directamente el daño, en proporción al porcentaje de sus respectivos apartamentos; y si alguno o varios de aquellos que integren la minoría se negaren a ello, la mayoría podrá hacerlo a expensas de todos en cuanto las obras les beneficien, tomando el acuerdo oportuno, que fijará los particulares del caso e inclusive el precio de las obras con intervención del Consejo de Titulares. Si por el contrario se determinare no reconstruir el mismo se integrará la indemnización correspondiente a quienes corresponda, y en cuanto al resto del inmueble se estará a lo establecido en el artículo 338 del Código Civil.

Lo dispuesto en este artículo podrá variarse por acuerdo del setenta y cinco (75) por ciento de los interesados que a su vez representen el setenta y cinco (75) por ciento de participación en los elementos comunes adoptados con posterioridad a la fecha en que ocurriere el siniestro».

Artículo 2. Esta Ley entrará en vigor noventa (90) días después de su aprobación y sus disposiciones regirán a todo inmueble sometido al Régimen de Propiedad Horizontal cualquiera que sea el momento en que fuera sometido a dicho régimen.

Las comunidades de titulares que ya han sido sometidas al Régimen de Propiedad Horizontal tendrán un plazo de un año a partir de la vigencia de la presente Ley para adaptar sus escrituras de constitución y Reglamento a lo dispuesto en esta Ley en lo que estuviere en contradicción con sus preceptos. Transcurrido dicho término las disposiciones de las escrituras de constitución y de los Reglamentos de tales inmuebles no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la presente Ley, y cualesquiera de los titulares podrá instar acción judicial para obligar al Consejo de Titulares a que cumpla con las disposiciones de esta Ley.

Presidente del Senado

Presidente de la Cámara

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Doctor en Derecho

Noticia del XI Congreso Internacional de Derecho Registral

El XI Congreso Internacional de Derecho Registral se celebró en Lisboa, entre los días 7 y 11 de octubre pasados, conforme a lo previsto. En principio, y como idea inicial, hay que destacar que, en términos generales, ha constituido un éxito y que, en determinados aspectos, ha dado lugar a consecuencias de gran importancia para la Delegación Española.

El XI Congreso se convocó en un momento probablemente histórico para la Institución Registral, pues, por primera vez, la seguridad preventiva en materia inmobiliaria está recibiendo la atención de las primeras instituciones mundiales de carácter económico, como ya se ha destacado en diferentes foros. En tal sentido se entiende ya, como una afirmación indubitada, que el crecimiento económico no es posible sin una institución registral eficaz y técnicamente desarrollada, al menos en sus efectos básicos.

Esta idea ha predominado en todas las discusiones del Congreso y ha servido de base a unas Conclusiones, siempre genéricas, pues no puede ser de otro modo, pero teñidas de un interés destacable por la creación de Registros en los países que aún carecen de este tipo de institución. El fenómeno que se subraya ha dado lugar a una serie de consecuencias.

Así, y en primer lugar, hay que destacar que los debates se han alejado de las especificidades nacionales, para centrarse en objetivos de mayor alcance, aun cuando no aparezcan reflejados todavía en los respectivos ordenamientos de los países asistentes. En este sentido, en el Tema I, dedicado a la «Inmatriculación en los Registros Jurídicos», destaca la aprobación unánime de recomendaciones para facilitar la primera inscripción de inmuebles, base esencial de funcionamiento del Registro, en función de las distintas realidades nacionales, así como la posibilidad de atribuir a los Encargados de los Registros competencias en lo que, en nuestra terminología, definiríamos como decisiones de jurisdicción voluntaria en este campo. Por otra parte, se afirma definitivamente la conveniencia de la implantación de Registros Mobiliarios o la máxima amplitud de la inscripción de entida-

des de todo orden en el Registro Mercantil, siempre que intervengan en el tráfico y aunque no tengan la cualidad de comerciantes sociales.

Por su parte, en el Tema II, que tenía por objeto el estudio de «La creación de fincas como consecuencia de procesos de ordenación del territorio», destacan las afirmaciones del Congreso sobre la necesidad de resolver técnicamente el problema de la inscripción de las nuevas fincas creadas en procedimientos urbanísticos y su relación con las de origen, cuestión que preocupaba especialmente a la Delegación portuguesa; la recomendación sobre la conveniencia de la intervención de los Registradores en la creación de normas urbanísticas y en el propio proceso de transformación del suelo y, sobre todo, la admisión de una idea fundamental centrada en la conveniencia de que la Oficina Registral, con plena distinción de la finalidad básica del Registro como Institución publicitaria en sentido técnico, sirva también como fuente de información de cuantos datos puedan resultar de interés para quien acude a ellas.

Por otra parte, en orden a la reunión internacional en sí, la asistencia al Congreso fue numerosa. Participaron cerca de cuatrocientos especialistas de los siguientes países: Angola, Argentina, República de Armenia, Bélgica, Bielorusia, Brasil, Cabo Verde, Colombia, España, Francia, Grecia, Guatemala, Guinea Bissau, Holanda, Hungría, Irlanda, República de Letonia, Luxemburgo, Marruecos, México, Mozambique, Noruega, Puerto Rico, Rumanía, Santo Tomé y Príncipe, Suiza, Túnez, Ucrania y Uruguay, además de la Delegación de Portugal.

Precisamente, la Delegación anfitriona, es decir la Asociación de Conservadores de los Registros Prediales de Portugal, merece una felicitación cordial. En efecto, los colegas portugueses, superando toda clase de obstáculos, consiguieron una organización impecable, nos demostraron su preparación técnica y nos abrumaron con su amabilidad y cortesía, aspecto este último que siempre ha sido y sigue siendo característico de Portugal. Dentro de este punto hay que hacer mención especial del doctor don JOSÉ AUGUSTO MOUTEIRA GUERREIRO, Conservador de Esposende, Presidente del XI Congreso, que durante meses ha dedicado lo mejor de sí mismo a que la reunión fuera un éxito y lo consiguió. La sede del Centro de Belén resultó inmejorable y el programa muy equilibrado y acertado. Además, el Congreso se inauguró y clausuró con asistencia de las primeras autoridades políticas del país en materia de Justicia.

En lo que se refiere a la actuación de la Delegación española, tema que nos interesa de forma especial, hay que destacar varias notas. En primer lugar, España tenía encomendada la defensa de la ponencia sobre el Tema I, y sobre su Anteproyecto de Conclusiones se centró la discusión. El Ponente encargado de su exposición fue FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ. Su labor dialéctica fue brillante y, en algunos momentos, espectacular. En su

trabajo de preparación y en algún momento de los debates contó con la colaboración de varios compañeros, como LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, CELESTINO PARDO NÚÑEZ, PABLO CASADO BURBANO, REYNALDO VÁZQUEZ DE LA PUERTA, ALVARO MARTÍN MARTÍN, FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS y MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ Y PONCE DE LEÓN.

El segundo Tema fue objeto de una ponencia presentada y defendida por la Delegación Portuguesa. Con ella colaboró, discutió y matizó sus Conclusiones otro grupo de Registradores, encabezado por MARIANO VA AGUAVIVA, especialista en procesos urbanísticos y en la coordinación de sus datos con los del Registro. Colaboraron en su trabajo FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, ANTONIO HUESO GALLO, JULIO SOLER GARCÍA, JESÚS CAMY ESCOBAR y GABRIEL GRAGERA IBÁÑEZ.

Existe otro aspecto básico que es necesario subrayar en el Congreso de Lisboa. La idea que anteriormente se expuso sobre el interés actual en la implantación de Registros, como elemento esencial de la seguridad del tráfico y en el desarrollo del mercado, está constituyendo una preocupación importante en los países que ahora se incorporan a una economía de mercado desde el llamado socialismo real. Ello ha generado la asistencia a Lisboa de Delegaciones de Letonia, Armenia, Ucrania, Rumanía y Bielorusia, advertidos de la celebración del Congreso en fechas inmediatamente anteriores y que superaron dificultades de todo orden, incluso idiomáticas, para interesarse en los temas que se trataron. Ello nos lleva a suponer con toda seguridad que, con más tiempo de preparación, otros países de su entorno también habrían venido.

De todas formas, lo más importante de ese área geográfica es su interés por el sistema registral español en sus distintos matices, que no quedó en simples afirmaciones, sino que se ha concretado en tres Convenios de colaboración en materia registral tramitados por el Colegio de Registradores. Concretamente, se suscribieron sendos preacuerdos con Letonia y Bielorusia, que con otro pactado con Armenia se formalizarán en fechas inmediatas por el Ministerio de Justicia y representantes de los países citados. También está sumamente interesada en una colaboración de este tipo la República de Ucrania. No cabe duda de que la realización y ejecución de lo pactado constituye una labor sobre cuyo interés no es necesario insistir.

Con motivo de la celebración de los Congresos Internacionales tiene lugar siempre la reunión de la Asamblea General Ordinaria del Centro Internacional de Derecho Registral, CINDER, que ahora cumple sus veinticinco años de existencia, a partir de su creación en Argentina. La reunión que tuvo lugar en Lisboa merece destacarse por varios aspectos. En primer término se aprobó la adhesión al Centro de distintos países, como los citados antes, es decir, Armenia, Bielorusia, Letonia, Rumanía y Ucrania; de los africanos Marruecos, Túnez, Mozambique, Angola, Cabo Verde,

Santo Tomé y Príncipe y Guinea Bissau, y entre los europeos de Grecia. Se trata de un momento inicial de expansión que será seguido probablemente por otras Delegaciones nacionales.

Se aprobó, además, la realización de las modificaciones oportunas del Reglamento del CINDER para adaptarlo a los nuevos tiempos, sin concretar los aspectos específicos de la reforma, sobre la que habrá que trabajar pensando en las necesidades previsibles. No obstante, en base a normas ya vigentes, se aprobó la creación de una nueva Delegación europea, encomendada a la Asociación Mutua de los Conservadores de Hipotecas de Francia, cuya labor puede ser muy importante, y se propuso también el encargo de la Delegación de Africa a los representantes de Marruecos que aceptaron, con carácter provisional, que el próximo Congreso tendrá lugar en su país. Se agradeció su actitud positiva y se hicieron votos para que se convirtiera en realidad este propósito, que a todas las Delegaciones les pareció muy interesante desde cualquier punto de vista.

En la Asamblea se produjo un momento emotivo cuando el Secretario General, nuestro compañero EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO, presentó su dimisión al cargo, que ocupaba desde el Congreso de Roma de 1982. Explicó sus razones, sola y exclusivamente personales, y el carácter irrevocable de su renuncia. La propuesta de nuestro Decano, JOSÉ POVEDA, de que fuera nombrado Secretario General de Honor del Centro Internacional se aprobó por aclamación y con un aplauso largo y sincero. Evidentemente, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO ha sido, durante muchos años, con su habilidad, dedicación y buen hacer el alma del Centro Internacional y así lo reconocieron todos los asistentes, especialmente los más antiguos y más conocedores de sus cualidades humanas y profesionales.

Por último, a propuesta de la Delegación española, se aprobó, por unanimidad, el nombramiento de RAFAEL ARNAIZ EGUREN como nuevo Secretario General. Fue, evidentemente, un éxito más de los Registradores españoles y demuestra la confianza que tienen en nosotros los colegas de otros países.

Conclusiones del XI Congreso Internacional de Derecho Registral (Lisboa 1996)

TEMA I

LA PRIMERA INSCRIPCION EN LOS REGISTROS JURIDICOS

Primera

En los Registros jurídicos la inmatriculación equivale a la primera inscripción de bienes o entidades identificables, carentes de publicidad registral previa, cualquiera sea la técnica de inscripción empleada.

Segunda

Para alcanzar la finalidad señalada en la conclusión 1.^a del Tema I del VIII Congreso Internacional de Derecho Registral, la plena identificación de los bienes en el Registro y la concordancia de su descripción con la realidad física constituye uno de los presupuestos para conseguir la eficacia de la protección Registral.

Tercera

Por ello, dicha identificación debe sujetarse a los principios de especialidad y determinación que son consecuencia de lo acordado en la Declaración X de la Carta de Buenos Aires.

Cuarta

El XI Congreso recomienda que cada sistema registral, de acuerdo con sus necesidades y en coordinación con los principios de su ordenamiento civil, establezca los medios para la inmatriculación de las fincas de acuerdo con las bases siguientes:

Quinta

Cuando se disponga de un catastro técnicamente desarrollado y completo, la inmatriculación, así como las operaciones de modificación de inmue-

bles ya inmatriculados, deben apoyarse y justificarse en datos catastrales, de acuerdo con el criterio manifestado en la Conclusión 2.ª y concordantes de la Segunda Comisión del IV Congreso Internacional de Derecho Registral de la ciudad de México.

A tal efecto, se recomienda:

- a) Que en la descripción de inmuebles se utilicen las modernas técnicas basadas en sistemas de información territorial, con asignación de números de identificación de cada finca.
- b) Que en relación a cada finca o inmueble objeto de inmatriculación, el Registro coordine sus datos sobre titularidades jurídicas con los de otros sistemas de información territorial, especialmente los catastrales y urbanísticos, de tal forma que él sirva como institución capaz de suministrar una información completa, directa o de referencia, con el fin de conseguir un mayor grado de seguridad jurídica y una disminución progresiva de los costes de transacción.

Sexta

Cuando se carezca, en relación a todo o parte del territorio, de datos catastrales suficientes para acreditar la existencia o la completa descripción de las fincas, el ingreso de éstas en el Registro debe fundamentarse en procesos dotados de publicidad suficiente, cuya tramitación y decisión pueda encomendarse al encargado del Registro público dentro de los límites de competencia que le atribuya su propia legislación.

Séptima

En aquellos casos en los que, por diferentes circunstancias, resulte necesario y urgente facilitar el ingreso de las fincas en el Registro, se sugiere, sin perjuicio de las recomendaciones anteriores, que la inmatriculación se fundamente en el título correspondiente a la última adquisición de la propiedad del inmueble y, en su defecto, en la posesión acreditada.

Octava

En materia de bienes muebles se recomienda:

- a) Que para su inmatriculación se tengan en cuenta los datos de identificación suficientes basados en las características físicas u otros

medios de determinación adecuados para el tipo de bien de que se trate.

- b) Cada ordenamiento ha de determinar la conveniencia de la implantación o desarrollo de los Registros acreditativos de la titularidad, al menos frente a terceros, sobre determinados bienes muebles, especialmente buques, aeronaves o automóviles, o simplemente de sistemas de publicidad de gravámenes específicos sobre este tipo de bienes.

Novena

En lo que se refiere a los Registros de Comercio o Mercantiles, el XI Congreso entiende:

- a) Que es indispensable la inmatriculación de comerciantes individuales y de todo tipo de entes sociales dedicados a la actividad mercantil con personalidad jurídica.
- b) Que es aconsejable también el acceso al Registro de todas aquellas organizaciones jurídicas dotadas o no de personalidad, de carácter social o fundacional, de derecho privado o público, bien con inscripción plena, bien limitada a su título constitutivo, a su representación, al capital o patrimonio afecto, al alcance de las facultades atribuidas a sus órganos de gobierno o a cualquier otro elemento de su estructura, cuya publicidad con efectos jurídicos se estime conveniente por cada legislación nacional con el fin de asegurar el tráfico.

TEMA II

LA CREACION DE NUEVAS FINCAS O LOTES COMO CONSECUENCIA DE PROCESOS URBANISTICOS

Primera

El territorio, como entorno vital del hombre está condicionado al interés común y da lugar a una exigencia social de la intervención pública en su ordenamiento y en el establecimiento de medidas adecuadas sobre el régimen de explotación urbana, rústica, forestal, agrícola y otras de los inmuebles, lo que supone la delimitación de parcelas de dimensiones y configuración idóneas para la realización de los fines que sobre ellas están previstos en los distintos planes públicos respectivos.

Segunda

Como consecuencia de la anterior conclusión, puede producirse una falta de adecuación entre el predio previamente inscrito en el Registro Inmobiliario y la parcela, es decir, el objeto que el Plan considera idóneo para el cumplimiento de los fines definidos en sus determinaciones, de acuerdo con su uso y función específicos.

Tercera

En tal sentido, es necesario que accedan al Registro Inmobiliario las modificaciones de superficie y descripción de las parcelas resultantes del planeamiento, de forma que los derechos reales y tráfico jurídico privado tengan por objeto los bienes inmuebles de nueva configuración.

Cuarta

La nueva adaptación del contenido del Registro a las prescripciones del Plan de Ordenación Territorial debe contemplar, de acuerdo con la técnica que cada uno de los ordenamientos jurídicos de cada país considere conveniente, las siguientes cuestiones:

- a) La apertura de la descripción registral de los nuevos predios con los requisitos de identificación previstos en el Plan.
- b) El problema de la subsistencia de las descripciones referentes a los antiguos predios.
- c) La reproducción en los nuevos predios de la situación jurídica vigente sobre las antiguas descripciones.

Quinta

La adaptación del contenido del Registro, de acuerdo con las recomendaciones y principios contenidos en las conclusiones 3.^a y 4.^a, debe formalizarse a través del documento público administrativo de ejecución del Plan, con inscripción obligatoria, en el cual, de acuerdo con el procedimiento que cada ordenamiento establezca, se contengan las definiciones jurídicas necesarias para su publicidad registral.

Sexta

El Registro Inmobiliario es el instrumento idóneo para facilitar la información de toda especie de limitaciones que afecten al predio y a sus titulares. Para tal fin, el XI Congreso Internacional recomienda:

- a) Que respecto de los predios creados en procedimientos de ordenación territorial, el Registro, además de asegurar la titularidad del dominio y de los demás derechos reales, que constituye su función básica, informe también sobre el contenido de las normas vigentes en la ordenación territorial, en orden a los sistemas de utilización, usos y límites relativos a cada uno de los nuevos predios, sin perjuicio de que otra institución también lo haga de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada país.
- b) Que en términos generales, cuando se considere conveniente, los Registros Inmobiliarios puedan desarrollar una actividad complementaria dirigida a prestar información en el ámbito del medio ambiente y de la ordenación territorial, de acuerdo con los datos provenientes de las Administraciones competentes.
- c) En todo caso, se considera necesario que la publicidad registral, es decir, la que se deriva de la función propia del Registro, quede debidamente deslindada de la información que la Oficina Registral facilite como colaboradora de otras Instituciones.

Séptima

Por lo que se expone, se recomienda la institución y la regulación de procesos de colaboración e información mutua entre los Registros Inmobiliarios y las Administraciones responsables de la ordenación del territorio.

Octava

Se recomienda que las alteraciones de los elementos o circunstancias inscritos en el Registro, como consecuencia de los procesos de ordenación a que se refieren las conclusiones anteriores, sean llevadas a cabo con las garantías legales.

Novena

Teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones jurídico-registrales que la interpretación de los planes de ordenación territorial puede suscitar

y de sus mecanismos o instrumentos de ejecución, se recomienda que en la elaboración de los textos legales sobre estas materias sean previamente oídos los Registradores o los Encargados de los Registros Públicos Inmobiliarios, como técnicos dotados de los conocimientos y experiencia necesarios.

LA REDACCIÓN

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho de la Unión Europea

1. *Convención sobre Seguridad Nuclear*.—En el *BOE* del 30 de septiembre se publica el Instrumento de ratificación de dicha Convención, hecha en Viena el 20 de septiembre de 1994.

2. *Ayudas a empresas*.—En el *DOCE*, núm. C 213, de 23 de junio de 1996, se publican las Directrices comunitarias sobre ayudas del Estado a las pequeñas y medianas empresas.

3. *Actividades de entidades de crédito*.—El *DOCE*, núm. C 208/8, de 19 de julio, publica la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica el artículo 12 de la Directiva 77/780/CEE para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y los artículos 2, 6, 7 y 8 y los Anexos II y III de la Directiva 89/647/CEE sobre el coeficiente de solvencia de entidades de crédito, y el artículo 2 y el Anexo II de la Directiva 93/6/CEE sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito 1996.

4. *Crédito al consumo*.—Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 87/102/CEE (modificada por la Directiva 90/88/CEE) relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (*DOCE*, núm. C 235/8, de 13 de agosto de 1996).

B) Legislación nacional

En este período no se ha promulgado ninguna norma de rango legal concerniente al ámbito del Derecho Privado.

C) Normativa autonómica

Extremadura.—Ley 2/1996, de 30 de mayo, de Crédito Cooperativo.

Murcia.—Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.

II. Información de actividades

1. *Jornadas de estudio sobre la nueva Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias.*—Se han celebrado en Logroño durante los días 7, 8 y 9 de octubre en la Universidad de La Rioja, con las siguientes intervenciones:

Ponencias

- «Alcance y significado de la nueva Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias». Profesor Dr. AGUSTÍN LUNA SERRANO.
- «Incidencia en los arrendamientos rústicos de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias». Profesor Dr. GABRIEL GARCÍA CANTERO.
- «Incidencia de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias en los derechos de tanteo y retracto o de adquisición preferente previstos en la Ley de Arrendamientos Rústicos». Profesor Dr. ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ.
- «Explotaciones agrarias prioritarias». Profesor Dr. CARLOS VATTIER FUENZALIDA.
- «Régimen de unidades mínimas de cultivo». Profesor Dr. JOSÉ M.^a DE LA CUESTA SÁENZ.
- «Comunidades agrarias y la Ley 19/1995». Profesor Dr. JAVIER ORDUÑA MORENO.
- «Beneficios fiscales en la Ley 19/1995». Profesor Dr. GERMÁN ORÓN MORATAL.

2. *Seminario sobre procedimiento hipotecario.*—Organizado por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios se ha celebrado en Madrid durante el 11 de octubre, y en él se han tratado las cuestiones prácticas que se suscitan en la fase inicial y en la final del procedimiento.

El programa ha sido el siguiente:

- Apertura del seminario por don NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ (moderador), Magistrado y Presidente de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid.

- «Intervención judicial en la ejecución hipotecaria en la primera instancia», por don JUAN UCEDA OJEDA, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid (hipotecario).
- Comunicación de Ausbanc: «Notificación y requerimiento notarial».
- «Problemática de la distribución de sobrantes en la ejecución hipotecaria. Préstamos hipotecarios sobre varias fincas parcialmente extinguidos. Cobertura de los intereses frente a terceros», por don GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL, Magistrado y Presidente de la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid.
- Comunicación de Ausbanc: «Certificación oficial en préstamos a interés variable. Índices de referencia de estos préstamos».
- «El artículo 131 de la Ley Hipotecaria y su relación con la Constitución española», por don VICENTE GIMENO SENDRA, Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Procesal.
- Comunicación de Ausbanc: «Arrendamiento de fincas hipotecadas».
- «Problemática jurídica de la morosidad hipotecaria para las entidades de crédito», por don SALVADOR TIMPANARO RONCERO, Director de Asesoría Jurídica de Banca Comercial del Banco Bilbao Vizcaya.
- «Significado de la inscripción registral en la ejecución hipotecaria», por don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Registrador de la Propiedad de Madrid y Catedrático de Derecho Civil.
- «Publicidad y competencia desleal en relación con los préstamos hipotecarios», por don JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ, Magistrado. Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Comunicación de Ausbanc: «Casos prácticos de publicidad engañosa de préstamos hipotecarios».
- «Alternativas al procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por don GREGORIO DE LA MORENA, Letrado del Banco Hipotecario y Jefe del Departamento de Contencioso del Banco Hipotecario.
- Comunicación de Ausbanc: «Rehabilitación del préstamo hipotecario».

Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas.—Ha tenido lugar en los locales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en Madrid, durante los días 10 a 12 de octubre. La apertura estuvo presidida por Su Alteza Real el Príncipe de Asturias.

El discurso de apertura fue pronunciado por el Presidente de la Real Academia, don JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, y después disertó el Dr. JORGE LUJÁN, de Guatemala, sobre el tema «El Derecho hispanoamericano en el siglo XIX a través de la comparación de tres ediciones del Derecho Real de Castilla y de las Indias de José María Álvarez».

Tras varias sesiones de trabajo, el académico don ENRIQUE RUIZ VADILLO dio una conferencia sobre «Protección a la juventud y a la infancia». Y como final, el académico y director de nuestra REVISTA, don LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, disertó sobre «Contrato y libertad contractual».

Han concurrido representantes selectos de todas las Academias hispano-americanas, resultando un muy docto y lucido Congreso.

4. *Presentación del nuevo Reglamento del Registro Mercantil.*—Tuvo lugar el día 21 de octubre en el salón de actos del Centro de Estudios Jurídicos, en la Ciudad Universitaria de Madrid, bajo la presidencia de la Ministra de Justicia. En el acto intervinieron los componentes de la Comisión Redactora, que explicaron las líneas directrices del nuevo texto.

5. *Jornadas sobre la reforma del Reglamento del Registro Mercantil.*—Han sido organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y han tenido lugar, en Madrid, durante los días 22 a 24 de octubre, y en Barcelona, en los días 29 a 31 del mismo mes.

El programa ha sido el siguiente:

- «Planteamiento general», por don JUAN PABLO RUANO BORRELLA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «El nuevo Reglamento y su repercusión en la normativa sobre sociedades anónimas y de responsabilidad limitada», por don HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador de la Propiedad y Mercantil; don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador de la Propiedad y Mercantil, y don JOSÉ M.^a MÉNDEZ-CASTRILLÓN FONTANILLA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Mesa redonda

Don ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil.

Don VÍCTOR MANUEL GARRIDO PALMA, Notario.

Don JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, Catedrático de Derecho Mercantil.

JUAN BOLÁS ALFONSO, Notario.

Y los ponentes anteriores.

Auditores

Don MANUEL CASERO MEJÍAS, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Registro Mercantil Central

Don JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY, Registrador de la Propiedad y Mercantil. Encargado del Registro Mercantil Central.

Régimen transitorio

Don JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Mesa redonda

Con la intervención de los ponentes anteriores.

Mesa redonda

- «Problemática contable, fiscal y mercantil de la actualización de balances», por don FRANCISCO VICENT CHULIÁ, Catedrático de Derecho Mercantil; don ANTONIO PULIDO ALVAREZ, Socio Director de Auditoría de Coopers & Lybrand (en Madrid); don JORGE JUAN BUENO PARALS, Socio Director General de Asesoramiento Fiscal y Legal de Coopers & Lybrand (en Barcelona); don JAIME LÓPEZ-CHICHERI, Socio de Ernst & Young. Despacho Jurídico Tributario (en Madrid); don JOSÉ M.^a LÓPEZ MESTRES, Socio Auditor de Ernst & Young (en Barcelona); don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

6. *Academia Matritense del Notariado*.—El 24 de octubre, en la apertura del ciclo de conferencias de 1996-1997, pronunció una sobre el tema «Delitos societarios» el Magistrado del Tribunal Supremo don ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER.

7. *XI Congreso Internacional de Derecho Registral*.—Se ha celebrado en Lisboa durante los días 7 a 11 de octubre. En la sección «Dictámenes y notas» de este mismo número damos más amplia información de los actos y de las conclusiones adoptadas.

LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *STC de 28 de septiembre de 1995.*—DESAHUCIO DE ARRENDATARIO CON INMUNIDAD POR SER AGENTE DIPLOMATICO EXTRANJERO. APLICACION DEL CONVENIO DE VIENA DE 1961.—Pleno —Ponente: Sr. González Campos.—Voto particular de los Magistrados señores Pi-Sunyer, Gimeno Sendra y Mendizábal Allende. (Supl. BOE 14-10-95.)

Antecedentes.—Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los que siguen.

a) La hoy recurrente alquiló con fecha 10 de febrero de 1988 un piso de su propiedad a don G. D., Consejero diplomático de la Embajada de la República de Italia en Madrid. Según consta en el contrato de arrendamiento, la vivienda se destinaba a domicilio particular del arrendatario y su familia (cláusula 5.ª), constando además la renuncia de ambas partes a su propio fuero y su sometimiento a los Juzgados y Tribunales de Madrid para cuantas incidencias pudieran suscitarse en la interpretación o incumplimiento del contrato arrendatario (cláusula 10) El plazo de duración del contrato era de un año prorrogable tácitamente.

b) A partir de noviembre de 1988 el arrendatario dejó de pagar las rentas estipuladas. Tras diversos y reiterados requerimientos de todo tipo por parte de la propiedad, y ante la negativa del inquilino a satisfacer lo debido, la hoy recurrente presentó demanda de resolución de arrendamiento por falta de pago.

c) Admitida a trámite la demanda, comparecieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 34 de Madrid la arrendadora y el arrendatario. Aquella se ratificó en su escrito de demanda y solicitó el recibimiento del juicio a prueba; éste se opuso alegando la inmunidad diplomática de la que disfruta. El Juzgado acordó, para mejor proveer, librar oficio al Ministerio de Asuntos Exteriores a fin de que se informara acerca si la inmunidad de jurisdicción civil afecta a las relaciones arrendaticias estipuladas en España por Agentes diplomáticos italianos acreditados. El informe ministerial fue afirmativo.

En consecuencia, el Juzgado dictó Sentencia el 10 de julio de 1990, acogiendo la excepción formulada por el demandado, sin entrar a conocer del fondo del asunto.

d) Contra la anterior Sentencia la demandante interpuso recurso de apelación (rollo núm. 700/90) ante la Sección 18 de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual, por Sentencia de 10 de julio de 1991, confirmó íntegramente la Sentencia de instancia.

La recurrente solicita de este Tribunal que declare la nulidad de las Sentencias de 10 de julio de 1990, del Juzgado de Primera Instancia número 34 de Madrid, y de 10 de julio de 1991, de la Sección 18 de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid. Suplica asimismo que se eleve al Pleno el examen de la constitucionalidad de la norma que aplicaron las Sentencias recurridas, que se acuerde el recibimiento a prueba del pleito y que se condene en costas al demandado por su temeridad y mala fe.

Alega vulneración de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 14, 24.1 y 2 y 33.1 y 3 CE. Del escrito de demanda se deduce que la infracción del artículo 14 resulta del trato privilegiado que se otorga al demandado: la del artículo 24, de la admisión por los Juzgados ordinarios de la excepción de inmunidad alegada, y la del artículo 33, del hecho de que la recurrente no puede hacer nada por recuperar la posesión de la vivienda, toda vez que resulta imposible el lanzamiento del inquilino, el cual no tiene intención ni de abonar las rentas vencidas ni de abandonar el piso.

Por providencia de 31 de octubre de 1991, la Sección 4.ª de este Tribunal requirió a la recurrente para que acreditase la fecha de notificación de la última de las resoluciones recurridas y haber invocado los derechos que considera vulnerados.

El trámite requerido fue evacuado por medio de escrito registrado el 16 de noviembre de 1991.

Por providencia de 16 de diciembre de 1991, la Sección acordó admitir a trámite la demanda de amparo y dirigir comunicación a la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Primera Instancia número 34 de esa capital para que remitieran, respectivamente, certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación número 700/90 y a los autos número 123/90; asimismo, se acordó la práctica de los emplazamientos pertinentes.

Mediante providencia de 3 de febrero de 1992, la Sección 3.ª acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Procurador don Carlos Ibáñez de la Cadiniere en nombre y representación de don G. D. Asimismo, se acordó acusar recibo de todas las actuaciones interesadas en el anterior proveído y dar vista de las mismas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para que presentaran las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 LOTC.

Por escrito registrado el 28 de febrero de 1992, la representación procesal de la demandante de amparo solicitó del Tribunal que el trámite de alegaciones (*ex art. 52.1 LOTC*) fuera sustituido por la celebración de vista oral. En el citado escrito se insiste en la necesidad de plantear al Pleno la posible inconstitucionalidad de la normativa aplicada en las Sentencias recurridas.

La representación procesal de don G. D. presentó su escrito de alegaciones el 28 de febrero de 1992. En él se alega, en primer lugar, que la demandante de amparo no ha cumplido todos los requisitos legalmente establecidos en lo referente a los órganos judiciales de competencia, pues, en virtud de la inmunidad diplomática irrenunciable de la que goza el señor D., los Tribunales ordinarios españoles no eran competentes para conocer la demanda planteada. Según lo dispuesto en el artículo 31 del Convenio de Viena de 1961, continúa

el escrito de alegaciones, «el Agente diplomático goza de inmunidad en la jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata: a) de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el Agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b) de una acción sucesoria en la que el Agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el Agente diplomático en el Estado receptor fuera de sus funciones oficiales»; excepciones todas ellas que nada tienen que ver con la demanda interpuesta, por ejercerse con ella una acción personal.

Lo anterior no significa que, como sostiene la recurrente, si se alquila una vivienda a un diplomático para su domicilio particular y éste no paga las rentas no se pueda resolver el contrato de arrendamiento; significa simplemente que la persona que pretenda ejercitar la acción personal deberá recurrir a otra vía, no a la de los Tribunales ordinarios.

El diplomático extranjero no está exento de cualquier jurisdicción; sólo lo está de la jurisdicción del Estado que lo alberga, debiendo someterse en todo caso a la jurisdicción del propio Estado. Por tanto, al encontrarse un ciudadano español ante una supuesta violación del derecho local, en los casos en los que la inmunidad diplomática despliegue sus efectos, deberá dirigirse a su propio Ministerio de Asuntos Exteriores, el cual, reconociendo la validez de las razones expuestas, podrá declarar «persona non grata» al representante del Estado extranjero y obligarle a abandonar el país, informando al Estado de origen, el cual iniciará inmediatamente las acciones legales, de oficio o a instancia del súbdito español, contra el interesado, al objeto de restablecer el orden jurídico vulnerado.

Es evidente, continúa el escrito de alegaciones, que lo anterior supone una limitación de los propios derechos al obligar a seguir una vía distinta, pero esa limitación es voluntariamente asumida por los nacionales españoles que contratan con extranjeros que gocen de inmunidad diplomática y no puede suponer jamás una vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 14, 24.1 y 2 y 33 CE.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que el Estado español, como todos los Estados contrayentes del Convenio de Viena de 1961, ha aceptado una limitación de los propios poderes, aceptando ejercitarlos de forma distinta sobre la base del principio de reciprocidad.

En definitiva —se alega—, la demandante de amparo equivocó la vía procesal, por lo que ni el Juzgado ni la Sala podían entrar a conocer del fondo del asunto.

Por último, se puntualiza que el derecho de propiedad no es susceptible de amparo constitucional, que el precepto del Convenio de Viena aplicado al caso no ha sido el artículo 30.1, sino el artículo 31, y que la demandante debió haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad si entendía que la aplicación del Convenio de 1961 suponía la infracción de sus derechos fundamentales.

El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 28 de febrero de 1992. Tras exponer los antecedentes del caso y referirse a los términos en los que se articula la demanda de amparo, señala el Ministerio Público en primer término, y por lo que respecta a la supuesta violación de los derechos de igualdad y no discriminación, que aunque en el recurso no se desarrollan argumentos que fundamenten esa denuncia, parece inferirse que la infracción

se fundamenta en que la estimación por el Juzgador de la excepción de inmunidad diplomática supone un tratamiento desigual que entraña una discriminación contraria al artículo 14 CE. El Juzgador, en efecto, continúa el Ministerio Fiscal, estimó la citada excepción en aplicación del Convenio de Viena de 18 de abril de 1961, al que se adhirió España el 21 de noviembre de 1967 (*BOE* de 24 de enero de 1968). Y los Tratados y Convenios internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno (art. 96 CE). Tienen, por tanto, el carácter de fuente del Derecho y son aplicables directamente sin que precisen ulterior desarrollo por normas internas. Pero, en todo caso, los Tratados o Convenios sólo pueden formar parte del Derecho interno si se ajustan a las normas constitucionales. Por obra de la primacía de la Constitución, los Tratados, lo mismo que las leyes internas, quedan sometidos al control del Tribunal Constitucional [art 27.1.c) LOTC].

Es preciso, pues, para el Ministerio Público, determinar si la norma del Convenio de Viena tenida en cuenta por el Juzgador y su aplicación son o no discriminatorias. A su juicio, el precepto aplicado fue el artículo 31.1 del Convenio, en el que se dispone que el Agente diplomático gozará también de inmunidad de jurisdicción civil y administrativa en el Estado receptor, exceptuando los casos en los que se trate de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor —a menos que el Agente los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión—, de una acción sucesoria o de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida en el Estado receptor fuera de las funciones oficiales. Como en el presente caso se trataba del ejercicio de una acción personal, derivada de un contrato de arrendamiento de vivienda, el Juzgador estimó que operaba la inmunidad jurisdiccional del demandado.

El precepto aplicado, continúa el Ministerio Fiscal, establece, ciertamente, un privilegio a favor de quienes desempeñan funciones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados, que incorpora una situación de desigualdad respecto de los ciudadanos del Estado en los que se ejerce la representación diplomática. Pero de lo que se trata ahora es de determinar si ese tratamiento diferenciado y desigual introducido por el Convenio de Viena de 1961 (antes estuvo reconocido por normas consuetudinarias) está justificado y satisface las exigencias de racionalidad en función de la protección de los bienes y garantías de los derechos que la norma trata de conseguir, es decir, se trata de determinar si el privilegio que incorpora un tratamiento diferenciado tiene o no una fundamentación razonable.

Señala a continuación el Ministerio Fiscal que las misiones y Agentes diplomáticos han gozado desde tiempos históricos de ciertas inmunidades y privilegios que les atribuyen un *status* diferenciado y necesario para el cumplimiento de sus funciones. Los privilegios e inmunidades se conceden en realidad a los miembros de las misiones y personal diplomático para que puedan desempeñar con eficacia sus funciones. Es la función lo que determina el privilegio, sin que por ello pueda entenderse *intuitu personae*. Son motivos supraindividuales, de naturaleza pública —como la necesidad de mantener la igualdad soberana de los Estados, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como pone de manifiesto el Convenio de Viena— los que justifican el establecimiento de ese *status* especial, privilegiado, de las misiones diplomáticas.

Sin embargo, en el caso del presente recurso pudiera cuestionarse si esta-

mos ante uno de los supuestos en los que la inmunidad diplomática queda exceptuada. En la demanda de autos se ejercitó una acción de desahucio por falta de pago, con la petición de declaración de resolución del arrendamiento para que el inquilino dejara libre la vivienda, con apercibimiento de lanzamiento, es decir, la ahora recurrente trata de recuperar la posesión inmediata de una vivienda de su propiedad cuyo uso y disfrute transmitió en su día el arrendatario y que éste, al dejar de pagar las rentas, posee indebidamente, sin título hábil para ello.

El Convenio de Viena, recuerda el Ministerio Fiscal, exceptúa de la inmunidad de jurisdicción el ejercicio de acciones reales sobre bienes inmuebles radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el Agente los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión. La categoría de las llamadas acciones reales, continúa, surgida en el Derecho romano, a la que luego se contrapuso la distinción de los derechos en reales y personales o de crédito, carece de aceptación y de fundamento en el Derecho procesal moderno, como también se cuestionaba en Derecho civil la contraposición de las relaciones jurídicas en reales y personales, de manera que, o bien se convierte la obligación en un derecho real sobre el patrimonio del deudor, o se construyen todos los derechos reales a imagen de los de obligación o personales, desapareciendo toda posible distinción material. Aunque tampoco sea correcto llegar a desarrollos tan extremos, lo cierto es que tratar de recuperar la posesión de un inmueble mediante el ejercicio de la oportuna pretensión procesal puede quedar enmarcado en lo que el Convenio denomina «acción real sobre bienes inmuebles», porque no debe olvidarse que la posesión, con independencia del poder de hecho que entraña, constituye también un derecho de carácter real sobre la cosa.

Ahora bien, el hecho de que, con arreglo a una interpretación no estrictamente literal de la norma contenida en el Convenio, pueda entenderse comprendida entre los supuestos de excepción de la inmunidad la pretensión ejercitada en la vía judicial por la ahora recurrente, no significa que la cuestión exceda los límites de la legalidad ordinaria y que no haya sido resuelta de manera motivada y fundada por el Juzgador ordinario.

De otro lado, conviene significar, a juicio del Ministerio Público, que el incumplimiento por parte del Agente de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento supone también el incumplimiento de las Leyes del Estado, porque tanto el Código Civil (art. 1.555 1) como la Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 95-104 y 114.1) imponen al arrendatario la obligación de pagar la renta, y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41.1 del Convenio, todas las personas que gocen de privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. El incumplimiento de este deber por razón del privilegio de la inmunidad o jurisdicción no encuentra otro posible remedio que el previsto en el artículo 9.1 del Convenio de Viena.

En lo que a la supuesta infracción del artículo 24.1 CE se refiere, alega el Ministerio Fiscal que la falta de argumentación de la demanda de amparo en este punto hace suponer que se denuncia el hecho de que los órganos judiciales no hayan entrado a examinar y resolver el fondo de la cuestión planteada. Sin embargo, es doctrina de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface tanto con una resolución de fondo como con una resolución distinta dotada de cobertura legal, pues el derecho del artículo 24.1 está supeditado al cumplimiento de los requisitos o presupuestos que la norma establezca para el ejercicio de las acciones, por lo que no se infringe cuando

la resolución rechaza la demanda sin entrar en el fondo, bien por concurrir una causa de inadmisión, bien por estimar una excepción.

Por último, alega el Ministerio Fiscal que la supuesta infracción del artículo 24.2 CE carece de todo fundamento porque si, como parece, se refiere al derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, la propia recurrente afirma en su demanda de amparo que ha utilizado los medios legales previstos en el artículo 1.579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Es cierto que este precepto limita los medios de prueba cuando se ejercita la acción de desahucio por falta de pago, pero en el declarativo ordinario puede ejercerse el derecho de defensa en toda su amplitud.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido desestimar el recurso de amparo interpuesto por la señora recurrente.

Fundamentos jurídicos.—1. El origen inmediato y directo de la queja de la recurrente es la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 34 de Madrid de fecha 10 de junio de 1990 y, en cuanto confirma la anterior, la dictada por la Sección 18 de lo Civil de la Audiencia de Madrid el 10 de julio de 1991, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la primera. Y constituye el objeto del recurso la presunta lesión por parte de dichas resoluciones judiciales de varios derechos constitucionales, a saber: El derecho a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al Juez ordinario predeterminado por la ley y al derecho a la prueba (art. 24.2 CE), así como el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE). Vulneraciones que la recurrente estima que se habrían producido por cuanto los referidos órganos jurisdiccionales no entraron a conocer en el proceso *a quo* de su pretensión resolutoria del contrato de arrendamiento y, en cambio, acogieron la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada por el demandado en el acto de la vista del juicio verbal, basada en la inmunidad de la jurisdicción civil que el Derecho Internacional público le atribuye por su condición de Agente diplomático acreditado en España.

2. Sin embargo, con carácter previo ha de señalarse que no todas las infracciones de los derechos constitucionales frente a las que la recurrente se alza en amparo pueden configurar el objeto del presente proceso, y ello por distintas razones. En efecto, así ocurre en primer lugar respecto a la alegada lesión del derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE), pues este derecho constitucional no figura entre los que pueden ser protegidos por la vía excepcional y subsidiaria del recurso de amparo, como claramente se desprende del artículo 53.2, en relación con el 161.1.b) CE y del 41.1 LOTC, como hemos reiterado en nuestra jurisprudencia desde el ATC 82/1980. Ni tampoco es consistente, en segundo término, la queja basada en el artículo 24.2 CE, que se concreta en la invocación del derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley y el derecho a la prueba. Pues prescindiendo de que la demanda esté huérfana de todo razonamiento sobre ambos extremos, en cuanto al primero no se atisba cómo han podido producirse las lesiones de tales derechos cuando en el proceso *a quo* se ha sustanciado ante los órganos jurisdiccionales cuya composición y competencia en materia de arrendamientos urbanos se hallaban previamente determinadas por Ley (SSTC 47/1983, 148/1987 y 55/1990, entre otras), sin que la actora y hoy recurrente formulase impugnación alguna al respecto. Y en cuanto al segundo, basta observar que en instancia se declararon pertinentes y se practicaron todas las pruebas solicitadas por las partes sin que tampoco la entonces actora hiciera constar protesta alguna, por lo que difícilmente ha podido producirse una lesión del

derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes (SSTC 36/1983 y 149/1987, entre otras).

Asimismo, ha de quedar fuera del objeto de este proceso constitucional la queja basada en el artículo 14 CE. Pues caso de entenderse que se refiere a su desigual posición como arrendadora respecto al arrendatario, ya hemos dicho que estas dos figuras no son término de comparación apropiados a los fines del principio de igualdad que el artículo 14 CE garantiza, dado que «ambos tienen, por definición, una diversa posición, determinada por la naturaleza del contrato de arrendamiento, que implica —de acuerdo con su regulación legal— diversos derechos y obligaciones para las partes en el mismo» (STC 89/1994, fundamento jurídico 8.º). Y si con la invocación del artículo 14 CE se denuncia un supuesto trato desigual como arrendadora que contrata con arrendatario que es Agente diplomático en comparación con otros supuestos de arrendamiento en que éste no ostenta tal condición, basta observar que la eventual desigualdad en ningún caso se derivaría de la ordenación sustantiva de la relación arrendaticia, sino de la norma que atribuye a dicho Agente la inmunidad de la jurisdicción civil y cuyos efectos, por tanto, se manifiestan en el ámbito del proceso. De suerte que no nos encontramos ante la igualdad jurídica en sentido material que el artículo 14 CE garantiza, por lo que la queja, en realidad, quedaría subsumida en la que ha formulado con fundamento en el artículo 24.1 CE (STC 206/1993).

De este modo, nuestro examen ha de ceñirse exclusivamente a determinar si ha existido o no en el presente caso una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y sin indefensión que el artículo 24.1 CE garantiza a todas las personas. Lesión que a juicio de la recurrente se ha producido, como antes se ha dicho, por cuanto los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones se impugnan en este proceso acogieron la excepción de incompetencia basada en la inmunidad de la jurisdicción civil del demandado como Agente diplomático acreditado en España, en lugar de entrar a conocer del fondo del asunto y resolver sobre la pretensión resolutoria del arrendamiento ejercitada en el proceso *a quo*, privándole con ello del acceso a la jurisdicción para reclamar la protección de sus derechos e intereses legítimos. Lo que no es compartido tanto por el interviniente en este proceso como por el Ministerio Fiscal, quienes consideran, en esencia, que las resoluciones judiciales impugnadas se han limitado a aplicar, de forma razonable y no arbitraria, la norma legal aplicable al caso, en concreto el artículo 31.1 del Convenio sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 18 de abril de 1961 (en adelante, Convenio de Viena de 1961), que atribuye inmunidad de la jurisdicción civil del Estado receptor a los Agentes diplomáticos, como era el caso del demandado, cuya condición de Consejero de la Embajada de Italia en Madrid en ningún momento se ha cuestionado en el proceso *a quo*.

3. Así delimitado el objeto de este proceso y pasando ya al examen de la queja basada en la eventual lesión del artículo 24.1 CE, en relación con el planteamiento expuesto tanto por el demandado en el proceso *a quo* y el Ministerio Fiscal, cabe observar, en primer lugar, que de las actuaciones recibidas resulta que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid, en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde con carácter exclusivo (art. 117.3 CE), han considerado aplicable al caso la mencionada norma del Convenio de Viena de 1961 (al que España presentó su adhesión el 21 de noviembre de 1967 e Italia ratificó el 25 de junio de 1969), que tempestivamente fue invocada por el demandado en el proceso

a quo como fundamento de la excepción de incompetencia jurisdiccional formulada.

De este modo —y a diferencia de los casos resueltos por las SSTC 107/1992 y 292/1994 relativos a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros—, en el presente la determinación de cuál sea el contenido y alcance de la inmunidad de jurisdicción en materia civil de los Agentes diplomáticos no entraña una especial dificultad para el Juzgador, y la existencia de una *lex certa* satisface las exigencias de seguridad jurídica (STC 107/1992, fundamento jurídico 4.º). La amplia remisión normativa al Derecho Internacional público que se contiene en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en efecto, no conduce aquí al Derecho Internacional general (de carácter consuetudinario y cuyo contenido y alcance, por tanto, ha de ser determinado de acuerdo con la práctica constante y uniforme y la *opinio juris* de la generalidad de los Estados), sino al Derecho Internacional convencional (que, en principio, es derecho escrito) y, en concreto, a la norma contenida en un tratado internacional adoptado precisamente en el curso del proceso de desarrollo progresivo y codificación del primero, encomendado a las Naciones Unidas [art. 13.1, apartado a), de la Carta de la Organización]. Tratado que, una vez publicado en España (art. 1.5 CC), forma parte de nuestro ordenamiento y goza frente a la Ley interna posterior de la reserva establecida por el artículo 96.1 CE, debiendo ser aplicado por los órganos jurisdiccionales y autoridades españolas (SSTC 49/1988, 28/1991 y 187/1991).

En concreto, diferenciando adecuadamente la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero y la de sus representantes, como se ha indicado en la mencionada STS 107/1992, fundamento jurídico 4.º, los órganos jurisdiccionales, al seleccionar la norma aplicable al caso, han estimado que la remisión del artículo 21.2 LOPJ conducía al artículo 31.1 del referido Convenio de Viena de 1961, cuyo contenido normativo, efectivamente, atribuye a los «Agentes diplomáticos» [esto es, a las personas definidas en el apartado e), en relación con el d) del art. 1 de este texto] tanto la inmunidad de la jurisdicción penal y administrativa respecto a los Tribunales del Estado receptor como también, en lo que aquí importa, «la inmunidad de la jurisdicción civil». Si bien esta exención no es absoluta, pues se excluye en los tres supuestos contemplados en los apartados a), b) y c) del mencionado precepto, como se verá seguidamente. Por lo que ha de estimarse que no es en modo alguno manifiestamente irrazonable o arbitraria la selección de la norma aplicable al presente caso.

4. En segundo término, ha de tenerse presente que los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones se impugnan, tras recabar informe del Ministerio de Asuntos Exteriores, han interpretado que el supuesto no quedaba comprendido en la excepción del apartado a) del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961 dado que esta excepción se limita al supuesto de ejercicio «de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el Agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para fines de la misión» diplomática: mientras que en el proceso *a quo* se había ejercitado por la actora una acción personal, derivada de un contrato de arrendamiento. Por lo que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial han estimado, consecuentemente, que en el presente caso debía operar la regla general establecida en el artículo 31.1 del referido Convenio que excluye al Agente diplomático de la jurisdicción civil del Estado receptor.

En relación a dicha excepción a la inmunidad de jurisdicción civil del

Agente diplomático, la conclusión alcanzada por los órganos jurisdiccionales tampoco resulta manifiestamente irrazonable o arbitraria si el referido apartado a) del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961 se interpreta, como es obligado por su carácter de norma convencional internacional, de acuerdo a las «reglas de interpretación de los tratados» contenidas en los artículos 31-33 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, hecho en Viena el 23 de mayo de 1969 en el que España es parte. Pues según el sentido corriente de los términos empleados en dicha excepción («acción real»), interpretados en el contexto de dicho apartado a) («bienes inmuebles particulares» y «a menos que el Agente diplomático los posea. .») y teniendo en cuenta el objeto y fin del Tratado, es indudable que cabe obtener razonablemente dicha conclusión interpretativa.

Ello se confirma, además, si se examina la jurisprudencia de otros Estados [dado que el contexto del Tratado incluye «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación», según el art. 31.2.b) del Convenio de Viena de 1961], pues ésta es conforme en reconocer que dicha excepción no comprende las acciones contra Agentes diplomáticos derivadas de un contrato de arrendamiento [así, la Sentencia del Tribunal de Casación de Bélgica de 4 de octubre de 1984, en el asunto Hildebrand c. Champagne; Sentencia de High Court, Queen's Bench Division, de 26 de noviembre de 1982, en el asunto Intpro Properties (K) Ltd. c. Sauvel y otros; Sentencia del Tribunal de Apelación de París (Sala 1.ª) de 30 de junio de 1981 en el asunto Ribeyro c. Masson; Resolución del Pretor de Roma de 12 de noviembre de 1983 en el asunto Caruzzo c. Sarta Aziz; Sentencia núm. 2626/1965 del Tribunal de Primera Instancia de Atenas, entre otras] Y a la misma conclusión también se llegaría, por último, si se recurriera a otros medios de interpretación complementarios, como es el caso de los trabajos preparatorios del Convenio de Viena de 1961 (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, Viena, 2 de marzo a 14 de abril de 1961, Documentos oficiales, en relación con las enmiendas y debates sobre el art. 29 del Proyecto de tratado elaborado por la Comisión de Derecho Internacional) De lo que resulta, asimismo, que en el presente caso las resoluciones judiciales, al interpretar la excepción contenida en el apartado a) del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961, no han dado una «indebida extensión» de la inmunidad de jurisdicción civil del Agente diplomático que pueda entrañar, correlativamente, una indebida restricción del derecho de acceso a la jurisdicción (STC 107/1992, fundamento jurídico 4.º).

5. En suma, de lo expuesto en los dos fundamentos precedentes se desprende, en primer lugar, que la recurrente ha recibido una respuesta en Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales, aunque ésta haya sido contraria a su pretensión por haber estimado aquéllos la excepción de incompetencia opuesta por el demandado. Y al ser la competencia judicial un presupuesto del proceso cuya inexistencia, una vez comprobada en el caso enjuiciado, impide a los órganos jurisdiccionales entrar a conocer del fondo del asunto, no cabe estimar, como ha declarado este Tribunal, que en principio vulneren el artículo 24.1 CE las resoluciones judiciales que se abstengan de conocer de una *litis* cuya solución entienden aquéllos que no les está legalmente atribuida (STC 280/1994, fundamento jurídico 4.º) A lo que se agrega, en segundo término, que en el presente caso tampoco cabe considerar, por lo antes expuesto, que dicha respuesta, suficientemente motivada y fundada en la aplicación e inter-

pretación por los órganos jurisdiccionales de la legalidad ordinaria, sea manifiestamente irrazonable ni arbitraria, por lo que no cabe considerarla contraria al derecho que el artículo 24.1 CE garantiza (STC 148/1994).

Esta conclusión, ciertamente, haría innecesario cualquier examen ulterior, pues habría de llevar directamente a la denegación del amparo solicitado. Sin embargo, ha de tenerse presente que la recurrente ha alegado en su demanda que el resultado al que conduce no es otro que el de una privación de su derecho constitucional a recabar la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales españoles y, en concreto, a la exclusión de toda reclamación judicial por su parte frente a quien es Agente diplomático acreditado en España en relación con el contrato de arrendamiento concertado con éste. Lo que entrañaría, dicho en otros términos, que la norma aplicada por los órganos jurisdiccionales como fundamento de su incompetencia para conocer del fondo de la *litis* vendría a constituirse en obstáculo o límite infranqueable para que la recurrente pueda lograr la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, generando una eventual vulneración del contenido esencial del derecho de acceso a la jurisdicción que el artículo 24.1 CE garantiza a todos. Y dado que a la jurisdicción de amparo corresponde, pese a su carácter excepcional y subsidiario, la protección última de los ciudadanos frente a una eventual violación de un derecho constitucional como el mencionado; para restablecerlo o preservarlo (art. 41.2 y 3 LOTC), es conveniente considerar, para corroborar o modificar la anterior conclusión, si el límite u obstáculo para el acceso a la jurisdicción de la recurrente que se deriva del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961, en relación con el artículo 21.2 LOPJ, es constitucionalmente legítimo, por responder a fines o bienes que la Norma fundamental ampara, y, asimismo, si resulta razonable y proporcionado a dichos fines, al igual que hemos hecho en supuestos en los que se planteaba la inmunidad de ejecución de Estados extranjeros (SSTC 107/1992 y 292/1994).

6. A los fines de este examen conviene comenzar recordando que desde la primera de sus Sentencias, la de 26 de enero de 1981, este Tribunal ha afirmado con reiteración la plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales españoles en cuanto exigencia que se deriva del derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional «que se califica por la nota de la efectividad» (STC 1/1981, fundamento jurídico 11). Pero también ha declarado reiteradamente que el artículo 24.1 CE no reconoce un derecho incondicional o absoluto a la prestación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla por las vías procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 19/1981, 49/1983, 113/1990 y 172/1991, entre otras muchas).

Por ello, este Tribunal ha declarado que, en cuanto se trata de un derecho prestacional, «el de tutela judicial efectiva, en sus distintas vertientes, (...) es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio» (STC 107/1992, fundamento jurídico 2.º). De suerte que el legislador, dentro de su ámbito de configuración legal, puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, al igual que al pleno acceso a la ejecución de las Sentencias, siempre y en el bien entendido de que dichos límites sean razonables y proporcionados respecto de los fines que lícitamente puede perseguir en el marco de la Constitución (STC 107/1992, con cita de la STC 4/1988). A lo que cabe agregar, por último, que confrontados a normas legales que pueden limitar o dificultar el acceso a la jurisdicción, hemos dicho que su interpretación ha de llevarse a cabo, cuando la norma así lo permita y sin violentar sus términos,

de forma que no se menoscabe o excluya el acceso a la justicia (SSTC 294/1994, 37/1995, 55/1995 y 58/1995); pues a diferencia de lo que ocurre con la interpretación de las normas que limitan la admisibilidad de un recurso contra una Sentencia dictada en un proceso celebrado con todas las garantías, en este caso puede quedar afectado el contenido esencial del derecho constitucional de acceso a la justicia que el artículo 24.1 CE garantiza.

Asimismo, en atención al mandato que se deriva del artículo 10.2 CE es oportuno señalar que este carácter no absoluto del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y la correspondiente posibilidad de límites legales también han sido reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 6.1 del Convenio europeo sobre protección de derechos y libertades fundamentales, hecho en Roma en 1950. Entre otras decisiones, en la Sentencia de 21 de febrero de 1975 (asunto Golder, párrafos 37-39). Y es especialmente significativo, además, que en este mismo caso la Comisión se haya referido, como posibles límites legales, a las inmunidades parlamentarias y diplomáticas, precisando que operan cuando su titular es demandado en un proceso (Decisión de 1 de junio de 1973, párrafos 93-94).

7. Sentado lo anterior, ha de partirse de un dato relevante a los fines de nuestro examen: Que la inmunidad jurisdiccional aquí considerada no opera respecto al derecho sustantivo cuya sanción judicial el actor trata de obtener en el proceso, sino frente al sometimiento al proceso del Agente diplomático. Pues si es indudable que la inmunidad de la jurisdicción civil se establece en el artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961 con un carácter relativo dadas las tres excepciones que en el mismo se contemplan, a diferencia de lo establecido respecto a la inmunidad de la jurisdicción penal, no es menos cierto que, caso de no concurrir alguna de esas excepciones, como han estimado las resoluciones judiciales aquí impugnadas, el resultado que dicho precepto persigue no es otro que la incompetencia del órgano jurisdiccional cuando un particular ejercita una pretensión en materia civil contra un Agente diplomático acreditado en el Estado receptor.

Tal finalidad, no es ocioso indicarlo, fue admitida por el Derecho Internacional desde el siglo XVIII para excluir los supuestos en los que el incumplimiento de una deuda u obligación civil podía entrañar, según la legislación de ciertos Estados en aquella época, la prisión del Agente diplomático. Y aun cuando esta consecuencia haya hoy desaparecido en las legislaciones, sin embargo la *ratio* de la inmunidad de jurisdicción en materia civil continúa siendo la misma, como es generalmente reconocido: Permitir el libre y eficaz ejercicio de las funciones de la misión diplomática en el Estado receptor, que se vería perturbado si el Jefe de la misión o un miembro del personal diplomático de ésta tuviera que hacer frente como demandado a las pretensiones de particulares derivadas de los diversos actos sometidos al Derecho Privado que aquéllos llevan a cabo durante su residencia en dicho Estado. Objetivo que si tradicionalmente se ha expresado mediante el adagio *ne impediatur legatio*, hoy ha sido elevado por el Convenio de Viena de 1961 a fundamento de las inmunidades y privilegios de que gozan los Agentes diplomáticos, ya que en su Preámbulo se afirma que éstas «se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados».

Por tanto, los llamados privilegios e inmunidades de los Agentes diplomáticos han de ser entendidos como garantías para el libre y eficaz ejercicio de las funciones que llevan a cabo en representación del Estado que las envía.

Configurando tales garantías, en su conjunto, un estatuto singular de dichas personas, establecido por el Derecho Internacional, que ha de ser respetado por los órganos y autoridades del Estado receptor. Y ello permite explicar, de otra parte, que el Agente diplomático, aun siendo el titular de la inmunidad jurisdiccional, no pueda renunciar voluntariamente a la misma cuando es demandado por un particular y si pueda hacerlo el Estado acreditante, como se establece en el artículo 32.1 del referido Convenio de Viena de 1961.

8. Pasando ya al examen de la legitimidad constitucional de este obstáculo o límite a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles en materia civil, ha de afirmarse que si en nuestra STC 107/1992, fundamento jurídico 3.º, se declaró que «el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que éste sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 CE», otro tanto cabe decir ahora respecto a la inmunidad de la jurisdicción civil de los Agentes diplomáticos.

En efecto, esta limitación ha de reputarse legítima desde un punto de vista constitucional pues posee un doble fundamento objetivo y razonable: En primer lugar, en el principio de igualdad soberana de los Estados consagrado en el artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas y al que expresamente se refiere el Preámbulo del Convenio de Viena de 1961. En segundo término, en el principio de cooperación pacífica, que también se deriva de aquel tratado internacional. Pues si el primero implica la igualdad jurídica de todos los Estados y el mutuo respeto de su personalidad, de ello se sigue que un Estado soberano no puede, en principio, someter a otro Estado sin su consentimiento a la justicia de sus Tribunales (*par in parem non habet imperium*). Consecuencia que claramente se proyecta en la institución de la inmunidad de la jurisdicción civil de los Agentes diplomáticos dado que se concede por el Derecho Internacional para garantizar el desempeño eficaz de las misiones diplomáticas y éstas son, conviene subrayarlo, órganos de un Estado extranjero que le representan ante el Estado receptor. En segundo término, si el Preámbulo de nuestra Constitución proclama la voluntad de la Nación española de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra», es indudable que a ese fortalecimiento contribuyen las funciones que llevan a cabo las misiones diplomáticas (art. 3.1 del Convenio de Viena de 1961). Y ello se confirma por lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Norma fundamental, ya que la expresa referencia a que «el Rey acredita a los Embajadores y otros representantes diplomáticos», y a que «los representantes extranjeros están acreditados ante él», pone de relieve la importancia que la Norma fundamental atribuye a las misiones diplomáticas en el desarrollo de las relaciones pacíficas y de cooperación de España con todos los pueblos y Estados.

Este fundamento objetivo y razonable de la inmunidad de jurisdicción de los Agentes diplomáticos puede ser corroborado, además, examinando la jurisprudencia de otros Estados y, en lo que aquí especialmente interesa, la de los Tribunales italianos, ya que el presente caso nos sitúa precisamente ante la inmunidad de un miembro de la misión diplomática de la República de Italia en Madrid. En efecto, si la Corte de Casación de Italia, en su Sentencia de 18 de enero de 1940 en el asunto *De Meeus c. Forzano*, excluyó definitivamente ciertas dudas anteriores y admitió que los Agentes diplomáticos estaban exentos de la jurisdicción civil italiana incluso por actos sometidos al Derecho Privado, es significativo que la Corte Constitucional, directamente confrontada con la posible contradicción del límite a la jurisdicción que establece el artículo

31.1 del Convenio de Viena de 1961 con el derecho reconocido por el artículo 24, párrafo 1.º, de la Constitución, haya declarado en su Sentencia de 18 de junio de 1979 que tal exclusión no podía considerarse incompatible con el derecho a la tutela judicial de los particulares en la medida en que era necesaria para garantizar la actuación de la misión diplomática, institución imprescindible del Derecho Internacional. Y este dato viene a añadir una justificación complementaria a la limitación del acceso a la jurisdicción para los particulares que se deriva del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961 la basada en el principio de reciprocidad, ya que tal límite no sólo opera en beneficio de las misiones diplomáticas extranjeras en nuestro país, sino también respecto a las misiones que España envía a otros Estados, entre ellos a Italia.

9. En relación con lo anterior no es ocioso precisar, además, que la exclusión de la jurisdicción civil de los Agentes diplomáticos, cuando no concurre alguna de las excepciones establecidas por el artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961, se halla justificada objetivamente por las obligaciones que el Derecho Internacional impone a los Estados al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de sus Juzgados y Tribunales. Y ello pese a que la potestad jurisdiccional sea ciertamente una emanación de la soberanía del Estado, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Efectivamente, cuando la soberanía estatal se proyecta en el ámbito internacional en cualquiera de sus dimensiones, incluida la potestad jurisdiccional, no cabe entender que la Constitución la configure como un poder absoluto o ilimitado frente a otros Estados, sino como un haz de potestades cuyo ejercicio por los poderes públicos está sujeto al Derecho. En primer lugar, a los concretos objetivos, mandatos y facultades que la misma Constitución consagra (Preámbulo y arts. 10.2, 63, 93, 94, 96 y 97), y en particular, al límite que el artículo 95 establece, garantizando que un Tratado internacional concertado por España no pueda disponer de las normas constitucionales sin la previa reforma de la Norma fundamental. Pues hemos dicho que los poderes públicos españoles «no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer *ad intras* sus atribuciones» (Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4.º).

Ahora bien, es indudable que también la soberanía estatal está limitada por las obligaciones que el Derecho Internacional público impone a los Estados. Lo que es relevante en relación con el artículo 21.2 LOPJ, ya que el legislador se ha remitido precisamente en este precepto al Derecho Internacional público para determinar el contenido y alcance de las inmunidades de jurisdicción y de ejecución que dicho ordenamiento establece. Y si nos preguntamos cuál es la extensión de la potestad jurisdiccional de los Estados en el ámbito internacional, ha de tenerse presente que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (Sentencia de 1927 en el asunto del *Lotus*, Francia c. Turquía, Serie A, núm. 10) ha declarado al respecto que aunque el Derecho Internacional atribuye a los Estados una amplia libertad en esta materia permitiéndoles extender su jurisdicción a supuestos relacionados con personas, actos y bienes que se hallan fuera de su territorio, no es menos cierto que también les impone determinadas prohibiciones y límites. Entre ellos, el límite negativo que se deriva de la inmunidad jurisdiccional atribuida a los Estados extranjeros y sus órganos, así como a sus representantes, incluidos los Agentes diplomáticos, que posteriormente se ha extendido, en ciertos supuestos, a las Organizaciones internacionales.

De este modo, si al determinar la extensión de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles —como ha hecho en los arts. 21-25 LOPJ— el legislador necesariamente ha de tener presente los límites, positivos y negativos, que el Derecho Internacional impone a los Estados, ello viene a corroborar la justificación objetiva y razonable de la inmunidad de la jurisdicción civil que el artículo 21.2 de dicho cuerpo legal consagra, dado que la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles ha de operar dentro del ámbito que el Derecho Internacional deja al Estado en esta materia. Pues caso de que se extendiera más allá del ámbito delimitado por el Derecho Internacional y tratara de hacer efectiva en todo caso la tutela jurisdiccional en el orden interno, el Estado podría incurrir, al hacerlo así, en un hecho ilícito por la violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad internacional frente a otro Estado.

10. Por último, para determinar si la exclusión de un particular al acceso a la jurisdicción civil de los Juzgados y Tribunales españoles cuando el demandado es un Agente diplomático acreditado en España resulta o no desproporcionada en atención al contenido del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, hemos de examinar si el régimen de dicha inmunidad previsto en el Convenio de Viena de 1961 excluye o permite —y en caso afirmativo, en qué medida y por qué vías— una protección de los derechos e intereses de los particulares afectados. A este fin ha de tenerse presente, en primer lugar, que el referido Convenio permite lograr esta protección por parte del Estado receptor del Agente diplomático, a quien corresponde velar por una correcta aplicación del Convenio de Viena de 1961 en España y evitar así cualquier posible abuso en los privilegios e inmunidades que en él se establecen cuando el particular actúa diligentemente. En efecto, si el titular de la inmunidad tiene el deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 41.1 del mencionado Convenio), de ello se deriva que en un supuesto como el presente el arrendador tiene la posibilidad de poner en conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores el incumplimiento del pago de la renta pactada para que dicho órgano solicite del Estado acreditante, bien que compela al Agente diplomático a cumplir dicha obligación o bien que renuncie a la inmunidad de jurisdicción civil (art. 32.1 del mismo Convenio). Pues si el Estado acreditante no accede a ello, podrá comunicarle que el Agente diplomático es considerado persona *non grata* en España, lo que entrañaría la retirada o término de las funciones diplomáticas de éste, acordada por el Estado acreditante, y, caso de no acordarla, el Estado receptor podrá negarse a reconocerlo como miembro de la misión (art. 9.1 y 2 del mismo Convenio). De suerte que si existe una conducta diligente del particular y ésta va seguida de la acción del Estado receptor frente al Estado acreditante, ello puede permitir que quede expedito para el arrendador el acceso a la jurisdicción civil en nuestro país. Debiendo señalarse, asimismo, que si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, fundamento jurídico 3.º) pese a haberla solicitado, éste podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos (art. 106.1 CE). Lo que también posibilita, aunque indirectamente, la satisfacción judicial de los derechos e intereses de los particulares por esta vía, pese a que no esté exenta de desventajas para aquéllos.

En segundo término, tampoco cabe olvidar que el reconocimiento de la

inmunidad jurisdiccional al Agente diplomático no priva al particular con el que contrata el arrendamiento de la protección judicial, ya que el artículo 31.4 del Convenio de Viena de 1961 ha determinado un tribunal competente para hacer valer su pretensión, aun cuando éste sea el de otro Estado, al disponer que «la inmunidad de jurisdicción de un Agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante». Lo que implica, en las circunstancias del presente caso, que la recurrente de amparo pudo hacer valer su pretensión dirigida al pago de la renta ante los Tribunales italianos. Y aunque pudiera alegarse que ello genera inconvenientes o cargas para el demandante, no es menos cierto que tal alegación carece de contenido constitucional, como se dijo en la STC 43/1986, fundamento jurídico 8.º. Y esa carga del demandante no es distinta de la que se produce en otros muchos supuestos en los que la *litis* se entabla por un nacional contra un extranjero, como se evidencia del examen de los foros de competencia judicial internacional en el orden civil que se contienen en el artículo 22 LOPJ al no haber querido el legislador atribuir una limitada extensión a la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles, sino sólo un volumen razonable en atención a la proximidad o vinculación de los supuestos con nuestro ordenamiento. Por lo que en muchos casos el nacional español que se propone reclamar judicialmente frente a un extranjero habrá de ejercitar su pretensión ante el Tribunal competente de otro Estado, al igual que ocurre en el supuesto aquí considerado. Lo que lleva a estimar, en suma, que el obstáculo que se deriva del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961 no es desproporcionado o excesivo para el particular, dado que éste puede lograr en ciertos supuestos el acceso a los órganos jurisdiccionales españoles y, en todo caso, puede recurrir a los del Estado acreditante del Agente diplomático.

11. En definitiva, los órganos jurisdiccionales han seleccionado e interpretado, de forma razonable y no arbitraria, el precepto legal aplicable al caso. Y el examen ulterior ha llevado a la conclusión de que la inmunidad del Agente diplomático de la jurisdicción civil de los Juzgados y Tribunales españoles en cuanto obstáculo, o límite del acceso a la jurisdicción interna que se deriva del artículo 21.1 LOPJ en relación con el artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961, es constitucionalmente legítima y su resultado no desproporcionado en relación con el contenido del derecho fundamental que el artículo 24.1 CE reconoce, por las razones expuestas en los fundamentos precedentes. Sin que de otra parte se desprenda de las actuaciones que la recurrente haya solicitado diligentemente de los poderes públicos las medidas apropiadas para lograr por otras vías, ni tampoco que haya ejercitado su pretensión ante el Tribunal competente. Todo lo cual ha de conducir, necesariamente, a la desestimación del amparo solicitado.

Voto particular que formula el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 1951/91, al que se adhieren los Magistrados don Vicente Gimeno Sendra y don Rafael de Mendizábal Allende.

Disiento, respetuosamente, del fallo de la Sentencia y de la línea argumental que le sirve de fundamento tanto en lo que afecta a la aplicación del *test* de razonabilidad y arbitrariedad como, sobre todo, al alcance dado al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en

relación con las inmunidades de jurisdicción civil de los Agentes diplomáticos, que, a mi juicio, al no ceñirse en este caso a la finalidad que las legitima —el cumplimiento de la función diplomática— se convierten en meros privilegios personales que, en cuanto tales, no pueden en modo alguno justificar, como se hace en la Sentencia, la práctica ablación de ese aspecto del mencionado derecho fundamental.

La Sentencia afirma en sus primeros fundamentos que las resoluciones judiciales recurridas interpretan de forma no arbitraria ni irrazonable el artículo 31 del Convenio de Viena de 1961 y en consecuencia ningún reproche puede hacerseles desde la perspectiva del artículo 24.1 CE. Frente a esta conclusión cabe advertir, en primer lugar, que este Tribunal ha venido reiterando (por todas, SSTC 159/1990, 294/1994, 37/1995, 55/1995 y 58/1995) que cuando estamos en presencia del derecho de acceso a la jurisdicción —y éste es materialmente el caso que nos ocupa, como reconoce la Sentencia en varios pasajes— no sólo debe analizarse la razonabilidad de las resoluciones judiciales, sino que opera aquí plenamente el principio *pro actione* de modo que el derecho a la tutela judicial efectiva exige de los órganos jurisdiccionales que interpreten las normas procesales que condicionan el acceso en el sentido más favorable a la eficacia del mencionado derecho fundamental, siempre, claro está, que existan diversas interpretaciones constitucionalmente legítimas.

En el presente caso, esa interpretación alternativa no solamente es factible, sino que, como razonaré, es la única compatible con la Constitución, por lo que en realidad las Sentencias recurridas no sólo han vulnerado el artículo 24 CE al no haber adoptado la interpretación más favorable al acceso a la jurisdicción, sino que, aun aplicando exclusivamente el *test* de razonabilidad, debía haberse llegado a la conclusión de que las resoluciones impugnadas tampoco superaban el listón exigible en este caso, ya que no puede considerarse razonable una interpretación que limita el contenido del artículo 24 aplicando una figura —el privilegio personal— cuya finalidad no responde a un bien constitucionalmente legítimo. Es más, si no cupiera esa interpretación conforme a la Constitución del artículo 31 del Convenio de Viena debería procederse a la denuncia de ese precepto por incompatibilidad con el ordenamiento constitucional.

En efecto, la cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso de amparo es la relativa a la compatibilidad de la inmunidad de jurisdicción civil de los Agentes diplomáticos consagrada en el Convenio de Viena de 1961 y el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE. Desde la perspectiva de este último precepto no cabe negar la posibilidad de que el legislador prevea determinados supuestos en los que el acceso a la jurisdicción resulte excluido o sea sustituido por otras formas de resolución de conflictos o de composición de intereses. Como ha reiterado este Tribunal, el derecho a la tutela efectiva es un derecho prestacional, conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones de su ejercicio. Sin embargo, también se ha dicho que estos límites, sobre todo cuando suponen lisa y llanamente la imposibilidad de acceder a la jurisdicción interna, para ser constitucionalmente legítimos deben responder a fines o bienes de relieve constitucional y su regulación concreta debe resultar razonable y proporcional a esa finalidad y al grado de constreñimiento del derecho al acceso a la jurisdicción que entrañan. Desde la primera de sus Sentencias, la de 26 de enero de 1981 relativa a las relaciones entre la jurisdicción eclesiástica y la estatal, el Tribunal Constitucional ha puesto

especial énfasis en la necesidad, derivada del derecho a la tutela judicial efectiva de mantener expedita al máximo la vía de acceso a la jurisdicción interna.

Planteada la cuestión en estos términos, no cabe duda que debe aceptarse como constitucionalmente legítima la posibilidad de configurar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y, más concretamente, el acceso a la jurisdicción interna, teniendo en cuenta, como límite, la protección de los Agentes diplomáticos, y más precisamente la garantía del ejercicio de las importantes funciones que tienen encomendadas. Sin la atribución de un estatuto especial a las misiones diplomáticas y a su personal, las relaciones internacionales podrían verse gravemente condicionadas e incluso imposibilitadas, y debe tenerse en cuenta que la protección del eficaz desarrollo de estas relaciones es, sin duda, un fin constitucionalmente relevante, como lo demuestra, entre otros datos, el hecho de que la Constitución, desde su Preámbulo, afirme la voluntad de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra.

Como es sabido, para garantizar el normal ejercicio de las funciones diplomáticas y, con ellas, las relaciones pacíficas y la cooperación entre los Estados, el ordenamiento internacional ha consagrado una serie de prerrogativas, entre las que destacan las inmunidades reconocidas a los propios Estados —inmunidades de jurisdicción y de ejecución— y las inmunidades personales de jurisdicción que se extienden al orden penal, civil y administrativo y afectan, aunque con distinto grado, no sólo a los Agentes diplomáticos y consulares, sino a sus familiares y al personal administrativo y de servicios de las misiones diplomáticas.

En definitiva, pues, la inmunidad jurisdiccional de los diplomáticos, en tanto que garantía del correcto ejercicio de sus funciones, puede considerarse un bien constitucionalmente reconocido, que justifica una delimitación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en el que se excluya el acceso a la jurisdicción interna. Así lo prevé el artículo 21 LOPJ al establecer que «los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte», pero exceptuando en su apartado segundo «los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público».

Sin embargo, como queda dicho, la finalidad que hace legítima constitucionalmente la inmunidad de jurisdicción del personal diplomático y consular y que la convierte en una medida razonable y proporcionada a la imposibilidad de acceder a la jurisdicción interna para la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos es la garantía del correcto funcionamiento de las funciones representativas encomendadas a los Agentes diplomáticos, que el propio Convenio de Viena de 1961 define en su artículo 3.1. Esta es la causa constitucionalmente legitimadora de dichas inmunidades.

Dicho con otras palabras, la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de las relaciones internacionales justifica la existencia de inmunidades personales de jurisdicción y, con ellas, la correlativa limitación de los derechos de los ciudadanos, pero no ampara la utilización abusiva de esta prerrogativa. Y ese abuso se produce, fundamentalmente, cuando se extiende su alcance a situaciones jurídicas en las que en nada puede verse afectado el ejercicio de las funciones diplomáticas. Extender ese alcance fuera de dicho ámbito pudo tener sentido en el momento histórico en el que la inmunidad diplomática comenzó

a configurarse en sus rasgos característicos. Y quizá lo tuvo por tratarse de un momento en el que los derechos individuales no estaban completamente salvaguardados frente a intromisiones ilegítimas de los poderes públicos. Hoy, por el contrario, cuando el Estado de derecho diseñado por la Constitución garantiza en modo suficiente el respeto de los derechos del individuo, carece de sentido otorgar a los diplomáticos un trato de favor personal, ya que las garantías individuales de las que todos los ciudadanos disfrutan cumplen sobradamente el fin de salvaguardia, que antes sólo podía lograrse por la vía del privilegio al no estar amparadas genéricamente las libertades de todos los individuos. En un Estado de derecho ninguna inmunidad, y por tanto tampoco la atribuida a los diplomáticos, puede tener el carácter de privilegio personal.

Extender las inmunidades más allá de las actividades relacionadas con las funciones diplomáticas supone convertir lo que es una prerrogativa en razón del cargo, compatible en cuanto tal con el principio constitucional de igualdad y con el derecho a la tutela judicial efectiva, en un privilegio personal carente de una finalidad razonable y por lo mismo incompatible con los principios del Estado de derecho, y especialmente con el mencionado principio de igualdad y con el derecho de acceso a la jurisdicción interna para la defensa de los derechos e intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico a todos los ciudadanos. La diferencia de trato que supone la inmunidad judicial de los diplomáticos se justifica en cuanto es necesaria a los efectos de facilitar el ejercicio de una función, no para amparar actuaciones privadas sin relación con estas funciones de representación diplomática.

El Estado, en defensa de los intereses generales, puede celebrar los tratados y convenios internacionales que estime necesarios para mantener eficazmente las relaciones internacionales que crea oportunas, pero la consecución de este objetivo legítimo no justifica cualquier sacrificio de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y garantiza a sus ciudadanos. Y ese umbral constitucionalmente infranqueable se cruza cuando la inmunidad diplomática —y, en general, cualquier otra inmunidad— se transforma de prerrogativa en función del cargo en privilegio personal y se impide acceder a los Tribunales de justicia nacionales para defender, por ejemplo, un derecho de propiedad sin que estén en juego las funciones diplomáticas. Así parece reconocerlo el propio Convenio de Viena de 1961 que, como queda dicho, proclama solemnemente en su Preámbulo que las inmunidades en él contenidas se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas.

A una conclusión parecida llegamos en las SSTC 107/1992 y 292/1994 respecto de las inmunidades de ejecución de Estados. En ellas se ponía de relieve la evolución experimentada por el ordenamiento internacional en el sentido de relativizar el alcance de las inmunidades de las que gozan los Estados, y ello tanto respecto a la inmunidad de ejecución, cuanto, sobre todo, a la de jurisdicción. Concretamente, hoy los Tribunales nacionales se suelen considerar habilitados para ejercer la jurisdicción y para hacer ejecutar lo juzgado respecto de aquellos actos de los Estados extranjeros que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado. Según se concluía en las referidas Sentencias, en la actualidad no puede considerarse vigente una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los Estados extranjeros, ya que la *ratio* de esas inmunidades no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar la integridad de su soberanía; «por ello, con carácter general, cuando en una deter-

minada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inecute una Sentencia, y en consecuencia una decisión de inejecución, supone una vulneración del artículo 24.1 CE (STC 107/1992).

Ciertamente, como se advierte en esta misma Sentencia, la inmunidad jurisdiccional de los Agentes diplomáticos y consulares es distinta a la de los Estados y, como tendré ocasión de exponer de inmediato, ha experimentado una menor evolución relativizadora en el ordenamiento internacional. Sin embargo, la *ratio* última de ambas instituciones no es otra que la garantía del normal ejercicio de la función de representación diplomática, de ahí que, salvando las distancias que median entre un supuesto en el que entraba en juego la inmunidad de ejecución de un Estado extranjero y el ahora planteado, en el que lo que se trae a colación es la inmunidad de jurisdicción de un diplomático acreditado en España, resulta aplicable la doctrina sentada en aquellas Sentencias en el sentido de delimitar el alcance de las inmunidades en atención a si los actos que se pretenden someter a la jurisdicción afectan o no a las funciones diplomáticas. Si se atribuye a la Constitución el carácter de Norma suprema que le corresponde, la distinta evolución del ordenamiento internacional en uno y otro tipo de inmunidades no puede dar lugar a interpretaciones distintas de los preceptos constitucionales. En rigor, si la *ratio* de ambas figuras es la garantía de las funciones diplomáticas, parece que ésta debe ser todavía más rigurosa cuando se aplica al Estado que cuando se refiere a sus diplomáticos.

El Convenio de Viena de 1961 al establecer las distintas prerrogativas de los Agentes diplomáticos —la inviolabilidad personal (art. 29), la inviolabilidad y protección de su residencia particular (art. 30.1), la de sus documentos, correspondencia y bienes (art. 30.2) o las inmunidades jurisdiccionales (art. 31)— parte explícitamente de la premisa de que las mismas responden a la finalidad expresada por el brocárdico *ne impeditur legatio*: en rigor, lo que hace el Convenio es concretar o, mejor, codificar las prerrogativas que la comunidad internacional tradicionalmente ha venido considerando necesarias para poder llevar a cabo con garantías las funciones diplomáticas.

Lo que en este procedimiento constitucional de amparo debe enjuiciarse es si la interpretación del Convenio de Viena de 1961 realizada por el Juzgado de Primera Instancia número 34 de Madrid y por la Audiencia Provincial de esta capital se atiene o no a las exigencias constitucionales expuestas o, por el contrario, encubre un verdadero abuso de la prerrogativa.

Lo primero que debe advertirse al analizar el presente caso es que la prerrogativa alegada no es la inviolabilidad personal o domiciliaria o la inmunidad de jurisdicción penal, ámbitos éstos en los que la función de garantía de la actividad diplomática resulta normalmente clara y manifiesta —y quizá por ello el Convenio no prevé excepciones ni posibilidad de renuncia—, sino la inmunidad civil aducida en una causa de desahucio para la recuperación de la propiedad por impago de alquileres. No cabe duda que mediante acciones civiles también se puede impedir o dificultar el ejercicio de las funciones representativas y, por tanto, resulta justificable la existencia de este tipo de prerrogativas; sin embargo, lo que resulta constitucionalmente vetado es la configuración o la interpretación de las mismas que permita o ampare abusos de esas prerrogativas, restringiendo derechos de los ciudadanos sin que resulte justificado por la garantía del ejercicio de las funciones diplomáticas.

Pues bien, esto es cabalmente lo que ocurre en el caso traído a este procedimiento constitucional de amparo. No cabe negar la posibilidad de que en determinadas circunstancias mediante acciones civiles sobre la residencia particular de los diplomáticos pudiera ponerse en peligro el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en este caso, resulta palmario que la acción de desahucio no persigue esta finalidad ni directa ni indirectamente y, por otra parte, los efectos de una hipotética resolución favorable a esta pretensión tampoco llegarían a imposibilitar o dificultar significativamente el ejercicio de esas funciones, ya que, dadas las circunstancias, nada permite concluir que el diplomático no pueda encontrar una vivienda adecuada, incluso si es necesario con la ayuda del Estado receptor, como exige el artículo 21.1 del Convenio de Viena. Por el contrario, de acogerse la inmunidad jurisdiccional lo que se produciría es un auténtico abuso de dicha prerrogativa permitiendo que una persona, por el hecho de ser Agente diplomático, ocupe una vivienda de la que no es propietario sin pagar la renta a la que libremente se obligó y sin que pueda ser desahuciado de la misma.

Según consta en el contrato de arrendamiento suscrito entre quienes son parte en este proceso de amparo, ambas partes renunciaron a su propio fuero y se sometieron a los Juzgados y Tribunales de Madrid para cuantas incidencias pudieran suscitarse en la interpretación o incumplimiento del contrato de arrendamiento (cláusula 10). Ciertamente, según prevé el propio Convenio de Viena (art. 32.1), las inmunidades de jurisdicción civil y administrativa son renunciables por parte de los Estados acreditantes, pero no por parte de los diplomáticos individualmente considerados —lo que, dicho sea de paso, refuerza el carácter de prerrogativa funcional de esas inmunidades frente al de privilegio personal y en consecuencia individualmente renunciable o, lo que es lo mismo, refuerza la necesidad de interpretar las inmunidades como prerrogativas, no como privilegios—, por lo que esta cláusula 10 puede tenerse por no puesta; sin embargo, resulta un dato relevante al valorar la aplicación abusiva de la inmunidad de jurisdicción.

En suma, pues, las resoluciones judiciales impugnadas han realizado una interpretación del artículo 31 del Convenio de Viena de 1961 que, haciendo caso omiso de la pauta interpretativa de su Preámbulo, contradice el contenido del artículo 24.1 CE. Es cierto que además pueden haber vulnerado el principio de igualdad del artículo 14 CE al trastocar en mero privilegio lo que constitucionalmente sólo resulta aceptable como prerrogativa, y el derecho de propiedad de la arrendadora, del que se hace una ablación absoluta, pero éstas son cuestiones que quedan al margen de este proceso constitucional.

La interpretación judicial contenida en las Sentencias recurridas ha privado a la demandante de amparo de un pronunciamiento de fondo y, más todavía, de un acceso efectivo a la jurisdicción española por causa de una extensión desmedida de la inmunidad de jurisdicción civil que sirve, sin justificación alguna, para encubrir actuaciones ilícitas, situando de forma injustificada en una posición de indefensión a los ciudadanos.

La Sentencia de la que disiento parte, como no podía ser de otro modo, de la premisa de que las inmunidades deben ceñirse a la garantía de la función diplomática; sin embargo, proclamado este principio, no analiza si en el caso concreto objeto del presente proceso de amparo concurre o no, efectivamente, esa circunstancia: La da tácitamente por supuesta contra todas las evidencias que acabo de exponer.

Ciertamente, como pone de manifiesto la Sentencia, la interpretación dada

tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial de Madrid al artículo 31 del Convenio de Viena de 1961 y su aplicación al caso de autos, es la que hoy impera en la práctica internacional, es la interpretación que hoy realizan de modo casi uniforme los órganos judiciales de los Estados miembros de la comunidad internacional. No obstante, esta constatación no altera la conclusión alcanzada en los párrafos precedentes.

Los órganos jurisdiccionales del Estado son, sin duda desde la perspectiva interna, los sujetos habilitados para la interpretación de toda norma interna sea cual sea su procedencia —y el Convenio de Viena de 1961 quedó integrado en el ordenamiento jurídico español en 1967—, pero son también, desde la perspectiva del ordenamiento internacional, órganos aplicativos de las normas de tal sistema. Por ello, cuando de normas internacionales se trata, los órganos judiciales españoles deben intentar cohonestar las supremas exigencias constitucionales con las derivadas del orden internacional. Deben actuar desde el respeto a la Constitución y, además, en el marco de lo impuesto o permitido por las normas internacionales, pues a ello le obliga también la Constitución misma.

En el presente caso, como se ha razonado, las exigencias derivadas del artículo 24 CE imponen una interpretación del artículo 31 del Convenio de Viena que excluye la aplicación al caso de la inmunidad de jurisdicción civil en él consagrada. No obstante, a pesar de que esta interpretación restrictiva se aparta de la que rige en otros Estados, no cabe afirmar que resulte vetada por el propio Convenio ni por el Derecho Internacional. El Convenio, interpretado de acuerdo con su Preámbulo, permite interpretaciones que excluyan abusos como el que se produciría de aplicar la inmunidad al caso, y la existencia de otras resoluciones en sentido contrario no impide que otros Tribunales puedan iniciar, dentro de lo establecido por el Convenio, nuevas vías de interpretación, máxime si se tiene presente que sobre la materia no se ha pronunciado aún el Tribunal Internacional de Justicia y que en la única ocasión en la que ha tenido que interpretar el alcance de las prerrogativas de los diplomáticos (Sentencia de 24 de mayo de 1980, relativa al personal diplomático y consular de los Estados Unidos de América en Teherán. Ciertamente, se trata de un caso distinto en cuanto a los hechos y mucho más dramático que el que aquí enjuiciamos, pero por ello mismo, a mayor abundamiento muy significativo), a pesar de referirse a la prerrogativa de la inviolabilidad personal —sin duda la más absoluta de todas las prerrogativas—, ha admitido una interpretación no estrictamente literal del Convenio —que no acepta ningún tipo de excepción a la misma— afirmando que el principio de inviolabilidad personal no significa que un diplomático sorprendido en flagrante delito no pueda ser detenido por un tiempo breve y con las debidas garantías. En definitiva, pues, cabe concluir que la fidelidad a la Constitución, y más concretamente al derecho consagrado en su artículo 24 en este caso, se puede cohonestar con la fidelidad a las existencias derivadas del orden internacional, sin necesidad de poner en cuestión la cláusula del Convenio de Viena como solicita la recurrente.

En definitiva, creo que en el presente caso cabe una interpretación conforme a la Constitución del artículo 31 del Convenio de Viena partiendo de lo establecido en su Preámbulo y en su artículo 3.1 que acotan de entrada el ámbito en el que operan las inmunidades de jurisdicción civil al ejercicio de las funciones de representación. En cualquier caso, siendo ésta la única interpretación constitucionalmente aceptable, si el Pleno del Tribunal Constitucio-

nal consideraba que la misma no era factible, debía plantearse (*ex art. 55.2 LOTC*) la constitucionalidad de este precepto del Convenio de Viena (entre otras, *STC 187/1991*).

En el fundamento jurídico 10 de la Sentencia de la que disiento se afirma que la recurrente podía haber defendido sus derechos, bien pidiendo que el Estado declarase persona *non grata* al Agente diplomático, bien instando a que el Estado acreditante renunciase a la inmunidad de jurisdicción o bien a haciendo valer sus pretensiones ante la jurisdicción de este último Estado. Las dos primeras soluciones dependen de decisiones de índole política en las que pueden jugar elementos del todo ajenos a la defensa de los intereses del particular afectado, y, en cualquier caso, todas esas soluciones suponen una grave carga para el particular que, ¡volvemos siempre a la cuestión de fondo!, resulta justificada cuando se trata de garantizar una verdadera inmunidad en el ejercicio de las funciones de representación, pero no lo es en absoluto cuando lo que garantiza es un privilegio personal.

En suma, pues, en esta Sentencia se da un paso atrás respecto de las *SSTC 107/1992* y *292/1994* relativas a las inmunidades de ejecución de los Estados al disminuir la protección del derecho de los ciudadanos al acceso a la jurisdicción en aras de una aplicación constitucionalmente desmesurada de las inmunidades. En rigor, la doctrina de fondo sentada en la referidas resoluciones se contradice en la presente Sentencia al no entrar a ponderar la concurrencia o no del efectivo ejercicio de la actividad diplomática. Se trata de un paso atrás que no se justifica en lo establecido por la Constitución, sino en el distinto desarrollo experimentado por el Derecho Internacional respecto de estos dos tipos de inmunidades. Debemos esperar, pues, a que la comunidad internacional, que ha detectado ya los abusos que se están cometiendo en este campo, dé solución a este grave problema. Entre tanto, el Tribunal Constitucional ha perdido, creo, una oportunidad de contribuir a esta tarea vetando una interpretación del alcance de la inmunidad de jurisdicción que limita injustificadamente el derecho de acceso de los españoles a la jurisdicción interna en defensa de sus derechos e intereses.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
y JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ

NO ES PRECISO EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL EN LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y POSTERIOR PARTICION EN QUE EL CONYUGE VIUDO INTERVIENE POR SI Y EN REPRESENTACION DE UN HIJO O HIJOS MENORES, SI LOS BIENES QUE INTEGRAN LA HERENCIA SE ADJUDICAN EN LA PROPORCION PREVISTA EN EL TESTAMENTO O EN LA LEY, CONSTITUYENDO UNA COMUNIDAD ROMANA ENTRE DICHO CONYUGE SUPERSTITE Y LOS DISTINTOS HEREDEROS (RESOLUCIÓN DE 10 DE ENERO DE 1994, BOE DE 22 DE FEBRERO DE 1994).

TAMPOCO ES PRECISO Y SI SE DAN LAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS, PARA LA FORMACION DEL INVENTARIO POR EL CONTADOR PARTIDOR EN EL CASO DEL ARTICULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL (RESOLUCIÓN DE 6 DE FEBRERO DE 1995, BOE DE 24 DE MARZO DE 1995).

SI ES NECESARIO DICHO NOMBRAMIENTO CUANDO, AUN DANDOSE LAS ANTERIORES CIRCUNSTANCIAS, LA PARTICION ES PARCIAL Y LOS BIENES PRESUNTIVAMENTE GANANCIALES (RESOLUCIÓN DE 3 DE ABRIL DE 1995, BOE DE 9 DE MAYO DE 1995).

Resolución de 10 de enero de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Masnou don Francesc Torrent Cufi contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 1 de Badalona a inscribir una escritura de aceptación de herencia.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Masnou, don Francesc Torrent i Cufi, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 1 de Badalona a inscribir una escritura de aceptación de herencia.

Hechos.—I. El 11 de julio de 1991, en Masnou, ante el Notario don Francesc Torrent i Cufi, doña C. C. B. otorgó escritura de aceptación de herencia causada por el fallecimiento de su esposo, don E. S. F., de vecindad civil catalana, de quien se encontraba legalmente separada. En el acto, la otorgante intervenía en su propio nombre y además lo hacía como representante legal de su

menor hijo don A. S. C., de quien ostentaba la patria potestad y que había sido instituido heredero testamentario universal de su padre. En la escritura indicada, doña C., tras manifestar la disolución del consorcio ganancial —régimen económico al que se hallaba sujeto su matrimonio— por sentencia firme judicial de separación, procede a liquidar el mismo atribuyéndose la mitad indivisa del bien de carácter común y, tras aceptar la herencia como representante legal de su hijo, le adjudica a éste los bienes privativos y la mitad indivisa del común.

II. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Badalona, fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento por existir contraposición de intereses, siendo necesario el nombramiento de defensor judicial, artículo 163 del Código Civil, tal como se pone de manifiesto, entre otras, en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de marzo de 1991. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con apelación a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Badalona, 16 de mayo de 1992.—El Registrador.—Fdo.. *Enriqueta Ruiz Rolando*».

III. El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, basándose en las siguientes alegaciones: *a)* Que no existe acto alguno de partición del único bien de la sociedad de gananciales, que había quedado automáticamente disuelta por la sentencia firme de separación, sino únicamente la liquidación del consorcio conyugal por la viuda, transformando la comunidad germánica sobre el bien ganancial en una comunidad romana o por cuotas indivisas del mismo bien; *b)* Que en la práctica de la liquidación del consorcio conyugal no se plantea ningún problema de determinación de masas patrimoniales, puesto que la existencia del único bien común viene determinada y resuelta automáticamente por la sentencia firme de separación, y el carácter privativo de los restantes bienes del causante viene determinado por la fecha de su adquisición, posterior a la disolución de la sociedad de gananciales por la sentencia de separación. Que la referida sentencia de separación la tuvo en su poder la señora Registradora por haber pedido su aportación en una primera nota simple de calificación. Por ello se rechaza la similitud del presente caso con el tratado en la Resolución de 1 de marzo de 1991; *c)* Que esta real y previa determinación de las masas patrimoniales acerca el presente caso con el tratado en la Resolución de 28 de enero de 1987; *d)* Que en la Resolución de 14 de marzo de 1991 se plantean otros problemas que no se plantean en el presente caso, como son: 1. La adjudicación a la madre del usufructo universal con ciertas facultades de disposición y con probable gravamen de la legítima de las hijas. 2. La enajenación de un bien adicionado. 3. El valor de la ratificación efectuada por las hijas, mayor una y emancipada otra; *e)* En el otorgamiento que nos referimos no existen intereses contrapuestos al haber seguido la viuda fielmente la cláusula testamentaria que declara heredero universal al hijo único; *f)* No existen intereses opuestos sino concurrentes, por lo que no se hace necesario la intervención de un defensor judicial, cuyo nombramiento tiene carácter excepcional, por lo que no puede ampliarse el concepto de intereses opuestos hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos (Resolución de 22 de enero de 1987); *g)* El nombramiento de defensor judicial, en virtud de los principios de economía y simplicidad del derecho, sería un formulismo inútil para llegar al mismo resultado.

IV. La Registradora de la Propiedad informó en defensa de su nota lo siguiente: *a)* Habiendo herederos menores no emancipados se impone la parti-

ción de la herencia y, en ella, la liquidación de la sociedad conyugal practicada por el cónyuge sobreviviente y por el defensor de aquéllos nombrado judicialmente con las facultades que a tal efecto le imponga el Juez; b) Que la cita a la Resolución de 17 de marzo de 1987 es caprichosa en cuanto en la misma no se alude para nada a la existencia de un único bien común, sino que se atribuye a la esposa el uso del domicilio conyugal; por ello es necesaria la partición de la herencia y consiguiente liquidación de la sociedad de gananciales, la cual, como establece la Resolución de 10 de enero de 1894, supone el deslinde de los derechos entre los herederos y el establecimiento, de base que en su día han de servir para la división material y adjudicación, actos que implican un verdadero contrato entre la viuda y los herederos sobre intereses que se excluyen recíprocamente y, por ende, incompatibles, extremos reiterados en las Resoluciones de 25 de mayo de 1906 y 14 de marzo de 1991, que llega más lejos al afirmar que los actos realizados por la viuda en el caso de liquidación de la sociedad conyugal habiendo menores de edad y sin defensor judicial son nulos.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Cataluña dictó Auto el 26 de octubre de 1992 denegando el recurso interpuesto, basándose en idénticas razones que las alegadas por la Registradora, insistiendo en que razones de seguridad jurídica imponen, aun siendo razonables los argumentos del recurrente, el nombramiento del defensor, ya que sólo el convenio regulador y no la sentencia recoge la inexistencia de otros bienes conyugales, extremo no avalado con la documentación presentada. Impone la liquidación de la sociedad de gananciales para deslindar los derechos de la viuda y los herederos, actos que suponen verdadero contrato sobre los intereses de aquéllos, que son incompatibles.

VI. El recurrente se alzó contra el Auto expresado, insistiendo en sus alegaciones y, además, señalando que el convenio regulador de la separación que la sentencia firme de separación aprueba en su integridad resuelve el problema de la determinación de las masas patrimoniales en la práctica de la liquidación del consorcio conyugal.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 163, 1.060 y 1.410 del Código Civil y las Resoluciones de este Centro de 27 de enero de 1987 y 14 de marzo de 1991.

1. En este expediente se plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y aceptación de herencia en la que es única compareciente la viuda del matrimonio que lo hace por sí y en nombre de su hijo menor, designado heredero universal por su difunto padre o, por el contrario, se requiere además la presencia del defensor judicial en representación de dicho menor dada la posibilidad de intereses contrapuestos en la liquidación de la sociedad conyugal. Ha de advertirse que los bienes incluidos en el inventario tenían todos el carácter de privativos al haber sido adquiridos por el difunto con posterioridad a la sentencia de divorcio con su cónyuge compareciente, salvo uno que se adjudica por mitad y *pro indiviso* entre la viuda-divorciada y el hijo menor, al haber sido comprado durante el matrimonio por el marido para su sociedad conyugal, constando inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad conyugal de gananciales.

2. En materia en que pueda estar implicado un menor, se hace preciso actuar con la debida cautela a fin de que no puedan ser mermados los dere-

chos e intereses del último, que nuestra Ley sustantiva trata de defender con el máximo rigor, y de ahí las medidas adoptadas por el Código Civil en su defensa (art. 163), que ha de ser interpretado con la necesaria amplitud para impedir que resulte inaplicable por criterios extremadamente restrictivos; pero ello no supone que haya de verse en todo caso concreto una contradicción de intereses como lo prueba el supuesto que motivó la Resolución de 27 de enero de 1987, que declaró la no necesidad de nombramiento de defensor judicial ante un caso de aceptación de herencia en régimen de separación de bienes con existencia de tres menores de edad en que la adjudicación en cuotas indivisas a los partícipes se correspondía con la proporción fijada por el testador.

3. Por el contrario, en un supuesto en que el régimen económico-matrimonial era el de gananciales, este Centro, en Resolución de 14 de marzo de 1991 entendió la necesidad de nombramiento de defensor judicial al haber comparecido en la escritura de aceptación de herencia y liquidación de sociedad conyugal solamente la madre-viuda por sí y en nombre de sus hijas menores de edad, adjudicándose aquélla una mitad indivisa de cada uno de los bienes en pleno dominio en pago de su cuota ganancial y la otra mitad en usufructo, con facultad de disponer durante la minoría de edad de sus hijas, quienes recibían por iguales partes indivisas la nuda propiedad de esta mitad.

4. Fundamentaba su aserto la mencionada Resolución en que la oposición de intereses tenía lugar en la misma determinación del inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dotales, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible y por eso, al existir un conflicto de intereses, priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez.

No obstante, hay que tener en cuenta que la posibilidad cierta de destruir la presunción de ganancialidad tiene unos límites que no pueden rebasar los de la propia presunción, que no actúa con carácter de generalidad, superponiéndose a todas las normas que atribuyen tal carácter a determinados bienes del matrimonio, sino que, dentro de éstos, se ha de distinguir los que tienen la cualidad de gananciales en virtud de la propia presunción (como los bienes muebles que carecen de título conocido a los propios bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad cuando no consta expresamente que la adquisición se realizó para la sociedad conyugal), la cual, por consiguiente, puede ser contradicha y destruida, de aquellos otros que reciben aquella cualidad del título de adquisición (art. 1.347 del Código Civil) o por la voluntad de los adquirentes (art. 1.355 del Código Civil), respecto a los que, cualquiera que sean las consecuencias colaterales de la adquisición o de la voluntad de los cónyuges, al no operar la presunción no se da la posibilidad de ser destruida.

Dejando ahora aparte la cuestión respecto de los bienes presuntivamente gananciales y limitándonos al otro grupo de bienes, como es el que forma parte de la sociedad conyugal disuelta a que se contrae el título sometido a controversia, la cuestión relativa a la contradicción de intereses no puede producirse en la formación de inventario, sino en el momento de las adjudicaciones. En el supuesto de que se adjudiquen bienes concretos, sí puede producirse la contradicción de intereses como consecuencia de la distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si

los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes.

5. Ahora bien, en el supuesto concreto de este expediente, la única finca de carácter ganancial se adjudica por mitad y *pro indiviso* a los dos únicos interesados en la liquidación de la sociedad, y determinada ya la masa hereditaria se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre. No implican, pues, estas operaciones contradicción de intereses al no haber desigualdad entre una y otra, y el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* del heredero, como declaró la Resolución de 27 de enero de 1987, es común a ambos, sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

6. Por último, y de conformidad también con el contenido de la expresada Resolución, la adjudicación de la única finca ganancial por mitad y *pro indiviso* es una operación sin trascendencia económica, supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre el mismo bien que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo porque las deudas que hipotéticamente pudieran existir se mantienen sin variación (art. 1.084 del Código Civil) y, en definitiva, la adjudicación realizada en la escritura calificada tiene carácter provisional en la que se ha mantenido por la madre respetuosamente la voluntad de su ex esposo; y será más tarde, si durante la menor edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros ante el peligro de que la madre, prevaleciéndose de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 10 de enero de 1994.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Resolución de 6 de febrero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Córdoba don Adolfo Viguera Delgado contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Córdoba a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en virtud de apelación del recurrente

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Córdoba don Adolfo Viguera Delgado contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Córdoba a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Don M. N. M. falleció en Córdoba el día 16 de noviembre de 1991 bajo testamento abierto, otorgado el 25 de octubre de 1991 ante el Notario de dicha ciudad don Santiago Echevarría Echevarría. En dicho testamento lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia con relevación de inventario y fianza, facultándola para tomar por sí misma posesión de su legado; instituye herederos en el resto a sus cuatro hijos a partes iguales; y para el caso de que al tiempo de su fallecimiento existiere algún descendien-

te menor de edad o incapaz, designa albaceas contadores-partidores, con las más amplias facultades y prórroga del plazo legal, con carácter solidario a dos hermanos. El día 3 de mayo de 1992, ante el Notario de Córdoba don Adolfo Viguera Delgado, se otorgó en escritura pública de aceptación de la herencia y adjudicación, en la que comparecen la esposa y los cuatro hijos del causante (tres mayores de edad y uno representado por su madre) y además el Albacea contador-partidor. En el inventario y avalúo de la expresada escritura aparecen como únicos bienes dejados por el causante la mitad indivisa de dos fincas. Estas constan inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad de gananciales.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de los de Córdoba, fue calificada con la siguiente nota. «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de haberse formalizado el inventario de los bienes de la herencia, y liquidada la sociedad de gananciales sin intervención del defensor judicial que ordena el artículo 163 del Código Civil, habida cuenta que existen intereses contrapuestos entre la viuda y el hijo menor que representa. No procede anotación de suspensión, que tampoco se ha solicitado. Contra la presente nota de calificación puede interponerse el recurso previsto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.—Córdoba, 4 de enero de 1993.—El Registrador (firma ilegible).—Fdo: *Rafael Ramón García-Valdecasas de la Cruz*».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que de la interpretación de los artículos 1.056 y 1.057 del Código Civil se deduce que en la partición realizada por el Albacea comisario-contador al igual que la realizada por el propio testador, también se pasará en cuanto no perjudique las legítimas de los herederos forzosos y respete el testamento con toda fidelidad. La citación a los coherederos, acreedores y legatarios es para inventariar los bienes de la herencia. El contador-partidor tiene encomendada por el testador la «simple facultad de hacer la partición», según prescribe el citado artículo 1.057. Que, por consiguiente, para la partición hay un acto previo indispensable de liquidación de la comunidad ganancial, distinto y anterior a la partición, para lo que se ha entendido por la práctica, la doctrina y la jurisprudencia, que es suficiente el acuerdo entre el cónyuge superviviente y el contador-partidor, sin necesidad de la intervención de los herederos del causante. Así lo tienen sentado las Resoluciones de 5 de octubre de 1893, 12 de febrero y 25 de marzo de 1923, y otras más; y las Sentencias de 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1943. De lo anteriormente expuesto se llega a la primera conclusión: La liquidación de la sociedad de gananciales es función encomendada al Albacea-contador-partidor con intervención de la viuda, y sin intervención de los herederos, ni presentes ni representados. Que las particiones hechas por el contador-partidor al reputarse como si fueren hechas por el mismo testador son por sí solas inscribibles, sin necesidad de ser aprobadas por los herederos o legitimarios. Así resulta de las Resoluciones de 28 de enero de 1898, de 16 de noviembre de 1922, 7 de marzo de 1914, 6 de marzo de 1930, 26 de marzo de 1952 y 6 de abril de 1962, entre otras; y las Sentencias de 10 de mayo de 1910, 7 de enero de 1942, 17 de abril de 1944, 2 de noviembre de 1957, aparte de otras más. De lo dicho se llega a la segunda conclusión: El contador-partidor realiza la partición por sí solo, sin intervención ni injerencia de los herederos y del cónyuge viudo. La única exigencia que ha de cumplir es lo dispuesto en el artículo 1.057, párrafo 3.º, del Código Civil. 2.º Que en lo referente al artículo 163,

apartado 1º, del Código Civil, la doctrina destaca la dificultad de establecer reglas generales que permitan resolver con seguridad en cada caso si existe o no la incompatibilidad de intereses. En este punto hay que señalar las Sentencias de 6 de noviembre de 1934 y 30 de noviembre de 1961. Pero la jurisprudencia se produce de manera fragmentaria estableciendo cuándo existe o no dicha contradicción, atendiendo a las particularidades del caso concreto. De la formulación legal y jurisprudencial expuesta se pueden deducir las notas que caracterizan al supuesto de hecho que contempla el citado artículo 163:

- a) Es un supuesto de representación legal especial, anormal o excepcional;
- b) Es singular para caso concreto y ocasional para el supuesto de surgir contradicción;
- c) Ha de tratarse de una oposición real y efectiva, sin que baste su mera posibilidad;
- d) Ha de tratarse de una oposición o contradicción actual;
- e) La contradicción recae sobre valores patrimoniales que si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre corresponderían o aprovecharían al hijo;
- f) Hay que contemplar detenidamente las circunstancias en cada caso concreto (Resolución de 27 de enero de 1987), y g) Por ser un supuesto especial, anormal y derogatorio del principio general de patria potestad, ha de ser interpretado restrictivamente. Que hay que tener en cuenta lo que dicen las Resoluciones de 27 de enero de 1987 y 27 de marzo de 1991.

3.º Que es conveniente indagar la voluntad del testador, causante de la herencia objeto del recurso, ya que es Ley de sucesión. A) Que se considera que el testador pueda dispensar al albacea-contador-partidor de la actuación a inventario de la herencia en supuesto de que existan menores, incluso habiendo herederos forzosos, en tanto en cuanto estén aseguradas las legítimas y el testador así lo quiera. La jurisprudencia considera que no es norma de derecho necesario la anotación o inventario. B) Que con el nombramiento de contador-partidor, hay que pensar que el testador ha querido, en el supuesto de algún hijo menor o incapacitado, que el contador-partidor y la viuda, y sin intervención de nadie más, resuelvan el problema que les causa su herencia. Lo contrario conduce al absurdo de considerar necesaria la intervención del defensor en uno y otro caso y considerar vana de efectos la voluntad claramente manifestada del testador, que sólo tiene el límite de las legítimas de los herederos forzosos; y

4.º Que aplicando las anteriores consideraciones al supuesto que motiva este recurso, resulta: Que al fallecimiento del testador únicamente quedan dos bienes inmuebles, gananciales, indivisibles, sin deudas y sin más acreedores que el hipotecario que recae sobre una de las fincas. La viuda y el contador-partidor acuerdan mantener una comunidad *pro indiviso* sobre los bienes, o sea, que no existe desplazamiento de bienes. Que como acto previo se procede por el albacea-contador-partidor y la viuda a la liquidación de la sociedad de gananciales por sí solos sin intervención de los herederos. Los intereses del menor quedan defendidos, como los de los demás herederos, por una persona con mayor ámbito de poder que el defensor, que es el albacea-contador-partidor nombrado por el testador, o sea, que se pueda afirmar que los derechos e intereses del menor están defendidos por el propio testador. Que el albacea cita para el inventario de la herencia a la viuda por sí y en nombre de su hijo menor y a los herederos mayores de edad. Teniendo en cuenta la sencillez del inventario de la herencia, se considera que no existe contraposición de intereses entre viuda e hijo menor que justifique la intervención del defensor judicial por lo siguiente: a) No existe problema sobre la naturaleza de los bienes; b) Se contempla una situación de proindivisión que evita desplazamiento de bienes, c) Los intereses coincidentes entre los herederos favorecen

la defensa de los intereses del menor; d) En el ámbito contemplado no cabe una actitud de la madre en el ejercicio de la patria potestad, ante la actuación del albacea-contador-partidor, que pueda perjudicar al menor y favorecerla a ella; e) Incluso ante una ocultación de bienes o deudas, por los razonamientos recogidos en la citada Resolución de 27 de enero de 1987, y f) Porque las particularidades concretas del acto no permiten la contradicción de intereses. Que de todo lo expuesto se saca la conclusión que no existen intereses contrapuestos, que los intereses de los herederos mayores de edad y del menor son coincidentes y paralelos con los de la madre en el ámbito de la formación del inventario de la herencia por el albacea-contador-partidor.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Primero: Que la doctrina considera que la frase «simple facultad de hacer la partición», a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil, comprende todas las operaciones decisorias, desde el inventario y avalúo, pasando por la liquidación, la fijación de haberes, hasta llegar a la división y adjudicación. Que las facultades son: 1.º Interpretación del testamento, que lo puede hacer el contador (Resoluciones de 15 de julio de 1943, 28 de marzo de 1944, 25 de marzo de 1952, etc.) y debe cumplir las reglas de la partición que establecen los artículos 1.052 y 1.061 del Código Civil; 2.º Inventario y avalúo. Conforme el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código Civil, este inventario debe hacerse con citación de los coherederos, acreedores y legatarios cuando entre los coherederos exista algún menor de edad o sujeto a tutela; la citación a los menores ha de hacerse a sus padres, pero si éstos tuvieren intereses incompatibles sería preciso citar al defensor judicial, nombrado a este solo efecto (Resolución de 13 de mayo de 1916); 3.º Liquidación, que es una operación compleja y comprende la liquidación de la sociedad conyugal, que puede hacerse por el contador-partidor, con el concurso del cónyuge viudo o sus herederos, no precisa la intervención de los herederos del causante (Resoluciones de 11 de septiembre de 1907 y de 6 de marzo de 1923); 4.º Fijación de haberes, y 5.º División y adjudicación, que son operaciones que ponen a fin a la partición. Segundo: Que de lo dicho en el apartado anterior se deduce que antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal está la fase de inventario y avalúo, que ha de hacerse con citación de los coherederos, y que la citación a los menores de edad ha de hacerse a sus padres; y si tienen intereses contrapuestos es preciso citar al defensor judicial nombrado para este solo efecto. En el caso que se estudia no ha habido citación al defensor judicial, existiendo contradicción de intereses. El cónyuge viudo sólo actúa representando al menor para aceptar la herencia. Tercero: Que, por tanto, el menor coheredero no ha sido citado en la fase de inventario, como es preceptivo se haga, representado por un defensor judicial (Resoluciones de 4 de diciembre de 1912, 17 de julio de 1915, 13 de mayo de 1916 y 20 de octubre de 1958). La jurisprudencia del Tribunal Supremo es taxativa y concluyente en esta misma exigencia; así, cabe citar las Sentencias de 10 de diciembre de 1901 y 26 de noviembre de 1955. Que hay que citar la reciente Resolución de 14 de marzo de 1991, de la que el Notario recurrente dice que el supuesto recurrido es diferente. Cuarto: Que en toda la argumentación del recurrente subyace la filosofía de defender la no existencia de contradicción de intereses por la nimiedad de los intereses que se cuestionan, pero esa decisión corresponde al Juez y no al Notario.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1955.

VI. El Notario recurrente apeló el Auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y en que dicho Auto contradice el artículo 118, párrafo 2°, del Reglamento Hipotecario, ya que es confusa, imprecisa e incongruente.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 163, 1.057, 1.058, 1.347, 1.361 y 1.410 del Código Civil, y las Resoluciones de este Centro de 13 de mayo de 1916, 16 de julio de 1943, 26 de marzo de 1952, 6 de abril de 1962, 27 de enero de 1987, 11 de marzo de 1991 y 10 de enero de 1994.

1. En este expediente se plantea la cuestión de si la omisión por el contador-partidor de la citación para la práctica del inventario de los bienes hereditarios al defensor judicial de un menor interesado en la herencia constituye un defecto que impide la inscripción de la escritura calificada, dándose las siguientes circunstancias:

a) En la escritura de liquidación de sociedad conyugal y adjudicación de herencia intervienen el propio contador-partidor, la viuda del causante, que además representa a un hijo común menor de edad, y otros tres hijos mayores de edad, todos los cuales fueron nombrados herederos universales por su padre.

b) Los dos únicos bienes incluidos en el inventario fueron comprados durante el matrimonio, constando inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad de gananciales.

2. En las materias en que puede estar implicado el menor, nuestra Ley sustantiva trata de defender los derechos e intereses de aquél con el máximo rigor, y así, respecto de la partición hereditaria y, en concreto, de la realizada unilateralmente por el contador-partidor, impone a éste la obligación de citar para inventario a los coherederos, acreedores y legatarios, habiendo interpretado este Centro Directivo que lo dispuesto en el actual artículo 163 del Código Civil, antiguo 165, es aplicable a esta cuestión y que, por consiguiente, cuando el padre o la madre tengan un interés opuesto al de un hijo interesado en la herencia la citación para inventario se realizará al defensor judicial que deberá ser nombrado al menor. En este sentido se pronunció la Resolución de 13 de mayo de 1916, que declaró que concede al inventario una importancia excepcional, proporciona a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, y fundamentó la necesidad de la citación en que el inventario puede comprender no sólo las cosas, bienes, derechos, créditos, valores y acciones que constituyan la herencia, sino también la relación exacta de las obligaciones pendientes que hayan de satisfacerse con el activo inventariado, y entre las cuales, acaso, se encuentren créditos que reclame el cónyuge supérstite, ya que no puede obligarse al Comisario a que relacione forzosamente como de la herencia todas las cosas que al abrirse la sucesión pudieran poseer el marido, la mujer y la comunidad conyugal, sin distinción de título de adquisición o de situación jurídica ni tampoco imponerse al cónyuge supérstite la renuncia de los créditos propios que hubieran de hacerse efectivos sobre el patrimonio relicto.

3. No obstante lo anterior, la finalidad de la citación no aparece tan nítida cuando a la actuación del contador-partidor se superponen, simultáneamente, las de todos los interesados en la herencia que aprueban todos sus actos, haciendo suyas sus declaraciones y actuaciones, no siendo, además, el inven-

tario un acto independiente y previo a las demás operaciones particionales. En relación con esto, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de julio de 1944, 26 de marzo de 1952 y 6 de abril de 1962) que dentro de las operaciones particionales hereditarias hay que distinguir las formalizadas por el Comisario contador-partidor, con arreglo al artículo 1.057 del Código Civil, de naturaleza unilateral, y las que conforme a los artículos 1.058 y 1.060 se realizan por todos los herederos, que tienen naturaleza contractual, y que cuando se da la circunstancia de que intervienen conjuntamente el Comisario contador-partidor y los herederos, las manifestaciones y acuerdos que éstos adopten introducen un factor que inicie en el carácter unilateral de la partición realizada por aquél, que si en algunos casos no pueden desvirtuar la naturaleza privilegiada y unilateral del acto, en la mayoría operan una auténtica transformación, convirtiéndolo en un verdadero contrato particional. La aprobación simultánea y completa por todos los interesados de la actuación del contador-partidor ha de verse no como una actuación individual de cada uno de ellos, sino como una declaración de voluntad conjunta e independiente que borra los contornos y las consecuencias de la partición del contador. Por tanto, cuando se dé esta circunstancia, la cuestión que nos ocupa no puede verse desde la perspectiva del artículo 1.057 del Código Civil, sino que ésta se desplaza al artículo 163, y debe examinarse detenidamente caso por caso para determinar con cuidado si existe o no existe contradicción de intereses.

4. No se puede dar por sentado que en todos los casos en los que intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un hijo menor ha de existir siempre una contradicción de intereses, como lo prueba el supuesto que motivó la Resolución de 27 de enero de 1987, que declaró la no necesidad de nombramiento de defensor judicial ante un caso de aceptación de herencia en régimen de separación de bienes con existencia de tres menores de edad, en el que la adjudicación en cuotas indivisas a los partícipes se correspondía con la proporción fijada por el testador.

Cuando el régimen económico matrimonial sea de gananciales y los bienes que lo integren reciban aquella cualidad del título de adquisición (art. 1.347 del Código Civil), la Resolución de 10 de enero de 1994 declaró que al no operar la presunción de ganancialidad (art. 1.361 del Código Civil) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida y por consiguiente no surge oposición de intereses en la realización del inventario de los bienes que son gananciales, sino que esa posibilidad solamente puede darse en el momento de las adjudicaciones. En el supuesto de que se adjudiquen bienes concretos sí puede producirse la contradicción de intereses como consecuencia de distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes. Esta situación se mantiene aunque la adjudicación, en la parte que afecta a la herencia, se realice en nuda propiedad y *pro indiviso* a los herederos y en usufructo vitalicio al cónyuge viudo, según lo dispuesto en el testamento.

5. En el supuesto concreto de este expediente, los dos únicos bienes inventariados, ambos inmuebles de naturaleza ganancial, se atribuyen por mitad y *pro indiviso* a las dos únicas partes interesadas en la liquidación de la sociedad conyugal y, determinada ya la masa hereditaria, se adjudica, conforme al testamento, una mitad indivisa en nuda propiedad, en *pro indiviso* y por partes iguales, a los cuatro herederos y el usufructo vitalicio al cónyuge supérstite.

No implican, pues, estas operaciones contradicción de intereses al no haber posibilidad de desigualdad en las adjudicaciones practicadas sin que pueda ser perjudicado el hijo menor de edad, y el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los herederos, como declaró la Resolución de 27 de enero de 1987, es común a todos los interesados sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

6. De conformidad también con el contenido de la expresada Resolución, la adjudicación de las únicas fincas gananciales, de acuerdo con la disposición testamentaria y en la forma antes descrita, es una operación sin trascendencia económica; supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre cada uno de los mismos bienes, que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo, porque las deudas que hipotéticamente pudieran existir se mantienen —art. 1.084 del Código Civil— y en definitiva la adjudicación realizada en la escritura calificada tiene carácter provisional y será más tarde, si durante la menor edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros, ante el peligro de que la madre, prevaleciéndose de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo.

7. Por último, en el presente caso, en el que, por una parte, están presentes todos los interesados en la herencia, en el que todas las actuaciones particionales se realizan en un solo acto, se documentan en una sola escritura y se aprueba simultáneamente y, por tanto, hacen suyas en su totalidad los diversos intervinientes; y, por otra parte, los dos únicos bienes inventariados, que son gananciales, constando así inscritos en el Registro de la Propiedad, han sido adjudicados *pro indiviso* entre los interesados, de acuerdo con el testamento del causante, es forzoso concluir que no existe contradicción de intereses ni en la formación de inventario, ni en la adjudicación de los bienes interesados en la herencia, por lo que la exigencia de citación del defensor judicial vendría a reconocer que éste tiene la representación legal del menor cuando en realidad no la ostenta según se ha razonado.

Esta Dirección ha acordado estimar el recurso y revocar el Auto apelado y la Nota del Registrador.

Madrid, 6 de febrero de 1995.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Ilmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Resolución de 3 de abril de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto, a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de dicha ciudad a inscribir una escritura de adjudicación de herencia en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto, a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de dicha ciudad a inscribir una escritura de adjudicación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 24 de abril de 1989, ante el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta se otorgó escritura pública de adjudicación de herencia en la que comparece doña M. R. C. C., que interviene en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, y expone que don J.R V. falleció en Oviedo el día 23 de mayo de 1985, sin haber otorgado testamento, en estado de casado con la compareciente, de cuyo único matrimonio dejó dos hijos, llamados J. y L. R. C., siendo sus herederos abintestato, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a su cónyuge, en virtud del Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo el día 1 de octubre de 1985, lo que se acredita con un testimonio de Auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado el día 7 de octubre de 1985, y adjudica la finca descrita en la exposición de la escritura de la siguiente forma: una mitad indivisa a ella misma, con imputación a su cuota en la sociedad de gananciales, y una sexta parte indivisa en usufructo del total de la finca, o sea, una tercera parte en usufructo de la herencia de su esposo, y a sus dos hijos una sexta parte indivisa en nuda propiedad, o sea, una doceava parte indivisa en nuda propiedad del total de la finca y una tercera parte indivisa en plena propiedad, o sea, una sexta parte indivisa en plena propiedad del total de la finca, y por último, acepta en los conceptos que interviene las citadas adjudicaciones, manifestando que las cuotas adjudicadas a sus dos hijos representados lo son a beneficio de inventario.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 5 de Oviedo, fue calificada con la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura conjuntamente con la número 611 del mismo Protocolo, a la que figura unido testimonio del Auto de 13 de abril del corriente año, se suspende su inscripción por observarse los defectos siguientes: 1.º No acompañarse el Auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, relacionado pero no testimoniado en la escritura presentada, ni tampoco los certificados de defunción y últimas voluntades del mismo (arts. 3 y 14 de la Ley Hipotecaria y 78 de su Reglamento). 2.º Por Auto de 13 de abril del corriente año se nombra defensor judicial a los menores herederos, el cual no comparece al otorgamiento a pesar de ser necesaria su intervención, conforme a lo dispuesto en los artículos 162, 163 y concordantes del Código Civil. 3.º Las adjudicaciones a los menores se hacen, según el título “a beneficio del inventario”, sin que medie previa aceptación de la herencia en tal concepto ni se cumplan las formalidades prescritas en los artículos 1.010 y siguientes del Código Civil. Dada la naturaleza del segundo defecto señalado no procede tomar anotación de suspensión, que tampoco se ha solicitado. Oviedo, 12 de septiembre de 1989.—El Registrador.—Fdo.: César García-Arango». Subsanados los defectos indicados anteriormente, fue objeto de la nota que se transcribe: «Presentado nuevamente el precedente documento y subsanados los defectos que se indican en la anterior nota, se ha practicado la inscripción al folio 7 del libro 2.075 de Oviedo, tomo 2.820 del archivo, 1.º de la finca número 5.152 de la sección 2.ª. Se ha tenido en cuenta escritura de ratificación autorizada por el mismo Notario que la que precede el día 27 de octubre último. Oviedo, 3 de noviembre de 1989.—El Registrador.—Fdo.: César García-Arango».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos doctrinales, contra la anterior calificación, y alegó: Que en lo concerniente al defecto primero de la nota hay que señalar que el Registrador infringe los artículos 1 y 30 de la Ley Notarial, 1.217 y 1.218 del Código Civil y 1

y 143 del Reglamento Notarial al exigir que se acompañe el auto judicial de la declaración de herederos abintestato en el cuerpo de la escritura. Que a los insertos se refieren los artículos 166, párrafo 1.º, y 255, párrafo 1.º, y la aseveración del Notario de que en lo omitido no hay nada que desvirtúe lo transcrito no es aplicable a los insertos de los autos de declaración de herederos, como documento que concreta los llamamientos legales, porque no son insertos parciales, sino totales, y porque legalmente no puede haber omisión, y el auto es una individualización de la designación «*mortis causa legal*»; por tanto, añadir la cláusula no desvirtuadora es superfluo y absurdo, pues no puede surtir ningún efecto, contrariando los artículos 1.284-1.286 del Código Civil. Que la declaración de herederos es el hecho que motiva el otorgamiento de esta previa adjudicación herencial. La exhibición del testimonio judicial tiene lugar ante el Notario en la audiencia de los comparecientes y su proyección documental como inserto es el hecho decisivo que motiva el otorgamiento por imperativo del artículo 991 del Código Civil. Que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, invocado por el Registrador, no desvirtúa lo preceptuado en los artículos 1.217 y 1.218 del Código Civil, ni en los artículos 1 y 30 de la Ley Notarial. Que tampoco el artículo 14 de la Ley Hipotecaria puede negar la fehaciencia a la escritura pública, porque contraría la Ley sustantiva, el Código Civil, y regularía cuestiones que incumben a la Ley Notarial. Que el artículo 78 del Reglamento no alude a los certificados de defunción y últimas voluntades. Que la fe pública del Notario vincula y obliga al Registrador. Si el Notario, al insertar o testimoniar el auto de declaración de herederos, incurre en error, comete falsedad civil; si conscientemente altera la verdad incurre en falsedad penal, y en ambos casos indemnizará los daños y perjuicios (art. 146 del Reglamento Notarial). 2.º Que en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, se ha pedido sin razón el nombramiento de defensor judicial. Porque la previa adjudicación herencial la hace el Juez en el propio auto al conceder autorización a la madre para «la venta de la mitad indivisa» y porque no hubo conflicto de intereses al otorgarse la previa adjudicación, ya que los bienes se han partido conforme a la ley de la sucesión intestada y no hubo intereses contrapuestos entre madre e hijos, sino paralelos, y por tanto, la intervención del defensor judicial sería para decir amén a esta previa adjudicación herencial, que ya estaba hecha por el Juez. En este caso, los intereses de los menores se protegen adecuándolos a la Ley. 3.º Que, por último, en lo referente al tercer defecto de la nota de calificación, la herencia se ha aceptado pura y simplemente, siendo equívoca y superflua la frase «a beneficio de inventario» agregada sin sentido a la adjudicación.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: Primero: Que en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, hay que señalar que no se han infringido los preceptos de la Ley Notarial y del Código Civil citados por el recurrente a comienzos de su argumentación, sino que el insuficiente «inserto» del título sucesorio fundamental impedía al Registrador el ejercicio pleno de la función calificadora que le es propia, y en cumplimiento de su deber no pudo menos que señalar el defecto. Que la argumentación en contra del recurrente se basa en una infravaloración unilateral del significado del auto como título principal, tanto a los efectos sucesorios como registrales: 1.º En el aspecto sustantivo el auto concreta personalmente el llamamiento legal y constituye el título sucesorio fundamental. 2.º En el aspecto procesal es evidente que la resolución judicial se documenta testimonialmente por el Secretario judicial, conforme al artículo 252 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta materia,

pues, la fe pública judicial es previa y prevalente sobre la notarial. 3.º En el terreno registral, y por lo que respecta al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ya fue interpretado por la Resolución de 11 de febrero de 1931. A tales efectos, el artículo 14.1.º de la referida Ley es tan claro y específico que no caben interpretaciones *a contrario*, basadas en meras disquisiciones sobre formas documentales, bien en otras disposiciones de menor rango o no específicas. Que el artículo 33 del Reglamento Hipotecario precisa el concepto de título inscribible, aunando los aspectos material y formal. Este precepto sugiere las consideraciones siguientes 1.º Que la escritura de «previa adjudicación herencial» presentada no es el título en que fundan inmediatamente su derecho sucesorio los otorgantes, éste no es otro que la declaración judicial dictada abintestato. Es claro, pues, que la escritura de adjudicación, por el mero hecho de su otorgamiento (art. 1.218 del Código Civil), ni suple al título ni se antepone a él, pues su objeto legal es determinar los bienes y adjudicaciones concretas a cada heredero o partícipe, como expresa el párrafo 2.º del citado artículo 14.2.º. El Registrador exigió, además, la presentación de los certificados de defunción y últimas voluntades del causante porque son documentos complementarios, cuya no presentación o relación suficiente en el título impide la inscripción, conforme al artículo 78 del Reglamento Hipotecario, y en este caso ni siquiera se mencionaban en el inserto 3.º. Por otra parte, en el caso presente tampoco se cumplieron esas otras formalidades necesarias para que el título presentado al Registro sea plenamente fehaciente e inscribible. Así pues, la doctrina hipotecaria señala que el testamento o la declaración de herederos abintestato o el contrato sucesorio son el título de sucesión hereditaria a efectos registrales y nunca documento complementario. Con todo, y admitida la práctica del testimonio por exhibición, éste ha de ser expedido en legal forma. Que refiriéndose brevemente a la calificación registral establecida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, precepto corroborado por el artículo 99 del Reglamento Hipotecario en materia de documentos judiciales, sometidos a calificación. Al aplicarse tales preceptos al caso debatido y en base al escueto «inserto», el Registrador no puede juzgar si el testimonio judicial fue expedido en legal forma o si el auto coexiste con un testamento que nombra legatario de cosa específica, etc., y 4.º En el específico campo de la reglamentación notarial, el recurso se basa en una pretendida diferenciación sustancial entre el «inserto» y las copias y testimonios, con objeto de negar que a los insertos les sean aplicables las prevenciones reglamentarias que afectan a los demás instrumentos. Tal argumentación no es convincente por las siguientes razones: 1.º Las que derivan de la Resolución de 7 de junio de 1944 y del artículo 251 del Reglamento Notarial. 2.º Porque no hay verdadera contraposición a efectos autenticadores entre el inserto y el testimonio (véanse arts. 166 y 237 del Reglamento Notarial y Resoluciones de 26 de noviembre de 1971, 27 de febrero de 1982 y 19 de noviembre de 1985, entre otras). 3.º Que aparte de lo que se desprende del artículo 251 del Reglamento Notarial, lo que es indudable es que el «inserto» se refiere siempre a documentos (arts. 166, 237 y 251 del Reglamento Notarial) otorgados o autorizados en distinto momento a la escritura a la que se insertan o unen, incluso a documento que no obra en el mismo protocolo ni siquiera es notarial, sino judicial. En el caso que se estudia no se cumplió la prevención reglamentaria establecida para cuando la inserción es parcial, careciendo, pues, de fehaciencia el inserto tal como se realizó. Que la alegación del recurrente de que los artículos citados no son aplicables a los autos de declaración de herederos carece de base legal y

supone un radical trastocamiento de la cuestión debatida. Segundo: Que en lo que se refiere al segundo defecto, examinando la argumentación del recurrente, cabe distinguir: 1.º Que sí había razón para el nombramiento del defensor judicial y es de suponer que el señor Juez la haya tenido en cuenta, al acceder a la petición de la promovente, al citar como fundamento legal del auto los artículos 163 y 299 del Código Civil. Que hay que remitirse a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 2.100 y 2.030, que por separado regulan un acto de jurisdicción voluntaria respecto de la enajenación de bienes de menores, y por otro, un verdadero juicio, el de abintestato. 2.º Que no hay intereses paralelos entre madre e hijos, y el supuesto se encuadra en el actual artículo 163 del Código Civil reformado, y que como ya afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1969, respecto del anterior artículo 165 (de contenido idéntico) tiene carácter rigurosamente imperativo. Que interesa destacar que un supuesto exactamente igual es el resuelto por la Resolución de 25 de enero de 1928. Que en definitiva, no hay que olvidar que no siendo todos los herederos mayores de edad y capaces han de cumplirse otros preceptos del mismo cuerpo legal, como el 163 ó 106 y 1.061. Que hay que añadir los siguientes razonamientos: a) Que el artículo 163 actúa por vía preventiva y no sancionadora. Así pues, si falta el requisito de la intervención del defensor, que afecta a las legitimaciones, no puede practicarse la inscripción, aunque se alegue o demuestre *a posteriori* que el negocio resulta ser económicamente perfecto y equilibrado; b) Que reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de la Dirección General ha establecido la existencia de oposición de intereses entre el viudo y sus hijos menores en casos como el que se estudia. Tercero: Que con relación al tercer defecto de la nota de calificación, el recurrente afirma que es equívoca y superflua la frase en cuestión, agregada sin sentido a la adjudicación. En consecuencia, el defecto se acepta por el recurrente.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirmó la nota del señor Registrador fundándose en que la finalidad del auto judicial firme no es complementaria del llamamiento legal, sino más bien constitutiva de la condición de heredero, y en que al constituir la previa adjudicación herencial el anticipo de una operación de la partición de la herencia, como es la adjudicación, aquélla ha de entenderse como uno de los actos en que necesariamente tiene que intervenir el defensor judicial.

VI. El Notario recurrente, a efectos doctrinales, apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió. El auto judicial no es constitutivo de la condición de herederos, los herederos intestados los determina la Ley. El auto presidencial se pronuncia dubitativamente y no considera ninguno de los artículos invocados por el Notario autorizante como fundamento de que la fe pública notarial cubre al inserto del testimonio del auto en el cuerpo de la escritura que obliga al Registrador a reconocerla. Que el inserto fue total y, por tanto, la inclusión de la cláusula discutida no tiene sentido. Que para este caso es innecesario el nombramiento del defensor judicial, como dice la Sentencia de 17 de junio de 1903 en un caso análogo.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 162, 163, 839, 1.217 y 1.218 del Código Civil; 3, 14 y 18 de la Ley Hipotecaria; 33, 51, 76 y 78 del Reglamento Hipotecario; 162, 237 y 251 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de 27 de enero de 1987, 14 de marzo de 1991, 10 de marzo de 1994 y 6 de febrero de 1993.

1. Como no ha sido combatido el tercero de los defectos expuestos por el Registrador en su nota de calificación, este recurso, interpuesto a efectos doctrinales por el Notario autorizante, ha de limitarse al examen de los dos primeros defectos de esa nota. La cuestión gira en torno a la inscripción en una escritura denominada de «previa adjudicación herencial», por la cual la viuda y única compareciente, actuando en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, adjudica una finca ganancial procedente de la herencia intestada de su marido en la proporción de una mitad indivisa en propiedad a ella misma en concepto de imputación a su cuota en la sociedad de gananciales, adjudicando la otra mitad indivisa de la finca a ella y a los dos hijos en usufructo y en propiedad en la misma proporción que corresponde a una y otros en la herencia del causante.

2. El primero de los defectos observados por el Registrador consiste en no haberse acompañado el auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, relacionado, pero no testimoniado en la escritura, ni tampoco los certificados de defunción y últimas voluntades de aquél. Es claro que este segundo extremo de la nota no puede ser confirmado, porque la presentación de esos documentos complementarios sólo es exigida por el artículo 76 del Reglamento Hipotecario cuando se trata de herencia testada (cfr. su párrafo primero), mientras que para la inscripción en bienes por herencia intestada basta con consignar los particulares de la declaración judicial —hoy, en su caso, notarial— de herederos (cfr. párrafo segundo). La diferencia de régimen es perfectamente explicable a la vista de que la declaración de herederos abintestato presupone forzosamente que al órgano competente se habrán aportado esos certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad.

3. Consiguientemente, la cuestión se reconduce a determinar si de los términos de la escritura puede deducirse que quedan debidamente acreditados los particulares de la declaración de herederos, que habrán de ser calificados por el Registrador, y, en su caso, reflejados en la inscripción. En el exponendo I de la escritura calificada la otorgante afirma que el causante falleció en Oviedo el 23 de mayo de 1985 en estado de casado con la compareciente, de cuyo matrimonio deja dos hijos, sin haber otorgado testamento, siendo sus herederos abintestato sus citados dos hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de su cónyuge, en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo el día 1 de octubre de 1985; y a continuación el Notario autorizante añade: «lo que me acredita con un testimonio del auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado —se señala su nombre y apellidos— el 7 de octubre de 1985».

4. La actuación del Notario al recoger en la escritura los particulares significativos de la declaración judicial de herederos se ha ajustado a lo previsto en el artículo 251 del Reglamento Notarial, que le faculta para expedir en relación testimonios por exhibición de documentos que tiene a la vista. No se trata, pues, de un testimonio literal parcial, que exigiría añadir —lo mismo que ocurre en los poderes (cfr. art. 166 del Reglamento Notarial) y en las copias (cfr. art. 237 del Reglamento Notarial)— la indicación de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inscrito, porque no se trata de una inserción, sino de una relación de particulares del documento, precisamente de los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria

5 El segundo de los defectos de la nota de calificación hace referencia a que no ha comparecido en la escritura el defensor judicial de los menores, ya nombrado cuando se autoriza aquélla. Es decir, se estima que en la adjudicación hereditaria efectuada existen intereses opuestos entre la viuda y los hijos, de modo que cesa la representación legal de la primera (cfr. art. 162 del Código Civil) y los hijos menores han de estar representados por el defensor judicial (art. 163 del Código Civil). Determinar caso por caso si en una partición de herencia los intereses del cónyuge superviviente y los hijos menores son contrapuestos o paralelos es una tarea difícil y que ha dado lugar, como es sabido, a dudas doctrinales y jurisprudenciales.

Cuando la partición se efectúa sobre un único bien hereditario que se adjudica en porciones indivisas coincidentes con las cuotas hereditarias correspondientes a cada partícipe, puede entenderse que se trata de una operación sin trascendencia económica y que los eventuales perjuicios para los hijos son futuros e hipotéticos, porque sólo pueden aparecer si durante la minoría de edad de los hijos se procede a la división material o a la disolución de la comunidad romana formada. Los intereses del cónyuge viudo y de sus hijos menores son paralelos, de suerte que es innecesaria la intervención del defensor judicial. Así lo han entendido, para los asuntos específicos en ellos examinados, las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de enero de 1987 y de 10 de enero de 1994.

6. Ahora bien, el caso actual viene singularizado por dos circunstancias que se examinan a continuación y que obligan a estimar que la representación legal de la viuda sobre sus hijos menores ha sobrepasado los límites legales y que, por existir intereses contrapuestos entre una y otros, la representación legal de los hijos corresponde al defensor judicial.

7. La primera circunstancia se encuentra en que el bien sobre el que recae la adjudicación indivisa es presuntivamente ganancial. En efecto, fue adquirido sólo por el marido en 1979 por título de compra y sin justificación alguna sobre la procedencia del precio. En esta situación el carácter ganancial del bien adquirido resultaba de la presunción legal de que la contraprestación procedía del caudal común (cfr. arts. 1.401.1.º y 1.407 del Código Civil entonces vigente). Consiguientemente, la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida también en el momento de la partición por prueba en contrario. De este modo, el acto unilateral efectuado por la viuda atribuyendo definitivamente el carácter de ganancial al bien adjudicado puede suponer, en el caso de que llegara a demostrarse el carácter privativo del precio pagado por el marido, una disminución considerable en la cuota hereditaria correspondiente a los hijos menores. Por esto, para la formación del inventario de los bienes relictos es imprescindible la intervención del defensor judicial, porque ya en la formación del inventario pueden surgir controversias entre madre e hijos respecto de: a) los bienes que integran la sociedad de gananciales y los que, por ser privativos del causante, han pasado al caudal hereditario; b) qué bienes gananciales han de integrarse en este caudal en pago de la cuota indivisa que en el consorcio conyugal disuelto correspondía al cónyuge premuerto o a sus herederos.

8. La segunda circunstancia está en el hecho de que la partición de herencia ha sido parcial, como se califica en la propia escritura, en la que el bien adjudicado se afirma que queda entre otros dejados por el causante. Por lo tanto, la partición de estos bienes restantes que hubieran de realizar conjuntamente la viuda y el defensor judicial quedaría en gran medida condicio-

nada y limitada por la adjudicación previa formalizada en la escritura debida. Ya no sería posible, en efecto, sin una rectificación la adjudicación total en pleno dominio de todos los bienes relictos, de modo que las facultades del defensor judicial para representar a los menores en esa partición posterior que se anuncia quedarían predeterminadas y prejuzgadas por el resultado de una actuación unilateral anterior de la viuda. Esta anticipación sin retorno de la partición futura aparece aún más clara respecto de la cuota usufructuaria indivisa adjudicada a la viuda, ya que la misma dificulta que más tarde, por mutuo acuerdo, o en virtud de mandato judicial, se proceda a conmutar el usufructo viudal en las formas previstas por el artículo 839 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto, confirmar el segundo defecto de la nota de calificación.

Madrid, 3 de abril de 1995.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Comentario.—Estas resoluciones sientan el criterio de que no es preciso el nombramiento de defensor judicial en la disolución de la sociedad de gananciales y posterior partición en que el cónyuge viudo interviene por sí y en representación de un hijo o hijos menores si los bienes que integran la herencia se adjudican en la proporción prevista en el testamento o en la Ley, constituyendo una comunidad romana entre dicho cónyuge supérstite y los distintos herederos, porque en este caso consideran que no hay conflicto de intereses; si bien la última lo exige si se trata de partición parcial.

La cuestión fundamental planteada por estas Resoluciones, que, por otra parte, se separan de la doctrina histórica de la DGRN, es, pues, determinar si en el supuesto planteado existe o no el indicado conflicto. A mi juicio, desde un punto de vista teórico, la respuesta sólo puede ser afirmativa, como trataré de demostrar a través de la delimitación, por un lado, del concepto de «conflicto de intereses», y por otro, del análisis de las relaciones que en la disolución de la sociedad de gananciales son susceptibles de provocarlo.

I. La materia de los supuestos en que es necesario nombrar defensor judicial viene regulada en los artículos 299, 162, 163 y 221 del Código Civil que transcribimos a continuación en lo que afecta a este comentario.

El artículo 299 del Código Civil dispone que: «Se nombrará defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos: 1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador...»

El artículo 162 exceptúa de la representación legal de los padres: «2.º Aquellos actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo».

Por su parte, el artículo 163 establece que: «Siempre en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar».

Y el artículo 221, que: «Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: 2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses».

De la combinación de estos artículos se extrae la consecuencia de que cuando en un asunto (patrimonial o personal) se produzca un conflicto de intereses entre menores, incapacitados o pródigos y sus representantes legales o el curador, se procederá a la designación de un defensor judicial.

Los citados artículos 299, 162 y 221 utilizan la expresión «conflicto de intereses», pero otros artículos del mismo Código usan otras expresiones distintas, aunque con idéntico significado según la generalidad de los comentaristas (ejemplo, AMORÓS GUARDIOLA, SANCHEZ REBULLIDA, BADOSA COLL, PUIG FERRIOL o FLORENSA TOMÁS). Así, el Código Civil utiliza indistintamente las locuciones «conflicto de intereses» (arts. 162.2, 163.2, 221.2, 244.4 ó 299.1), «oposición de intereses» (arts. 237 bis o 236.2, derogado), «interés opuesto» (arts. 163.1 y 165.1, derogado) o «incompatibilidad de intereses» (art. 237 bis); pero sin precisar el contenido de dichos conceptos, dejando a los Tribunales la resolución en cada caso del problema.

La doctrina también se ha mostrado remisa en buscar una definición, aunque no han faltado autores que han propuesto un concepto del conflicto, entre los que destaca la definición de don JERÓNIMO GONZÁLEZ (recogida en Sentencia de 6 de noviembre de 1934), según el cual: «existirán intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo»; definición que ampliada al régimen de la tutela y curatela, por un lado, y a los asuntos de carácter personal, por otro, es válida en la actualidad.

Pero esta y otras definiciones sólo tienen un valor orientador, porque es difícil dar en esta materia reglas generales dada la diversidad de situaciones prácticas susceptibles de configurar un conflicto de intereses, debiéndose, por tanto, calificar cada caso concreto ponderando las circunstancias particulares que en él concurran.

Conviene, no obstante, delimitar el concepto de «conflicto de intereses» para lograr, en lo posible, una uniformidad que evite la inseguridad jurídica. Y ello se puede conseguir, por un lado, diferenciando o excluyendo de él las situaciones de «reciprocidad de intereses» y de «conurrencia o coincidencia de intereses» con las que podría confundirse, y por otro, señalando sus características fundamentales.

II. El «conflicto de intereses» significa, según la opinión dominante, que una de las partes de la relación jurídica no puede ver satisfecho su interés (en todo o en parte), puesto que la compatibilidad en esa mutua satisfacción es imposible (art. 237 bis), y ello independientemente del comportamiento tenido por el representante, pues esa incompatibilidad resulta de la situación *previa* y *objetiva* de los intereses que son por sí mismos inconciliables.

El conflicto de intereses existe, por tanto, siempre que el beneficio patrimonial de una de las partes sea en perjuicio del patrimonio de la otra (Sentencia de 30 de noviembre de 1961) y ello carezca del adecuado fundamento jurídico. Como afirma ALONSO PÉREZ: «la incompatibilidad de intereses obedece, en el fondo, a la vieja idea del enriquecimiento sin causa».

La «reciprocidad de intereses», por su parte, es propia de la relación jurídica onerosa (el art. 1.289.1 *in fine*, en sede de interpretación de contratos, dice que «si el contrato fuese oneroso la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses») y se caracteriza porque dos intereses pertenecientes a personas distintas pueden satisfacerse simultáneamente, «es decir, que su satisfacción es compatible» (BADOSA COLL en *Comentarios a las reformas de*

nacionalidad y tutela), aunque sea desequilibrada en el sentido de que un sujeto puede obtener mayor satisfacción de su interés que el otro.

Según BADOSA COLL, en base al propio artículo 1.289.1 («mayor reciprocidad»), la reciprocidad de intereses admite grados, de modo que no exige que el grado de tal satisfacción sea idéntico para los dos implicados. La reciprocidad implica satisfacción *simultánea* de intereses, no que además sea equivalente, y que lo sea o no dependerá de la relación jurídica concreta, no de la situación objetiva de los propios intereses.

La exclusión de la «reciprocidad de intereses» deriva, además de las diferencias antes expuestas, del propio artículo 221 del Código Civil, cuyo número 3.º se ocupa de las relaciones onerosas («reciprocidad») como situación diferenciada del «conflicto de intereses» del número 2.º, que se puede dar, además, tanto en las relaciones onerosas como gratuitas.

Igualmente, debe excluirse del concepto «conflicto de intereses» la «concurencia o coincidencia de intereses», esto es, de la situación en que existe una identidad de aspiraciones entre los sujetos implicados, pues como afirma don JERÓNIMO GONZÁLEZ: «la simple coincidencia de intereses no autoriza para solicitar el nombramiento de un defensor judicial». Coincide con el conflicto de intereses en que ambas son situaciones que existen previamente a una determinada relación jurídica, al contrario de la reciprocidad de intereses como ya se ha expuesto.

No obstante, la concurrencia de intereses es, a su vez, una situación teórica previa que puede desembocar en un conflicto de intereses, por lo que debe ser calificada con gran cuidado dado que la defensa del menor o incapacitado es una cuestión de orden público, que se antepone incluso al principio de seguridad del tráfico jurídico, que asimismo se ve garantizado al prevenirse una posible ineficacia del acto o contrato concluido existiendo conflicto.

Todas estas exclusiones encuentran su fundamento y razón en el deber que tienen los cargos protectores de origen legal de ejercer sus funciones procurando el beneficio de sus protegidos (arts. 154.2 y 216 CC), de donde se infiere que la regla general en las relaciones entre cargo protector y sujeto protegido no es la del «conflicto de intereses», el cual, por tanto, debe ser interpretado estrictamente —que no restrictivamente—, no siendo necesario nombrar defensor judicial cuando lo que exista sea concurrencia o paralelismo de intereses o incluso intereses distintos aunque no opuestos.

III. Hechas estas precisiones, veamos qué características deben darse, según la doctrina y jurisprudencia dominantes, para poder hablar de conflicto de intereses en sentido estricto, las cuales nos ayudarán en cada caso concreto a apreciar su existencia o no.

A) En primer lugar, el conflicto debe ser REAL y OBJETIVO. Real en el sentido de que los intereses sean auténticamente incompatibles y no se trate de una de las otras figuras examinadas (intereses paralelos o simplemente distintos). Se entiende que la incompatibilidad de intereses suele o puede producir un perjuicio para el representado, lo que hace necesario tomar medidas de precaución.

Objetivo porque el conflicto debe tener por causa una situación objetiva previa, es decir, que los intereses han de ser antagónicos *por sí mismos*, independientemente del comportamiento concreto observado o que vaya a tener el representante en la relación de la que deriva el conflicto.

B) El conflicto de intereses debe ser también ACTUAL, en el sentido de que en el momento de la realización del acto o negocio por el representante subsistan aquellas condiciones objetivas de las cuales deriva el peligro de daño para el representado. Así, tanto el artículo 163 («siempre que en algún asunto el padre y la madre TENGAN un interés opuesto al de los hijos») como el 299.1 del Código Civil («cuando en algún asunto EXISTA conflicto de intereses») utilizan el verbo en presente.

Debe tenerse en cuenta que este requisito es independiente, como ya ha sido señalado, de si las consecuencias dañosas, económicas o no, de la relación jurídica en oposición se producen o no, incluso si la actitud del representante es lo que las evita.

Este carácter actual lleva a excluir de la necesidad de nombrar defensor judicial tanto a la eventualidad del conflicto, es decir, la simple consideración de que pueda o no producirse, como a la previsión futura del mismo, aunque pueda contemplarse como seguro su advenimiento, e incluso con el peligro que de ello pueda derivarse (ver Resolución de 1 de julio de 1976).

C) Algunos autores, como FLORENSA TOMÁS, añaden el requisito de la IMPORTANCIA, la cual entendemos que debe ser OCASIONAL, es decir, recaer sobre asuntos, negocios o relaciones jurídicas concretas y no reiteradas, pues los artículos 299.1 y 163 del Código Civil contienen la expresión «algún asunto», y el 221.2 la palabra «acto» utilizando siempre el singular. La falta de este requisito, como trataremos de demostrar, hace improcedente el nombramiento de defensor judicial, debiendo solventarse el conflicto por otros procedimientos.

Así, si el conflicto es intrascendente, es decir, se trata de una simple diferencia de criterio entre representante y representado en asuntos que podrían denominar de la vida cotidiana, el mismo debe ser resuelto por los padres o tutores en el ejercicio normal de su función y de acuerdo con el deber de obediencia y respeto de los menores o incapacitados hacia ellos (arts. 155.1 y 268 CC).

Y si el conflicto es importante pero se caracteriza, como indica MORENO QUESADA, por una cierta permanencia en el tiempo, es decir, que afecta a reiteradas actuaciones del representante y no sólo a una relación jurídica concreta, lo procedente es la remoción de la tutela o curatela, o la privación de la patria potestad o la suspensión en su ejercicio (*ex* arts. 247, 291 y 170 CC en relación con el art. 244.4, según el cual: «no pueden ser tutores: 4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado»).

D) La oposición de intereses, por último, ha de existir entre todos los representantes legales, por un lado, y el representado, por otro. Así, si el conflicto sólo existe con uno de los padres, el párrafo 2.º del artículo 163 respecto a la patria potestad dispone que será el otro padre, sin necesidad de especial nombramiento, quien represente al menor. Bien entendido que tanto si la titularidad o el ejercicio (la representación es atributo de ésta) de la patria potestad corresponde sólo al progenitor que tiene el conflicto, no se dará el supuesto del artículo 163 y, por tanto, será necesario que la autoridad judicial nombre al defensor.

Esta misma solución de no necesidad de especial nombramiento es la recogida en el párrafo 1.º del artículo 299 respecto de la tutela ejercida conjuntamente por ambos padres y en el artículo 237 bis respecto a la ejercida por tutores mancomunados en general, y es también aplicable a los tutores solidarios dado la propia naturaleza de la solidaridad.

IV. Por último, antes de examinar si en el supuesto de las resoluciones existe conflicto de intereses, conviene señalar que un sector reducido de la doctrina, siguiendo a DONIST, entiende, sin embargo, que la finalidad de la NORMA es, más que prevenir un conflicto de intereses, neutralizar las consecuencias dañosas que del mismo podrían derivarse, es decir, que hay que estar al daño concreto producido al representado por un anormal ejercicio del poder de representación para que se deba nombrar defensor judicial. Si sólo se atiende al mero conflicto de intereses, dicen, se tendrán graves dificultades de orden probatorio, que no se producirán si se atiende a la concreta lesión, pues ésta será más fácilmente demostrable.

Esta tesis es la que parecen defender las resoluciones que comentamos, apartándose de una constante jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Pero incluso los partidarios de esta tesis del «daño producido» excluyen de la misma a la representación legal entendiendo que la Ley contempla en este caso el conflicto de manera objetiva, es decir, que la mera existencia de intereses contrapuestos es suficiente, por sí sola, para que se suspenda la legitimación legal del representante. Y ello porque este tipo de representación tiene por finalidad la salvaguardia de los intereses de personas que no pueden actuar por sí solas, lo que lleva a la Ley a excluir del criterio de los padres o del tutor la decisión de la existencia o no de un conflicto de intereses entre ellos y su hijo o pupilo.

V. En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales (que son de carácter previo a la formación del caudal relicto) existen evidentemente, a mi juicio, intereses contrapuestos entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto en el sentido antes sentado de conflicto real, objetivo, actual, importante y ocasional, que debe apreciarse *a priori* y en el que no influye el comportamiento del representante.

Esta oposición se da, en primer lugar, en la misma determinación, por el INVENTARIO, de los bienes gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales (ganancial, privativos de uno u otro cónyuge, etc.) que no viene resuelto automáticamente (salvo cuando la cualidad conste en el título de constitución), ya que la presunción de ganancialidad no es indestructible y además el fenómeno de la desinscripción (grande todavía en zonas rurales o cuasi rurales) propicia que muchas veces dicha determinación quede al arbitrio del cónyuge superviviente que puede excluir del inventario como suyos bienes que no lo son o atribuir carácter ganancial a los privativos del otro cónyuge. En este sentido, no es extraño encontrar en las escrituras públicas títulos del siguiente tenor: «le pertenece privativamente por justos y legítimos títulos»; «por herencia de sus padres sin que lo acredite documentalmente»; etc.

De lo dicho se infiere que la determinación de qué bienes son gananciales, la posible existencia de otros bienes distintos de los inventariados, el distinto valor que puede darse a los mismos al formar el inventario e, incluso, la posible existencia de créditos del cónyuge premuerto frente al sobreviviente o viceversa (y no sólo de otras deudas del causante frente a terceros como hablan las resoluciones), claramente demuestran la posibilidad de conflicto de intereses entre el menor y el cónyuge viudo que ejerce la patria potestad y, por tanto, la necesidad de nombramiento de un defensor judicial.

La exigencia del párrafo tercero del artículo 1 057 del Código Civil de que la formación del inventario en las particiones hechas por contador-partidor y en las que existan herederos menores de edad, incapacitados o pródigos, debe

verificarse con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas, o la de la intervención del Ministerio Fiscal en el inventario en la partición en que exista un ausente del artículo 191 del mismo Código corroboran la importancia excepcional que el Código concede al INVENTARIO como base fundamental sobre la que descansan las demás operaciones particionales.

Todo lo expuesto venía siendo reconocido por la Dirección General en numerosas resoluciones, entre cuyos pronunciamientos destacan los siguientes: «La inclusión o exclusión de determinados bienes en el INVENTARIO de una herencia implica por sí sola una incompatibilidad de intereses entre el padre y el hijo (R. de 17 de julio de 1915); «En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales tienen, evidentemente, intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto, y esta oposición se da en la misma determinación por el inventario de los bienes que son gananciales» (R. de 14 de marzo de 1991), o la de las Resoluciones de 30 de enero de 1915 y 13 de mayo de 1916 que exigían la necesidad de nombrar defensor judicial, sólo para intervenir en el INVENTARIO, en supuestos de partición por contar do al ser el padre coheredero de su hijo menor.

Incluso la Resolución de 3 de abril de 1995 (la tercera de las comentadas y posterior a las que suponen el cambio de criterio) considera necesaria la intervención de defensor judicial en el supuesto que resuelve por dos circunstancias: la primera que se trata de una partición PARCIAL y la adjudicación que en ella se hace condicionaría la partición definitiva e incluso dificultaría el ejercicio del derecho a conmutar el usufructo viudal que el artículo 839 del Código Civil concede a los herederos. Y la segunda que el único bien sobre el que recae es presuntivamente ganancial y sólo fue adquirido por el premuerto, por lo que admite prueba en contrario y no es procedente que sólo una manifestación unilateral del cónyuge supérstite le atribuya definitivamente el carácter de ganancial con posible perjuicio de los hijos menores.

Pero la realidad es que todas las particiones pueden ser parciales, pues no es infrecuente la realización *a posteriori* de particiones ADICIONALES de bienes olvidados en una teórica partición total, en todas las particiones el sobreviviente puede excluir bienes del otro cónyuge o gananciales como suyos si no existe título como ya se ha expuesto, e incluso cuando los dos cónyuges compraron para la sociedad conyugal existe peligro de perjuicio para los herederos, ya que el dinero o contraprestación pudo haber sido privativo pese a lo manifestado por el premuerto en el momento de la adquisición, no pudiendo perjudicar esa confesión a los herederos forzosos por aplicación analógica del artículo 1.324 del Código Civil, por todo lo cual los expresados argumentos de la última Resolución valen con carácter general para todas las particiones.

VI. En otro aspecto, es evidente que, como reconocen las resoluciones, existe un claro conflicto de intereses si se adjudican bienes concretos o se conmuta el usufructo del cónyuge sobreviviente; pero en rigor también existe cuando se convierte la sociedad de gananciales en *pro indiviso* ordinario. No me imagino a la Dirección General admitiendo la validez de una transformación de un bien ganancial en *pro indiviso* por partes iguales entre los esposos llevada a cabo por uno solo de ellos en base a un poder general para vender, comprar, extinguir comunidades de bienes, etc., en el que no se salva la autocontratación y la contraposición de intereses.

En realidad la liquidación de la sociedad de gananciales supone, como ya se ha indicado, el deslinde de los derechos entre los herederos y el cónyuge superviviente y el establecimiento de las bases que en su día habrán de servir para la división y adjudicación, cosas que implican un verdadero CONTRATO entre las expresadas partes, sobre intereses que se excluyen recíprocamente y por ende son incompatibles; es decir, que existe objetivamente un conflicto de intereses y ello cualesquiera que sea la forma de resolverlo, ya adjudicando bienes concretos, ya constituyendo una comunidad romana, pues en ambos casos se transforma un derecho abstracto en un derecho concreto.

La dicción de los artículos 1.428 y 406 del Código Civil que declaran aplicables a la disolución de la sociedad de gananciales y de la comunidad romana las reglas de la partición hereditaria, demuestran que todas ellas tienen la misma naturaleza jurídica y que tan completa y perfecta (definitiva), tan susceptible de ofrecer ventajas e inconvenientes, es la distribución de los bienes relictos mediante la adjudicación de fincas determinadas como de porciones indivisas de las mismas, por lo que en ambos casos existirá conflicto de intereses. Por ejemplo, el viudo podría enajenar onerosamente su usufructo (y en su caso mitad indivisa) de una finca con beneficio económico propio ante una futura desvalorización, y además los hijos se verían abocados a soportar una posible mala gestión del comprador, cosa que no sería factible si no se hubiere hecho la transformación de la comunidad.

Es verdad que esa posibilidad expuesta al final del párrafo anterior no entra dentro del verdadero concepto de conflicto de intereses por incumplir el requisito de actualidad (se trata de una posible pero improbable eventualidad); pero es que, como ya hemos dicho al hablar de dicho concepto, basta con la simple posibilidad de que el cónyuge sobreviviente pueda adjudicarse bienes concretos (la cual existe siempre) para que decaiga su representación legal y el Notario se niegue a autorizar la escritura si no interviene un defensor judicial, sin preguntar siquiera como aquél pretende adjudicar los bienes, pues la determinación de si esa adjudicación supone perjuicio o no para los representados no le corresponde ni al Notario ni al Registrador, sino al Juez.

Por último, conviene señalar que la determinación de la vecindad civil del premuerto al tiempo del fallecimiento, de la que derivan derechos sucesorios del cónyuge superviviente distintos según cual sea la misma, depende, en la mayoría de las ocasiones, de la simple manifestación de éste, y ello implica también una contraposición de intereses.

La única razón, pues, por la que puede sostenerse el criterio de estas resoluciones es el principio PRACTICO de economía jurídica en el sentido de descargar de trabajo a los Tribunales de Justicia en aquellos casos en que la partición no produce un daño actual al representado. Pero, como no me cansaré de repetir, el Código Civil en los artículos antes transcritos, para exigir el nombramiento de un defensor judicial (siguiendo el mismo criterio que en el artículo 1459.2.º para prohibir la autocompra del mandatario) atiende a la mera existencia objetiva del conflicto de intereses y no a la existencia de una efectiva lesión, considerando, por tanto, que aquel por sí sólo es suficiente para que se tomen las adecuadas medidas de protección; dicho con otras palabras, actúa de una manera preventiva y no sancionadora, haciendo cesar la representación legal sin esperar a que se produzca, o no, la lesión.

NO CABE LA CANCELACION AUTOMATICA DE UNA HIPOTECA, CON CLAUSULA DE CADUCIDAD PACTADA EN LA ESCRITURA, SI NO SE ACREDITA Y PRUEBA QUE EN EL PLAZO PREVISTO NO HABIA SURGIDO LA OBLIGACION FUTURA E INCIERTA. (RESOLUCIÓN DE 17 DE OCTUBRE DE 1994, BOE DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Hechos.—I. Por medio de instancia privada suscrita en Girona el 9 de junio de 1992, doña R. A. B., como propietaria de dos fincas sitas en el complejo turístico denominado «Embajador», sito en Platja d'Aro, término municipal de Castell d'Aro, registrales 7.279 y 7.375, solicitó del Registrador de la Propiedad de San Feliu de Guíxols la cancelación de sendas inscripciones de hipoteca que gravaban ambas fincas en favor de don J. A. T. en base a lo dispuesto en los artículos 82.2.º y 103.2.º, de la Ley Hipotecaria, en relación con los 174 y 355 de su Reglamento.

De los asientos del Registro cuya cancelación se solicita resulta lo siguiente: Por el «Banco de Crédito Agrícola, Sociedad Anónima», se concedió a doña M. G. V. determinado crédito que fue afianzado por el «Banco Bilbao, Sociedad Anónima», por el plazo que vencía el 20 de agosto. En fecha 17 de noviembre de 1979 y por póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, don P. V. P. y don J. A. T. prestaron una contragarantía en favor del «Banco Bilbao, Sociedad Anónima», para responder de los perjuicios que al mismo se le causarían o que el mismo sufriera con motivo del aval o fianza prestada a doña M. G. V. Y por escritura autorizada el 6 de mayo de 1981, por el Notario de Girona don Antonio García Conesa, esta última, junto con su esposo don P. V. P., constituyeron una hipoteca de seguridad y fianza de deuda futura en favor de don J. A. T. para asegurarle los perjuicios, gastos o pagos que tuviera que hacer o soportar como consecuencia de la contragarantía por él prestada. La hipoteca constituida lo fue en garantía de 15 000.000 de pesetas por principal, intereses de tres años a razón del 11,50 por 100 anual vencidos en los términos que se dirán y la cantidad de 2.250.000 pesetas para costas y gastos, responsabilidades que se distribuyeron entre las fincas hipotecadas. Figuraban como pactos de la escritura de constitución de hipoteca, entre otros, los siguientes: «La presente operación de fianza hipotecaria, cual de una contragarantía, no devengará intereses mientras que don J. A. T. no se vea obligado o precisado a hacer frente a las responsabilidades derivadas del documento de fecha 17 de noviembre de 1979, respecto del «Banco Bilbao, Sociedad Anónima». Sin embargo, las cantidades satisfechas o que lo fueran por don J. A. T. como consecuencia de la meritada póliza de contragarantía suscrita el 17 de noviembre de 1979, devengarán el interés del 11,50 por 100 anual vencido. El plazo de duración de la presente garantía hipotecaria será el que va desde el día de la firma de la escritura que se inscribe hasta el día 20 de agosto de 1988 inclusive».

II. Presentada la solicitud en el Registro fue calificada con la siguiente nota: «No practicada la cancelación de hipoteca interesada en la precedente instancia:

Primero.—Por estar la hipoteca constituida en garantía de las responsabilidades que pudieran derivarse de una póliza, que los interesados manifestaron conocer y no se determina cuáles son.

Segundo.—La referida hipoteca asegura los perjuicios, gastos o pagos que tuviera que hacer o soportar don J. A. T. y derivados de la misma póliza.

Tercero.—En la inscripción de constitución de hipoteca se dice que se constituyó con arreglo a los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento, que se refieren a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes y de títulos transmisibles por endoso al portador. De acuerdo con estos antecedentes no se puede cancelar la hipoteca en la forma solicitada, por cuanto no se cumplen los requisitos del artículo 156 de la Ley Hipotecaria que se refiere a las hipotecas constituidas de acuerdo con los artículos 153 y 154, como fue la de este caso, ni tampoco han transcurrido treinta años desde su vencimiento, no siendo aplicables, en consecuencia, los artículos referidos en la instancia. Contra esta calificación se podrá interponer recurso ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en ulterior instancia, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los términos de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. San Feliu de Guíxols, 6 de febrero de 1993.—El Registrador — Hay una firma ilegible».

III. La solicitante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación fundándose en que de la nota parece deducirse que tan solo son aplicables a la cancelación interesada las normas específicas para la cancelación de hipotecas voluntarias contenidas en la sección segunda del título V de la Ley Hipotecaria, y no las generales del título IV de la misma Ley. Que entre dichas normas generales se han de destacar: El artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria que permite la cancelación sin que concurran los requisitos de su número 1.º cuando la extinción del derecho inscrito o anotado resulte «del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva»; el artículo 103 de la misma Ley cuando al establecer las circunstancias formales de la cancelación exige, en su apartado 2.º, la mención del «nombre y apellidos de la persona a cuya instancia» o con cuyo consentimiento se verifique la cancelación; o el 174 del Reglamento Hipotecario al establecer que la misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción «será título suficiente para cancelarla si resulta de ella» o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado «ha caducado» o se ha extinguido. Que estando ante una hipoteca constituida por un plazo determinado, su extinción se produce de forma automática por ser efecto natural de la voluntad incorporada al título de su constitución, con lo que su cancelación podrá efectuarse con arreglo a las normas de cancelación automática, o sea, sin consentimiento del titular. Que el derecho real de hipoteca, sea legal o voluntaria, se extingue en todo caso por extinción o ineficacia de la obligación garantizada, por renuncia, por acuerdo de las partes, por pérdida de la finca, por purga derivada de la ejecución de hipoteca anterior o preferente, por confusión de derechos, por denuncia del hipotecante, por prescripción, por cancelación del asiento, por cumplimiento de condición resolutoria y, muy especialmente, por lo que ahora ocupa, «por expiración del término y caducidad», teniendo ésta lugar no sólo por el transcurso de treinta años desde su vencimiento como señala el Registrador, sino por expiración del plazo acordado en el título de su constitución.

IV. El Registrador emitió informe en defensa de su nota que basó en los siguientes fundamentos: a) Que la hipoteca, como garantía real, no puede nacer sin una obligación de la que depende y a la que refuerza y complementa. En este caso, la obligación garantizada es de una complejidad poco frecuente, pues estamos ante un crédito concedido a doña M G V. por el Banco de Crédito Agrícola, que es avalado por el «Banco Bilbao, Sociedad Anónima», mediante una póliza suscrita con la deudora, garantizándose, a su vez, los

perjuicios que a dicho Banco se causaran como consecuencia del aval prestado, con una garantía prestada por don P. V. P. y don J. A. T., siendo los perjuicios, gastos y pagos que para este último se derivaran como consecuencia de la garantía por él prestada los que se garantizan con la hipoteca. b) Que estamos, pues, ante una hipoteca en garantía de una deuda condicional y futura hasta una cantidad máxima, lo que hace que resalte, aún más, su accesoriedad respecto de la obligación garantizada. La hipoteca cuya cancelación se pretende depende del resultado de los créditos enlazados y su repercusión sobre el fiador garantizado. Si se analizan los hechos ha de llegarse a la conclusión de que el plazo señalado en la escritura de constitución de la garantía hipotecaria, el 20 de agosto de 1988, no puede considerarse aislado de las obligaciones garantizadas de que dependía; y si para saber las responsabilidades de la póliza mediante la que el «Banco Bilbao, Sociedad Anónima», avaló el crédito inicial habría de esperarse al 20 de agosto de 1988, y ese mismo día caducaba, como pretende el recurrente, la hipoteca, cabe preguntarse cómo y cuándo pudo ejercitarse la acción derivada de la misma. Si se quiere mantener la hipoteca nacida con todos los requisitos no puede aislarse del crédito, y si éste no puede determinarse hasta el día en que también vence la hipoteca, habría de considerarse a ésta inútil a menos que se pretendiese tan sólo aparentar una garantía. c) Que la cancelación automática solicitada es en nuestro sistema una excepción a la regla general. La regla 2.ª del artículo 82 de la Ley Hipotecaria es desarrollada por el artículo 175 de su Reglamento que contempla seis supuestos concretos, con requisitos específicos en cada caso, a los que pudieran añadirse otros admitidos por decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero que como toda excepción ha de ser interpretada restrictivamente, al punto de que puede decirse que tales excepciones están sujetas a un régimen de *numerus clausus*. De la situación de hecho contemplada ha de deducirse que no brilla la claridad, lo que unido a la accesoriedad de la hipoteca y la coincidencia de fechas entre el vencimiento de la obligación garantizada y la duración de la hipoteca ha de deducirse que no cabe la cancelación automática solicitada, que tan sólo sería admisible justificando fehacientemente que no existió responsabilidad por las obligaciones futuras derivadas de la póliza de garantía que tuviera que abonar el titular de la garantía hipotecaria o prestando éste, también de modo fehaciente, su consentimiento. Rectifica, no obstante su nota en cuanto a la referencia en ella contenida el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, motivada por la incomprensible inclusión en la escritura de constitución de hipoteca del artículo 154 de la misma Ley, que por errónea debe de tenerse por no puesta.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó Auto desestimando el recurso en base a que si la hipoteca es accesorial del crédito que garantiza, mal puede cancelarse sin conocer el resultado de las obligaciones garantizadas o sin que conste el consentimiento del acreedor, pues frente a la regla general del artículo 82 de la Ley Hipotecaria las excepciones del párrafo segundo no amparan la solicitud de la recurrente y únicamente podrían admitirse la cancelación si se demostrara de modo fehaciente que no existió responsabilidad por las obligaciones futuras que tuviera que abonar don J. A., o bien prestando éste de igual forma su consentimiento.

VI. La recurrente apeló el Auto presidencial fundándose en que: 1.º: Debe distinguirse entre la obligación garantizada y el derecho real que la garantiza, dando sustantividad a éste de suerte que cabe que el garante lo limite en el

tiempo como sucede a diario en el tráfico mercantil, y más concretamente con los avales bancarios que generalmente se conceden con eficacia temporal limitada; 2.º Que el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria reconoce la sustantividad del derecho real de garantía al establecer como una de las causas de cancelación de las inscripciones que el derecho inscrito (en este caso la hipoteca, no el crédito con ella garantizado) quede extinguido por una causa que resulte del propio título en cuya virtud se practicó la inscripción; y 3.º Que la doctrina científica así lo admite al reconocer que los derechos reales de garantía pueden extinguirse por las causas comunes a los demás derechos reales como el término final o la condición resolutoria.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1, 38, 40, 82.2 y 142 de la Ley Hipotecaria; Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1903, 24 de noviembre de 1982 y 28 de octubre de 1992, y las Resoluciones de esta Dirección General de 31 de julio de 1989 y 6 de febrero y 18 de mayo de 1992.

1. En el presente recurso se plantea la procedencia de cancelar, al amparo de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, determinadas inscripciones de hipoteca constituida en garantía de una deuda futura e incierta, sobre la base de haber vencido el plazo por el que se constituyó la garantía.

2. Como ya dijera la Resolución de este Centro Directivo de 31 de julio de 1989, cuya doctrina confirmaron otras posteriores (vid. Resoluciones de 6 de febrero y 18 de mayo de 1992), es regla general de nuestro ordenamiento hipotecario la de que la rectificación del Registro, de la que la cancelación no es sino una modalidad, precisa del consentimiento del titular registral o bien de resolución judicial firme dictada en el juicio declarativo correspondiente (arts. 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria); la hipótesis contemplada en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria precisa, en consecuencia, para su operatividad, que la extinción del derecho inscrito, según la Ley o el título, resulte de manera clara, precisa e indubitada.

3. La hipoteca voluntaria, como fruto que es de la autonomía de la voluntad plasmada en un negocio jurídico, puede constituirse por plazo determinado al igual que puede quedar sujeta a una condición. Ahora bien, el plazo fijado para aquélla puede tener, según los casos, un distinto significado que habrá de analizarse atendiendo a los concretos términos en que aparezca constituida.

En el presente caso, en que se ha pactado que el plazo de duración de la garantía hipotecaria será el que va desde el 6 de mayo de 1981 hasta el 20 de agosto de 1988, ambos inclusive, ha de entenderse, por un lado, que las obligaciones garantizadas tan sólo son las que, derivando de la relación jurídica predeterminada, hayan podido surgir durante ese lapso de tiempo, no las que existiesen antes ni las nacidas con posterioridad; y por otro, que de no haber surgido responsabilidad alguna de aquella relación jurídica cuyas consecuencias se garantizan durante ese período de tiempo, la hipoteca habrá caducado. Además, en el presente caso esta interpretación es la única que permite conciliar la identidad del plazo establecido para el nacimiento de la obligación y el de duración de la garantía hipotecaria, ya que de otro modo ésta quedaría inoperante al no disponer el acreedor del mínimo margen temporal para hacerla efectiva. Y finalmente, da sentido al pacto contractual por el que se garantiza

el pago de intereses de la deuda principal, cubiertos por la hipoteca hasta tres años frente a tercero, y que bien pudieran ser devengados por la suma adeudada a partir del momento señalado como de vencimiento para la obligación.

Procede, por tanto, confirmar la nota de calificación y el Auto apelado que consideran que no se está en el presente caso ante un supuesto de extinción del derecho inscrito por una causa que resulte del propio título en cuya virtud se practicó la inscripción, admitiendo, no obstante, la posibilidad de su cancelación, aun sin el consentimiento del titular registral, si se acredita fehacientemente que en la fecha fijada como término para la garantía hipotecaria no había nacido la obligación en garantía de la que se constituyó.

Esta Dirección General acuerda desestimar el recurso interpuesto, confirmando el Auto apelado.

COMENTARIOS CRÍTICOS

Por un error —en este caso excusable— he comentado antes del texto de esta Resolución la de 22 de junio de 1995, que en el fondo viene a coincidir con la doctrina que en ésta se mantiene. La cosa resulta algo anacrónica, pero el lector sabrá superar las referencias que haga en esta Resolución de otra que es posterior en fecha. El tema central es de si cabe o no aplicar la doctrina que emana del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria en base de un pacto incluido en la escritura de constitución de hipoteca, por el que la hipoteca se entenderá vencida en el plazo que se señala. A diferencia del supuesto de la Resolución que lleva por fecha el 22 de junio de 1995, aquí los hechos son más complicados y hay, ciertamente, una gran dificultad que pesa incluso sobre la inicial decisión del Registrador.

Los hechos están salpicados de incidencias de garantías y distinciones, así como de pactos especiales sobre intereses y fechas de devengo. El Banco de Crédito Agrícola concede a doña M. G. V. un crédito. Este crédito lo afianza el Banco de Bilbao hasta la fecha de 20 de agosto de 1988. Dos personas más en el año 1979 y por póliza intervenida por Corredor de Comercio constituyen una «contragarantía» a favor del Banco de Bilbao. Metidos en el año 1981 la primitiva deudora y su esposo constituyen hipoteca de «seguridad y firmeza de deuda futura» en favor de una de las dos personas que constituyeron la «contragarantía». Luego viene la cláusula de intereses y, por fin, se señala el «plazo de duración» de la hipoteca, que se cuenta desde el día de la firma de la escritura hasta el 20 de agosto de 1988, fecha que, como hemos visto, es la misma que la de la fianza prestada por el Banco de Bilbao. Frente a todo ello, las posturas de los que intervienen en la Resolución son las siguientes:

A) LA DEL REGISTRADOR Y SU CALIFICACIÓN

Como en la escritura donde se pacta la hipoteca, para ser inscrita y quedar plenamente constituida, se dice que la misma se hace conforme a la normativa establecida en los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria, el Registrador considera que al tratarse de una hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito y de títulos transmisibles por endoso o al portador no cabe su cancelación más que en la forma y con los medios que señala el artículo 156 de la Ley Hipotecaria. Esta postura, sin embargo, es rectificadora posteriormente por

el Registrador al considerar que, en base de lo dispuesto en la escritura de hipoteca, se hacía referencia al artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y ello le obligó a citar el artículo 156 de la Ley Hipotecaria como el único camino para lograr la cancelación. Por ello, entiende que debe tenerse por «no puesta» la referencia.

Sin perjuicio de que en otro lugar abordemos la validez o no de la alteración de los términos de calificación, a cuyo efecto habría que tener en cuenta el artículo 116.1 del Reglamento Hipotecario en donde se habla de que se «podrá rectificar ésta en todo o en parte», y también el artículo 127 del mismo Reglamento donde se impone al Registrador «incluir en la calificación todos los motivos por los cuales proceda la suspensión o denegación del asiento solicitado». Los hechos demuestran que es viable el «cambio de motivo», pero habría que estudiar con detenimiento las Resoluciones de 9 de agosto y 16 de diciembre de 1955 y 10 de octubre de 1972, así como las que se refieren a la llamada «nota de calificación adicional» (Resoluciones de 16 de abril de 1989 y 12 del mismo mes y año).

La argumentación que el Registrador utiliza en el informe, rectificando su criterio de la nota, es sumamente correcta, pues el carácter accesorio de la hipoteca no puede surgir sin la existencia de una obligación principal. El caso que se contempla es el de una hipoteca en garantía de una obligación condicional y futura hasta una cantidad máxima, lo que hace que resalte aún más su accesoriedad respecto a la obligación garantizada. El plazo señalado en la escritura de hipoteca no puede considerarse aislado, ya que ese mismo día caducaba la hipoteca. La fecha tope para que surja el crédito coincide con la fecha de caducidad de la hipoteca. En relación con la aplicación o no del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, el Registrador se manifiesta contrario a ello, pues al tratarse de un supuesto excepcional su interpretación debe entenderse restrictiva.

B) POSICIÓN DEL RECURRENTE

El resumen que ofrece el *BOE* permite pocas agarraderas y de él se deduce que la esencia de la motivación del recurso es que a los hechos que sirven de base al mismo no puede aplicarse para la cancelación de la hipoteca voluntaria las causas que se señalan en el título V de la Ley Hipotecaria, sino las generales que figuran en el título IV, entre las que figura el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, en donde cabe la que señala la misma escritura de hipoteca al hablar de que la hipoteca se extingue «por expiración del término y caducidad», teniendo ésta lugar no sólo por la prescripción, sino por expiración del plazo señalado. En el comentario que hacemos a la Resolución de 22 de junio de 1955 deslindamos una serie de figuras para evitar esta confusión del recurrente.

C) LA DIRECCIÓN GENERAL Y EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende que en este caso hubiese sido preciso prestar el consentimiento por parte del titular de la hipoteca, pues mal puede cancelarse éste por el cauce del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria sin conocerse el resultado de las obligaciones garantizadas

La Dirección General —por su parte— apoya su decisión citando las Resoluciones de 31 de julio de 1989 y 6 de febrero y 18 de mayo de 1992, califica el caso como un supuesto de hipoteca en garantía de una deuda futura e incierta que, aparte del consentimiento o la decisión judicial, permite la aplicación del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria siempre que de la Ley o del título resulte de una manera «clara, precisa e indubitada» la extinción del derecho inscrito. El principio de autonomía de la voluntad permite el juego de la fijación de un plazo «determinado», que puede tener diversos significados que habrá de analizarse concienzudamente.

El plazo que se marca en el presente caso va desde el 6 de mayo de 1981 al 20 de agosto de 1988, ambos inclusive, lo que lleva a considerar que sólo las obligaciones surgidas dentro de ese paréntesis que marcan los plazos son las que quedan garantizadas, sin que lo estén las anteriores o las posteriores que surjan. La hipoteca quedará cancelada de modo automático «si la obligación no ha surgido». Por ello, concluye la Dirección (que también argumenta con el juego de los intereses pactados), sólo cabrá la cancelación si se demuestra que la obligación no había nacido.

La idea que emana de esta solución va a repetirse —con otro argumento— en la posterior que comentamos de 22 de junio de 1995. Aquí es la falta de justificación del nacimiento de la obligación, y en el caso posterior es la falta de prueba de que el procedimiento de ejecución estaba ya iniciado. Quizá tengan más fuerza los argumentos que aquí se emplean que los utilizados en la siguiente, aparte de que da la sensación de que la Dirección no entiende el caso que plantea el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria como de *carácter excepcional*, y me apoyo en que al mismo se refiere considerándolo dentro del principio de autonomía de la voluntad siempre que el supuesto quede lo suficientemente claro e indudable. Habría, como es natural, que haber visto y leído la cláusula de caducidad o plazo preclusivo que las partes establecen en relación con todo el contexto que se estructura en la escritura de hipoteca, cuyos pactos y cláusulas vienen «ya redactados» e impuestos por la entidad que concede el crédito.

NO ES CANCELABLE UNA HIPOTECA QUE TIENE FIJADO UN PLAZO DE VENCIMIENTO, AL AMPARO DEL ARTICULO 82.2 DE LA LEY HIPOTECARIA, SI NO SE ACREDITA QUE ANTES DE VENCER EL PLAZO NO SE HABIA INICIADO SU EJECUCION. (RESOLUCIÓN DE 22 DE JUNIO DE 1995. BOE DE 4 DE AGOSTO DE 1995.)

Hechos.—I. Por instancia privada suscrita el 22 de febrero de 1993, don J. J. R. A. y don A. M. C., en nombre de la compañía mercantil «Flores del Ejido, Sociedad Anónima», solicitaron del Registrador de la Propiedad de Roquetas de Mar la cancelación de la inscripción 4.ª de hipoteca de la finca denominada «La Reserva», en término de Félix, registral número 4.805-N, y ello al amparo de lo dispuesto en los artículos 82.2 de la Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento, por caducidad del derecho inscrito al haber transcurrido el plazo por el que se constituyó.

De la inscripción cuya cancelación se interesaba, fechada el 29 de junio de 1989, resulta que por escritura autorizada el 8 de septiembre de 1988 por el Notario de Madrid don José M.ª Rodríguez Poyo-Guerrero la entonces titular de la finca «Primores, Sociedad Anónima», reconoció adeudar a la entidad

mercantil holandesa «A.B.M. In-En Verkoopabureau B.V.» las siguientes cantidades: a) Un préstamo por importe de un 1.000.000 de florines holandeses, cuyo equivalente en pesetas se fijó en 58.000.000 y del que se había dispuesto totalmente el día del otorgamiento, y b) Anticipos sobre la venta de flor en el mercado holandés por un total de 580.000 florines, totalmente recibidos, cuyo equivalente en pesetas se fijó en 33.930.000. Y con el fin de garantizar las citadas deudas se constituyó hipoteca de máximo sobre una mitad indivisa de la finca reseñada hasta una cuantía máxima de 1.724.138 florines holandeses, equivalentes en 100.000.000 de pesetas, de principal, de sus intereses de tres anualidades al 5 por 100 y de un 15 por 100 más del principal indicado que como crédito supletorio se fijó para costas y gastos. Entre otros pactos del contrato de constitución de la hipoteca figura inscrito el siguiente: «Tercera: La hipoteca queda constituida por un plazo de tres años, a contar desde el otorgamiento de la escritura que se inscribe».

Con fecha 18 de diciembre de 1990 se tomó anotación preventiva, señalada con la letra N, del embargo trabado en favor del «Banco Urquijo, Sociedad Anónima», sobre el crédito hipotecario constituido por la inscripción 4.ª en favor de «A.B.M. In-En Verkoopabureau B.V.» sobre la mitad indivisa de la finca, acordado en los autos de juicio de menor cuantía seguido con el número 888/90 ante el Juzgado de Primera Instancia número 44 de los de Madrid.

Por la inscripción 5.ª, de fecha 16 de julio de 1992, se inscribió el dominio de la finca a favor de «Flores del Ejido, Sociedad Anónima», por título de compra en virtud de adjudicación, previa cesión de remate, en los autos de juicio ejecutivo seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería, con el número 571/89, en los que se había acordado el embargo de la finca con posterioridad a la constitución de aquella hipoteca. Y por la inscripción 6.ª, de fecha 14 de enero de 1993, se inscribió también en favor de «Flores del Ejido, Sociedad Anónima», el crédito hipotecario objeto de la inscripción 4.ª por cesión que a la misma hizo el Administrador judicial de la quiebra de «A.B.M. In-En Verkoopabureau B.V.», del crédito contra «Primos, Sociedad Anónima», que está vencido y no satisfecho, así como del derecho real de hipoteca constituido en su garantía, cesión formalizada en escritura autorizada el 14 de diciembre de 1992 por el Notario de Almería don Ramón Alonso Fernández.

II. La solicitud de cancelación de la hipoteca fue calificada con la siguiente nota puesta al pie de la instancia: «Presentada a las diez horas del 5 de marzo de 1993, asiento número 1.117 del diario 14 en unión de los documentos acreditativos de la representación de los que la suscriben: Escritura de 24 de mayo de 1988 ante el señor Ruiz de Castañeda y de 29 de junio de 1992 ante el señor Alonso Fernández, Notarios de El Ejido y Almería, respectivamente, con las correspondientes notas de inscripción en el Registro Mercantil, se deniega la cancelación solicitada en la instancia adjunta por el defecto de confundirse el momento en que surge el ejercicio de la acción hipotecaria con su caducidad, sin que del Registro resulte nada que lo contradiga salvo que la hipoteca se encuentra sujeta a una anotación preventiva de embargo vigente. El defecto se califica de insubsanable sin que quepa tomar anotación de suspensión que, por otra parte, no ha sido solicitada. Contra la presente nota cabe interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el plazo de cuatro meses. Roquetas de Mar, 8 de marzo de 1993.—El Registrador, *Ricardo Seco Gómez*.

III. El Procurador de los Tribunales don José Gabriel García Lirola, en nombre de la sociedad «Flores del Ejido, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación alegando: Que se trata de una hipoteca constituida para garantizar unas deudas ya contraídas con anterioridad, siendo independiente en cuanto a plazos y condiciones de los créditos garantizados; que se está ante una hipoteca constituida a término resolutorio por expresa voluntad de las partes, de los documentos anexos a la escritura de constitución de la hipoteca, aunque haya de reconocer que no los ha tenido a la vista el Registrador, resulta que las fechas de vencimiento de los créditos garantizados son distintas de la que se fija como de duración de la hipoteca, debiendo hacerse unos pagos antes y otros después de los tres años fijados como de duración de aquélla; se trata, en definitiva, de ofrecer una garantía al acreedor por un cierto plazo en previsión de una situación de suspensión de pagos; que por todo ello ha de entenderse que el plazo señalado en la estipulación tercera de la escritura de constitución de hipoteca lo es de caducidad de la misma y no de inicio de la acción hipotecaria como sostiene el Registrador, y que el derecho que sobre la hipoteca pudiera ostentar en virtud del embargo de que fue objeto el «Banco Urquijo, Sociedad Anónima», no puede ir más allá del que ostentaba el embargado. Sobre la base del criterio hermenéutico contenido en el artículo 1.281 del Código Civil, entiende que es perfectamente aplicable en el presente caso el principio consagrado en los artículos 79.2 y 82.2 de la Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento, así como la doctrina de las Resoluciones de 24 de abril de 1936, de 23 de septiembre de 1987 y 31 de julio de 1989.

IV. El Registrador informó en defensa de su nota, tras señalar que por imperativo del artículo 117 del Reglamento Hipotecario no podían ser objeto de consideración documentos o alegaciones distintos a los que tuvo a la vista al tiempo de calificar, que el problema se centra en determinar si puede cancelarse por caducidad una hipoteca que tenga plazo señalado para su vencimiento una vez cumplido dicho término. Que en este caso la hipoteca tiene, como ha de tenerlo en todos por imperativo del principio de especialidad, un plazo, con independencia de que durante el mismo se convenga o no el pago de cantidades a cuenta o amortizaciones parciales de la deuda. Que el supuesto contemplado en la Resolución de 31 de julio de 1989 era distinto, pues allí se garantizaba una deuda exigible ya desde el mismo momento de la constitución de la garantía para la que se establecía un plazo concreto de vigencia, en tanto que en el presente se limita a establecer un plazo de duración para la hipoteca como imprescindible en todo derecho real de garantía. Que en este caso la hipoteca se encuentra gravada con una anotación preventiva de embargo en favor de tercero que no puede verse perjudicado por la pasividad del acreedor ni por la confusión de derechos en virtud de mecanismos legales que no son del caso examinar. Y que de prosperar la tesis del recurrente se condenaría a la inoperancia la hipoteca, pues bastaría que al día siguiente a su vencimiento o plazo se solicitara la cancelación antes de que el acreedor tuviera tiempo de iniciar la ejecución o de que se consignase en el Registro algún dato de la iniciada y en el curso para que quedase liberado el deudor con la cancelación practicada, resultado que no ha podido ser querido por el legislador, que, además, parece establecer para los derechos reales plazos de prescripción y no de caducidad.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó auto desestimando el recurso, fundado en que resulta claro que con la cancelación

solicitada se pretende la del embargo trabado sobre el crédito hipotecario y que el plazo señalado como de vigencia de la misma no puede interpretarse en el sentido que le da el recurrente, que la hipoteca se entienda extinguida a todos los efectos transcurridos tres años, habida cuenta que de los documentos aportados resulta que el préstamo garantizado había de amortizarse en dos plazos, a los treinta y seis y cuarenta y dos meses desde su disponibilidad, por lo que no resulta aplicable el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria.

VI. El recurrente apeló dicho auto reiterando su tesis de que el plazo fijado como de duración de la hipoteca ha de entenderse como de caducidad.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1, 38, 40 y 82.2 de la Ley Hipotecaria; 117 de su Reglamento y las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de abril de 1936, 31 de julio de 1989, 6 de febrero y 18 de mayo de 1993 y 17 de octubre de 1994.

1. Se plantea en el presente recurso la procedencia de cancelar una inscripción de hipoteca a solicitud del titular registral de la finca gravada, que lo es a la vez del crédito garantizado con la hipoteca, no por confusión de derechos cuya posibilidad aparece vedada por el hecho de estar dicho crédito gravado con una anotación preventiva de embargo, sino por extinción del derecho real de garantía una vez transcurrido el plazo por el que se constituyó, lo que se solicita al amparo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

2. Nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (vid. arts. 513.2, 529, 546.4 y 1.843.3 CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercida la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. Lógicamente, la accesoriidad del derecho real de la hipoteca respecto del crédito garantizado (arts. 1.875 CC y 134 LH), exigirá que en estas hipótesis de constitución de la hipoteca por un plazo determinado el vencimiento de ésta debe ser posterior al de la obligación asegurada, y lo usual, aunque no inexcusable, es que esta exigencia se traduzca en que el día inicial del plazo de la hipoteca sea el del vencimiento de la obligación garantizada.

3. No obstante lo anterior, no siempre es fácil decidir si en el caso concreto el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca, en cuyo caso, una vez nacida la obligación en dicho plazo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse mientras no haya prescrito, aun cuando ya hubiere vencido aquel (vid. Resolución de 17 de octubre de 1994).

4. En el presente caso, en el que la hipoteca queda constituida por un plazo de tres años a contar desde el día de hoy (día del otorgamiento de la escritura constitutiva que es el 8 de septiembre de 1988), es evidente que estamos ante un claro supuesto de fijación de un plazo de vigencia del derecho real de garantía, de modo que éste ha quedado extinguido el 8 de septiembre de 1991 si en ese instante no se había iniciado su ejecución; y este resultado no puede ser desconocido por el hecho de que en el título constitutivo de la hipoteca no se hubiere reflejado la fecha de vencimiento de la propia obligación asegurada; si por hipótesis esta última fecha, en cuanto a alguno de los

créditos garantizados, fuera posterior a ese 8 de septiembre de 1991, lo único que ocurrirá es que la hipoteca no llegaría respecto a ellos a cumplir ordinariamente con plenitud su específica finalidad de garantía, pero de ahí no se sigue que por la posibilidad de tal hipótesis y para evitar ese resultado deba ponerse en entredicho la categórica previsión negocial sobre la duración y momento extintivo de la garantía configurada.

Ahora bien, lo anterior no implica que en el caso debatido, una vez vencido el plazo estipulado, deba aplicarse inequívocamente el régimen cancelatorio previsto en el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria para los supuestos en que la extinción del derecho resulta del propio título inscrito, toda vez que restaría por acreditar que no se ha iniciado la ejecución hipotecaria en dicho plazo; y aunque es cierto que dicha ejecución debe reflejarse registralmente (ya a través de la nota de los arts 131.4 LH y 236.6 RH, ya por medio de la anotación de embargo y posterior nota previstas en los arts. 1.447 y 1.489 LEC y 143 RH), no lo es menos que entre el inicio de la ejecución *stricto sensu* y su reflejo registral hay un lapso temporal de duración indeterminada (vid. arts. 131, reglas 2.ª y 4.ª LH; 236.a) y b) RH y 1.439 y siguientes LEC), de modo que de la inexistencia del reflejo registral no puede deducirse la no iniciación de la ejecución hipotecaria. Es más, podría incluso ocurrir que la ejecución hipotecaria se desarrollara íntegramente sin el adecuado reflejo registral y no por ello quedaría excluida necesariamente su validez ni habría de rechazarse inexcusablemente la inscripción del remate alcanzado. Por ello sería conveniente, a fin de facilitar la cancelación, que al tiempo de fijar el plazo de duración de la hipoteca se estipulase igualmente un margen temporal, a contar desde el término de aquél, para el reflejo registral de inicio de la ejecución, de modo que una vez transcurrido éste sin que dicho reflejo se hubiera producido, pudiera cancelarse la hipoteca por simple solicitud del propietario gravado.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores considerandos.

COMENTARIOS CRÍTICOS

Los problemas que suscitan los hechos básicos de esta Resolución gran en torno a la aplicación o no del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y del artículo 174 de su Reglamento. Es decir, que estamos ante la solicitud de una cancelación sobre la base de un derecho extinguido cuya extinción emana del título que sirvió para la práctica de la inscripción de dicho derecho. Prescindiendo aquí de si este medio es o supone una *excepción* a la regla general de que las inscripciones sólo se cancelan por decisión judicial o consentimiento del titular de ellas, pues no creo que tenga gran trascendencia el que se califique de tal, ya que la interpretación restrictiva de toda excepción supone previamente saber si el supuesto encaja o no en la letra y espíritu del precepto.

Sin embargo, entiendo que es más importante deslindar una serie de figuras que podrían aportar alguna luz a la decisión final del problema. Me estoy refiriendo a las figuras de la «caducidad», «prescripción», «plazo preclusivo», el «no uso», la «prescripción inmemorial», etc. Mientras que la prescripción supone —al decir de CASTÁN— o lleva consigo la finalidad de dar por extinguido un derecho que por no haber sido ejercitado debe considerarse abandonado, la caducidad es la fijación del tiempo durante el cual el derecho puede ser ejercitado útilmente; el plazo preclusivo es prácticamente semejante a la figura

de la caducidad, aunque no faltan autores que consideran que la caducidad se aplica a derechos que han llegado a nacer y tener vida, mientras que el plazo preclusivo supone la frustración de un derecho que no ha llegado a nacer. El «no uso» se refiere a la falta de aprovechamiento del valor económico de algo que el Derecho nos autoriza a aprovechar. Margino la prescripción inmemorial que en el supuesto no entra en juego.

Planteadas así las premisas del caso, se hace necesario saber las diferentes posturas adoptadas por las dos partes —recurrente y Registrador— intervinientes, para luego desembocar en el criterio mantenido por el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia y de la Dirección General. Ello nos lleva a las siguientes distinciones:

A) POSICIÓN REGISTRAL

El Registrador en su ^{Q.} nota no puede ser más preciso: en la escritura existe una confusión «entre el momento en que surge el ejercicio de la acción hipotecaria y su caducidad». En las alegaciones que hace frente al recurrente se plantea el tema de si puede cancelarse por caducidad una hipoteca que tenía señalado un plazo para su vencimiento. Es claro que, en base de principio de especialidad, se necesita la fijación de un plazo de duración para la hipoteca como imprescindible para todo derecho real de garantía. Muy distinto era el caso de la Resolución de 31 de julio de 1989, en el que se garantizaba una deuda exigible desde el momento de la constitución de la garantía, para la que se establecía un plazo de vigencia, mientras que aquí se limitan las partes a fijar un plazo de duración de la hipoteca como imprescindible en todo derecho real.

Además de esos lógicos razonamientos añade otros forzado por la situación de los hechos, de los que resulta que la hipoteca estaba embargada a favor de un tercero que no puede verse perjudicado por la pasividad del acreedor. Concluye que el legislador parece establecer para los derechos reales la institución de la «prescripción» más que la de la «caducidad».

B) POSICIÓN DEL RECURRENTE

Para el recurrente la figura que se pacta en la escritura es la de «una hipoteca a término resolutorio», aunque reconoce que de ciertos documentos —no tenidos en cuenta en la calificación por no haberse presentado en su momento oportuno— resulta que unos créditos resultaban vencidos antes de la fecha puesta para la vida de la hipoteca y otros después del plazo. Su tesis es que el plazo fijado en la escritura es de «caducidad» y no de «iniciación» de la acción hipotecaria. La brevedad con la que se nos ofrecen los argumentos de esta parte recurrente no permite mayores comentarios, pues consecuente con la idea expuesta es evidente que el que embarga la hipoteca debe quedar sometido a las condiciones establecidas para la misma, caso de que la configuración del supuesto fuera la sostenida por el recurrente.

C) POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

El auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia —con un loable criterio— entiende que no puede admitirse la tesis del recurrente y no parece

aplicable la doctrina que se deduce del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria. Admitir la cancelación de la hipoteca con crédito pendiente de pago haría inevitable cancelar la del embargo y dejar sin eficacia el mismo.

La Dirección General alude a la dificultad para interpretar el señalamiento del plazo, ya que puede ser un plazo de duración de la hipoteca misma con el alcance de que vencido el mismo queda totalmente extinguido el derecho real de hipoteca o si se trata de señalar el margen temporal en que debe surgir la obligación para que quede garantizado con la hipoteca, lo cual permite el ejercicio de la acción hipotecaria una vez nacida la obligación, salvo que hubiera prescrito, aun cuando haya vencido aquél.

Para el Centro Directivo el caso que contempla la escritura es «un plazo de vigencia del derecho real de garantía», de modo que llegado el momento fijado queda extinguida la hipoteca «salvo que en ese momento no se hubiese iniciado el ejercicio de la acción hipotecaria o su ejecución. Es evidente que respecto de los créditos posteriores en fecha de vencimiento la hipoteca no llegaría a cumplir ordinariamente con plenitud su específica finalidad de garantía.

Ante la imposibilidad de saber y acreditar si estaba en marcha el procedimiento de ejecución, aunque dicha ejecución deba reflejarse registralmente, es evidente que puede existir sin ese reflejo y ello impide deducir la inexistencia de la ejecución. Por todo ello, y algún otro argumento más, la Dirección General niega la aplicación del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, aunque advierte que para solventar esos dudosos casos sería conveniente que en la escritura se fijase un plazo para que pudiera reflejarse registralmente la iniciación del procedimiento, de modo que una vez transcurrido el mismo sin que dicho reflejo se hubiese realizado, pudiera cancelarse la hipoteca por simple solicitud del propietario gravado.

Aunque la Dirección General da la razón al Registrador, no resuelve, sin embargo, si se trata de un plazo de caducidad o de prescripción y si la hipoteca puede constituirse sobre una obligación con vencimiento posterior a la fecha que señala su vigencia. Entiendo que habría que haber precisado los requisitos imprescindibles para que pueda constituirse una hipoteca en garantía de una obligación si ésta es futura, si debe ser o no exigible, etc. Ni que decir tiene que la solución de fijar un plazo para hacer constar en el Registro la iniciación de la ejecución va contra la letra y el espíritu del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que limita la voluntad de los interesados en orden a los trámites señalados por la Ley. La autonomía de la voluntad es un principio que siempre queda sometido a que no se pacte nada contrario a la Ley o prohibido por ella.

J. M.^a CH. O.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

POR ELENA MÚGICA ALCORTA

COMUNIDAD DE BIENES. «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE COSA ESENCIALMENTE INDIVISIBLE. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1995)

Hechos —Acción de división sobre un local destinado a bar cafetería.

Doctrina de la Sentencia.—Según reiterada doctrina, las apreciaciones sobre divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común son conceptos valorativos deducibles de hechos, dependiendo tales consideraciones no sólo de la indivisibilidad real o física, sino también de la jurídica, configurada ésta por resultar la cosa inservible para el uso a que se destina, por su normal desmerecimiento si se produce la división o por la organización de un gasto considerable en los partícipes.

Al no ser posible la división material o física del local litigioso, dada la indivisibilidad jurídica del mismo, para poder poner fin al condominio, si los condueños no se pusieren de acuerdo en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás o sobre la venta extrajudicial del mismo, habrá de procederse a su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiendo el precio, por partes iguales, entre los condueños (arts. 404 y 1 062 CC), lo que se efectuará en fase de ejecución de sentencia, a petición de cualquiera de las partes.

Comentario.—La doctrina jurisprudencial se complementa con la que afirma que la determinación de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común, o de su desmerecimiento por la división material, es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala de instancia, sólo impugnabile como error de esa naturaleza.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO ANTERIOR AL EMBARGO.—EMBARGO PREVENTIVO: FINALIDAD. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1995.)

Para que la tercera de dominio prospere no sólo ha de esgrimirse un título dominical válido, sino que la adquisición ha de ser cronológicamente anterior a la fecha del embargo.

El embargo preventivo está al servicio de una acción principal cuya ejecución trata de garantizar con la misma eficacia que si la sentencia se hubiera obtenido el mismo día de la traba, pero, naturalmente, cuando la sentencia llega y es condenatoria, nada aconseja que se alce, pues firme la sentencia, puede irse directamente a la vía del apremio de ejecución por transformación.

HIPOTECA: EXTENSION OBJETIVA.—ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS DE IDENTIFICACION DE LA COSA Y DE POSESION DEL DEMANDADO. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1995.)

Hechos.—Unos locales fueron hipotecados con pacto de extensión de la garantía a todos los bienes y derechos relacionados en los artículos 110 y 111 LH. Sobre dichos locales se instalaron unos negocios de cafetería y sala de fiestas, que posteriormente fueron cerrados. Algunos años después tuvo lugar la ejecución hipotecaria y consiguiente adjudicación de fincas. Los deudores reivindican ahora los bienes muebles, instalaciones y negocio o industria existentes en los locales.

Doctrina de la Sentencia.—Por pacto y por disposición legal, los bienes muebles e instalaciones que en los locales hipotecados pudiera haber, se entiende que formaban parte de la hipoteca, conjuntamente con la finca urbana que era su objeto principal.

La reivindicación de los bienes muebles resulta improcedente, pues no se ha justificado su identificación ni la posesión por el tercero (requisitos de la acción reivindicatoria); y para el supuesto de que pudieran haber existido, fueron legítimamente adjudicados con la finca como extensión objetiva de la misma. La reivindicación del negocio o industria debe seguir el mismo destino adverso, pues ni se ha identificado su existencia y actividad, ni pueden existir éstas sin el soporte físico del local.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: NOTIFICACION DE LA SUBASTA AL DEUDOR.—REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1995.)

Hechos —La notificación de la subasta al deudor se produjo por correo con acuse de recibo, sin dar fe el Secretario en los autos del contenido del sobre remitido; pero el deudor compareció en las actuaciones para solicitar la entrega del resto del precio rematado.

Doctrina de la Sentencia.—Tal comparecencia produjo la subsanación de la inicial notificación defectuosa; por omisión de dación de fe del Secretario del contenido del sobre remitido (art. 279, párrafo 2.º, LEC).

Los artículos 238.3.º y 240.1 LOPJ requieren, al igual que lo hacen los artículos 1.692.3.º y 1.693 LEC, la concurrencia de una efectiva indefensión

para que tenga lugar la nulidad de los actos procesales practicados con ausencia de los requisitos indispensables prevenidos legalmente, factor el indicado que no es posible apreciar en el caso concreto en el deudor, en razón a no haber inscrito a su tiempo en el Registro de la Propiedad su correspondiente título adquisitivo, ya que al respecto el hipotecario artículo 32 establece la falta de perjuicio para tercero en relación con los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro, con lo cual es evidente que el perjuicio que hubiera sufrido aquel sólo a él podría atribuirse, pues de haber actuado de otro modo la existencia del procedimiento se le hubiera notificado en aras de lo dispuesto en las reglas 3.ª y 5.ª del artículo 131 LH. Se proyecta al caso de autos la doctrina jurisprudencial constitucional que afirma que corresponde a las partes intervinientes en el proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia razonablemente exigible

PROPIEDAD HORIZONTAL: DERECHO EXCLUSIVO DE USO SOBRE ELEMENTOS COMUNES.—TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS.—FE PÚBLICA REGISTRAL: PRESUPUESTOS PARA LA APLICACION DEL ARTICULO 34.—USUCAPION ORDINARIA: REQUISITOS DE POSESION, JUSTO TITULO Y BUENA FE. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1995.)

Hechos.—En escritura de obra nueva y configuración de propiedad horizontal otorgada por el promotor-constructor del edificio se atribuyó al propietario de determinada vivienda, como anejo, el uso exclusivo de las terrazas. Otro propietario alega haber adquirido el derecho al uso por usucapión *contra tabulas*.

Doctrina de la Sentencia—Reúne los requisitos del tercero hipotecario el adquirente de buena fe del derecho al uso exclusivo de las terrazas, de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitírselo (el promotor-constructor) y que también inscribió su derecho en el Registro. Pero no es necesario acudir a la figura del tercero hipotecario para mantenerle en la adquisición cuando no ha sido anulado, ni resuelto, el derecho del transmitente, ni se ha declarado la existencia de otra persona con mejor derecho al uso de las repetidas terrazas.

Para que pueda producirse la usucapión ordinaria de bienes inmuebles o de derechos reales sobre los mismos se requiere justo título y buena fe, requisitos que no concurren respecto del derecho real al uso de las terrazas en los compradores de pisos a quienes en las respectivas escrituras públicas no les fue transmitido aquel. El tiempo que el constructor-promotor poseyera las terrazas no puede ser computado a efectos de usucapión *contra tabulas* del derecho al uso de las terrazas, pues esa posesión la tuvo en pleno dominio en su calidad de promotor de la construcción.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS.—INTERPRETACION DE LAS NORMAS JURIDICAS: ELEMENTOS SOCIOLOGICOS (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995.)

El problema jurídico se centra en la naturaleza de las obras ejecutadas por un propietario y en la necesidad o no de autorización de la Junta. Los reves-

timientos marmóreos y variaciones en los huecos de la fachada principal son obras que alteran un elemento común y su realización lícita hubiera exigido acuerdo unánime de la Junta de propietarios (arts. 11 y 16, regla 1.ª, LPH). Lo mismo puede decirse de las obras realizadas en la fachada posterior (perforaciones del muro para chimenea, refrigeración y ventilación), que alteran la configuración y el estado exterior de la finca y necesitan previa autorización de los copropietarios (art. 7 LPH).

Por otra parte, no cabe invocar para legitimar las obras realizadas la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (art. 3.1 CC), la cual no supone la justificación del arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto.

PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995)

Hechos.—La Junta extraordinaria acuerda instar judicialmente la rectificación del título constitutivo, que fijaba las cuotas según la superficie construida de cada elemento, para adecuarlo al artículo 5.1.ª LPH tomando en consideración la superficie útil.

Doctrina de la Sentencia.—Dicho acuerdo no está sujeto a ningún régimen de unanimidad y es patente que recoge el sentir y voluntad de defender los derechos de los propietarios afectados por los errores técnicos que redundaron en jurídicos al insertarse en los títulos constitucionales de la comunidad, en detrimento económico de unos y enriquecimiento torticero de otros de los integrantes de aquella.

HIPOTECA: CLAUSULA DE PROHIBICION DE ARRENDAR.—EJECUCION HIPOTECARIA DE VIVIENDA ARRENDADA Y RETRACTO ARRENDATICIO URBANO. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995)

Hechos.—En la escritura de constitución de hipoteca sobre varias fincas el prestatario hipotecante se obligaba a no formalizar contratos de arrendamiento a favor de persona alguna sin autorización expresa y escrita del acreedor. Tramitado procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, fueron adjudicados una vivienda y el garaje anejo al acreedor. Intentada la toma de posesión, no se consiguió por la existencia de arrendatarios, en virtud de contrato posterior a la hipoteca. El arrendatario requirió por carta y en demanda de conciliación todos los datos pertinentes (*ex* arts. 47 y 48 LAU de 24 de diciembre de 1964), que no se le notificaron y de los que tuvo finalmente conocimiento por certificación registral.

Doctrina de la Sentencia.—No habiéndose notificado al arrendatario después de la adjudicación los datos que son pertinentes a tenor de los artículos 47 y 48 LAU y que se pedían por carta, así como por las demandas de actos de conciliación reseñadas, lo que es preciso, conforme a la unanimidad de la doctrina, no puede establecerse la extemporaneidad y caducidad de la acción de retracto, toda vez que ni en el Registro de la Propiedad había constancia de ello puesto que el auto de adjudicación no tuvo acceso al mismo. Como por

el propio retrayente se reconoce, le vincula la certificación registral por la que tuvo conocimiento de la enajenación en pública subasta

Cuestión aparte es el problema del incumplimiento del contrato de hipoteca por el anterior dueño, que constituyó hipoteca con obligación aneja de no arrendar, porque ello afecta a las relaciones obligacionales entre dicho dueño y el prestamista y en punto al arrendatario no le vincula por no ser parte y regir el principio jurídico «res inter alios acta nobis, nec nocet, nec prodest».

TERCERO HIPOTECARIO: NO ESTA PROTEGIDO FRENTE A LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA. (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1995)

Esta Sentencia sustituye y es idéntica a la de 20 de octubre de 1994, que fue declarada nula (comentada en esta REVISTA en el núm. 631, pág. 2244).

SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE LUCES Y VISTAS: CONSTITUCION (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1995.)

Representando siempre las servidumbres limitaciones al derecho de propiedad, el que alega su existencia debe probar el título suficiente o la prescripción justificativa de su adquisición legal

Tal como se aperturó, la ventana del pleito permite tanto el paso de la luz como llevar a cabo vistas rectas sobre el inmueble contiguo, con proyección a constituir estado permanencial y definitivo, que es limitativo de los derechos de edificación y preservación de la fiscalización ajena, con clara infracción del artículo 582 CC, precepto cuya finalidad es proteger la propiedad del vecino de soportar todo gravamen que no le venga impuesto o lo consienta expresamente.

PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO POSESORIO.—HIPOTECA: EXTENSION OBJETIVA RESPECTO DE FRUTOS PIGNORADOS SIN DESPLAZAMIENTO POSESORIO.—PRIORIDAD REGISTRAL. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1995)

Hechos.—Respecto de una misma finca, y por orden cronológico de su constitución, concurren: primero, una prenda sin desplazamiento de posesión sobre la cosecha de cebada —no sobre todos los frutos de la finca, que son más: alfalfa, pastos, girasol— en 1984; segundo, hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a los frutos; tercero, prenda sin desplazamiento sobre frutos pendientes y cosechas esperadas en 1985.

Doctrina de la Sentencia —Al constituirse la hipoteca inmobiliaria, la obligación garantizada con la primera prenda sin desplazamiento, no de los frutos de la finca, sino sobre la cosecha de cebada esperada en 1984, no era óbice alguno para la eficacia del pacto de extensión a todos los frutos, que sólo abarca a los que existan en el momento del vencimiento y no era incompatible respecto a otros frutos.

En el caso planteado, goza de preferencia el pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria sobre la última prenda sin desplazamiento

COMUNIDAD DE BIENES: ACTOS DE DISPOSICION SOBRE LA CUOTA. «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE FINCA DE PREHORIZONTALIDAD. (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1995.)

Hechos.—Un comunero vende participaciones concretadas en diversas plantas de un inmueble, que figura en el Registro de la Propiedad como solar. Los adquirentes ejercitan la *actio communi dividundo*.

Doctrina de la Sentencia.—El comunero, a falta de pacto acreca de la indivisión, en su condición de dueño, puede disponer de su cuota en cuanto forma parte del acervo patrimonial que le es propio, pudiendo transmitirla a otro sin limitación, en el estado en que se encuentra la cosa en el momento en que se produzca el desplazamiento patrimonial, aunque no exista concordancia física con la jurídico-registral, otorgándose tan sólo al resto de titulares la posibilidad de tantear o retraer si les interesase.

El objeto de las ventas en el supuesto debatido, pese a referirse a la teórica cuota del comunero transmitente, comprendía también una concreción física que venía materializada por una planta del edificio construido, y todo ello tenía como vocación final una división en régimen de propiedad horizontal.

La acción divisoria debe prosperar y la disolución de la propiedad indivisa llevarse a término mediante la normativa de la horizontalidad, constituyéndose el nuevo dominio bajo el expresado régimen y procediéndose a la adjudicación según lo convenido. No se puede limitar a solo la división del solar el ejercicio de la *actio communi dividundo* sin accesión a lo construido, frente a la voluntad manifiesta de los interesados que han querido vender su participación en el solar y en lo construido sobre el mismo.

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACION POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1995.)

Hechos.—La comunidad de propietarios, representada por su Presidente, ejercita acción en reclamación de la responsabilidad derivada de incumplimiento contractual, por los defectos constructivos, no ruínógenos, que afectan tanto a los elementos comunes como a los privativos.

Doctrina de la Sentencia.—Reitera la doctrina según la cual las facultades representativas del Presidente de la comunidad de propietarios, conforme al artículo 12.1 LPH, se extiende a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen, pues sólo así se evitan procesos con innumerables personas a todas las cuales puede representar el Presidente.

«TRADITIO» INSTRUMENTAL. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1995.)

Hechos.—Escritura pública de venta de una vivienda en la que el arrendatario renunció al arrendamiento concertado sobre la misma.

Doctrina de la Sentencia —La equivalencia entre tradición y otorgamiento de escritura preceptuada en el artículo 1.462, párrafo 2.º, Código Civil, no opera cuando el vendedor no tiene la posesión a título de dueño de la cosa, pero no obsta a la equivalencia que la posesión, en su vertiente directa o de hecho, corresponda a otra persona en virtud de un derecho concedido por el vendedor, siempre y cuando así se haya hecho saber al comprador, a menos que se haya vendido la cosa como libre, en cuyo caso no puede entenderse cumplida la entrega porque no se hace en la forma pactada. Tampoco operará la equivalencia cuando de la propia escritura (exclusivamente de ella, de acuerdo con el Texto Legal) resultare o se dedujere claramente lo contrario, es decir, de un modo indubitado. Ninguno de estos obstáculos concurren en el litigio y, en consecuencia, no hay incumplimiento por la parte vendedora de su obligación de entrega.

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACION POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 1995.)

A los Presidentes de las comunidades de propietarios, ante la carencia de personalidad jurídica inherente a estas agrupaciones, les asiste la facultad de representar a la comunidad en juicio y fuera del mismo, tratándose de una representación orgánica, otorgada con carácter especial por la LPH y que lleva implícita la de todos los cotitulares del edificio, por lo que la voluntad del Presidente se proyecta al exterior como voluntad de la comunidad, y consecuentemente, de las plurales integrantes de la misma. Los Presidentes están perfectamente legitimados para plantear reclamaciones por obras defectuosas tanto que afecten a los elementos comunes como a los privativos.

CONTRATO DE CESION DE BIENES A TITULO ONEROSO CON CONTRAPRESTACION DIFERIDA.—ADQUISICION DEL DOMINIO. EN COMPRAVENTA DE COSA FUTURA.—CAPACIDAD PARA HIPOTECAR.—BUENA FE: PRESUNCION.—LEGITIMIDAD Y FE PUBLICA REGISTRAL.—PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: LEGITIMACION PARA INSTAR LA NULIDAD. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1995)

Hechos.—Se cedió un solar a cambio de locales a construir en el mismo. La constructora, una cooperativa de viviendas, hipotecó el inmueble. Los cedentes pretenden la nulidad de la hipoteca —por haberla constituido quien no tenía la libre disposición de los bienes hipotecados— y del procedimiento judicial sumario derivado de aquélla —por defectuosa publicación de edictos.

Doctrina de la Sentencia.—A la Sala de instancia le corresponde la calificación de los contratos, y su criterio prevalece en casación, salvo que sea arbitrario, absurdo o ilegal. En uso de sus facultades, la Audiencia calificó la adquisición de elementos a construir por la cooperativa como compraventa de cosa futura, que no transmite, en consecuencia, la propiedad de los mismos por no existir tradición real, ni ninguna otra de las admitidas en derecho, y en consecuencia la titular registral a título de dueño podrá hipotecar el inmueble y después distribuir el gravamen entre los distintos pisos, como es «procedimiento usual en la adquisición de solares», para construir con financiación hipotecaria.

La buena fe se presume (en el acreedor hipotecario)

El acreedor hipotecario contrató con titular registral del asiento vigente; mientras no se acredite el carácter de contrato nulo hay que estar a la presunción de exactitud registral y al principio de publicidad y de protección a los terceros que confían en el Registro.

En el procedimiento judicial sumario no hubo defectos en la publicación de los edictos. Además, tales supuestos defectos procesales podría haberlos puesto de manifiesto la ejecutada, cooperativa de viviendas, y no el pretendido titular de los locales, a quien la Sentencia le niega la condición de propietario.

Comentario.—Distinta fue la solución en la Sentencia de 18 de mayo de 1994, que declaró: «La inscripción en el Registro de la Propiedad refuerza la concurrencia de la *traditio*, en su proyección *de ficta*, al no existir en el contrato nada en contrario (art. 1.462 CC); «No se infringen los principios de legitimación y fe pública registral por la declaración de nulidad de la adjudicación inscrita cuando previamente las viviendas y garajes aparecen inscritos con específica concreción dominical en favor de los cedentes del solar».

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1995.)

Hechos.—Cerramiento por el propietario de un local comercial configurado en la escritura de declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal como «superficie abierta» y «destinado a diferentes locales comerciales mediante posterior división».

Doctrina de la Sentencia—Si todo local comercial, en cuanto elemento privativo del edificio, ha de reunir las imprescindibles condiciones que viabilicen la efectiva y real utilización exclusiva por su propietario, resulta indudable que la primaria y esencial de tales condiciones es la del cerramiento del mismo, que lo aisle del exterior e impida el indiscriminado uso de dicho bajo por personas que carecen de derecho al expresado uso. El propietario no sólo no ha alterado los elementos comunes ni la configuración del inmueble, sino que se ha limitado a ejercitar un elemental derecho que ya le venía reconocido por el propio título constitutivo y que, además, es total y absolutamente imprescindible para el adecuado uso del expresado elemento privativo, cuya propiedad exclusiva le pertenece.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES.—IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1995)

Hechos.—La escritura de obra nueva y propiedad horizontal autoriza a los propietarios de las plantas baja y entreplanta a hacer en ellas divisiones, segregaciones, agregaciones y agrupaciones, reajustando los coeficientes particulares, sin necesidad de consentimiento de los restantes propietarios. La Junta acuerda autorizar las obras, iniciadas por el propietario de un local, que suponen la prolongación de la plataforma o haya vinculada a la planta baja hasta la fachada del edificio y la consiguiente construcción de un nuevo tramo

de forjado. Otro propietario disidente insta la nulidad del acuerdo por carecer del requisito de la unanimidad.

Doctrina de la Sentencia.—Las obras ejecutadas afectan a los pilares y forjado existentes, así como a la cimentación, y suponen un cambio en la esencia o cualidades de la cosa, con alteración de la estructura y fábrica del edificio, por lo que no pudieron ser aprobadas por la Junta de propietarios sin el voto unánime de sus miembros.

Cuando el propietario disconforme con el acuerdo no quiera combatir de modo directo las alteraciones de un comunero en elementos comunes y opte por impugnar el acuerdo por carecer del requisito de la unanimidad, basta citar a la comunidad de propietarios y no es obligado demandar a todos los comuneros.

HIPOTECA SOBRE INMUEBLE ADQUIRIDO POR COMPRAVENTA: LA GARANTIA DEL ARTICULO 1.483 CC. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1995.)

Hechos.—Compraventa de finca en documento privado sin manifestar la existencia de una hipoteca anterior y obligándose el vendedor a la evicción y saneamiento

Doctrina de la Sentencia.—No obsta a la aplicación del artículo 1.483 CC que la carga pudiera ser conocida por el comprador al figurar inscrita en el Registro de la Propiedad, porque existe el pacto expreso por el que el vendedor se obliga a la evicción y saneamiento; en otras palabras, porque la parte vendedora, a sabiendas de la existencia de la carga y de que era pública la posibilidad de su conocimiento, contrae la antedicha obligación.

USUCAPION: DE BIENES PATRIMONIALES DEL ESTADO POR DESAFECTACION TACITA CONTRA TABULAS. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1995.)

Hechos.—En 1947 el Estado adquirió por expropiación forzosa las fincas litigiosas, pero nunca las destinó al servicio público para el que se afectaron.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien el artículo 132.1 de la Constitución establece que la Ley regulará la desafectación de los bienes de dominio público, y los artículos 120 y 121 de la Ley de Patrimonio del Estado, Texto Articulado de 15 de abril de 1964, regulan la desafectación expresa de bienes que no sean precisos al uso general o a los servicios públicos, no existe objeción alguna a la posibilidad de la desafectación tácita en casos como el debatido.

Habiéndose producido tal desafectación con anterioridad a la Ley citada, rige el principio *tempus regit actum* o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que se ofrezcan inequívoco carácter retroactivo

Ya que se había producido la desafectación, las fincas habían perdido su condición de *extra commercium* y, por ende, eran susceptibles de usucapión.

Aun cuando el Estado, adquirente por expropiación forzosa de las fincas en debate, tendría la condición de tercero con arreglo al artículo 34 LH, habría

de prevalecer frente a él la prescripción adquisitiva consumada anteriormente por concurrir el supuesto a) y, en su caso, el b) del artículo 36 LH.

DOBLE INMATRICULACION: APLICACION DE LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL PURO. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1995)

Para los supuestos de doble inmatriculación, se reproducen los siguientes principios, deducidos de la jurisprudencia por la sentencia recurrida:

- 1.º No se pueden dar fórmulas genéricas aplicables a todos los casos.
- 2.º Procede atender primeramente a las normas de Derecho Civil, con prevalencia sobre las de Derecho Hipotecario, dando preferencia a la titulación material sobre la formal.
- 3.º La preferencia entre dos títulos inscritos debe buscarse en el título civil originario de la adquisición, es decir, alguno de los enumerados en el artículo 609 CC.
- 4.º Sólo cuando no pueda determinarse la preferencia con arreglo a la norma de Derecho Civil se acudirá a los principios registrales que puedan servir para completar o reforzar las titulaciones, añadiendo un soporte suplementario.

Igualmente, se admite el criterio de la Audiencia, que partió de una preferencia de titulación en favor de uno de los litigantes, por no haber probado el otro la posesión en concepto de dueño apta para la prescripción adquisitiva.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO Y REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA —ACCION DE DESLINDE: SIMULTANEA A LA REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La petición de declaración y consiguiente reivindicación de dominio sobre un exceso de cabida no consignado en el Registro comporta divergencia registral y extrarregistral, duda de linderos y, en definitiva, ausencia de identificación necesaria para que se estime tanto la acción reivindicatoria como la meramente declarativa.

La reivindicación puede ir precedida del deslinde, o éste puede ser instado acumuladamente a la reivindicación, la cual, naturalmente, comporta la prueba del dominio de toda la porción reivindicada.

Comentario.—Recordemos cómo la Sentencia de 16 de diciembre de 1993 permitió el ejercicio de la acción de deslinde en juicio declarativo y simultáneamente a la de declaración de dominio, sin exigirse la plena identificación de la cosa en su realidad física.

RETRACTO DE COMUNEROS: REQUISITO DE CONSIGNACION (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1995.)

La consignación que exige el artículo 1.618.2.º LEC para dar curso a la demanda de retracto no puede tenerse por cumplida mediante aval bancario, pues el aval no es un medio de pago de realización inmediata e, incluso, se halla

rechazado por la norma citada que permite el «afianzamiento» únicamente cuando el precio no es conocido, pero impone la «consignación» en otro caso.

LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL NO AMPARA LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1995.)

La presunción de exactitud registral que ampara el artículo 38 LH cubre únicamente los datos jurídicos, no las circunstancias de mero hecho, como la extensión, linderos, etc., de la finca hipotecada.

COMUNIDAD DE BIENES: ACTOS DE DISPOSICION.—FE PUBLICA REGISTRAL.—EJECUCION DE HIPOTECA POR ACREEDOR SOLIDARIO. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1995.)

Hechos.—La ejecución de la hipoteca por uno de los acreedores solidarios concluyó por adjudicación exclusivamente al mismo de las fincas hipotecadas, estableciéndose —según declaró la Sentencia recurrida, que no fue atacada en este punto— un condominio o copropiedad entre los acreedores solidarios. Posteriormente, el adjudicatario otorgó por sí solo ventas de las fincas, algunas de las cuales se inscribieron en el Registro de la Propiedad.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 397 CC exige el consentimiento de todos los condóminos para los actos de enajenación de la cosa común, por lo que surge para el comunero que aparecía como titular registral de los bienes la obligación de indemnizar los daños y perjuicios al haber sido adquiridos los bienes por terceros protegidos por la fe pública registral.

El acreedor ejecutante realizó un acto perjudicial para los demás acreedores que determina la obligación de reparar el perjuicio causado al amparo de los artículos 1.141, párrafo 1º, y 1.143, párrafo 2º, Código Civil, ya que pudo y debió solicitar la adjudicación de los bienes al quedar desiertas la primera y la segunda subastas y no esperar a la celebración de una tercera subasta sin sujeción a tipo, en la que el precio obtenido en el remate no es suficiente para reintegrar a cada cotitular la parte que le corresponde.

Comentario.—En supuestos como el presente cobra interés la prudente posición sostenida por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, pág. 115: «El problema no es ya de ejercicio de la acción hipotecaria por cualquiera de los acreedores solidarios, sino del destino del dinero obtenido en la subasta y la necesidad de consentimiento a los demás acreedores para que se pueda cancelar la hipoteca que tienen inscrita a su favor».

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: NOTIFICACION DE LA SUBASTA AL DEUDOR. (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1995.)

Hechos.—La notificación para el señalamiento de las subastas se intentó en el domicilio señalado en la escritura de préstamo hipotecario y no en la finca subastada.

Doctrina de la Sentencia.—La redacción imperativa del párrafo final de la regla 7.ª del artículo 131 LH no autoriza al Juez a suplirla por ningún otro medio de comunicación admitido en Derecho ni a prescindir de ella en el caso de no haber sido posible llevar a efecto la notificación personal en el domicilio del apremiado, ni a entender, tampoco, que semejante formalidad tuviera carácter accidental en términos comparativos con lo previsto en la regla 3.ª (el requerimiento de pago al deudor), pues tanto una como otra, e igual cabe decir respecto a los demás requerimientos y notificaciones que contempla el artículo 131, tienen categoría de requisitos esenciales en orden a la tramitación del procedimiento para el que sirven, cuya regulación, a través del conjunto de reglas que la integran, no sólo obedece a una mejor realización de los créditos hipotecarios, sino también a un propósito de conseguir una adecuada y efectiva protección de los intereses de los deudores. El concepto y significación de deudor protegible no es por dable limitarle al estrictamente hipotecario, al hacerse extensivo a aquellas otras personas designadas en el artículo 131, concretamente a las que apareciesen en la certificación registral con una inscripción de dominio o de posesión a su favor y a los acreedores posteriores; y en este orden de cosas no puede dejar de reconocerse al rematante en subasta derivada de otro procedimiento de ejecución hipotecaria (al que no le fue expedido el auto aprobando el remate y a cuyo favor tampoco se produjo la adjudicación formal) y la condición de poseedor material y *de facto* del inmueble subastado.

La omisión del trámite no sólo representó una infracción procedimental, sino un vicio esencial respecto a las garantías todas que han de presidir el desarrollo del procedimiento judicial sumario, por lo que procede la declaración de nulidad de la subasta con retroacción de las actuaciones al momento procesal anterior.

**RETRACTO DE COMUNEROS: PROCEDENTE EN SUBASTA JUDICIAL.—
COMPUTO DE PLAZO.—ADQUISICION DEL DOMINIO: EN VENTA JUDICIAL.** (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1995.)

No cabe entender limitado el retracto a las adquisiciones derivadas del contrato de compraventa, con rechazo de las efectuadas en el curso de una subasta judicial, no sólo porque estas segundas ofrezcan respecto a las primeras notoria semejanza, sino debido principalmente a la correlación sustancial que existe entre los efectos y consecuencias de las adquisiciones verificadas por uno u otro mecanismo.

Con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace del rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o *facta* al no ser *numerus clausus* la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1.462.2.º a 1.464 CC, por lo que la acción de retracto, en caso de subasta judicial, nace desde la celebración de dicha subasta, con aprobación del remate y adjudicación al rematante de la finca subastada, siempre, claro es, que el retrayente haya tenido conocimiento exacto de la subasta y de las condiciones de la misma.

El día inicial del cómputo del plazo de los nueve días exigido en el artículo 1.524 CC, desde un punto de vista material, está supeditado al conocimiento

que de la venta hubiera tenido el retrayente, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal que abarque no sólo al hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. No puede hacerse depender el conocimiento de la posibilidad de que el retrayente pudiera haber tenido acceso a las actuaciones judiciales que originaron la subasta.

COMUNIDAD DE BIENES· EN MANO COMUN. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1995.)

Hechos —Se constituyó sobre una zona de era, silo y ejidos, «una propiedad indivisible, en mano común, para el servicio de la explotación, y sólo por el acuerdo unánime de todos los copropietarios de. . cinco fincas... podía cambiar de destino o de extensión». Los propietarios acordaron unánimemente la segregación de ciertas porciones del terreno objeto de la comunidad y su atribución a uno de los comuneros.

Doctrina de la Sentencia.—Se trata, tal y como se califica por los otorgantes, de una comunidad en mano común, no sometida en su regulación a las normas del Título III del Libro II del CC que tratan de «la comunidad de bienes», sino a la voluntad de los comuneros y caracterizada por la indivisibilidad del objeto y la inexistencia de cuotas de participación y de la acción de división.

Regida esta comunidad por la voluntad de las partes, la reducción de la extensión del terreno objeto de la misma, mediante la segregación de ciertas porciones y su atribución a uno de los comuneros, no puede calificarse de donación, sino como acto de disposición sobre parte de la cosa común realizado por todos los comuneros, no siendo necesario el otorgamiento de escritura pública para la validez de tal acto.

SERVIDUMBRES· REQUISITO DE AJENIDAD DE LA COSA.—HIPOTECA· EXTENSION OBJETIVA. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1995.)

Hechos.—El propietario de una finca rústica instaló, con la debida autorización administrativa, un aeródromo privado y posteriormente hipotecó el inmueble con pacto de extensión «a los objetos muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada y a todas las mejoras, edificaciones y obras de todas clases que existan o en adelante se realicen sobre todo o parte de la finca hipotecada».

Seguido procedimiento de ejecución hipotecaria, fue adjudicada la finca rústica con todas las edificaciones e instalaciones existentes en la misma. El anterior propietario pide la declaración de una supuesta servidumbre aeronáutica.

Doctrina de la Sentencia —Los artículos 51 a 54 LNA de 21 de julio de 1960 se refieren exclusivamente a las servidumbres que, por razón de la navegación aérea, han de soportar los terrenos, construcciones e instalaciones que circundan los aeropuertos, aeródromos y ayudas a la navegación (cuya imposición y delimitación corresponde, efectivamente, a la Administración), pero no contemplan en modo alguno ningún tipo de servidumbre que sobre el mismo

aeródromo pueda corresponder a su titular, pues las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por servidumbre alguna («nemini res sua servit iure servitutis»). El hecho de la pérdida de la propiedad de la finca a virtud de la ejecución de la hipoteca que sobre la misma se había constituido no puede determinar el nacimiento de la servidumbre aeronáutica.

Las edificaciones e instalaciones integradoras del aeródromo han de entenderse comprendidas en los amplios términos del pacto de extensión de la hipoteca.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: VENTANAS Y HUECOS ANTERIORES AL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1995.)

La legislación precedente al CC no limitaba en modo alguno la facultad de abrir huecos en pared propia, por lo que no hay acción para impedir que las ventanas y huecos con antigüedad anterior al CC estén abiertos ni para exigir que sean cerrados; si bien tales luces o vistas no constituyen derecho de servidumbre y pueden ser cerrados construyendo pared contigua a la que tenga el hueco o ventana.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONTRIBUCION A LOS GASTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1995.)

La discrepancia de la corrección o exactitud de las cuotas de participación, en los términos expuestos en el artículo 5 LPH, no puede ser motivo suficiente para justificar una actitud pasiva de rehusar en el pago de los gastos comunes, por lo que el comunero, en una elemental conducta de diligencia participativa, debía, tras satisfacer las cantidades reclamadas, haber instado, a través de la vía correspondiente, e incluso hasta con el cauce reconvenicional, la petición de que las cuotas se acomodasen a lo preceptivamente expuesto en el artículo 5 citado.

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION DE ESTATUTOS. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1995.)

Los supuestos de variación o alteración de normas o reglas estatutarias aparecen contemplados de manera especial en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, en sus artículos 3.b) y 16.1.

COMUNIDAD DE BIENES: ORIGEN CONVENCIONAL. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1995.)

Hechos.—Los titulares de varias fincas encomendaron a una promotora la construcción de un edificio, acordando para las viviendas resultantes un régimen jurídico de comunidades de bienes.

Doctrina de la Sentencia.—Pueden los propietarios libremente, en uso de la facultad de disponer y obligarse, contraer el vínculo generador de la comunidad.

COMUNIDAD DE BIENES: ALTERACIONES EN LA COSA COMUN. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1995.)

Hechos.—Construcción por un comunero de pajar y cochera sobre solar común.

Doctrina de la Sentencia.—Si las aludidas obras las ejecutó el comunero sin haber obtenido el consentimiento previo de los otros copropietarios, es evidente que dichas obras, en cuanto entrañaban una alteración sustancial de las cosas comunes, fueron realizadas en contravención de lo preceptuado en el artículo 397 CC, que exige el consentimiento unánime y, por supuesto, previo de todos los condueños. Pero como tales obras fueron realizadas a la vista, ciencia y paciencia de los otros copropietarios, los cuales no se opusieron a la ejecución de las mismas, se admite la conclusión establecida por la Sentencia recurrida de que ambas partes actuaron con mala fe y sus respectivos derechos se compensan.

TERCERÍA DE DOMINIO: NATURALEZA.—SUPUESTO EN QUE NO ES UNA ACCIÓN CONTRADICTORIA DEL DOMINIO INSCRITO.—LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD REGISTRAL PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1995.)

La acción de tercería de dominio, que presenta innegable semejanza con la reivindicatoria, tiende, de modo especial, a sustraer de un procedimiento de apremio bienes no ya pertenecientes al patrimonio del ejecutado, toda vez que los bienes que han de responder de las deudas contraídas son sólo los que realmente se encuentran incorporados a dicho patrimonio en el momento de ejercitarse la acción para el cobro de aquéllas, por lo que ha de protegerse al tercerista cuando justifica su mejor derecho dominical sobre los bienes embargados por medio de cualquiera de las pruebas admitidas en Derecho.

La tercería de dominio ejercitada, con su naturaleza similar a la acción reivindicatoria, no contradice el contenido del Registro, puesto que es palmario que, precisamente apoyándose en el contenido registral de su predecesor en el dominio, debidamente inscrito, es como se estructura, en cuanto el documento privado que constata la adquisición tiene su fundamento en un título inscrito y no contradice título alguno de esa clase.

El artículo 38 LH no sienta más que una presunción *uris tantum* que puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

Comentario.—Ya la Sentencia de 25 de abril de 1949, en el supuesto de ejercicio de acción reivindicatoria por el adquirente en documento privado contra el titular inscrito, entendió que «lejos de impugnarse el derecho de dominio registrador se parte de él en la Sentencia recurrida para estimar que la titular del mismo y demandada lo transmitió al demandante en virtud de un posterior contrato de compraventa que requiere una inscripción nueva que siga a la que antecede sin ser contradictoria con ésta»

SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE PASO: CONSTITUCION. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1995.)

Probado el dominio de las fincas que se pretenden gravadas, al que alega la existencia del gravamen, incumbe probar su existencia, ya que toda propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario y la servidumbre de paso, como discontinua, sólo puede adquirirse a virtud de título, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, por sentencia firme o por destino del padre de familia (arts. 539, 540 y 541 CC), ninguno de cuyos supuestos concurre en el caso debatido.

ACCION DECLARATIVA DE LA INEXISTENCIA DE UN CAMINO PUBLICO QUE ATRAVIESA LA FINCA DEL ACTOR: BASTA DEMANDAR AL AYUNTAMIENTO.—LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION «IURIS TANTUM» DE EXACTITUD DE LOS LINDEROS. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1995.)

Cuando lo que se niega en el proceso es la naturaleza pública o demanial de un camino, el único que puede resultar directamente afectado o perjudicado por la Sentencia que se dicte y, por ende, el único que ha de ser llamado al proceso como demandado es el órgano administrativo al que corresponde o puede corresponder la titularidad del discutido camino público, no las indeterminadas e ignotas personas que pudieran transitar por él, no en virtud de titularidad de servidumbre alguna de paso entre particulares, sino por el mero carácter de vía pública, si lo tuviera, del expresado camino.

Figurando en la descripción registral como lindero de diversas parcelas o pertenecidos determinado camino público, el cual desde remotos tiempos se viene utilizando como camino público, de índole carretil, la Sentencia de 27 de marzo de 1995 y para el mismo supuesto de autos declaró, aunque con carácter de presunción *iuris tantum*, la naturaleza pública del camino, declaración a la cual ha de estarse por así imponerlo la santidad de la cosa juzgada

PROPIEDAD HORIZONTAL: URBANIZACIONES, ESTATUTOS Y REGLAMENTOS DEL REGIMEN INTERIOR.—IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1995.)

Se admite, en el caso de las urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios, pero hallándose ambas sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento —a falta de una regulación específica de la segunda— al régimen de la LPH, sin que exista inconveniente legal ni jurisprudencial en admitir que la defensa de aquellos intereses comunitarios que, por extravasar los propios y exclusivos de cada edificio, afecten a la generalidad o a una gran mayoría de los componentes del conjunto urbanístico pueda asumirla la expresada comunidad de la urbanización.

Cuando atañe a las fachadas constituye competencia de cada bloque, tanto respecto al cerramiento de las terrazas como a los tendedores que no modifiquen la parte exterior, trasteros y dobles ventanas, implicando cuanto se refiere a terrazas y trasteros alteración de cosas comunes, que deben someterse a las normas sobre modificación del título constitutivo.

Existen dos clases de normas de muy distinto rango: unas, las contenidas en el título constitutivo de la propiedad y en los estatutos; y otras, integradas en el reglamento de régimen interior; para las primeras se exige la unanimidad —art. 16, regla 1.ª— y, en cambio, para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación —art. 16, regla 2.ª.

Son nulos los acuerdos de la Junta de Propietarios que no estén en el orden del día, aunque se adopten bajo la rúbrica de ruegos y preguntas (art. 15 LPH).

No produce la nulidad de los acuerdos el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16, regla 1.ª, párrafo 2.º, LPH, respecto a la notificación a los ausentes de modo fehaciente de los acuerdos adoptados, cuando ni se discute lo acordado ni se aduce la caducidad del artículo 16, regla 4.ª, párrafo 2.º. Y tampoco la falta de suscripción del acta por el Secretario si no consta que ninguno de los asistentes a la Junta negase haber prestado su consentimiento a los acuerdos tomados, como quiera que la LPH presenta un vacío en este aspecto formal —arts. 13 a 17.

COMUNIDAD DE BIENES: DIVISION DE LA COSA COMUN. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1995.)

Hechos.—En documento privado se declaró disuelta una sociedad civil irregular constituida para la explotación del negocio de bar-cafetería y quedaron dos de los antiguos socios como compradores del inmueble y del negocio, sin que conste que entre ambos se constituyese una nueva sociedad.

Doctrina de la Sentencia.—La situación se califica de comunidad de bienes sobre elementos de distinta naturaleza (inmueble, negocio de cafetería, elementos accesorios), que ha de regirse por los artículos 392 y siguientes CC. Consecuentemente, cada condómino puede pedir la división de la comunidad (art. 400), que se regirá por las reglas concernientes a la división de la herencia (art. 406).

E. M. D.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA

LAS OBLIGACIONES BAJO CONDICION SUSPENSIVA NO PRODUCEN LA PLENITUD DE SUS EFECTOS. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Atendido cuál era el suceso futuro e incierto del cual se hace depender el cumplimiento y existencia del contrato, la concesión al comprador por los organismos correspondientes de la licencia de edifica-

ción para la finca, tal condición ha de calificarse como suspensiva y no resolutoria; de ahí que no cumplido el evento que constitutía la condición suspensiva pactada, el contrato no alcanzó la plenitud de sus efectos, por lo que el comprador recurrente no podía pedir el cumplimiento del mismo. Es de señalar que las condiciones suspensivas, durante la fase o período del *pendet*, aunque en realidad ya la obligación 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, en la medida de lo posible, que en tanto la condición se cumpla pueda verse perjudicado en sus intereses, consecuencia de lo cual es que, cumplida la *conditio*, el contrato, negocio jurídico u obligación a ella sometido no solamente adquieren éstos su plenitud, sino que además y en virtud de lo prevenido en el artículo 1.114, en relación con los artículos 1.113.1 y 1.120.1, inciso 1.º, del Código Civil, esos plenos efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato, negocio jurídico u obligación.

**LOS TRIBUNALES DEBEN SUBSANAR LAS DEFICIENCIAS QUE ADVIER-
TAN. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1995.)**

Doctrina de la Sentencia.—Aunque las partes tienen que ser las primeras interesadas en actuar de manera ajustada a Ley y emplear la debida diligencia en la enmienda de los yerros que padezcan, en materia de presupuestos y requisitos procesales incumbe a los Tribunales un fundamental deber de procurar la subsanación de las deficiencias que adviertan, imperando, además, categóricamente por el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ordena a los Jueces y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectivo consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, que resuelvan siempre sobre las pretensiones que se les formulen.

Enseña la jurisprudencia de esta Sala como oportunidades de subsanación, a estos efectos, que tras las novedades introducidas en la regulación del juicio de menor cuantía en el acto de la comparecencia pueden y deben sanearse estas carencias. Pero en lo que concierne a la excepción dilatoria, esta Sala mantiene un criterio consolidado, plenamente antiformalista. Así, la Sentencia de 15 de marzo de 1993 declara que es doctrina reiterada que el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo ha de ser interpretado conforme a los criterios contenidos en el artículo 3.1 CC, y la jurisprudencia ha venido declarando que aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento en que aquélla viene a sustituir a éste, identificándose su finalidad y efectos.

INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACION. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El cumplimiento defectuoso previsto en el artículo 1.101.4.º CC radica en la idea de que ese deudor incumple por contravenir el tenor de la obligación, esto es, el apartamiento del rito o tipicidad prestacional: se cumple, pero no se cumple en todos sus aspectos la prestación convenida: es la *SCHLECHESLEISTUNG* del Derecho alemán.

MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en Derecho y no manifestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disenteble o respecto de ella puedan formularse reparos, habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decida, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vayan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional.

LA PRESUNCION DE GANANCIALIDAD QUE ESTABLEZCA EL ARTICULO 1 407 DEL CODIGO CIVIL EN SU ANTERIOR REDACCION SOLO PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA PLENA Y FEHACIENTE. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1995.)

Hechos.—Doña D., casada en gananciales con don S., adquirió unas fincas, y las inscribió en el Registro en el año 1976, manifestando don S. que eran parafernales. Falleció don S. sin descendencia de su matrimonio con doña D., pero con un hijo de su anterior matrimonio. El hijo impugna el carácter parafernial de las fincas y la demanda prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Con arreglo a la presunción de ganancialidad que establecía el artículo 1.407 del Código Civil en su anterior redacción, que es la aquí aplicable (por lo demás coincidente con el ahora vigente art. 1.361), y a la jurisprudencia interpretadora del primero de dichos preceptos, los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio (como éste, como es obvio, esté sometido al régimen legal de gananciales) tienen presuntivamente naturaleza ganancial, cuya presunción *iuris tantum* sólo puede ser desvirtuada mediante una prueba plena y fehaciente del carácter privativo de los bienes, sin que baste para ello el reconocimiento por el otro cónyuge del expresado carácter (SS. de esta Sala del 7 julio 1933 y 10 noviembre 1986, entre otras).

Aunque fuera aplicable a este supuesto litigioso, que no lo es, el vigente artículo 1.324 CC (introducido por la Ley 11/1981 e inexistente en la normativa anterior que es la aplicable), cuyo precepto es el que tiene en cuenta la Sentencia recurrida, como quiera que el actor, en su calidad de heredero forzoso, puede impugnar la referida manifestación de parafernalidad hecha por su padre y causante, por cuanto la misma perjudica ostensiblemente sus derechos legítimos, es evidente que una vez impugnada dicha manifestación tendría la demandada que haber probado de manera plena y fehaciente que tales bienes fueron adquiridos con dinero privativo suyo al recaer sobre ella el *onus probandi* sobre dicho extremo.

LIBERTAD DE FORMAS EN EL AFIANZAMIENTO DE DEUDAS. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El afianzamiento alcanza estado jurídico de negocio garantizador del efectivo pago correspondiente del precio establecido en el contrato principal, con suficiente autonomía propia contractual.

El afianzamiento de deudas puede llevarse a cabo por cualquiera de las formas que admite el Código Civil, y así proceden tanto las garantías personales como las reales, teniendo naturaleza adicional al traer su causa de otro contrato precedente e inicial que se proyecta sobre el afianzamiento concertado, pero que no impide que se desarrolle con autonomía cuando así las partes lo convienen y hace difuminar la nota de accesoriedad que supone necesaria subordinación al contrato principal en cuanto a su exigibilidad independiente de éste, no sucediendo respecto a su extinción, ya que si se paga la deuda afianzada trasfiere sus efectos al contrato inicial.

LAS PROHIBICIONES IMPUESTAS EN LOS ESTATUTOS SOLO PERJUDICAN A TERCERO SI CONSTAN EN EL REGISTRO. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—En desarrollo de la norma del artículo 3.2 del Código Civil, la jurisprudencia, previniendo un posible exceso en la aplicación de la equidad, ha establecido que la Ley debe mandarlo expresamente, concediendo al Juez discrecionalidad o facultad de decidir según la equidad, evitando así los peligros que podrían derivarse en la interpretación de la Ley por una excesiva inclinación a esa cláusula general de equidad.

Toda limitación a la propiedad individual ha de interpretarse de modo restrictivo, y por tanto la jurisprudencia, al interpretar el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, tiene establecido que para que las prohibiciones y limitaciones que los estatutos establezcan puedan perjudicar a tercero, deberán constar inscritas en el Registro de la Propiedad.

INAPLICABILIDAD DE LA PRESCRIPCION TRIENAL A LOS CONTRATISTAS DE OBRAS. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La prescripción no es de justicia intrínseca y por ello debe suscitar una interpretación rigorista.

Es inaplicable la prescripción trienal a los que contratan, obligándose a la ejecución de las construcciones con materiales propios y valiéndose de obremos supeditados a los mismos. La prescripción trienal guarda relación con los conceptos de honorarios o estipendios debidos y generados por una actividad directa y personal del sujeto que los devenga; mas si como en el caso ocurre el mayor componente del costo viene originado por pagos hechos en favor del dueño de la obra por actividades ajenas, aunque condicionados por la actividad propia del contratista como empresario, aquella razón desaparece, y en consecuencia no se puede aplicar la prescripción trienal.

LA COMUNICACION PROCESAL PRODUCE EFECTOS, AUNQUE TENGA IRREGULARIDADES, SI LA PARTE LLEGA AL CONOCIMIENTO DEL ACTO. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia —La finalidad de los actos de comunicación procesal consiste en llevar al conocimiento personal de los litigantes las decisiones y resoluciones judiciales a fin de que puedan adoptar la conducta procesal que consideren oportuna en defensa de sus derechos e intereses, buscando por ello, siempre que sea factible, el emplazamiento procesal como máxima garantía; pero producido tal conocimiento, ha de facilitarse la continuación del proceso; el emplazamiento judicial, por su parte, es un acto procesal de naturaleza mixta, componiéndose de un acto de comunicación en sentido estricto por el cual se notifica al destinatario la existencia de un proceso contra él y se le da traslado de la demanda, integrándose además por un acto de intimación, conminándole a realizar una determinada conducta, en el lapso de tiempo que se señala, para comparecer o personarse en dicho proceso, con la prevención de que de no realizarlo le parará el perjuicio a que hubiere lugar en Derecho; mas la sustancia y esencia de tales actos es que la parte tenga conocimiento de lo que sucede en el proceso, y si esto ocurre, aunque el acto de comunicación adoleciere de alguna irregularidad, debe producir plenos efectos, pues lo que no puede proteger el derecho es el desinterés, la pasividad o negligencia del interesado que adquirió, a pesar de un posible defecto de comunicación, conocimiento del acto o resolución judicial por otros medios distintos, supuesto en el que no puede alegar indefensión al depender su conducta, activa o pasiva, de su exclusiva conveniencia y acomodo.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: LA FRUSTRACION NO SE PRODUCE CUANDO HAY IMPEDIMENTOS URBANISTICOS NO DEFINITIVOS. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina consolidada de esta Sala es reiterada en exigir para que se produzca la resolución de las relaciones contractuales privadas, no precisamente una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo, sino la concurrencia de situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte justificación razonable alguna de su postura, por lo que basta que se dé una conducta, no saneada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó. La frustración no se produce cuando la causa que origina el incumplimiento no es atribuible directamente a las partes, y lo mismo sucede cuando inciden impedimentos urbanísticos y administrativos (SS. de 19 enero 1990 y 24 febrero 1993), que no son definitivos y que, de momento, no hacen al objeto del contrato totalmente inútil e inservible.

SOLIDARIDAD EN LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de esta Sala tiene declarado que aun cuando sea conveniente individualizar, en la medida de lo posible, las responsabilidades, tanto contractuales como extracontractuales, cuando esto no sea

posible y al objeto de evitar los perjuicios que de ello pudieran derivar para los afectados es de aplicar, al objeto de evitar problemas, el principio de solidaridad, consecuencia de lo cual resulta innecesario demandar a todos los posibles responsables habida cuenta lo dispuesto en el artículo 1.144 CC, siendo suficiente dirigir la acción contra alguno de ellos.

Es doctrina de esta Sala, con referencia al artículo 1.902 CC, que aun persitiendo su orientación culpabilista subjetiva, los avances de la ciencia y la técnica han originado una serie de máquinas y mecanismos que si bien beneficiosos en general para la sociedad, son a la vez fuente de considerables peligros, lo que ha conducido a una objetivación en mayor o menor medida, según sea el medio o el producto afectado, objetivación que cuando se trata del citado artículo 1.902 CC, se traduce en figuras tales como la inversión de la carga de la prueba.

EL CONTRATO DE CORRETAJE NO IMPLICA MANDATO A FAVOR DEL CORREDOR. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La esencia del contrato de mediación o corretaje radica en que el Corredor o mediador se obliga a poner en contacto a una persona (la que contrató sus servicios) con otra para que entre ellas puedan celebrar el contrato objeto de la mediación, sin que el referido contrato de corretaje entrañe, por sí solo y a falta de estipulación expresa en tal sentido, conferimiento de mandato alguno en favor del mediador o Corredor para que éste pueda actuar como representante o mandatario del que contrató sus servicios en el perfeccionamiento o celebración del contrato objeto del corretaje.

La ratificación tácita del mandato, a la que con invocación del artículo 1.727 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta se refiere el recurrente, presupone, por un lado, la existencia de un mandato en cuyo cumplimiento se haya extralimitado el mandatario, y por otro, que el mandante se aproveche de los actos celebrados por aquél con dicha extralimitación.

LAS CONDICIONES QUE SE IMPONGAN AL DONATARIO HAN DE REFLEJARSE EN LA ESCRITURA PUBLICA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Las condiciones que se imputen en la donación y que en la más depurada técnica civil y jurisprudencial conforman efectivas obligaciones para el donatario han de reflejarse convenientemente, pues se imponen y exigen necesaria precisión en la escritura pública, rigiendo normalmente la unidad del acto, ya que en otro caso sería imposible fijar la relación entre imposición de cargas y su cumplimiento, pues si aquéllas no se expresaron, difícilmente se presenta alcanzar su falta de observancia por el beneficiario del acto dispositivo.

De esta manera, cualquier acuerdo privado que pudiera incidir necesita en todo caso una prueba cumplida y determinante para posibilitar discutir sus consecuencias e incidencias a efectos revocativos.

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS PUEDE RESOLVERSE UNILATERALMENTE POR CUALQUIERA DE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1995)

Doctrina de la Sentencia.—No hay prueba alguna de los términos y duración del contrato, sino que la base fáctica acreditada es sencillamente la de una entidad recreativa que presta unos servicios a sus socios por el pago periódico de una cuota; en caso de impago de estas cuotas, la contraparte no tiene obligación alguna de prestar estos servicios, pues ello supondría un enriquecimiento injusto de los usuarios morosos.

El contrato de arrendamiento de servicios se encuadra en el grupo de contratos en que las relaciones tienen en cuenta el principio *intuitu personae*, y puede resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, de igual modo que el mandato, la comisión mercantil y tantos otros análogos.

Ninguna deducción lógica permite llegar a la conclusión que mantiene el recurso de que la situación de hecho acreditada haya de deducirse y perdurar hasta que les convenga su existencia a los recurrentes, imponiendo a la recurrida una especie de contrato de agarrotamiento o *Knebelungsvertrag*, según la técnica germánica.

SOLO EXISTE IRREVOCABILIDAD DEL MANDATO CUANDO HAY PACTO EXPRESO QUE SEA CONFORME CON SU FINALIDAD (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Sólo existe irrevocabilidad del mandato cuando existe pacto expreso que así lo establezca y siempre y cuando que tal pacto esté conforme con su finalidad (SS. de 26 de noviembre de 1991 y 24 de diciembre de 1993). No se puede contradecir ni desvirtuar la esencia negocial ni exigencia de cumplimiento del contrato principal sobre el que se proyecta la pretendida irrevocabilidad mandataria.

MITIGACION DE LOS EFECTOS DEL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NOT FIT MORA». (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El tradicional principio «in illiquidis not fit mora» exige en los actuales tiempos un adecuado replanteamiento en sus efectos, mitigando la rigidez y automatismo de su aplicación indiscriminada a todos los supuestos de no coincidencia de la cantidad que se demanda con la que se otorga en la Sentencia, en cuanto ésta no viene a constituir un derecho que se impone a los litigantes, sino a declarar derechos que asistían al acreedor y que sólo se concreta en su extensión cuantitativa, existiendo ya tal derecho. El acreedor no debe cargar con el detrimento patrimonial de no reconocerle los intereses correspondientes respecto a aquellas cantidades que integraban su haber como debitadas y acreditadas, conforme establece la resolución judicial, y sin perjuicio de tenerse en cuenta los distintos supuestos que puedan representarse como excepciones, especialidades o complejidades a la regla general que jurisprudencialmente se viene estableciendo, a fin de la cumplida satisfacción de los derechos de los acreedores y que conducen, en tales situaciones, a fijar los correspondientes intereses en relación al momento procesal de decisión-fallo que lo establezca como generantes de deuda.

LITISCONSORCIO PASIVO: DEBE ALEGARSE EN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina general de esta Sala la de que, aun cuando el actor es libre para llamar al pleito a quienes crea y entienda que deben estar presentes en el mismo, la relación jurídico-procesal que se inicia con la demanda y perfecciona con el emplazamiento en la litis del demandado tan sólo estará bien constituida cuando se haya dado la oportunidad de ser oídos a cuantos, por tener un interés directo en el pleito, puedan resultar afectados por lo fallado en el mismo, ya que en otro caso la resolución que en él recayere podría ocasionar indefensión a aquellos que, faltos de la oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniese, hubiesen de verse obligados a acatar lo resuelto, que opera sobre sus derechos e intereses; es igualmente doctrina de esta Sala que la forzosidad de este litisconsorcio pasivo puede y debe apreciarse por los órganos jurisdiccionales, incluso de oficio, en cualquiera de las fases del procedimiento, sin perjuicio de que esta última actuación judicial ha de ser adoptada con las debidas cautelas, para evitar que con ello se favorezcan las posturas dilatorias de quienes pudiendo y debiendo alegar el defecto litisconsorcial en la contestación de la demanda prefieren omitir su oposición procesal, que únicamente ponen de manifiesto en momentos posteriores.

EL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL NO ES APLICABLE A LA PERMUTA (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que el contrato de permuta se rige por las normas de la compraventa en todo lo que no alcancen las disposiciones especiales para aquel contrato, pero hay que entender, dada la autonomía jurídica de la permuta, contrato en la historia anterior a la compraventa, que tal aplicación de las normas de la compraventa lo será en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de la permuta.

Así, al no existir precio en la permuta, no son aplicables las normas reguladoras del precio en la compraventa, pues en aquélla no existe un precio en dinero o signo que lo represente, lo que implica que en la permuta ninguna de las partes está obligada a realizar una prestación dineraria; además y por lo mismo, no cabe en la permuta distinguir entre un vendedor y un comprador. Tampoco son aplicables a la permuta los preceptos sobre compraventa que se basen en aquella contraposición entre cosa y precio como respectivas prestaciones de las partes, y de ahí que el artículo 1.504, que estricta y expresamente se refiere solamente a la venta de bienes inmuebles y a la falta de pago del precio, no sea aplicable a la permuta. El criterio expuesto excluye, por lo tanto, aplicar a la permuta el requerimiento de resolución que el artículo 1.504 exige para la venta de bienes inmuebles.

ACCION DE RESCISION: EL PLAZO DE CUATRO AÑOS ES DE CADUCIDAD Y EMPEZARA A CONTAR DESDE LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO. (SENTENCIA DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.299 CC establece que «la acción para pedir la rescisión dura cuatro años», y tal plazo se ha entendido por la jurisprudencia como de caducidad, lo que se desprende de la locución emplea-

da «dura» y la naturaleza preclusiva del término, fijado para el ejercicio eficaz de un derecho, que decae por su no utilización, para dar fijeza a la propiedad y seguridad a las transacciones.

Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe: sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo otro recurso jurídico o medio legal para obtener la reparación del perjuicio. El concepto jurídico de fraudulento en un contrato de venta envuelve, además del engaño, el de insolvencia del vendedor y consiguientemente imposibilidad de cobrar su crédito el acreedor.

La condición de subsidiaria que tiene la acción rescisoria, según el artículo 1.294, no significa que pueda subsistir indefinidamente, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la celebración del acto rescindible, pues el de cuatro años señalado para el ejercicio de esta clase de acciones es el que el legislador ha estimado prudencialmente suficiente para el esclarecimiento del estado del deudor.

Se puede ejercitar la acción rescisoria desde el acto fraudulento, mas si el mismo se oculta desde el conocimiento, que como hablamos de «posibilidad legal» siempre sería desde la inscripción en el Registro, como *dies a quo* para realizar el cómputo de tal plazo de caducidad.

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL NO AUTORIZA A EXIGIR UN RAZONAMIENTO EXHAUSTIVO. (SENTENCIA DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica puede estimarse disintente o respecto de ella puedan formularse reparos.

Dicho derecho a la tutela judicial no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—TIENE LA ARRENDATARIA LA CUALIDAD DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA, SIN QUE SEA OBICE LA EDAD DE LA MISMA NI SU CONDICION DE JUBILADA. NO SE HA ACREDITADO QUE LA FINCA ARRENDADA ESTE EXCLUIDA DE LA LEGISLACION ESPECIAL (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Bilbao estimó la demanda y la Audiencia Provincial de la misma ciudad desestimó la apelación.

La casación no prospera. Se demuestra la condición de arrendataria de la demandante y sus antecesores, reuniendo la cualidad de profesional de la agricultura, aunque sea ayudada ocasionalmente por sus hijos, sin que sea óbice la edad de la misma ni su condición de jubilada. Por otra parte, no se ha acreditado que la finca arrendada pueda ser objeto de exclusión de la legislación especial por su calificación urbanística ni porque la misma hubiese alcanzado el valor prevenido en el artículo 7 LAR. Las certificaciones de la Diputación por su carácter administrativo carecen de virtualidad para servir de prueba contraria a los hechos que la resolución judicial reputa probados de que la arrendataria tiene el carácter de profesional de la agricultura.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SE HA DE APLICAR PARA FIJAR EL PRECIO EL ARTICULO 43 Y NO EL 39 DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA, YA QUE HA DE SER EL EQUIVALENTE ECONOMICO DEL BIEN QUE SE PIERDE, ES DECIR, EL QUE SEA SUFICIENTE PARA ADQUIRIR EN EL MERCADO OTRO ANALOGO AL QUE SALE DEL PATRIMONIO. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado de Guernica estimó plenamente la demanda y la Audiencia de Bilbao desestimó la apelación.

Triunfa la casación. En lugar de la aplicación del artículo 39 LEF que hacen las sentencias recurridas, el recurrente pide la del artículo 43 de la misma Ley que se ajusta más al valor verdadero de los bienes. El justo precio que se señala para la expropiación representa el equivalente económico del bien que se pierde, es decir, aquel que sea suficiente para adquirir en el mercado otro bien análogo al que sale del patrimonio, sin que quepa hablar para justificar la aplicación limitativa contraria del carácter social de la institución, pues éste se cumple suficientemente con facilitar el acceso a la propiedad en aquellos arrendamientos históricos en los que el transcurso del tiempo ha llegado a desdibujar los conceptos de propiedad y arrendamiento, pero de ninguna manera en proporcionar una jugosa ganancia al arrendatario protegido por la Ley en el único sentido de que pueda convertirse en propietario.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SE HA PROBADO LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ANTES DE 1935, POR LO QUE NO ES APLICABLE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY DE 1980. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado de Balaguer estimó la demanda y la Audiencia de Barcelona rechazó la apelación.

No se admite la casación. El contrato de arrendamiento de 1983 se extingue al finalizar el año agrícola de 1989. Nada del tenor de los contratos permite siquiera colegir que la relación contractual fuera anterior a 1935 y por ello no es preciso analizar si una aparcería cuya duración, salvo pacto, era una rotación de cultivo podía existir, por diversas renovaciones, hasta 1953. Si no existe arrendamiento anterior a 1935, perdido en la memoria, no cabe hablar de vio-

lación de una norma que lo exige como soporte de hecho de su aplicación. De la aparcería de 1953, con duración de treinta años convenida después en arrendamiento, que por variar el objeto y el precio de la renta comporta la novación extintiva de la relación contractual con la que es incompatible, sólo se desprende que el contrato de 1983 tenía la duración de seis años y no de veintinueve a la que se refiere la disposición transitoria 1.^a de la Ley de 1980, que sólo es aplicable a cultivadores personales, cualidad que tampoco estaba probada.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LOS DOCUMENTOS QUE SE APORTAN PARA JUSTIFICAR LA DEDICACION A LA AGRICULTURA Y CULTIVO PERSONAL DEL ARRENDATARIO NO SE REFIEREN AL RECURRENTE SINO A LA MADRE DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 2 de San Sebastián admite la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No prospera la casación. Los documentos que se aportan para probar la dedicación a la actividad agrícola y cultivo personal del arrendatario no se refieren al recurrente sino a la madre del actor, razón por la cual no pueden considerarse indubitadas e inequívocas en orden a desvirtuar la realidad fáctica declarada en relación con dicho hijo, que no ha acreditado la dedicación profesional en el ejercicio de las actividades agropecuarias, la ocupación en las mismas de una manera efectiva y los demás documentos, unos carecen de valor probatorio y otros están contradichos por otros elementos de prueba, como son la confesión del propio interesado y el reconocimiento judicial. En ningún caso se recoge en la sentencia recurrida que la subrogación se haya producido ni que el actor llevase la explotación del caserío, ya que de la confesión del actor se desprende un afectivo desconocimiento de la llevanza del caserío y que el actor no ha acreditado la dedicación profesional en el ejercicio de la actividad agropecuaria ni es cultivador personal, siendo imposible conceder al recurrente el derecho de acceso a la propiedad.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SE HA PROBADO LA CUALIDAD DE CULTIVADOR PERSONAL DEL ARRENDATARIO, HABIENDOSE EFECTUADO LA SUBROGACION CON TODOS LOS REQUISITOS QUE EXIGE LA LEY PARA EL ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1992)

El Juzgado de Guernica estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación, confirmando el derecho de acceso a la propiedad.

No triunfa la casación. Se plantea como cuestión nueva la negativa a reconocer la condición de arrendatario y cultivador de la finca del padre del actor, lo que choca con lo afirmado en el escrito de contestación a la demanda, en el que le reconocían como arrendatario y no a su hijo. Por lo que concierne a la condición de cultivador personal y profesional de la agricultura que ostenta el actor, ha sido suficientemente razonada y justificada documentalmente, y esta declaración fáctica no puede ser contradicha por unas simples manifestaciones de la parte recurrente sin apoyo documental alguno. La subrogación en la titularidad arrendaticia se operó concurriendo todos los requisitos que exige la Ley, por lo que está justificada la legitimación del actor para solicitar

el acceso a la propiedad de la finca. Tampoco se prueba que el valor en venta supere el doble del precio de otras fincas semejantes, lo que significaría la exclusión de la Ley especial.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESALOJO.—NO SE DA LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO URBANO CUANDO, TRATANDOSE DE ARRENDATARIOS SOLIDARIOS, UNO O VARIOS DE AQUELLOS QUEDAN FUERA DEL CONTRATO, QUE SUBSISTE PARA EL COARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 16 de Madrid desestimó la demanda por defectos formales, pero la Audiencia Provincial revocó en parte, rechazándolo por motivos de fondo.

No se admite la casación. En el contrato de arrendamiento se pactó que habría dos arrendatarios solidarios, autorizándose a incorporar en concepto de coarrendatarios a otras personas físicas y jurídicas que estimasen conveniente, estando referidos, en primer término, a unos arrendatarios y en caso de fallecimiento a sus herederos, de acuerdo con la LAU. Estos arrendatarios se desvinculan de la relación arrendaticia, desistiendo del arrendamiento, con acepción del arrendador, conforme expresan actas notariales, quedando el contrato afectante a la coarrendataria, una sociedad anónima. La solidaridad arrendaticia encaja en el artículo 1.137 CC sin que cree una situación de posible extinción del arrendamiento cuando dos de los tres arrendatarios se ponen voluntariamente fuera y queda sólo el tercero como ocupante del local arrendado. El recurrente prescinde del contrato y margina a la sociedad en su condición de coarrendatario, no respetando la situación aceptada durante muchos años. Los derechos irrenunciables alcanzan a todos los integrantes en la condición de arrendatarios, y por prohibirlo la Ley no pueden supeditarse los unos a los de otros y no habiendo renunciado a la prórroga que tiene la sociedad coarrendataria. En consecuencia, no procede la acción reivindicatoria ejercida por el propietario por tener ésta la cualidad de arrendatario y no sin título, a modo de detentador clandestino o en precario.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL NO USO DE LOCALES DESTINADOS A ALMACEN EQUIVALE AL CIERRE DE LOS LOCALES DE NEGOCIO. (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 7 de Zaragoza desestimó la demanda, pero triunfó la apelación de la Audiencia.

No se admite la casación. La Sala ha realizado una valoración conjunta de la prueba sin que pueda prevalecer una sobre otra. El hecho de que alguno de los locales no esté directamente al servicio del público no impide la aplicación de la causa tercera del artículo 62 LAU según reiterada jurisprudencia, que asimila el cierre al público al cese de la actividad a la que estaba contractualmente destinado. Así, la Sentencia de 14 de mayo de 1974 dice que el no uso de los locales destinados a almacén equivale al cierre del local del negocio. En el mismo sentido muchas otras, como las Sentencias de 27 de junio de 1964,

6 de marzo de 1965 y la de 25 de febrero de 1975. Por tanto, no siendo necesarios los locales para la actividad desarrollada en ellos, supone su cierre. Tampoco consta el consentimiento de los arrendadores a las obras realizadas por la arrendataria.

RETRACTO.—NO HA CADUCADO LA ACCION PORQUE LA ASISTENCIA A LAS CONVERSACIONES PRELIMINARES A LA VENTA NO SUPONEN QUE EL INQUILINO ADQUIERA PLENO CONOCIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Bilbao desestimó la demanda, pero la Audiencia estimó la apelación.

No se admite la casación. La primera instancia estimó que había caducado la acción, pero la Audiencia Provincial se plantea que el actor, al continuar en la posesión de la vivienda después de la separación conyugal con su esposa, pagando la renta a plena satisfacción de la propiedad, adquirió la condición de arrendatario y ocupante de la casa habitada y es el titular de la acción de retracto; y en cuanto a la caducidad, la asistencia a las conversaciones preliminares no supone que el inquilino adquiera el pleno conocimiento de las condiciones del contrato a que se refieren los artículos 47 y 48 LAU, por lo cual este pleno conocimiento únicamente puede tenerlo a partir de la fecha del emplazamiento para contestar al juicio de desahucio, que es la de 4 de diciembre de 1987, por lo que, presentada la demanda el 1 de febrero de 1988, procede estimar el retracto.

RESOLUCION DEL CONTRATO.—LA APLICACION DE LA CAUSA RESOLUTORIA NO EXIGE QUE LA SUSTITUCION DEL TITULAR ARRENDATARIO SEA TOTAL, YA QUE LA INTRODUCCION DE UN TERCERO EN COPARTICIPACION CON EL ARRENDATARIO ES SUFICIENTE PARA LA RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia confirmó la anterior.

No se admite la casación. En el contrato se decía que queda expresamente prohibida la cesión del arrendamiento que en el presente contrato se concierne, así como el traspaso y el subarriendo de todo o parte del local arrendado. El recurrente subarrendó a un grupo de médicos, que pasaban consulta en el local. Alega que se destinaba el local a clínica médica y no a vivienda, estando los médicos al servicio del arrendatario y mantienen sus consultas privadas en domicilios distintos. Es cierto que no se cambió el destino, pero una cosa es que los médicos tengan un domicilio a efectos fiscales y otra que los sujetos de dichos domicilios tengan o pasen sus consultas en otros diferentes, cobrando sus honorarios directamente de los pacientes, actividad profesional que no permite quedar amparados frente al arrendador según el contrato. Reiterada jurisprudencia dice que la sustitución del arrendatario por un tercero en el uso de la cosa arrendada, sin dar cumplimiento a los requisitos que la Ley previene para su validez, constituye causa para la resolución del contrato, sin que sea necesario precisar si tal sustitución constituye una cesión, traspaso o subarriendo. La aplicación de la causa resolutoria no exige que la sustitución

del titular arrendaticio sea total en relación con el local objeto del contrato, ya que la introducción en el local arrendado de una tercera persona, individual o jurídica, en coparticipación con el arrendatario es suficiente para la resolución del arrendamiento.

RETRACTO.—NO PROCEDE PORQUE EN REALIDAD SE TRATA DE UNA DONACION Y NO DE UNA COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Bilbao estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Se admite la casación. La propietaria vendió a su sobrino dos fincas, que después rectificó diciendo que en realidad era donación, lo que parece probado según la Sala de Instancia tratándose de un acto disimulado, constituyendo a continuación un usufructo vitalicio a favor de la transmitente. Como los artículos 47 y 48 LAU parten de la existencia de un contrato válido de venta sin la cual no es posible hablar de retracto ni de su ejercicio eficaz por el arrendatario. El contrato disimulado es conforme a Derecho cuando se justifica una causa lícita y en el que se cumplieron las formalidades legales del artículo 633 CC, siendo nula la compraventa con precio ficticio a lo que no obsta que se otorgase ante Notario, ya que el fedatario no testifica de la veracidad de las declaraciones de las partes, pues sólo da fe de que se hicieron esas declaraciones.

DECLARACION DE DERECHOS.—NO EXISTE LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA MATERIAL. NO ES POSIBLE LA RENOVACION DEL ARRENDAMIENTO PRIMITIVO PUES AQUEL QUEDO EXTINGUIDO SIN POSIBILIDAD DE REACTIVACION POR EL TRIUNFO DEL INTERDICTO. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Baracaldo no admitió la demanda por estimar la excepción de cosa juzgada material y la Audiencia Provincial confirmó.

Triunfa la casación. En 1981 se arrendó el servicio de bar y cafetería-restaurante de un hospital; privado de la posesión el arrendatario, interpuso un interdicto de recobrar la posesión que triunfó en la apelación. Después se interpuso demanda de desahucio por precario, que tuvo éxito. Los juicios de desahucio no producen los efectos de cosa juzgada del artículo 1.252 CC respecto a los ulteriores pleitos declarativos que puedan surgir entre los interesados porque al escapar su conocimiento del ámbito de aplicación de tales juicios carecen de la *eadem causa petendi* indispensable para la aplicabilidad de la presunción. La acción del segundo proceso se concretó a la renovación del arrendamiento formalizado en 1981, sin que las cuestiones planteadas en esta demanda pudieran ser objeto de alegación en el juicio de desahucio, y su solución no cabe plantearla más que en el declarativo. Aunque exista entre ambas pretensiones una identidad, como es la de revivir la relación arrendaticia que de manera efectiva se declaró extinguida en el proceso precedente, con lo cual se da lo exigido por el artículo 1.252 CC, no sucede lo mismo respecto a los elementos personales, ya que en el desahucio sólo eran parte los dos arrendatarios y no el «Insalud» que era el propietario. Esta quiebra en las personas origina la estimación de los motivos por aplicación indebida de dicho precepto del Código Civil. Entrando en el fondo de la cuestión, es indefendible

la demanda que entiende renovado el arrendamiento primitivo por otro nuevo, pues aquel quedó extinguido sin posibilidad de reactivación por el triunfo del interdicto, por lo que no procede reconocer al actor interés legítimo para accionar, ya que las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda son del todo incompatibles con la extinción de la inicial relación arrendaticia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PUEDE EJERCITAR POR SUBROGACION LA ACCION PREVISTA EN EL ARTICULO 19 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 7 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia confirmó la anterior. No se admite la casación. La Comunidad de Propietarios actúa ejercitando por subrogación la acción que correspondería al propietario para pedir el lanzamiento del ocupante, según el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que concurra una causa de resolución y el propietario no la ejercite.

C. R. R.

2. JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) ANONIMAS

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.—PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION, CONFORME AL ARTICULO 69 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS (DE 1951), ES NECESARIO QUE LOS ASISTENTES A LA JUNTA HAGAN CONSTAR SU OPOSICION A LOS ACUERDOS ADOPTADOS QUE IMPUGNAN. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Esta Sala tiene establecido que para que los accionistas que hubieren concurrido a la Junta se encuentren legitimados activamente para la impugnación de sus acuerdos, es requisito fundamental que los mismos «hubieren hecho constar su oposición al acuerdo impugnado» (SS. 8 junio 1981, 12 julio 1983, 25 noviembre 1985 y las en ella citadas, 9 mayo 1986, 15 y 30 abril 1988, 2 enero 1990 y 30 noviembre 1991)

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.—ADAPTACION DE LOS ESTATUTOS A LA LEY DE 1989 EL QUORUM DE LA DISPOSICION TRANSITORIA QUINTA ES APLICABLE EXCLUSIVAMENTE A LOS ARTICULOS REFERENTES A LA ADAPTACION. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1993.)

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR LESION A LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1994.)

La lesión a los intereses de la sociedad es requisito esencial y básico para que prospere una impugnación de acuerdos sociales según el artículo 67 (de la Ley de 1951), que se funde en infracciones legales o estatutarias

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.—CADUCIDAD DE LA ACCION: COMPUTO Y DIFERENCIAS ENTRE EL ARTICULO 68.1, INCISO SEGUNDO DE LA LEY DE 1951, Y EL 116.3 DE LA VIGENTE DE 1989 (TEXTO REFUNDIDO). REQUISITOS PARA LA JUNTA UNIVERSAL. TIPOS DE NULIDAD QUE CONTEMPLA EL CRITICABLE ARTICULO 115.3 DE LA VIGENTE LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS DE 1989. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1994.)

Admitida por ambas partes la aplicación a este proceso del Texto Refundido en 1989 de la Ley de Sociedades Anónimas, el problema radica en determinar cuándo deberá iniciarse el cómputo del año, si a partir de la inscripción del acuerdo impugnado en el Registro Mercantil o de la entrada en vigor de la nueva Ley.

Es de llamar la atención sobre un interesante a la par que trascendente aspecto. el de la diferencia existente a estos efectos entre el artículo 68.1, inciso segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, y el artículo 116.3 del vigente Texto Refundido, ya que mientras en aquel se decía al respecto de «la acción de impugnación de los acuerdos dentro del plazo de cuarenta días» que «Si éste (el acuerdo) *fuere objeto de inscripción en el Registro*, la impugnación podrá realizarse también...», en el 116.3 dicha frase ha sido sustituida por la de «... y si fueren inscribibles...» desde la fecha de su publicación en el *BORME*.

Además, es incuestionable la radical nulidad de la Junta Universal celebrada sin la presencia de alguno de los socios y, por ello, sin la presencia de todo el capital, conforme al artículo 99 de la Ley (de 1989), cuestión sobre la que la doctrina de esta Sala en las más bien escasas sentencias que se han pronunciado es coincidente con esta idea, cual acontece con la Sentencia de 14 de marzo de 1985 que, recogiendo el criterio sentado por la de 30 de noviembre de 1963, declara que los requisitos que la Ley sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas exige que se cumplan en las convocatorias de las Juntas, aunque referidos a lo largo de articulado, por modo general, a las ordinarias, han de entenderse exigidos también con idéntico rigor a las que tengan el carácter de extraordinarias; criterio que puede verse corroborado en orden a la concurrencia de todo el capital desembolsado en las de 30 de octubre de 1985, 6 de junio y 23 de octubre de 1987, así como 15 de diciembre de 1992.

A título de mera base exegética se indica la criticable redacción del artículo 115.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, puesta de relieve por la doctrina científica y hasta el presente momento no por la jurisprudencial al ser la primera vez que ante esta Sala se plantea; de cuya normal exégesis resulta la existencia de dos clases de tipos de modalidades: La radical, que surge cuando se trata de acuerdos contrarios a la Ley, y la relativa o anulabilidad, referida a los que «se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad».

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES —DERECHO TRANSITORIO. INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 119 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Notificadas las pretensiones deducidas a la demandada en 11 de octubre de 1989, mucho antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Sociedades Anónimas, al no disponer nada a estos efectos en sus normas transitorias, deben aplicarse las de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siéndolo el nuevo artículo 119 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas; es decir, las actuaciones promovidas antes de la entrada en vigor de la nueva Ley se continúan sustanciando por las normas vigentes al tiempo de su iniciación

AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL.—LA EXISTENCIA DE RESERVAS VOLUNTARIAS, AUN SUPERIORES AL AUMENTO ACORDADO, NO IMPIDE QUE ESTE SE HAGA CON APORTACIONES DINERARIAS Y NO CON CARGO A ELLAS. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1994.)

Según las Sentencias de 5 de mayo de 1972 y 11 de diciembre de 1976, no se infringe el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas (de 1951) si había mediado precedentemente la convocatoria de otra Junta (celebrada en 27 de abril) en la que el orden del día cita puntos ya tratados en la anterior convocatoria, aunque con diferencia de sentido y alcance, pero sobre la misma materia; demostrativo todo ello de que los socios no desconocían en modo alguno el asunto a tratar en la misma Junta (celebrada el 29 de mayo siguiente).

No se infringe el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas (de 1951) cuando las solicitadas en el acto de la Junta fueron contestadas verbalmente y con la deseada concreción, sin perjuicio de ampliar sus peticiones de información en su día.

La información, como dice la Sentencia de 13 de octubre de 1962, habrá de verificarse en forma y con tiempo suficiente para ser estudiada y comprobada en relación al volumen e importancia de los puntos oscuros. Todo ello sin dejar de prever que el derecho de aclaración o información que el artículo 65 propugna no puede servir para obstruir o paralizar la actividad social, sobreponiendo a los intereses sociales el particular de los accionistas que ejercitan el derecho de información (SS. de 26 de diciembre de 1969 y 5 de mayo de 1966)

DERECHO DE INFORMACION EN LA PROPIA JUNTA. SU ALCANCE Y EFECTOS. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1995.)

Muchas veces no es suficiente la frialdad matemática de la contabilidad y de la memoria para explicar la razón, el porqué y consecuencias de la actuación administrativa y gestora del Consejo de Administración, y de ahí que sea el artículo 112 el que impone un doble derecho de información y aclaración previo a la Junta y en la misma Junta, pues la claridad y transparencia son bases ineludibles del aval de la Junta a la gestión de los administradores de la sociedad (SS. de 2 de noviembre de 1993, *a contrario sensu*, y 29 de marzo de 1960, relativa a que las auditorías —entonces los censores de cuentas— no eximen

del deber de proporcionar todos los datos por parte de los administradores; la de 2 de junio de 1976; la de 29 de enero de 1962, según la que ha de ponderarse la información suministrada y sus circunstancias, como son las relevantísimas del caso de autos; la de 10 de octubre de 1962, en la que se establece que se cumple el derecho de información cuando se contestan las preguntas; la de 2 de julio de 1953, en que se declara que su omisión es causa de nulidad radical y de pleno derecho cuando no se pliega la Administración al deber informativo; y la de 8 de octubre de 1975, según la cual sólo son nulos los acuerdos cuya adopción tendrfa que basarse en los datos omitidos por falta de información o que contribuyan en alguna medida a la suficiente formación de juicio para poder emitir un voto con conocimiento de causa en el extremo del orden del día a que se refiera el dato o datos cuya información se solicita y es denegada).

IDENTIDAD DE DENOMINACIONES PREFERENCIA. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1994.)

Cumplido el trámite de la certificación negativa y en uso de la reserva de su derecho de denominación social, una sociedad otorgó escritura de constitución en fecha 13 de mayo de 1988, inscribiéndose en el Registro Mercantil el 10 de junio siguiente, en tanto que otra sociedad se formó a medio de escritura de 16 de mayo de 1988 con igual nombre (salvo la palabra *Promociones*, en singular en la primera, es decir, *Promoción*), causando inscripción registral el 16 de junio de 1988.

Si bien en la fase de formación de las sociedades no plantearon conflicto de identidad social, pues no existían como tales sociedades, sí surge cuando las mismas alcanzaron personalidad jurídica dejando atrás el período de gestión, ya que las certificaciones expedidas por el Registro General de Sociedades Mercantiles no justifican la preexistencia de las sociedades, pues no habían nacido al mundo del Derecho, con lo que carecían de efectiva existencia jurídica, como es exigencia del artículo 2, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas. Es entonces cuando se prohíbe la adopción y el uso de denominaciones idénticas, tanto respecto a sociedades en funcionamiento como cuando preexiste una y se proyecta formar otra u otras con posterioridad. En esta línea interpretativa ha de entenderse el último párrafo del artículo 144 del Reglamento del Registro Civil (*sic*, debe querer decir Mercantil, de 14 de diciembre de 1956), que prohíbe la inscripción de cualquier sociedad con razón o denominación social similar o coincidente a la de otra compañía preexistente también inscrita, pues la inscripción a que se refiere es la formal, consecuente del otorgamiento a la necesaria escritura pública y cumplimiento de las formalidades legales exigidas, lo que no cabe confundir con la mera certificación negativa, en cuanto se configura como trámite presocial, ni con la reserva del derecho a utilizar la denominación social que se aporta, la que sólo opera con temporalidad y a efectos de evitar inscripciones coincidentes en los nombres sociales para que las sociedades, una vez debidamente formadas, puedan coexistir pacíficamente sin interferencias o confusiones nominales.

Ambas sociedades se constituyeron con las denominaciones sociales que les fueron reservadas, las que respetaron y a las que se sujetaron, y ha sido una vez efectuada dicha constitución formal cuando la situación conflictiva aflora al darse la identidad que la sentencia de apelación establece concurrente y que se proyecta necesariamente sobre dichas compañías una vez debidamente for-

madras y no sobre los actos simplemente prologales, alcanzando la prioridad y protección a la primera que se constituyó notarialmente y obtuvo inscripción registral.

COMENTARIO: La Resolución de la DGRN de 2 de septiembre de 1982, recordando las de 16 de septiembre de 1958, 14 de mayo y 4 de diciembre de 1968, estimó suficientemente diferenciadora la variación de una sola letra en el nombre de dos sociedades.

El actual Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996 (recogiendo la normativa del de 29 de diciembre de 1989), en la Sección 2.ª, capítulo III del título III, artículos 398-408, se ocupa de «La composición y denominación de las sociedades y demás entidades inscribibles», siendo específicos en el tema tratado los artículos 407, «Prohibición de identidad», y 408, «Concepto de identidad», preceptos que estimo sustituyen a la Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 1968 («BOE» del día 25), Resolución emanada del Servicio del Sistema Registral, Inmobiliario y Mercantil y no referente a Recursos Gubernativos.

CLASES DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SEGUN LOS ARTICULOS 79-81 DE LA LEY (DE 1951) (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1994.)

En cuestión de exigencia de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas, la Ley de 17 de julio de 1951 establece tres clases de acciones: a) La que corresponde a la sociedad, previo acuerdo de la Junta general, al resultar el patrimonio social directamente afectado; b) La que se atribuye a los socios que representen, al menos, la décima parte del capital social, para el supuesto de que la Junta general acuerde transigir o renunciar al ejercicio de la acción, en cuyo caso deberá entablarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha del acuerdo (arts. 79 y 80), y c) La acción personal y directa que el artículo 81 otorga a cada socio y también a los terceros por actos de los administradores que lesionen concretamente sus intereses.

La responsabilidad de los administradores está perfectamente recogida en los citados artículos 79 y 80, pero su exigencia obliga a cumplir presupuestos ineludibles para que alcance efectividad y resulte acomodada a la necesaria lealtad contractual y social que debe concurrir, máxime cuando se trata de administrador único.

La apreciación de culpa o negligencia grave por no actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante legal, no incidiendo en conductas maliciosas o negligentes graves —con lo que ya se está excluyendo las leyes (art. 144 CCom.)—, abusivas de facultades, dice el artículo 79, para generar responsabilidades debe contar con la convincente y cumplida prueba, tanto de la causación del daño que se reclama como de la acción u omisión gravemente culpable en adecuada relación causal (SS. de 11 de octubre de 1991, 21 de mayo y 16 de junio de 1992 y 25 de mayo de 1993, entre otras).

SOCIEDAD IRREGULAR.—CONTRATO PRIVADO DE SOCIEDAD, CON CLAUSULA DE CONSTITUCION EN SOCIEDAD ANONIMA PRECONTRATO. EFECTOS. (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1995.)

Los interesados celebraron contrato privado de constitución de sociedad, determinando su nombre y objeto social, fijando el domicilio, de duración

indefinida; en el resto de las estipulaciones se establecían los demás requisitos necesarios, y en la cláusula duodécima que «los socios se obligan a otorgar escritura pública de constitución de una sociedad anónima que sustituya a la constituida en forma irregular por el presente documento privado y a hacer todo lo necesario para lograr su inscripción en el Registro Mercantil, con el fin de que la sociedad tenga personalidad jurídica, siempre que así lo solicite la mayoría de los socios de la compañía».

Demandada una socia por los demás socios al cumplimiento del contrato, el Tribunal Supremo entiende que existe una obligación de hacer, pero no de carácter personalísimo, por lo que en caso de negarse la condenada al cumplimiento su voluntad puede ser sustituida por el Juez. Y ello porque las obligaciones nacen de los contratos, el artículo 1.091 contiene la norma sancionadora del principio de autonomía de la voluntad, respeto y obediencia a los pactos, el *pacta sunt servanda* dentro de los límites de autonomía de la voluntad marcados por los artículos 1.255 y 1.258; nada hay contrario a las leyes, a la moral o al orden público; el artículo 1.279 otorga a las partes la facultad de exigir que se llene la forma del contrato, en el que concurren todos los requisitos necesarios para su validez, es decir, consentimiento, objeto y causa, siendo la escritura pública mera reproducción de lo pactado o, al menos, con la simple aclaración de lo contenido en los Estatutos, que también entienden aceptados por la demandada, de manera que, repetimos, el otorgamiento de la escritura pública no constituye una obligación de hacer de carácter personalísimo y, caso de que se niegue a su otorgamiento, puede ser sustituida por el Juez dado que el contrato ya es perfecto, sin que existan dudas u oscuridades, y es que, en definitiva, nos encontramos ante un precontrato cuyo objeto es la celebración de otro futuro (la sociedad anónima), el proyectado, cuyo cumplimiento puede exigirse directamente al haber quedado determinados en el precontrato de manera total y completa todos los elementos y circunstancias de aquél, según doctrina jurisprudencial reiterada y constante desde el año 1950, por ello de ociosa cita.

EFICACIA DE LAS ESCRITURAS DE CONSTITUCION DE SOCIEDAD ANTES DE SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1995.)

No se puede desconocer la eficacia de las escrituras públicas de constitución de las sociedades antes de su inscripción en el Registro Mercantil y que les atribuye especial personalidad jurídica (art. 6 LSA de 17 de julio de 1951). La referida escritura tiene plenos efectos internos entre los socios, conforme a los artículos 1.254 y 1.257 del Código Civil, pues expresa un contrato social del que surge un ente distinto a las personas que lo conforman e integran. Pero junto a los efectos *ad intra* no cabe desconocer los efectos *ad extra* respecto a terceros que contratan con la sociedad, teniéndola en cuenta como tal, al conocer y contar con suficiente información de su existencia, en razón a su acceso o aportación de la escritura de constitución al negocio concertado, que es acreditativo de la existencia como realidad que se impone y no cabe desconocer, de una sociedad constituida por la libre conjunción de voluntades de sus integrantes y pendientes sólo del requisito de inscripción registral, de acreditada condición formal.

No se puede hablar en estos casos de una situación de semipersonalidad jurídica, sino más bien de personalidad controlada o condicionada a los su-

puestos que se dejan dichos y que no ha sido aún resuelta legalmente en forma decidida, pues el artículo 7 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas supedita la validez de estos contratos a la aceptación ratificadora de la sociedad en el plazo de tres meses, precepto que en su rigor ha de ser objeto de interpretación flexible, adecuada a la realidad de los tiempos y dinamismo del tráfico mercantil, para no marginar frontalmente a las sociedades en formación válidamente constituidas y que operan en el mercado en período anterior a su constatación registral; y así, esta Sala ha tenido ocasión de tener en cuenta (S. de 16 de julio de 1992), como también para admitir la ratificación tácita. Tanto el artículo 15.2 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, como el 11 de la reciente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, autorizan negocios a las sociedades en formación, de los que responderá la propia sociedad con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios.

B) DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

LA EXIGIBILIDAD DEL REPARTO DE BENEFICIOS A QUE TIENEN DERECHO LOS SOCIOS NO NECESITA IMPUGNAR ACUERDOS SOCIALES.
(SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1993.)

La acción ejercitada no va dirigida a la impugnación de acuerdos sociales, sino a interesar el cumplimiento de un precepto estatutario; y en verdad, conforme a lo establecido en el actual artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (de 1953), en relación con los estatutarios, los actores tienen derecho a los beneficios sociales, repartibles en proporción correspondiente a su participación social, al constar en autos su carácter de la sociedad demandada

DISOLUCION PARCIAL POR EXCLUSION DE UN SOCIO FALLECIDO CON POSTERIORIDAD A LA DEMANDA, A QUIEN SUCEDERA EN LAS PARTICIPACIONES SOCIALES SU VIUDA. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1994.)

No se trata de la exclusión directa de la heredera del socio incumplidor, puesto que la expulsión del socio lo fue por consecuencia de los actos realizados en la etapa de administrador único, al haber observado un comportamiento de mala gestión acreditada e incumplimiento de sus obligaciones contractuales, determinantes directos y decisivos de la expulsión postulada. Esta surge desde el momento en que se cometieron los mismos, aunque su eficacia provenga de la decisión, en este caso judicial, que así lo decretó, con los consiguientes efectos de rescisión parcial y la ineficacia del contrato respecto al socio culpable, que es el que se excluye, así como los demás de contenido económico procedentes. Tal es la literalidad del artículo 219 del Código de Comercio, que no autoriza otra interpretación, pues equivaldría a admitir que el fallecimiento del socio incumplidor lo exime de toda responsabilidad, lo que puede predicarse para los actos exclusivamente personalísimos, pero no para los de contenido económico-patrimonial que no los sana el óbito, y persisten y se transmiten a sus herederos, máxime en los casos como el presente en que precisamente su exigencia requiere el presupuesto de la necesaria decla-

ración de exclusión para derivar de la misma tales consecuencias que la Ley autoriza.

El caudal hereditario se integra no sólo de derechos, sino también de obligaciones, y los herederos suceden en las mismas al causante conforme dispone el artículo 661, salvo el supuesto del artículo 1.010, ambos del Código Civil. Los derechos intransmisibles resultan perfectamente determinados en cuanto tienen tal naturaleza los de carácter público, los exclusivamente personales, los familiares y ciertos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente a la vida de la persona, como sucede con el derecho de usufructo.

Efectivamente, la situación de expulsión no puede decretarse para los herederos del socio que incurrió en la misma, pues es éste el único responsable de sus actos, pero sí las consecuencias y responsabilidades que de la misma procedan, surgiendo de la situación que creó, contraria a los intereses comunes sociales, las derivadas acciones para obtener la reparación de los quebrantos económicos que ocasionó con su proceder y obtener la censura de la expulsión.

Las responsabilidades del socio-administrador no constituyen deuda personalísima y no transmisible a sus herederos, sino que sucede al contrario, como también a los derechos legítimos de su causante en la sociedad en que proceda la sucesión.

DISOLUCION DE SOCIEDAD POR IMPOSIBILIDAD DE ADOPTAR ACUERDOS Y CUMPLIR EL FIN SOCIAL. POR ESTE SOLO HECHO NO PROCEDE LA VALORACION DE LAS PARTICIPACIONES, CONFORME AL ARTICULO 20 DE LA LEY (DE 1953). (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1994.)

Compuesta la sociedad limitada solamente por dos socios, la causa de la disolución tiene su origen en el absoluto desacuerdo de los socios que hace imposible el cumplimiento de los fines sociales al no ser posible la adopción de acuerdo de clase alguna, con lo que la entidad mercantil queda privada de voluntad social.

Supuesto diferente es el del artículo 20 de la Ley, referido al caso de que un socio se proponga transmitir *inter vivos* su participación social a persona extraña a la sociedad

DISOLUCION DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA POR EL DESACUERDO DE SUS DOS UNICOS SOCIOS IGUALITARIOS. (SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 1995.)

Si la situación entre los partícipes igualitarios de una sociedad llega al extremo de que uno de ellos tenga dificultades en conocer la marcha contable de la entidad a causa de la negativa o de los obstáculos que ponga el otro, y si no es posible conseguir acuerdos sociales ante la igualdad de votos, resulta totalmente razonable concluir que la marcha de la sociedad no puede ser normal; y esta contraposición de intereses tiene necesariamente que paralizar, en la medida que corresponda, la trayectoria normal de una mercantil.

Si bien el artículo 30.2.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada dispone que se disolverán totalmente «por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social», la

modificación de dicho artículo 30 por Ley de 25 de julio de 1989 contiene una remisión directa a la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo artículo 260 completa la descripción precedente, añadiendo: «o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento»; modificación que aun no siendo aplicable al presente litigio por el momento de su promulgación, no por ello se puede desconocer la íntima relación existente entre el régimen jurídico de ambas sociedades, puesto de manifiesto en la Exposición de Motivos de la segunda, en donde se aclara que las causas generales de disolución se han fijado tomándolas de las de la Ley de Sociedades Anónimas.

Esta mención que se hace a la paralización de los órganos sociales como causa de disolución de la sociedad es el criterio que desde antiguo viene manteniendo la doctrina jurisprudencial, siendo señera a este respecto la Sentencia de 15 de febrero de 1982, que resume la doctrina sentada en las de 3 de julio de 1967, 25 de octubre de 1963 y 18 de enero y 13 de febrero de 1962. La doctrina queda expuesta de la siguiente forma: «Si una sociedad de responsabilidad limitada, integrada sólo por dos socios, con igual participación e idénticas facultades de administración, al surgir desacuerdo entre los mismos podía acordarse su disolución, imperada por uno de los socios con la oposición del otro, llegando a la conclusión afirmativa, y ello por cuanto, ante tan encontradas posturas, no podía adoptarse ninguna decisión que permitiera el desarrollo del fin social. , tal supuesto ha de estimarse comprendido en el párrafo 2.º del artículo 30 de la Ley, al contener una fórmula genérica para todos aquellos supuestos que verdaderamente sean de trascendencia, y, de hecho, con sujeción a las reglas del criterio humano produzcan el colapso de la vida de la compañía, imposibilitando su normal funcionamiento de manera permanente y definitiva...», pues cuando sean sólo dos socios con idéntica participación de capital, al no haber mayoría posible, deben reputarse sociedades de tipo familiar y de carácter personalista, y se está en el caso de aplicar subsidiariamente el número 7.º del artículo 218 del Código de Comercio, que admite la Ley especial en su artículo 31».

COMENTARIO: La vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, con fórmula sencilla viene a recoger el criterio de estas dos Sentencias del Tribunal Supremo (de 13 de mayo de 1994 y 25 de julio de 1995) al establecer en su artículo 104 que la sociedad de responsabilidad limitada «se disolverá: ... c) ...por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento»

FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES. PROYECCION ACTUAL DE LAS MISMAS. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1994.)

La cuestión planteada relativa a la legitimación de cada socio para obligar a la sociedad, ha de tenerse en cuenta el inciso segundo del artículo 11 de la Ley reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, que dice así: «Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, sin perjuicio de los apoderamientos que se puedan conferir a cualquier persona cuyas facultades se medirán por la escritura de poder»

En relación con la interpretación de dicho inciso, es de tener en cuenta: a) Su evidente conexión con el artículo 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas

de 17 de julio de 1951, que ha venido sirviendo de elemento exegético lógico sistemático del artículo 11 de la Ley de Limitadas de 1953; b) Que, en consecuencia, no puede olvidarse que la doctrina mercantilista viene manteniéndose con gran generalidad, a la vez que acierto, para las sociedades anónimas desde 1951; y respecto de las limitadas, desde 1953, el principio de que las facultades de los administradores de unas y otras comprende desde el más sencillo acto de gestión hasta el más importante de disposición.

COMENTARIO: La vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, con fórmula copiada del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989, viene a recoger la idea de la sentencia anterior al establecer: «Artículo 63. Ambito de la representación.—1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.—2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».

Formulación de ambos textos legales que por lo demás recoge, a juicio de la doctrina, el criterio del sistema alemán.

D) COOPERATIVAS

DESPIDO DE VOCALES DEL CONSEJO ASESOR POR DECISION INDIVIDUAL DE SU PRESIDENTE (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1994)

El *despido* de los cuatro Vocales del Consejo Rector, hecho individualmente, y por su propia y exclusiva decisión, por el Presidente de dicho Consejo, además de ser *concepto ajeno al derecho cooperativo*, carece del más mínimo soporte legal, ya que la facultad de expulsión de un socio es competencia indelegable del Consejo Rector, como con carácter general para todas las cooperativas establece el artículo 37.3.a) de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 y, de modo específico para las de Trabajo Asociado, reitera el artículo 120 de la misma Ley, y ello previa la instrucción del oportuno procedimiento sancionador con la preceptiva audiencia previa del interesado [arts. 37.3 b) y 38.1 de la misma Ley], a lo que ha de agregarse que siendo los *despedidos* también Vocales del Consejo Rector, su expulsión como socios de la Cooperativa habría requerido la previa remoción o revocación de sus cargos, que solamente puede ser adoptada, bajo pena de nulidad, por acuerdo de la Asamblea General, conforme establece el artículo 43.2 a) de la repetida Ley de Cooperativas.

El Consejo Rector de la Cooperativa no delegó en su Presidente la facultad de expulsar a los socios, y si así lo hubiera hecho tal delegación sería carente de validez alguna en cuanto contraría a un precepto imperativo y prohibitivo (art. 6.3 CC), ya que el artículo 120 de la Ley General de Cooperativas prohíbe expresamente la posibilidad de delegación de la facultad de expulsión de los socios.

V. DERECHO MARITIMO

SEGURO MARITIMO.—SATISFECHA LA INDEMNIZACION PUEDE EL ASEGURADOR SUBROGARSE EN LA POSICION DEL ASEGURADO (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1993.)

La interpretación del artículo 780 del Código de Comercio, dada su gran amplitud normativa conduce a una mayor flexibilidad exegética; así, dicho precepto se limita a establecer que satisfecha por el asegurador la cantidad asegurada, se subrogará en el lugar del asegurado para todos los derechos y obligaciones que correspondan

Sobre tal base es de indicar que, en orden a una más adecuada interpretación de dicho precepto, es de tener en cuenta que el artículo 43 de la Ley del Seguro Obligatorio de 8 de octubre de 1980, relativa al seguro de daños, entre los que ha de entenderse comprendido el aquí contemplado, faculta al asegurador para que una vez satisfecha la indemnización pueda subrogarse en el lugar de dicho asegurado para el ejercicio de las oportunas acciones ante los responsables del siniestro, siendo de señalar a estos efectos que aun cuando la doctrina de esta Sala no sea unívoca en orden a la aplicabilidad de dicha Ley del Seguro a los marítimos, sus preceptos podrán serlo cuando como aquí acontece se trate de una aplicación complementaria a los efectos de una más definida exégesis del artículo 780 del Código de Comercio; además, esta tesis se encuentra claramente determinada por el artículo 1.158 del Código Civil.

SEGURO MARITIMO.—FORMALIDADES DEL CONTRATO. LA LEY DE SEGUROS DE 8 DE OCTUBRE DE 1980 NO ES APLICABLE AL MARITIMO. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1994.)

La póliza del seguro marítimo de que se trata no se halla firmada por la tomadora del seguro, apareciendo en blanco el espacio destinado a la firma del *tomador del seguro-asegurado*. Nada ha de objetarse tampoco a que el artículo 737 exige, como tiene reconocido la jurisprudencia, que el contrato de seguro marítimo habrá de constar en póliza firmada por los contratantes y que se extenderá por duplicado. Ahora bien, es necesario advertir que, en el caso que nos ocupa, la demandada no negó la realidad del seguro y sí únicamente sostuvo que el aseguramiento del buque lo había sido por meses y no por un año, y añadió que «prueba de ello es que no tiene firmado ningún contrato de seguro», lo cual implica una contradicción, pues, de una parte, se reconoce la existencia del contrato y, de otra, se rechaza uno de los pactos reflejados en la póliza invocando la ausencia de su firma, que sólo se pone de manifiesto para eludir el pago de las primas que se dice no debidas por no ser anual el seguro, sino mensual. Y es que la demanda, en realidad, está reconociendo la validez del contrato, pero pretende hacer valer una nulidad invocando un extremado formalismo, mas sólo respecto a una de las estipulaciones de la póliza y ello en su exclusivo beneficio.

Según reiterada doctrina jurisprudencial (S de 22 de junio de 1992, con cita de otras anteriores), la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 no es aplicable al seguro marítimo, que sigue rigiéndose por la normativa del Código de Comercio.

SEGURO MARITIMO.—INAPLICABILIDAD DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO DE 8 DE OCTUBRE DE 1980. SUSPENSIÓN DE PAGO DE LA PRIMA; EFECTOS DEL CONTRATO. FIJACIÓN DEL IMPORTE A PAGAR. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1996.)

Al seguro marítimo no es aplicable directamente, sino con carácter supletorio, la Ley de Contrato de Seguro, lo cual es conforme a lo declarado por esta Sala —así, S. de 20 de febrero de 1995, con cita de anteriores— incluso a que el seguro marítimo se rige, en cuanto a los requisitos formales establecidos para la póliza, por el artículo 737 del Código de Comercio.

SEGURO MARITIMO.—INAPLICABILIDAD DE LA LEY 15/1980, DE 8 DE OCTUBRE. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1996.)

El seguro marítimo no se halla sometido a la normativa del contrato de seguro. Resulta terminante que la normativa específica del seguro marítimo es la contenida en el Código de Comercio (arts. 737-805), que se mantiene vigente al no haber sido derogado por la disposición final de la Ley especial 50/1980 (SS. de 19 de octubre de 1987, 21 de julio de 1989 y 22 de abril de 1991).

Lo mismo ha de entenderse respecto a la incidencia del artículo 20, en relación con el 2 de la Ley especial y Sentencia de 19 de febrero de 1988, que mantiene la postura afirmativa de la discutida aplicabilidad, tratándose de aislada resolución. Se impone por el contrario el criterio uniforme y firme al tratar de esta cuestión y reafirmar la Sentencia de 2 de diciembre de 1991.

La Ley de Contrato de Seguro derogó expresamente los artículos 1.791-1.797 del Código Civil y 380-438 del Código de Comercio, pero dejó subsistentes los que regulan el seguro marítimo, debiendo estarse a los mismos y a la reglamentación que contiene la póliza.

En análogo sentido y conformando ya sentencia consolidada se pronuncian las Sentencias de 22 de junio de 1992 y 13 de octubre de 1993.

R. S. F.

4. JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

CUESTIÓN DE COMPETENCIA (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Marina Martínez-Pardo.

El pleito del que dimana esta cuestión de competencia versa sobre reclamación del precio de un servicio técnico de análisis prestado por la empresa denominada «Repsol Butano, S.A.», a la empresa «Hornos Industriales de Manises, S.L.».

La acción ejercitada, pues, es una acción personal y los criterios para fijar la competencia territorial los determina, salvo sumisión, el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual en su Regla 1.^a establece la competencia

del lugar de cumplimiento de la obligación y ésta es la que debe tenerse en cuenta para decidir la cuestión.

Conforme a la anterior regla en este caso la competencia corresponde al Juzgado de Madrid ante el cual se inició el proceso, porque en Madrid se efectuó el encargo y en Madrid se firmó el documento que lo contiene. En Madrid se halla el laboratorio técnico donde se practicaron los ensayos y los estudios, y en Madrid se emitió el informe y se firmó el mismo.

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Marina Martínez-Pardo.

Recuerda, una vez más, esta sentencia la doctrina jurisprudencial acerca del error judicial en los siguientes puntos:

a) La demanda por error judicial no puede convertirse ni ser utilizada como una nueva instancia sobre la cuestión de fondo convertida en el proceso.

b) No cabe convertirla en una nueva vía contra resoluciones no susceptibles de recurso de casación, aunque aquellas sean equivocadas, si la equivocación no es flagrante, palmaria, manifiesta o absurda y que rompe la armonía del orden jurídico.

c) Tampoco puede acudir a este cauce cuando existen otras vías judiciales para reparar supuestos daños.

d) En cualquier caso, ha de haberse causado un daño efectivo (art 292 LOPJ).

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

La doctrina jurisprudencial sobre el «error judicial», en su aspecto de error fáctico, exige que los hechos hayan sido omitidos trascendentalmente o bien que se atienda a otros distintos de los que integran el *factum* del litigio; por tanto, se trata de equivocaciones manifiestas o bien expresivas en las fijaciones fácticas; y en su aspecto de error *iuris*, exige que se hayan tenido en cuenta normas inexistentes, caducadas o en sentido contrario o con oposición a la legalidad, ocasionando desorden en la recta y debida administración de justicia, así como en las relaciones humanas que puedan verse atacadas en su armonía y conjunción con la Ley. Sin que en ningún caso, con pretexto de un supuesto error judicial, puedan denunciarse interpretaciones que el recurrente considera incorrectas cuando las adoptadas por el Tribunal al que acusa de error no resultan ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso basado en los principios de contradicción y bilateralidad.

ACUMULACION DE AUTOS (ART. 171 LEC). (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales.

Bajo un anómalo e incorrecto planteamiento procesal de cuestión de competencia se esconde, según aclara el TS, la existencia, en plena tramitación,

de dos procesos o juicios universales de quiebra de la misma entidad mercantil.

Esta anómala y patológica situación procesal, según palabras de la propia Sala, no puede solucionarse por la vía de una ya extemporánea y totalmente improcedente cuestión de competencia territorial por inhibitoria, como se pretende en este recurso, sino por el correcto cauce de la acumulación de autos (arts. 161, 162 y 171 y sigs. LEC)

Centrado, pues, el problema en un exclusivo tema de acumulación de autos, el mismo ha de ser resuelto con arreglo al único criterio que para ello establece el artículo 171 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cual es el de que el conocimiento ha de corresponder al Juzgado en que radique el pleito más antiguo, al que se acumularán los más modernos.

RECURSO DE CASACION. INADMISION POR RAZON DE SU CUANTIA. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

Solicitada en la demanda, base de este recurso, la suma de 2.637.184 pesetas, cantidad que deberá incrementarse con el importe de los impuestos que gravaren la prestación de los servicios, se estimó en ambas instancias dicha petición.

Recurrida por los demandados en casación el TS aclara que dicha cantidad no alcanza la cifra de tres millones de pesetas (hoy 6.000.000 de pesetas) que el artículo 1 687, núm. 1, en su redacción anterior a la reforma 10/1992 exige como mínima para poder acceder al recurso de casación, sin que pueda tenerse en cuenta a estos efectos los impuestos posibles que graven la prestación de los servicios que se pide en la demanda; los que, en todo caso, al tratarse de suma no reclamada por la actora, no pueden computarse a efectos de determinar la cuantía litigiosa, por deducirse así *a contrario sensu* del artículo 489, regla 8.ª, de la misma Ley Procesal, y, por otro lado, no se hace especificación alguna en la litis de la cantidad a que pudieran ascender los impuestos expresados, sin que en modo alguno sea función del TS su determinación para agregarlos a la cuantía litigiosa.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. NECESIDAD DE DEMANDAR A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EN PROPIEDAD HORIZONTAL CUANDO EL OBJETO ES ELEMENTO COMUN. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Se demanda a determinado señor por abrir un hueco en la pared exterior de un piso de su propiedad.

El TS estima que debió acogerse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, alegada tanto en primera como en segunda instancia, toda vez que siendo la pared en cuestión comunitaria, y por tanto la obra en ella realizada de ineludible consenso unánime de dicha comunidad, debió tenerse ello en cuenta a los efectos de demandar a la Comunidad de Propietarios a que el demandado pertenecía, ya que si dicho consentimiento, expreso o tácito, hubiese existido, debió ser la misma demandada, y al no serlo se ha producido en ella indefensión.

RECURSO DE CASACION. EL MOTIVO 3.º DEL ARTICULO 1 692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EXIGE QUE ANTERIORMENTE SE HAYA SOLICITADO LA SUBSANACION DE LOS DEFECTOS. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

La prosperabilidad de todo motivo que por el cauce procesal, inciso segundo del número 3.º del artículo 1.692 LEC, denuncia infracción de normas y garantías procesales, se halla inexcusablemente condicionada por el requisito de que, cometida la falta o infracción procesal en la primera instancia, se pida en ella la subsanación y, de no tener éxito, se reproduzca la petición en la segunda, sin que pueda salvarse en casación el actuar negligente de la parte al no haber acusado el defecto u omisión alegado.

TERCERIA DE DOMINIO: EFICACIA DEL EMBARGO Y SU ANOTACION CORRESPONDIENTE. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada Gómez

Esta sentencia reproduce la abundante jurisprudencia existente sobre el tema y que se centra en los siguientes puntos:

a) Por naturaleza la acción de tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercero para que pueda demostrar que el bien embargado era de su propiedad, y no del deudor, cuando se realiza la traba, y en su consecuencia debe levantarse esa restricción, así pues, sólo en el caso de que la anotación preventiva de embargo tuviese naturaleza constitutiva habría de tenerse en cuenta (como en la hipoteca) la fecha de su inscripción registral; en cualquier otro caso, la práctica de la diligencia judicial tiene virtualidad por sí misma, y este acto constituye el objeto de la reclamación del tercerista.

b) La anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1.453 LEC y 43.2 LH, y sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al embargo anotado, anotación que no altera la situación jurídica existente.

c) El embargo de un bien es una medida cautelar que asegura que la sentencia que en su día recaiga se ejecutará sobre los bienes embargados con la misma eficacia que si hubiere recaído sentencia el mismo día del embargo, **pero no altera en absoluto la naturaleza crédito** para cuya efectividad se practicó.

En consecuencia, no produce preferencia alguna sobre derechos nacidos con anterioridad sobre las cosas embargadas y sólo produce absoluta prioridad de la obligación asegurada sobre todos los derechos reales que se constituyan sobre la cosa embargada con posterioridad al embargo.

c) El favorecido por la anotación no goza de la protección de la fe pública registral.

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Reitera la conocida doctrina del Supremo señalando que el plazo de tres meses para interponerlo es de CADUCIDAD, razón por la cual no puede interrumpirse, y exige el señalamiento del día a partir del cual debe empezar a computarse.

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.

Para que sea estimada una demanda de un pretendido error judicial, éste debe haber sido determinante de una decisión «injustificable desde el punto de vista del Derecho», según señala la STS de 1 de febrero de 1994, y no un mero error intrascendente.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL. APRECIACION DE LA PRUEBA PERICIAL. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Casares Córdoba.

La doctrina jurisprudencial que emana del TS sobre los informes periciales se basa en los siguientes puntos:

a) Los informes aportados por los litigantes con sujeción al artículo 631 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tienen el carácter de documentos (SS. 12 marzo 1963 y 15 enero 1982).

b) Tampoco pueden considerarse dictámenes periciales aquellas opiniones técnicas recabadas por la parte y adoptadas por ella, ya que sólo merecen tal consideración la prueba propuesta y practicada con arreglo a la normativa que establecen los artículos 610-632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SS. 30 diciembre 1985 y 28 febrero 1990).

c) En cualquier caso, la prueba pericial es de valoración por el Tribunal de Instancia de acuerdo con las normas de la sana crítica, sin que a su razonable juicio y apreciación conjunta de la prueba pueda serle opuesto el resultado aislado de una prueba única (SS. 8 marzo, 5 mayo, 9 octubre y 4 diciembre 1989, y la de 10 julio 1992).

PROCESO DE ERROR JUDICIAL. CUESTIONES PROCEDIMENTALES. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Marina Martínez-Pardo.

Los procesos por error judicial están regulados por el artículo 293, que pertenece al capítulo V de la LOPJ, dedicado a la responsabilidad patrimonial del Estado, en el que se establecen como reglas, entre otras, que se presente la demanda dentro de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse la acción, que se tramitará por los cauces del recurso de revisión, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado, y precederá a la sentencia un informe del órgano judicial al que se atribuye el error.

Pertenece a su propia esencia y naturaleza el hecho de que el acto judicial impugnado por error no se alterará a consecuencia de la decisión que lo tenga por dañoso y, consecuentemente, es exigencia de la Ley que se hayan agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

La remisión del juicio de revisión debe entenderse al solo efecto de fijar los trámites de la única instancia, y la legitimación de las partes viene dada para el actor por ser el titular de los bienes o derechos dañados; y demandados sólo pueden serlo el Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad y el Abogado del Estado como defensor de la Administración.

En consecuencia, si la remisión al juicio de revisión tiene como único efecto fijar el cauce procesal y la sentencia no afectará absolutamente en nada, ni en favor ni en contra, a las partes litigantes del juicio en que se cometió el denunciado error, el TS entiende, **rectificando así una práctica anterior**, que no se debe ni se puede demandar a las otras partes litigantes.

RECURSO DE REVISION. ARTICULO 1.796.4.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1995)

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Casares Córdoba.

La demanda base de este procedimiento versa sobre el ejercicio de una *actio communi dividundo* en el que resulta probado que los demandantes en el procedimiento en que recayó la sentencia impugnada, siendo sabedores desde largo tiempo atrás, tanto del nombre como de la dirección del que con ellos ostentaba en *pro indiviso* la titularidad de determinada finca, aquellos promovieron la correspondiente demanda ejercitando la acción de división de la cosa común, no contra éste, sino contra la herencia yacente e ignorados herederos de la persona a cuyo nombre figuraba inscrita la finca en el Registro de la Propiedad, valiéndose de ello para obtener una citación por edictos que resultó infructuosa, con la consiguiente declaración de rebeldía de los así citados y obtención de sentencia en ausencia de los que le eran conocidos como copropietarios, con los que la acción debería haberse entendido.

En este caso, el TS entiende que la conducta de los actores en el procedimiento en que recayó la sentencia sometida a revisión se integra, sin duda, en el concepto de maquinación fraudulenta que permitió a los recurridos ganar la sentencia impugnada —apartado 4.º del art. 1.796 LEC—, lo que obliga a estimar el recurso.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

GARCÍA GARCÍA, J. M. *La sucesión por derecho de transmisión*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996.

Hay un dicho en el País Vasco que suele emplearse como elogio ante las creaciones culturales —entre las cuales se encuentra la gastronomía— que guarda una íntima relación con el histórico baile de salutación que ejecuta en solitario un danzarín vasco. No hay que olvidar que el pueblo vasco es aquel que «canta y baila al pie de los Pirineos». El dicho o la expresión es la siguiente: «Esto es como para quitarse la boina». Todos sabéis que el «aurreku» termina quitándose la «txapela» «gorria» y lanzándola en son de respeto y honor a la persona ante quien baila. Pues bien, al comenzar esta recensión de este impresionante trabajo, base de su tesis doctoral, que nos ofrece JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, no tengo más remedio que exclamar: «Esto es de quitarse la boina» (boina, txapela o barretina, como queráis). Por eso califico a mis comentarios como inmersos en una clara osadía, pues la recensión de esta obra exige estar al día de la institución que se maneja y luego tener fuerzas para escalar —haciendo las inevitables escalas— la gran montaña que significa esta especie de monumento jurídico. Hacia atrás no me atrevo a volver la cabeza para recordar lo poco que sabía de la figura, no vaya a ser que me suceda lo de la mujer de Lot, y hacia delante ya se van sintiendo —en esta recta final— las tremendas huellas de las edades «avanzadas».

Bien, así todo, aquí estoy a pie de página para ofrecer una visión genérica, casi sinóptica, del contenido de la obra y de la opinión que tengo de la misma. Tanto el prologuista como el autor ofrecen valiosos elementos para la escalada, aunque yo me hubiera conformado con unas muletas para transitar por el llano. El prologuista, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Civil y director de la tesis doctoral, dice que «es en el juego funcional y práctico de las instituciones donde se pone de manifiesto su verdadera enjundia jurídica, lo acertado o erróneo de su construcción doctrinal, la racionalidad de su predicada naturaleza y la corrección de su presunta estructura». «Por eso —sigue diciendo—, es premisa previa considerar que el Derecho auténtico es el vivido, el aplicado a la vida real y conflictos de intereses efectivos, más que el aislado en una campana neumática, que es más bien especulación intelectual: valiosa por intelectual, pero infecunda a veces aquí por aséptica».

Por su parte, el autor en su Introducción nos indica cómo este derecho de transmisión ha de ser puesto inevitablemente en contacto con todo el conjunto de las instituciones que forman el Derecho sucesorio, y de ahí que nos ofrezca un esbozo del plan seguido en la obra y que adelante la solución que él mismo da al problema de a quién sucede el transmisario, entendiendo que sucede al primer causante a través de la herencia del segundo.

Anécdoticamente, puedo añadir que cuando estudié esta singular figura en

los estrechos límites del artículo 1.006 del Código Civil me chocaba mucho la forma de expresión del artículo 609 del mismo Código, en donde se decía que la «sucesión» era uno de los medios de transmisión de los bienes y derechos, y ahora parece que está prevaleciendo la idea de que se *sucede por derecho de transmisión*; y, en el fondo, lo que se transmite es el derecho a aceptar o repudiar el medio de transmisión: la sucesión. Quizá el artículo 29 del Código de Sucesiones de Cataluña aclare un poco más la cosa al hablar del «derecho a suceder». Por supuesto que estas ideas más están harto superadas en el estudio cuya reseña afrontamos.

El estudio monográfico lo estructura el autor en tres grandes partes, precedidas de una Introducción a la que ya hemos hecho alusión, y seguidas de unas conclusiones, unas notas bibliográficas y un índice sumarial. Respetando esta sistemática, distinguimos:

PRIMERA PARTE.—Está destinada esta parte a los antecedentes históricos de la figura, comprendiendo tres grandes etapas: el derecho de transmisión en los Derechos de Roma y el germánico; los antecedentes en la doctrina de los doctores y comentaristas del *ius commune*, y la etapa de la codificación con sus precedentes inmediatos y vicisitudes posteriores. A confesión del propio autor, lo que se ha pretendido en esta parte inicial es recoger del modo más completo posible las manifestaciones del derecho de transmisión en aquella época para que sirvan de explicación de la ulterior consolidación de la institución.

Aparte de ello se concluye con la exposición de los textos vigentes en España (Código Civil, Cataluña y Navarra), así como el trato normativo que la figura recibe en los Códigos francés, italiano, portugués, alemán, suizo y austriaco.

SEGUNDA PARTE.—El autor la enmarca con el título de «Análisis estructural del derecho de transmisión», lo cual le permite estudiar la problemática del elemento subjetivo del derecho y el objeto de la transmisión, los requisitos subjetivos del derecho, el problema en sí de la transmisión, el título sucesorio de la misma frente al transmisario, la naturaleza jurídica del derecho y la jurídico-funcional de la sucesión. Bajo esos enunciados generales se cobija un numerosísimo conjunto de problemas, como pueden ser el de la vocación y la delación y las diferentes situaciones que ofrece el *ius delationis* (la aceptación y la repudiación, el beneficio del inventario, el derecho de deliberar, la *interrogatio in iure* y la transmisión de los derechos condicionales y *sub modo*).

Igualmente, caben ser destacados los temas de los requisitos subjetivos del derecho de transmisión (con los problemas que ofrecen la postmoriencia y la sobrevivencia, así como el fallecimiento del transmitente), las situaciones que plantea en la pluralidad de transmisiones, con el examen del artículo 1.007 del Código Civil, y el título sucesorio del transmisario, refiriéndose en este último caso al supuesto que plantea su relación con el artículo 28 de la Ley Hipotecaria.

La naturaleza jurídica ofrece los problemas de la clase de poder del derecho, la patrimonialidad del mismo y el problema de su disponibilidad. El tema de la naturaleza jurídico-funcional —que según su autor es el puente para abordar la tercera parte de la monografía— la circunscribe a tres teorías: la teoría clásica, la de la adquisición directa o de la doble capacidad, y la teoría mantenida por su propio autor, ya expuesta y en la que hay una sucesión al primer causante a través de la herencia del segundo.

TERCERA PARTE.—Una vez estudiado el concepto y su naturaleza, el autor se recrea en hacer que la institución se proyecte sobre otras sucesorias

y, así, en esta parte, se estudian las que ofrece en relación con las sustituciones en sus diversas clases, las que surgen frente al derecho de acrecer y el derecho de representación, la posición de los acreedores frente al derecho de transmisión, su relación con la partición, con las legítimas, las reservas y los legados. De vez en cuando se aborda el problema en relación con la legislación hipotecaria, sobre todo en materia de tracto sucesivo.

Dieciocho conclusiones resumen las posturas que el autor mantiene en el fondo del estudio. He tenido la tentación de trasladarlas resumidas, pero me ha vencido la convicción de que dichas conclusiones sólo sirven para el que al estudiar el contenido del libro esté en condiciones de enlazarlas con los argumentos que se emplean y que sirven para justificarlas.

Ante todo lo expuesto el lector puede percatarse de que lo que apuntaba al comienzo era la postura adecuada ante un trabajo de tal categoría. Un solo artículo del Código Civil —aun con el apoyo de otro del Código catalán— ha permitido al autor escribir casi quinientas páginas. Esto es un lujo que pocos se pueden permitir. Tú que has sabido escribir tanto y tan bien sobre este derecho de transmisión, sabrás recoger la «txapela» que en tu honor me quito.

JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ

O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, Ediciones La Ley-Actualidad, S.A., Impr. de Grefol, S.A., Móstoles (Madrid), 1.^a edición, junio 1996. Un tomo de 2055 páginas.

I. EL AUTOR

Vaya por delante el dejar claro la existencia de los grandes lazos de amistad y de cordialísima interrelación que unen al firmante y al autor *desde antes de 1976*, en aquellos hermosos tiempos de la transición en que las jornadas y congresos «forales» nos congregaban a participar en debates apasionados y duros, no siempre conocidos por el gran público y quizá merecedores de reflexiones ulteriores que, naturalmente, no son de este lugar.

Ejerce el autor *una doble actividad*: la de *la vertiente judicial* —a cuya carrera pertenece por oposición, habiendo estado destinado en Santa Isabel de Fernando Poo (Guinea Ecuatorial), Mataró, San Sebastián, Barcelona y Madrid— y la de *la vertiente de la docencia* —ingresando por oposición, primero, a profesor agregado y, luego, a catedrático de Derecho Civil—. En la actualidad coordina ambas actividades como Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal) y como catedrático en la Universidad San Pablo CEU de Madrid. Además, es director de la revista *Actualidad Civil* desde su creación en 1985.

Relevante es su *actividad de publicista* desde su ya lejano trabajo acerca de la protección de la legítima —con sus intervenciones en el famoso II Congreso Jurídico Catalán de 1971 formando parte de la respectiva ponencia—, pasando por sus colaboraciones como autor elegido contratado por la editorial Edersa para la magnífica obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por el profesor M. ALBALADEJO GARCÍA, en diversos tomos. Son relevantes asimismo los varios volúmenes de su *Compendio de Derecho Civil* en varios tomos, *obra en principio pensada y preparada como adaptación* al programa de las pruebas de selectividad para el acceso a la carrera judicial y que, con un

éxito enorme, ha trascendido el limitado *ámbito inicial* previsto para ser acogida por los estudiantes universitarios y el gran público jurídico dada su enorme claridad, precisión, rigor técnico y actualizadas versiones en cada materia tratada.

Entre sus ya numerosas **monografías** sobresalen «Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen»; «Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad»; «Investigación de la paternidad», etc.

Situado ahora y en este lugar frente al tomo aquí reseñado, es dable observar que una obra de tal magnitud e importancia (a recordar que son nada más y nada menos que **1.976 artículos** los del vigente Código Civil) era una empresa descomunal para cualquier intrépido o avezado jurista. De ahí la necesidad de *colaboradores* apasionados —como el autor principal— en dar cima a esta obra. El autor ha acudido a una serie de puntuales y eficaces ayudas: desde la cátedra (V. GUILARTE ZAPATERO) o profesores de Derecho (M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, A. GALVÁN GALLEGOS, B. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y R. MEDINA SÁNCHEZ), desde la Abogacía (P. PÉREZ MARTÍN, C. PEÑA GARCÍA, V. RUIZ DE VELASCO y MARTÍNEZ DE ERCILLA y C. O'CALLAGHAN RODRÍGUEZ), desde la Magistratura (E. SAAVEDRA MONTERO) y desde el Notariado (M. RUIZ MORILLO).

Incluidas todas las aportaciones de los citados colaboradores, resultan un total de 365 artículos comentados. De donde resulta fácil la diferencia: **son 1.611 los artículos directamente obra del autor**, esto es, equivalente a un 82 por 100 del volumen total de la obra.

II. LA OBRA RESEÑADA

Tiene este volumen *una estructura general* (SUMARIO), comprensiva de: Presentación por el autor, Código Civil (arts. 1-1.976, disposiciones transitorias y disposiciones adicionales), Índice Analítico (alfabético, por conceptos y con referencia al artículo o artículos respectivos) e Índice Sistemático (el del propio Código Civil).

Una estructura peculiar es la de cada artículo del Código Civil, dado que comprende **cuatro apartados: el texto íntegro del precepto** (siempre en *letra negrita*, con referencia a las últimas modificaciones, en su caso), **un comentario** (breve, escueto, directo, claro), **la jurisprudencia** (en *letra cursiva*, comprensiva de la moderna, o sea, desde el año 1985 al 1995, y siempre con referencia a su publicación en la revista de *Actualidad Civil*), y **las concordancias** (con referencia siempre al Código Civil y sus leyes complementarias o las estrictamente correspondientes al caso).

III. COMENTARIO GLOBAL

1. A la hora de un breve análisis del volumen aquí reseñado, fácil es ver que no cabe que sea detallado ni pormenorizado, bastando, a mi juicio, con una *visión global o de conjunto* del mismo.

Resulta incitante para un jurista práctico y con largos años de actividad profesional el reto de ir a comprobar si los puntos litigiosos más llamativos en el día a día tienen su adecuado tratamiento en el comentario doctrinal o en la selección jurisprudencial efectuada por el autor. Uno y otra cumplen perfec-

tamente su misión proyectada y no defraudan. Contemplada así esta obra, responde al interés y utilidad diseñados por el autor, más *pragmáticos* que dogmáticos.

Ahora voy a referir, muy someramente, aquellos **artículos o temas** que en su tratamiento en la obra más me llamaron la atención. La selección jurisprudencial, perfectamente sistematizada por otra parte, desborda cualquier cálculo imaginable. A destacar cuanto sigue:

Artículo 1

- Comentarios.
- Jurisprudencia: En general, disposiciones contradictorias con otras superiores; costumbre, *overbooking* de usos; principios generales del Derecho; principio de actos propios; principio *iura novit curia*; principio de disponibilidad; tratados internacionales; concepto y función de la jurisprudencia.

Art. 6

- Comentarios.
- Jurisprudencia: Renuncia; nulidad; nulidad parcial; fraude de Ley.

Art. 29

- Jurisprudencia: Presunción de la capacidad de obrar; transexualidad; derechos de la personalidad (nombre), derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen en general); derecho moral del autor.

Art. 35

- Jurisprudencia: Personalidad jurídica de las personas jurídicas.

Art. 44

- Jurisprudencia: Matrimonio de hecho.

Art. 127 (Pruebas en juicios de filiación)

- Jurisprudencia: Principio de libre investigación de la paternidad y maternidad; admisibilidad de toda clase de pruebas, incluso las biológicas (pruebas en general; prueba biológica, *practicada o no practicada* —en general o con negativa del demandado—); principio de prueba como presupuesto de la admisibilidad de la demanda.

Arts. 172-306 (Adopción, guarda legal y tutela)

- Comentarios y jurisprudencia.

Art. 396 (Propiedad horizontal)

- Comentarios legislativos.
- Jurisprudencia: Conceptos generales; elementos comunes; actuación en juicio.

Art. 781 (Sustitución fideicomisaria)

- Comentarios.
- Jurisprudencia: Fideicomiso de residuo.

Arts. 676-705 (Testamentos)

- Comentarios y jurisprudencia.

Arts. 806-857 (Legítimas)

- Comentarios y jurisprudencia.

Arts. 1.051-1.087 (Partición)

- Comentarios y jurisprudencia.

Arts. 1.100, 1.101, 1.111, 1.124, 1.175, 1.258, 1.259, 1.274, 1.317, 1.375, 1.377, 1.451, 1.454, 1.591, 1.593, 1.665, 1.669, 1.710, 1.717, 1.727, 1.732, 1.755, 1.809, 1.887, 1.922, 1.923, 1.924, 1.940, 1.941, 1.964, 1.969 y 1.973

- Todos ellos con interesantes precisiones y comentarios y una seleccionada jurisprudencia.

Art. 1.445 (Contrato de compraventa)

- Comentarios.
- Jurisprudencia: En general; contrato de suministro; compraventa en exclusiva; compraventa con el pacto de reserva de dominio; compraventa de cosa futura; venta de cosa ajena.

Art. 1.504

- Comentarios.
- Jurisprudencia.
 - I Conceptos generales.
 - II Sujeto demandante (vendedor) cumplidor.
 - III. Sujeto demandado (comprador) incumplidor.
 - IV. Requerimiento.
 - V. Efectos de la resolución.

Art. 1.538

- Comentario.
- Jurisprudencia: Negocio de cesión de solar a cambio de piso a edificar en él.

Art. 1.543

- Comentario
- Jurisprudencia: Contrato de arrendamiento de obra; arrendamiento de industria; arrendamiento mixto de industria y local; *leasing* inmobiliario; arrendamiento de inmuebles y la ejecución hipotecaria.

Art. 1.544

- Comentario.
- Jurisprudencia: Contrato de ejecución de obra y de prestación de servicios en general; contrato de ejecución de obra; contrato de prestación de servicios; contrato de Abogado y cliente; contrato de Director de publicaciones periódicas; contrato de Notario y cliente; contrato de Arquitecto y cliente; contrato de Director general.

Art. 1.902

- Comentario.
- Jurisprudencia
 1. Conceptos generales.
 2. Elementos en general.
 3. Elementos acción u omisión ilícita.
 4. Elementos. Daño.
 5. Elementos: Nexo procesal.
 6. Elementos: Culpabilidad.
 7. Compensación de culpas (conurrencia de causas).
 8. Sujetos.
 9. Solidaridad.
 10. Casos especiales: Responsabilidad médica. Prueba de la culpa.
 11. Casos especiales: Accidente laboral. Computabilidad de indemnizaciones.
 12. Casos especiales: Accidente ocasionado por circulación de vehículos a motor

Art. 1.903

- Comentarios.
- Jurisprudencia:

Párrafo 1.º Responsabilidad por actos ajenos en general.
Párrafo 2.º: Responsabilidad de los padres.
Párrafo 4.º: Responsabilidad del empresario.
Párrafo 5.º: Responsabilidad del centro docente.
Responsabilidad del Estado.
Cesación de la responsabilidad.

2. Expuestas hasta aquí en breve panorámica las sugerencias que la obra reseñada nos presenta, solamente queda apuntar algunas ideas a modo de *addenda* personal.

Los comentarios propiamente dichos son breves; ya lo dice el autor en su Presentación, y a él cedo la palabra:

«... Exponen lo que dice el artículo, debidamente interpretado y destacando los errores que a veces contienen, terminológicos (tan frecuentes) o incluso de fondo (no tan numerosos), y en alguna ocasión se advierte que el artículo o una frase está vacía de contenido. Es decir, se pretende explicar lo que dice el artículo, no más ni menos, ciertamente. No se pretende un estudio de investigación ni una pequeña monografía; se busca dar una explicación coherente. Carece por tanto de aparato doctrinal y de citas jurisprudenciales...»

Observado y apuntado ya el enorme interés y utilidad del **apartado de jurisprudencia**, además de las referencias ya precisadas (*Actualidad Civil* y el número marginal respectivo), hay que añadir que *de cada sentencia* se transcribe exclusivamente *el párrafo de ella* referido al artículo en el que se coloca la cita.

3. Hay que terminar ya este esbozo o reseña de un volumen de interés. Si en otra ocasión me había referido a la jerga germánica habitual *en orden a los comentarios legislativos* («KLEINER-KOMMENTAR», «MITTLERER-KOMMENTAR», «GROSSER-KOMMENTAR»), parece evidente y obvio que la obra aquí objeto de reseña pertenece por propio derecho, tanto en su concepción y estructura cuanto en su contenido, a la categoría o tipología de los denominados «GROSSER-KOMMENTAR».

Inútil decir que este tomo es de gran utilidad e interés para todo jurista práctico, siempre en conexión con la vida real circundante y siempre necesitado de aplicar a ella la rica normativa del Código aquí bien explicitada y aclarada.

RESUMEN PERSONAL

1. Autor de actividad doble, docente y judicial.
2. Publicaciones numerosas, de gran sentido práctico y claras de expresión y contenido.
3. Obra de estructura peculiar en general y en particular.
4. Visión global de la obra, presentando una panorámica de los artículos más llamativos y de la selección jurisprudencial efectuada en orden a los mismos.
5. Obra de gran categoría, a modo de un «grosser-Kommentar» de ineludible aplicación y referencia en el futuro para cualquier jurista práctico.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

PIERA, ADRIÁN, y otros. *Nueva ordenación del comercio minorista en España*. Editado por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996. Un tomo de 328 páginas.

La Ley 7/1996, de 15 de enero, publicada en el *BOE* dos días después, y cuyo objeto es la ordenación del comercio minorista, ha venido a establecer el régimen jurídico general de éste, regulando además algunas ventas especiales y otras actividades de promoción comercial minorista. Es lo que la doctrina conoce como una Ley-marco en cuanto que da normas generales, pero respetando la competencia que en la materia tenían las Comunidades Autónomas. Para facilitar esto, la Ley Orgánica 2/1996, de la misma fecha, aclara algunos puntos y concede competencia en este punto a Baleares, que no la tenía.

La Ley, según se desprende claramente de su titulación como de su articulado, sin entrar en el comercio mayorista o de intermediación, pretende sólo ordenar la actividad minorista, o sea, la que consiste en ofrecer la venta de artículos a los consumidores o destinatarios finales; para ello es indiferente que el minorista utilice o no un establecimiento, aunque sí exige la Ley, al menos, la profesionalidad y el ánimo de lucro.

Según se dice en el Preámbulo de la Ley, en España coexisten dos sistemas de distribución complementarios entre sí: el primero, constituido por empresas y tecnologías modernas, y el segundo, integrado por las formas tradicionales de comercio que siguen prestando importantes servicios a la sociedad española y juegan un papel trascendental en la estabilidad de la población activa, pero que deben emprender una actualización que les permita afrontar el marco de la libre competencia.

Por ello, teniendo en cuenta la incorporación de las nuevas tecnologías y formas de venta y el reto que supone el tratar de ponernos a la altura de otros países que integran la Unión Europea, se hacía preciso establecer un marco de buenas prácticas comerciales para producir el mejor comportamiento en todos los agentes del sector.

Dados los objetivos que se propone la Ley y para facilitar que su letra y espíritu pasen del texto frío y poco conocido de la *Gaceta* al conocimiento efectivo y práctico de los interesados, la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, en su afán divulgador, organizó unas «Jornadas sobre la nueva Ley de comercio minorista en España», que tuvieron lugar en los primeros días de mayo de 1996, cinco meses después de su promulgación.

Y ahora se recogen en este libro que presentamos los textos de las conferencias o ponencias que acreditados especialistas expusieron en aquellas Jornadas.

Con ello, la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, como Corporación de Derecho Público, cumple con una de sus finalidades fundamentales que le atribuyen la Ley de Cámaras de 1993, o sea, la representación y defensa de los intereses generales del comercio y la industria, en tanto que, como reconoció el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 12 de junio de 1996, son órganos consultivos y de colaboración con las mismas Administraciones Públicas.

Así pues, este libro tiene un carácter divulgativo y una finalidad a la vez doctrinal y práctica y resulta muy útil para quienes se encuentren en este ámbito minorista o tengan interés en conocer los diversos aspectos de esta nueva regulación. Se trata de conjugar la normativa, dentro del ámbito de la competencia libre, pero leal, para obtener la mejora de los precios y la calidad en beneficio de los consumidores.

Fueron doce las ponencias desarrolladas y no es posible resumirlas con detalle dado el corto espacio de una reseña. Nos habremos de limitar a enumerar su enunciado y el autor correspondiente, remitiéndonos a su texto en este libro para quienes tengan interés en alguno de los puntos concretos tratados.

Las ponencias que en el libro se recogen son las siguientes:

— «La nueva ordenación del comercio minorista y la competencia desleal», por EMILIO LABORDA VALLE, Abogado.

— «Análisis económico de la Ley de Comercio», por JAVIER CASARES RIPOLL, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Castilla-La Mancha.

— «La llamada oferta comercial en la Ley 7/1996», por RAFAEL GARCÍA VILLAVEDE, Catedrático de Derecho Mercantil.

— «Los precios en la Ley de Ordenación del comercio minorista. Especial referencia a la venta con pérdidas», por ANTONIO M.^a AVILA ALVAREZ, Profesor de la Universidad Carlos III, y ANTONIO PANIZO GARCÍA, Abogado del Estado excedente.

- «Régimen de pago a proveedores», por JOSÉ ANTONIO GONZALO ANGULO, Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares.
- «Prácticas promocionales en la Ley de Comercio», por ANGEL CARRASCO PERERA, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «La venta a distancia», por JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Régimen sancionador en la nueva ordenación del comercio minorista», por JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ DELGADO, Abogado del Estado.
- «Acciones civiles», por LUIS ARGÜELLO BERMÚDEZ, Abogado del Estado.
- «Aplicación de la Ley de Ordenación del comercio minorista en las diferentes Comunidades Autónomas», por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho Administrativo.
- «Competencias municipales en materia de regulación comercial», por JOSÉ MARIO CORELLA MONEDERO, Secretario General del Ayuntamiento de Madrid, jubilado.
- «Tendencias de la regulación del comercio en Europa», por ALFONSO CALVO CARAVACA, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Carlos III de Madrid, y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Profesor Titular en la misma asignatura de la Universidad de Granada

El libro es presentado por ADRIÁN PIERA, Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, y sigue una Introducción que se titula «La nueva regulación del comercio minorista», que ha escrito CARMEN CABALLERO FERNÁNDEZ, Directora General del Comercio y Consumo de la Comunidad de Madrid, donde se esbozan las principales directrices de la nueva normativa.

Y tras las ponencias antes relacionadas y como final del libro, se incluye un anexo expositivo de los horarios comerciales que rigen en diversos países de Europa y que viene a completar con este panorama comparado la utilidad de la publicación.

JOSÉ M.^a CORRAL GIJÓN
Doctor en Derecho

LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil* (tomo IV, «Propiedad y derechos reales», 1.^a parte). Editorial Trivium, Madrid, 1996. Un tomo de 414 páginas

Desde que en 1992 apareció el primer tomo de esta obra, dedicado a la parte general y derechos de la persona, su autor, el Catedrático CARLOS LASARTE, ha continuado impertérrito su labor con una periodicidad casi matemática. Así, en 1993 editó el tomo II, de las obligaciones en general; en 1994 el tomo III, de los contratos en particular, y ahora, dando esta vez un pequeño salto de dos años, aparece este tomo IV, donde se estudian los derechos reales y su institución central que es la propiedad.

Y es que ha tenido que acumular y ordenar un nutrido material bibliográfico que trata sobre la materia, puliendo lo que últimamente se ha publicado, antes de ponerse a escribir; suponemos que han sido dos años muy aprovechados, y bien lo pueden saber los que hayan sentido alguna vez la tentación de dar vida a una obra escrita que merezca la pena.

El autor, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Educación a Distancia, Vocal de la Comisión General de Codificación y recientemente elegido Consejero de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, es bien conocido de nuestros lectores por sus varios importantes trabajos, algunos de los cuales ya hemos comentado. A raíz de su elección nos ha prometido colaborar con asiduidad en la REVISTA y así lo esperamos, estando seguros de que con ello nos sentiremos prestigiados.

De momento, aquí estamos presentando esta cuarta entrega de su obra civilista y ya nos anuncia la aparición del segundo tomo de los derechos reales y los de familia y sucesiones, con lo que se cerraría este ciclo que el autor se ha planteado como un reto.

El tomo de ahora gira alrededor de la primera parte de los llamados derechos reales, o sea, la propiedad y los derechos de goce a los cuales dedica estos cuatro centenares de páginas llenas de buena doctrina, muy puesta al día, tratando de modo completo y a la vez concreto lo referente a esta materia, con una exposición ciertamente muy atinada.

Es sabido que el propósito del Profesor LASARTE, que ya expresó en los tomos anteriores, es dedicar esta obra preferentemente a los estudiantes, o sea, darle una finalidad didáctica; pero consigue algo más, pues resulta recogida tanto la regulación legal positiva como la doctrina, alcanzando un apreciable nivel. Consigue exponer las instituciones civiles y las diversas figuras que las componen de modo directo y compendiado, pero añadiendo a la vez valiosas aportaciones personales, con lo que resulta una presentación muy completa. También recoge en cada capítulo una abundante bibliografía para que pueda ser utilizada por aquellos que quieran ahondar en algún punto concreto.

Empieza el libro estudiando el concepto y las características de los derechos reales, según las clásicas líneas de la doctrina, que los definió como aquellos que proporcionan una actuación inmediata sobre el objeto y otorgan una eficacia *erga omnes*, excluyente de otros. Claro que no siempre es nítida la diferencia con los derechos de crédito ni faltan las figuras intermedias como los llamados *ius ad rem*, los derechos reales *in faciendo* y las obligaciones *propter rem*. Para nosotros los Registradores, que sólo podemos inscribir los verdaderos derechos reales, la distinción es fundamental, cuanto más que en nuestro sistema no hay un *numerus clausus* y el artículo 7 del Reglamento Hipotecario nos endosa la responsabilidad de calificar tal «realidad». LASARTE estudia el problema y recoge la doctrina de la Dirección General al respecto.

La clasificación de los derechos reales por su finalidad en aquellos que permiten gozar del objeto, los de garantía y los de adquisición preferente, sirve al autor, por razón de la extensión, para tratar ahora sólo los primeros, dejando los otros para después.

Paradigma y centro de esos derechos reales de goce es la propiedad, sobre la que tanto se ha escrito y que seguirá siendo objeto de la atención de todos por su importancia jurídica, social y política. Son conocidas las doctrinas individualistas y las colectivistas contrapuestas, primando más bien las intermedias que reconocen que el dominio es consustancial al hombre pero no olvidan su faceta social que produce limitaciones.

El autor trata ampliamente la función social de la propiedad, que si bien fue formulada por DUGUIT en su aspecto jurídico, ya recibió años antes la debida atención a su aspecto moral en la conocida encíclica *Rerum novarum* de León XIII, conformando una doctrina social que la Iglesia ha completado

y sigue patrocinando. Claro que como el libro es de Derecho Civil ha de ceñirse a los aspectos de la legislación positiva y ha de seguir las andaduras del Código. En esta línea se estudia la evolución del concepto del dominio y su regulación, contemplando especialmente el contenido según el prisma actual de las limitaciones a la propiedad privada, acusadas en lo referente al uso del suelo, sea urbano o rústico. A la vista de las nuevas leyes, algunos autores han llegado a decir que prácticamente se ha derogado el artículo 348 del Código Civil y que el propietario es ya sólo un concesionario sujeto a una retahíla de licencias y permisos administrativos; pero no hay que exagerar, pues lo que pasa es que ya no se concibe un dominio absoluto del dueño que no tenga en cuenta las necesidades de la comunidad. Es la tendencia que prevalece en la generalidad de las normas actuales en el ámbito comparado; así se recibe en el artículo 33 de nuestra Constitución, cuyo sentido se estudia por el Profesor LASARTE.

Siempre en la línea del Código, el libro recoge los medios de adquirir y proteger el dominio y las distintas modalidades especiales del objeto. En el primer aspecto se estudian las figuras de la copropiedad ordinaria, de la propiedad horizontal, ya generalizada en el ámbito urbano, y de la multipropiedad o propiedad a tiempo parcial, que anda en trance de abrirse camino en la práctica y ya rige en zonas turísticas. En cuanto a las variedades del objeto, sabido es que la propiedad puede recaer sobre cosas que no siempre son tangibles y materiales, sino también sobre otras tan características que dan lugar a las llamadas propiedades especiales.

El libro contempla la propiedad de las aguas y las minas, de sabor casi administrativo en cuanto su objeto es más bien público o común y por ello sólo son susceptibles de aprovechamientos otorgados por concesión. Especial es, en otro sentido, la propiedad intelectual, al proteger algo tan inmaterial y personal como la obra producto de la inteligencia o el arte de las personas de los autores; la regulación que les proporciona la legislación es por ello también especial y así se trata en este libro de modo adecuado.

Estudiada la propiedad como derecho que da un poder general de uso y disfrute sobre las cosas, el autor entra en los derechos reales que sólo atribuyen facultades parciales de goce empezando por las servidumbres, legales o voluntarias, y recogiendo las opiniones que consideran a las primeras más bien como auténticas delimitaciones de la propiedad. Siguen los censos, a los que alguien ha calificado como figuras de museo, aunque algunos quedan en la práctica; están en el Colegio y hay que estudiarlos.

Y acaba el libro con el derecho de superficie y sus figuras anejas, en el Código Civil la superficie sólo mereció una mención tan escueta en el artículo 1.611 que don JERÓNIMO GONZÁLEZ dijo que más bien parecía un epitafio. Pero las necesidades del urbanismo moderno, ante la escasez de suelo edificable, han hecho que ahora la figura resulte más frecuente, recibiendo el reconocimiento de la Ley del Suelo y del artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Por eso la doctrina ha empezado a tratar la institución con mayor interés y el Profesor LASARTE incluye aquí un estudio muy completo.

En resumen, este libro es otro más que sigue la línea de los otros que el autor ha publicado, en el camino para terminar su obra sobre Derecho Civil español. Tiene un contenido claro y sistemático de nuestras instituciones privadas, con patente actualización de normas, jurisprudencia y doctrina. En la portada se señala que la edición está cerrada el 10 de agosto de este año; eso significa, según creo, que el autor tiene el propósito de hacer nuevas ediciones

cuando haya novedades, tal como lo ha hecho en tomos anteriores. El Derecho es vida y ésta no para, por lo que hay que estar al día. Por eso resaltamos que este libro, además de completo y bien escrito, es actual y esto es, ciertamente, muy importante.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 621 (Junio 1996)

«Estudio de las disposiciones transitorias del nuevo Código Penal», por JUAN CARLOS CAMPO MORENO, pág. 6475.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS: A) Principios generales: A.1) *Clases de leyes*. A.2) *Alcance de la retroactividad*.—B) Búsqueda de la norma más favorable: B.1) *Redención de penas por el trabajo y otros beneficios penitenciarios*.—C) Procedimiento: C.1) *Supuestos en que es posible la revisión*: C.1.1) *Sentencias no firmes*. C.1.2) *Sentencias firmes y que estén en ejecución*: C.1.2.1) *Excepciones*.—D) Otras disposiciones para la correcta aplicación de las anteriores. E) Las medidas de seguridad y la retroactividad. F) La edad penal.

«Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor», por MANUEL RIVERA FERNÁNDEZ, pág. 6501.

SUMARIO: I. AMBITO DE APLICACION.—II. PRINCIPIOS GENERALES.—III. DERECHOS DEL MENOR: 1. Derechos al honor, intimidad e imagen. 2. Derecho de asociación 3. Derecho a ser oído.—IV. NOTAS A ALGUNAS MODIFICACIONES PUNTUALES DEL CODIGO CIVIL: 1. Disposición final tercera: artículo 149. 2. Disposición final cuarta: artículo 158. 3. Disposición final duodécima: artículo 211. 4. Disposiciones finales decimotercera, decimocuarta, decimoquinta, decimosexta, decimoséptima. 5. Disposición final decimoctava: 1) *Artículo 166, párrafo 2.º: a) La supresión de donaciones. b) La repudiación de la herencia o legado. c) Actitud pasiva de aquellos que ostentan la patria potestad. d) Denegación de la autorización para repudiar.* 2) *Artículo 271.* 3) *Artículo 272.* 4) *Artículo 300.* 5) *Artículo 753.* 6) *Artículo 996* 7) *Artículo 1.057, párrafo 3.º* 8) *Artículo 1.329.* 9) *Artículo 1.330.* 10) *Artículo 1.459.1.º* 11) *Artículo 1.700.3.º* 12) *Artículo 1.732.3.º* 6. Disposición final decimoctava, párrafo 2.º: 1) *Artículo 992.2.º* 2) *Artículo 1.060, párrafo 2.º* 3) *Artículo 1.263.2.º*

COMENTARIO: La intención del estudio es el análisis de los puntos más importantes de la Ley en el ámbito del Derecho Civil, dejando al margen el estudio pormenorizado de las adaptaciones sufridas por el Código en materia de tutela o guarda administrativa, adopción (nacional o internacional) y acogimiento de menores.

Acertadamente señala cómo el artículo 2 de la Ley recoge «tres principios rectores exponentes de la nueva filosofía de nuestra legislación sobre menores», y que se concretan en la absoluta superioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo; el carácter educativo de cuantas medidas se adopten al amparo de la Ley y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores.

Puntualiza la innecesariedad de la declaración de los derechos del menor que aparecen en el Capítulo II del Título I de la citada Ley —derechos al honor, intimidad e imagen, derecho de asociación, derecho a ser oído—, pues su reconocimiento aparece ya en la Constitución o en la Convención de Derechos del Niño, aunque detalla cuáles son los puntos conflictivos de los mismos.

El cuerpo del estudio lo compone lo que el autor denomina «notas a algunas modificaciones puntuales del Código Civil» y que, en realidad, es un profundo estudio clarificador del análisis de lo que la nueva reforma conlleva —apoyado por la última doctrina del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, o incluso de la doctrina comprendida en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado—, y, donde además de un riguroso estudio comparativo entre las novedades introducidas y los artículos reformados, se hace mención expresa a los vacíos que incorpora la nueva redacción dada a los artículos, o al incremento de problemas de la nueva Ley sobre la normativa preexistente.

«La contratación internacional», por JUAN DE DIOS CRESPO PÉREZ, pág. 6533.

SUMARIO: I. INTRODUCCION A LA CONTRATACION INTERNACIONAL: A) La determinación del carácter internacional de un contrato. B) La importancia de la internacionalización de los contratos.—**II. LOS INCOTERMS:** A) Una breve noción. B) Los distintos términos y sus clasificaciones.—**III. REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO INTERNACIONAL:** A) Preámbulo. B) Reglas básicas.—**IV. LOS TIPOS DE CONTRATO:** A) Principales contratos: de compraventa y de intermediación. B) Los otros contratos internacionales.—**V. EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO:** A) Protección contractual contra el incumplimiento. B) Otros mecanismos de protección. C) La resolución de contrato.—**VI. LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS Y SUS SOLUCIONES:** A) La conciliación previa o arbitraje contractual. B) El arbitraje internacional. C) Los Tribunales de Justicia.—**VII. UNA REFLEXION A LOS ASISTENTES AL CURSO.**—**VIII. ANEXO I: FORMULARIOS DE CONTRATOS TIPO** —**IX. ANEXO II: BIBLIOGRAFIA.**

«Designación de candidatos a jurados para cada causa (algunas reflexiones sobre los artículos 18 a 23 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado)», por ANTONIO GIBERT GIBERT, pág. 6571.

«La jurisdicción militar en el actual ordenamiento constitucional (análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar)», por ANTONIO MILLÁN GARRIDO, pág. 6665.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: CONFIGURACION CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCION MILITAR: A) El artículo 117.5 de la Constitución. B) La jurisdicción militar como integrante del Poder Judicial del Estado. C) Marco competencial de la jurisdicción militar. D) Valoración crítica.—II. LA TUTELA JURISDICCIONAL EN EL AMBITO DISCIPLINARIO. A) Introducción. B) El artículo 17 de la LOCJM. Precedentes y análisis general de su contenido: 1. *Precedentes*: a) *Antecedentes*. b) *Tramitación parlamentaria*. 2. *Análisis general del artículo 17 de la LOCJM: referencia específica a la tutela jurisdiccional en la vía disciplinaria judicial*.—III. SANCIONES DISCIPLINARIAS MILITARES Y TUTELA JURISDICCIONAL. CAMBIO NORMATIVO Y EVOLUCION JURISPRUDENCIAL.—IV. SITUACION NORMATIVA ACTUAL: RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y CONTROL JURISDICCIONAL: A) Recursos administrativos. B) Control jurisdiccional: 1. *Planteamiento*. 2. *Atribución de la tutela judicial en materia disciplinaria a la jurisdicción militar*. 3. *Ambito del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario*. 4. *Actos sancionadores excluidos del control jurisdiccional*.

«La marca comunitaria», por MANUEL AREÁN LALÍN, pág. 6903.

SUMARIO: I. PRESENTACION.—II. DIMENSION COMUNICATIVA DE LA MARCA.—III. INCIDENCIA DE LA MARCA EN LOS PROCESOS DE APERTURA E INTEGRACION ECONOMICA.—IV. LA COLISION DE LAS MARCAS NACIONALES CON LA LIBRE CIRCULACION DE MERCANCIAS EN LA UNION EUROPEA.—V. GESTACION DE LA MARCA COMUNITARIA.—VI. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MARCA COMUNITARIA.—VII. CONSIDERACIONES FINALES.

«Las traducciones electrónicas ante el Derecho de autor», por RAÚL BERCÓVITZ ALVAREZ, pág. 6917.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. INCIDENCIA DE LA UTILIZACION DEL SOFTWARE EN LA REALIZACION DE TRADUCCIONES: 1. Funcionamiento de la traducción electrónica. 2. Aportación de los programas de traducción actuales a la labor creativa.—III. SUSCEPTIBILIDAD DE PROTECCION POR EL DERECHO DE AUTOR.—IV. ALTERNATIVAS PARA LA ATRIBUCION DE DERECHOS: 1. Atribución de derechos al ordenador. 2. Atribución de derechos al programador. 3. Consideración como obra conjunta. 4. Atribución de derechos al autor del texto traducido. 5. Posibilidad de una solución contractual. 6. Atribución de derechos al usuario. A) *La teoría de la «Herramienta inerte» y la teoría del «Sudor de la frente»*. B) *El usuario del programa posee el derecho de divulgación de la traducción obtenida*. C) *La concesión al usuario no dañaría los incentivos económicos del programador*.—V. EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD EN LA APLICACION COACTIVA DE LA NORMA.—VI. CONCLUSION.

«Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial, signos nominales y denominaciones subjetivas», por FERNANDO CERDÁ ALBERO, pág. 6953.

SUMARIO: I. DENOMINACION SOCIAL Y SIGNOS DISTINTIVOS: 1. Introducción. 2. La denominación social. 3. El nombre comercial. 4. Disfunciones entre el sistema registral de las denominaciones sociales y el de los signos distintivos.—**II. CONFLICTOS ENTRE SIGNOS DISTINTIVOS PRIORITARIOS Y DENOMINACIONES SOCIALES:** 1. La solución jurisprudencial: el cambio de denominación social por deslealtad. 2. La confusa desviación de la Sentencia del Tribunal Supremo, 1.ª, de 21 de octubre de 1994: valoración crítica. 3. El retorno a la tesis tradicional.—**III. UNA CUESTION NUEVA: EL PRIVILEGIO DE LA HOMONIMIA PARCIAL ENTRE DENOMINACIONES SUBJETIVAS Y NOMBRES COMERCIALES:** 1. Introducción. 2. Excursus: el registro de la denominación social como nombre comercial. 3. El privilegio de la homonimia parcial: a) *El abandono del privilegio de la homonimia parcial en materia de marcas*. b) *El privilegio de la homonimia parcial en materia de nombres comerciales*.—**IV. LIMITES AL DERECHO SOBRE EL NOMBRE COMERCIAL DERIVADOS DEL DERECHO AL NOMBRE:** 1. La licitud del uso de la denominación social posterior como nombre comercial. 2. La interpretación conforme del artículo 33.1 a) LM.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 30

«Comentarios a la Ley 19/1995, de 4 de julio, sobre modernización de las explotaciones agrarias», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, pág. 681

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EXPOSICION DE MOTIVOS.—III. OBJETO Y CONCEPTOS.—IV. LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS PRIORITARIAS.—V. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: ESPECIAL CONSIDERACION A LA DURACION Y SUPRESION DE PRORROGAS LEGALES.—VI. OTRAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS.—VII. LAS UNIDADES MINIMAS DE CULTIVO: A) Introducción. B) Unidades mínimas de cultivo: 1) *Situación hasta la Ley de 4 de julio de 1995*. 2. *Situación actual*. 3. *Los artículos 259.3 y 16 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y la Legislación Agraria*. 4. *El nuevo retracto en la Ley de Modernización*. 5. *La conexión registral*. 6. *Algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:* a) *Introducción*. b) *Resoluciones:* 1. *Resolución de 13 de mayo de 1994*. 2. *Resolución de 5 de enero de 1995*. 3. *Resolución de 17 de enero de 1995*. 4. *Resolución de 6 de junio de 1995*.—**VIII. BENEFICIOS FISCALES Y AYUDAS ESPECIALES.—IX. OTRAS CUESTIONES DETERMINADAS EN LA LEY.**

Número 31 (1996)

«Comentario a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», por JOSÉ RAMÓN SÁNCHEZ HERRERO, pág. 705.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. CARACTER DE LAS NORMAS.—3. COMPETENCIA TERRITORIAL.—4. CONTRATOS QUE REGULA: *a)* Concepto. *b)* Exclusiones.—5. FORMA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS.—6. ESPECIALIDADES DURANTE EL FUNCIONAMIENTO DEL CONTRATO: *a)* Modificación del coste total del crédito. *b)* Reembolso anticipado. *c)* Régimen de las excepciones. *d)* Cobro indebido por parte del empresario. *e)* Ineficacia o resolución del contrato de adquisición.—7. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS VINCULADOS: *a)* Concepto y caracteres. *b)* Derechos ejercitables.—8. DISPOSICIONES APLICABLES A LAS ENTIDADES DE CREDITO: *a)* Oferta vinculante. *b)* Publicidad sobre ofertas. *c)* Coste total del crédito y tasa anual equivalente (TAE). *d)* Anticipos en descubiertos.—9. OTRAS DISPOSICIONES: *a)* Efectos sobre la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos. *b)* Desarrollo reglamentario. *c)* Omisiones.

Número 32 (1996)

«El derecho de propiedad intelectual en el artículo 51 de la Ley (naturaleza jurídica de las relaciones entre autor y empresario)», por ROBERTO ALONSO VISO, pág. 725.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA OBRA CREADA EN EL MARCO DE LA RELACION DE TRABAJO DEPENDIENTE.—III. LA OBRA POR ENCARGO.—IV. DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES.

Número 33 (1996)

«Las operaciones crediticias de las entidades locales. La Ley de Haciendas Locales y la de Contratos de las Administraciones Públicas», por ANTONIO JORGE SERRA MALLOL, pág. 743.

SUMARIO: I. EL LEASING COMO OPERACION FINANCIERA PARA ENTIDADES LOCALES.—II. FINANCIACION DE INVERSIONES.—III. FINANCIACION DE TESORERIA (ART. 52).—IV. PROCEDIMIENTO GENERAL DE APROBACION DE OPERACIONES CREDITICIAS (ARTS 53 Y 54).—V. AUTORIZACION DEL MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA (ART. 54).—VI. CONCEPTO DE CARGA FINANCIERA (ART 54).—VII. LAS GARANTIAS DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS.—VIII. CERTIFICADO DEL SECRETARIO DE ENTIDAD LOCAL.—IX. LOS EFECTOS DE LA INTERVENCION DEL CORREDOR.—X. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONSIDERACIONES PREVIAS.—XI. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—XII. EL CONTRATO DE SERVICIOS.—XIII. CONTRATOS PRIVADOS SOMETIDOS A ESTA LEY.—XIV. PRECIO DE LOS CONTRATOS.—XV. LAS PROPUESTAS DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.—XVI. PERFECCION DEL CONTRATO Y FORMALIZACION.—XVII. LA FORMALIZACION DEL CONTRATO PRIVADO Y SUS EFECTOS.—XVIII. NECESIDAD DE UNA REGULACION.

Número 34 (1996)

«La vivienda ganancial en uso atribuido a un cónyuge en la liquidación de bienes gananciales: procedimiento de liquidación y criterios de división», por JOSÉ C. ROJO ALONSO DE CASO, pág. 759

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. REGIMEN JURIDICO DE LA SOCIEDAD POSTMATRIMONIAL.—III. PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA LA LIQUIDACION, NECESIDAD O INNECESARIEDAD DE EJERCITAR PREVIAMENTE LA ACCION DE LIQUIDACION POR EL CAUCE DE LA TESTAMENTARIA.—IV. ACUMULACION DE ACCIONES LIQUIDATORIAS (CONFORMACION DE ACTIVO, PASIVO O LIQUIDACION), ACCIONES DE RENDICION DE CUENTAS Y DIVISION MATERIAL DE LOS BIENES.—V. DIVISION DE LA VIVIENDA GANANCIAL ATRIBUIDA EN USO EN PROCESO MATRIMONIAL A UNO DE LOS CONYUGES.—VI. CRITERIOS DE DIVISION SOBRE LA VIVIENDA GANANCIAL

Número 35 (1996)

«Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (con especial referencia a la mecánica traslativa de aquélla)», por SALVADOR CARRIÓN, pág. 775.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CUESTION RELATIVA A LA NATURALEZA DE LA DONACION.—III. CONFIGURACION RIGUROSAMENTE CONTRACTUAL DE LA DONACION Y TRADICION.—IV. LA DONACION COMO NEGOCIO DISPOSITIVO (NO RECONDUCTIBLE A LOS CONTRATOS) Y MECANICA TRASLATIVA DE AQUELLA.—V. LA MECANICA TRASLATIVA DE LA DONACION EN LA CONCEPCION DE AQUELLA COMO TITULO Y MODO DE ADQUIRIR.—VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 1986.

Número 36 (1996)

«Sobre la regulación legal de la financiación del consumidor: de la Ley de Ventas a Plazos a la Ley de Crédito al Consumo», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 795.

Número 37 (1996)

«La *hereditas iacens*: intereses en juego y tráfico jurídico», por CARMEN SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, pág. 811.

SUMARIO I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS INTERESES EN JUEGO DURANTE LA FASE DE YACENCIA DE LA HERENCIA: II.1. El causante. II.2. El llamado a la herencia II.3 El llamado eventual. II.4. El llamado sucesivo. II.5. El legatario. II.6. El acreedor de la herencia. II.7 Otros posibles interesados.—III. PROTECCION, GESTION Y REPRESENTACION DE LA HERENCIA YACENTE: III.1. Material normativo III.1.1. *La voluntad del causante como Ley de la sucesión*. III.1.2. *Régimen legal establecido*.—III.2 El llamado como sujeto encargado del patrimonio hereditario durante la yacencia: III.2.2. *Breve referencia al Derecho catalán*.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 15 (Julio-Septiembre 1995)

«La documentación de los acuerdos sociales en la sociedad limitada», por José MARÍA NAVARRO VÍNUALES, pág. 9.

SUMARIO: DELIMITACION DEL TEMA. LA REFORMA DE LA SOCIEDAD LIMITADA LA CONSECUENCIA TEMPORAL: DE LA TOMA DEL ACUERDO A SU DOCUMENTACION.—I. EL ACTA DE LA REUNION: 1. Concepto. 2. Régimen jurídico del acta de la reunión: a) *Elemento personal*. b) *Elemento real*. *Contenido del acta*. c) *Elemento formal*. d) *El valor jurídico del acta*.—3. La Junta General universal celebrada ante Notario. 4. El acta notarial de la Junta General: a) *Quién requiere*. b) *El desarrollo de la reunión*. c) *La redacción del acta*. d) *Valor del acta notarial*. e) *La anotación preventiva del requerimiento notarial*.—II. LAS CERTIFICACIONES: 1. Concepto. 2. Elemento personal. Titularidades de la facultad certificante. a) *Secretario*. b) *Administrador único*. c) *Administradores mancomunados*. d) *Comisario del Sindicato* e) *Liquidadores*. f) *En especial, la certificación expedida por persona no inscrita*. g) *Exclusión de la facultad certificante*.—3. Elemento real. El contenido de la certificación: a) *Clasificación de la certificación por razón de su contenido*. b) *El contenido de la certificación que ha de acceder al Registro Mercantil*.—4. Elemento formal. 5. El valor del certificado: a) *Con carácter general* b) *Su acceso al Registro Mercantil*.—III. LA ELEVACION A PUBLICO DE LOS ACUERDOS SOCIALES: 1. Qué es la elevación a público. 2. Elemento personal: quién puede elevar a público. 3. Elemento real: instrumentos que sirven de base a la elevación a público: a) *El acta o libro de actas*. b) *El testimonio notarial del acta o libro de actas*. c) *La certificación*. d) *Copia autorizada del acta notarial de la Junta*.—4. Aspecto formal: qué documento eleva a público. 5. La eficacia de la elevación respecto al acuerdo social.—IV. EN ESPECIAL, LA DOCUMENTACION DE ACUERDOS EN LA SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL. 1. Acta de la reunión en Junta General: a) *Quién redacta el acta de la Junta General*. b) *Quién traslada el acta al Libro de actas*.—2 La toma de decisiones hecha por el socio único ante Notario. 3. La facultad certificante y la elevación a público de la decisión. 4. El libro-registro de los contratos celebrados entre sociedad unipersonal y socio.

«Las arras penitenciales. Un estudio sobre el artículo 1.454 CC y sus diversas interpretaciones», por LUIS ANTONIO SANZ VALENTÍN, pág. 65.

SUMARIO: I. LAS ARRAS: SU SIGNIFICADO Y EVOLUCION 1. Introducción. 2. Definición y clases de arras: a) *Arras confirmatorias*. b) *Arras penales*. c) *Arras penitenciales*.—3. Régimen legal. 4. Problemática en torno a la arras. 5. Evolución: 1) *Las arras en el Derecho romano*. 2) *Origen de las arras penitenciales en el Derecho español*.—6. Las arras en el Derecho comparado.—II. LAS ARRAS PENITENCIALES EN LA JURISPRUDENCIA: 1. Sucesivas calificaciones del artículo 1.454 CC sobre las que se construye el fallo. 2. Los diversos supuestos de hecho. 3. Dualidad de líneas jurisprudenciales: 1) *Sentencias pertenecientes a la línea restrictiva*. 2) *Sentencias pertenecientes a la línea declarativa*.—4. Etapas por las que atraviesa la jurisprudencia. 5. Análisis del artículo 1.454 CC y de sus diversas interpretaciones.—III. REGIMEN JURIDICO DE LAS ARRAS PENITENCIALES: 1. Elementos que integran el concepto de arras penitenciales. 2. Modo de operar del artículo 1.454 del CC. 3. El artículo 1.454 dentro del sistema general de obligaciones y contratos. 4. Cuestiones problemáticas. Conclusiones: 1) *Sobre la norma*. 2) *Sobre la jurisprudencia*. 3) *Sobre su aplicación*.

COMENTARIO: En la primera parte del estudio el autor comienza señalando el significado y la evolución de las arras en general (en el Derecho Romano, en el Derecho español —desde el derecho justiniano, Código de Eurico, *Lex Visigothorum*, Fuero Juzgo, Fuero Real, otros Fueros como el de Jaca, Cuenca, en las Partidas y, tanto en la doctrina anterior al Código Civil como en el Proyecto de 1851 de García Goyena, el Anteproyecto de 1882-1888, para terminar con la redacción dada al artículo 1.454 en el Código Civil—. Por último expone brevemente la situación existente en el Derecho Comparado —esencialmente en el Código Civil francés, el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil suizo de obligaciones de 1912, y el BGB alemán, finalizando con una mención a algunos códigos hispanoamericanos—). Posteriormente, se detiene en la distinción entre las arras confirmatorias, penales y penitenciales, con la finalidad de adentrarse en la exposición de la problemática existente en torno a las arras, es decir, su diferenciación con la parte del precio que se entrega en el momento de la perfección del contrato cuya función es diferente. Se detiene en el estudio del artículo 1.454, para establecer su valor, su significado y, en definitiva, cuál ha de ser su interpretación. Análisis motivado por la falta de una configuración teórica y por la inexistencia de un régimen jurídico claro que aporte soluciones a los problemas prácticos que surgen en la realidad, los cuales aparecen solucionados fundamentalmente por la jurisprudencia.

En relación con el estudio de la Jurisprudencia, el autor toma como punto de partida la STS de 21 de junio de 1994, donde se observa la doctrina legal que se ha ido elaborando por el Tribunal Supremo. No obstante, tras examinar con detenimiento las sentencias existentes a lo largo del tiempo, el autor separa en tres los momentos por los que ésta ha atravesado. Un primer momento que abarcaría los primeros años del siglo xx, donde se destaca la falta de distinción entre las modalidades del pacto arral, pero donde se aclara que no toda entrega de dinero en el momento de celebración del contrato constituye dicho pacto. Un segundo momento, que comienza en los años cuarenta, y donde se establece la existencia de una línea restrictiva (se conceptúa que son arras penitenciales cuando las partes han manifestado de forma clara y deter-

minante esa voluntad). Y un tercer momento, que se descubre a partir de los últimos años con una profundización en esta línea restrictiva. El autor concluye que no existe una línea de evolución clara.

Por último, realiza un análisis del régimen jurídico de las arras penitenciales, en concreto de sus elementos configuradores (garantía, desistimiento y sustitución) y su funcionamiento. Al detenerse en el examen de la figura, resuelve cuestiones interesantes tales como la necesidad de que conste de forma clara y precisa que las partes quisieron pactar arras penitenciales; la consideración de la cuantía de lo dado como arras para determinar la modalidad pactada; la posibilidad de considerar el pacto de arras como un contrato diferente al de compraventa; el destino que ha de darse a las cantidades que se entregan como arras penitenciales; si es esencial, o no, a las arras penitenciales la reciprocidad en cuanto a los derechos y obligaciones que éstas otorgan; incluso la diferencia entre las arras penitenciales, la cláusula penal y las arras penales y, por último, el análisis de las arras penitenciales como garantía.

«Sucesión universal en virtud del negocio jurídico. Comprobación de la eficacia de una institución de Derecho Civil en el Derecho de la empresa», por KARSTEN SCHMIDT, pág. 197.

SUMARIO: I. FUNDAMENTOS DOGMATICOS: 1. Un tema para la «praxis civilística». 2. Concepto y función de la sucesión universal. 3. ¿Succedere in universitatem o succedere per universitatem?—II. LOS SUPUESTOS CLASICOS: FUSION Y TRANSFORMACION TRANSMISIVA: 1. Fusión y transformación como problemas de sucesión particular y universal. 2. La fusión como núcleo de las normas sobre la sucesión universal en virtud de negocio jurídico. 3. La transformación transmisiva: un supuesto provisional con consecuencias. 4. Fusión y transformación de sociedades personalistas en relación con el último socio restante: ¿sucesión universal en virtud de negocio jurídico?—III. SUCESSION UNIVERSAL NEGOCIAL COMO AVENTURA: ESCISION Y FRACCIONAMIENTO POR LA VIA DE LA SUCESSION UNIVERSAL PARCIAL: 1. Novedades de la Ley de transformaciones. 2. Clasificación jurídico-política y sistemática desde la perspectiva de la legislación vigente sobre transformación unipersonal. 3. La determinación del alcance de la sucesión universal negocial y su conciliación con principios de responsabilidad del empresario. 4. La transmisión de relaciones jurídicas, en especial la aplicación del § 613 a BGB.—IV. EL PROBLEMA DE LA ADQUISICION DE BUENA FE: 1. Una polémica caída en el olvido. 2. Los supuestos de sucesión universal completa (fusión, transformación transmisiva). 3. Los supuestos de sucesión universal parcial (transformación unipersonal, escisión, segregación).

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 149 (Julio-Agosto-Septiembre 1996)

«Los efectos de la "liberalización del suelo" sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, pág. 13.

SUMARIO: 1. EL CARACTER AISLADO DE LA REFORMA.—2. LOS EFECTOS DIRECTOS SOBRE EL TEXTO REFUNDIDO. A) Los efectos formales del Real Decreto-Ley sobre el Real Decreto Legislativo 1/1992. B) Los efectos materiales del Decreto-Ley.—3. LA INCIDENCIA DE LA REFORMA SOBRE EL TEXTO REFUNDIDO. A) La supresión del suelo urbanizable no programado: la refundición del suelo urbanizable: a) *En cuanto al Programa de actuación del Plan General*. b) *En cuanto a las reglas de valoración*. c) *En cuanto al Patrimonio Municipal del Suelo*. d) *En cuanto a la Ordenación urbanística*.—B) La determinación del aprovechamiento susceptible de apropiación: a) *Aprovechamiento susceptible de apropiación por los particulares en los supuestos de terrenos incluidos en Unidades de Ejecución, tanto en suelo urbano como urbanizable*. b) *Aprovechamiento susceptible de apropiación por los particulares en los supuestos de suelo urbano asistemático*. c) *Aprovechamiento susceptible de apropiación en los supuestos de obras de rehabilitación y sustitución de la edificación sin aumento del volumen construido*.—C) Medidas de agilización de la tramitación y aprobación de los Planes de Ordenación Urbana: a) *Agilización del planeamiento y reducción de plazos*. b) *Medidas competenciales para agilizar la aprobación del planeamiento*.

«El Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo: necesidad de una reforma», por FRANCISCO PERALES MADUÑO, pág. 37

«El Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo: Competencias municipales. Régimen transitorio», por PAULINO MARTÍN HERNÁNDEZ, pág. 49.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. EL PANORAMA URBANISTICO ESPAÑOL.—2. INCARDINACION DEL DECRETO-LEY 5/1996.—3. LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS URBANISTICAS: 3.1. Planteamiento. 3.2. Regulación del procedimiento de aprobación de los Planes en la Legislación Urbanística. 3.3. La asignación de las competencias urbanísticas municipales a los distintos órganos: 3.2.1 *Con anterioridad al Decreto-Ley* 3.3.2. *Con posterioridad al Decreto-Ley* 3.3.3. *Valoración de las modificaciones introducidas*.—4. REGIMEN TRANSITORIO: 4.1. Ambito de aplicación del Real Decreto-Ley. 4.2 El régimen del suelo urbanizable no programado.—5. COLOFON.

«Reflexiones acerca de la supresión de la distinción entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado establecida en el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales», por MIGUEL ANGEL LÓPEZ TOLEDANO, pág. 65.

«Los aprovechamientos urbanísticos tras el Real Decreto-Ley 5/1995, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo», por JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, pág. 87.

«Estudio y aplicación práctica del artículo 2 del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 127.

SUMARIO. 1. INTRODUCCION.—2. NORMATIVA SOBRE APROVECHAMIENTO Y CESION DE SUELOS A LOS AYUNTAMIENTOS RESULTANTE DEL REAL DECRETO-LEY: 2.1. Actuaciones asistemáticas. 2.2. Actuaciones sistemáticas.—3. SUPUESTOS DE REHABILITACION Y SUSTITUCION DE LA EDIFICACION: 3.1. Examen de los preceptos de aplicación. 3.2. Actuaciones asistemáticas. 3.3. Actuaciones sistemáticas — 4. MOMENTO DESDE EL CUAL SE APLICA EL ARTICULO 2 DEL REAL DECRETO-LEY: 4.1 Actuaciones asistemáticas. 4.2. Actuaciones sistemáticas. 4.3. Rehabilitación y sustitución de edificaciones.—5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES EN TORNO AL ARTICULO 2: 5.1. Expropiaciones. 5.2. Convenios urbanísticos.—6. CUADRO SINOPTICO DE LA APLICACION PRACTICA DEL ARTICULO 2 (CARACTER BASICO) DEL REAL DECRETO-LEY.—7. CUADRO SINOPTICO DEL MOMENTO DESDE EL CUAL SE APLICA LO PRECEPTUADO EN EL ARTICULO 2 DEL REAL DECRETO-LEY EN EL PLANEAMIENTO Y SU EJECUCION.

«El medio ambiente como bien jurídico colectivo. El ruido callejero como actividad molesta. Derecho a un ambiente silencioso y pacificador» (cont.), por MANUEL VEATO ESPEJO, pág. 155.

SUMARIO: III. EL DETERIORO DEL MEDIO AMBIENTE URBANO COMO CONSECUENCIA DE COMPORTAMIENTOS RUIDOSOS. TRATAMIENTO MULTIPLE. *a)* El ruido como actividad clasificada. *b)* El ruido y las relaciones de vecindad. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 301/1993, de 21 de octubre. *c)* El ruido y las normas de planeamiento urbanístico *d)* El ruido y los comportamientos colectivos. La Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana.—IV. LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA Y LA PARTICIPACION CIUDADANA COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL.—V. ESPECIAL REFERENCIA A LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EXTREMADURA Y DE LAS ENTIDADES LOCALES DE SU AMBITO: *a)* El Estatuto de Autonomía de Extremadura y la Ley Orgánica 9/1994, de 23 de diciembre. *b)* El Decreto 2/1991, de 8 de enero, de Reglamentación de Ruidos. *c)* Las Ordenanzas como instrumento de regulación Su potestad sancionadora en la Ley núm. 30/1992.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Número 46 (Enero-Abril 1996)

«La discusión sobre el método de Derecho Público durante la República de Weimar», por ALFREDO GALLEG0 ANABITARTE, pág. 11.

SUMARIO: I PENSAR DOGMATICO Y PENSAR INVESTIGADOR.—II. METODO JURIDICO E IDEOLOGIA POLITICA.—III. WEIMAR: 1. General 2. Crítica a la filosofía jurídica neokantiana. 3. Las reuniones anuales de los profesores alemanes de Derecho público. 4. El nuevo método. 5. 1928: Schmitt y Smend. 6. Visión de conjunto. 7. Diferentes valoraciones sobre el

«nuevo método». 8. Olvido y permanencia de la legitimidad del método jurídico tradicional. 9. El *ethos* científico de Laband.—IV. RECAPITULACION. 1. No al Derecho político. 2. El pensar dogmático fortalece la normatividad. 3. La apertura del pensar dogmático al pensar investigador. 4. Pensar dogmático: condición existencial del jurista.—V. CONCLUSION.

«El Derecho Constitucional en la formación del jurista», por JAVIER PÉREZ ROYO, pág. 39.

SUMARIO: I. ESPECIFICIDAD DEL PROCESO DE APRENDIZAJE DEL JURISTA.—II. UN ESTUDIO QUE SE EMPIEZA DE CERO.—III. UN ESTUDIO QUE SE HACE EN UN IDIOMA EXTRANJERO.—IV. UN ESTUDIO QUE EXIGE UNA LOGICA ESPECIFICA.— V. UN ESTUDIO EN EL QUE EL «COMPONENTE SOCIAL» DE LA INTELIGENCIA ES MUY ALTO.— VI. RECAPITULACION PROVISIONAL Y TRANSICION.— VII. EL LUGAR DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LOS ESTUDIOS DE DERECHO.— VIII. LA FUNCION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA FORMACION DEL JURISTA.

«Los Organos Jurisdiccionales y la protección del sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», por PABLO PÉREZ TREMPES, pág. 61.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ¿LOS JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS SON GARANTES DEL REPARTO DE COMPETENCIAS REALIZADO POR EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTONOMAS?—III. ¿QUE DEBE HACER UN ORGANO JUDICIAL CUANDO SE ENCUENTRA CON UN ACTO DEL QUE SE CUESTIONA LA COMPETENCIA DEL ENTE DEL QUE EMANO?: 1. Las normas con fuerza de ley. 2. Los actos y disposiciones de rango infralegal.—IV. EL SENTIDO DE LA DUALIDAD JURISDICCIONAL.—V. LA ARTICULACION ENTRE JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA.—VI. EL PROBLEMA DEL OBJETO DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA.— VII. NOTA BIBLIOGRAFICA.

«La reforma legal de los partidos políticos», por MIGUEL SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, pág. 81.

SUMARIO: I. EL DEBATE SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE LA DEMOCRACIA INTERNA.—II. EL PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA LEY DE PARTIDOS: 1. Creación de los partidos. 2. Terminación de los partidos.—III. LOS ESTATUTOS.—IV. LOS AFILIADOS Y SUS DERECHOS.—V. DESIGNACION DE LOS CANDIDATOS PARA LAS ELECCIONES PUBLICAS.— VI. COMISIONES ARBITRALES.—VII. GARANTIAS JURISDICCIONALES.—VIII. SISTEMA DE FINANCIACION.—IX. APOSTILLA.

«La protección constitucional de los extranjeros ilegales en Estados Unidos (a propósito de la proposición 187 del Estado de California)», por RUTH RUBIO MARTÍN, pág. 107.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONTEXTO, CONTENIDO Y PARAMETROS DE ANALISIS DE LA PROPOSICION 187 DEL ESTADO DE CALIFORNIA.—III. MECANISMOS DE LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS FRENTE A LA ACCION ESTATAL: 1. La discriminación en razón de la condición de extranjero: el principio de igualdad. 2. Los límites competenciales de la acción estatal en materia de extranjería.—IV. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS ILEGALES: 1. De Canas v. Bitá. 2. Plyler v. Doe.—V. EL FUTURO INCIERTO DE LA PROPOSICION 187.

Número 47 (Mayo-Agosto 1996)

«Raíces históricas de la libertad religiosa moderna», por CHRISTIAN STARCK, pág. 9

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PARIDAD DE LAS CONFESIONES A TRAVES DE «LEYES FUNDAMENTALES».—III. ILUSTRACION Y TOLERANCIA.—IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO HUMANO: A) Norteamérica. B) Francia. C) Alemania.—V. LA SEPARACION IGLESIA-ESTADO COMO BASE DE LA LIBERTAD RELIGIOSA.—VI. ELEMENTOS BIBLICOS Y FACTORES MEDIEVALES DE LA LIBERTAD RELIGIOSA MODERNA: A) El individualismo teológico secularizado. B) El dualismo de *Regnum et Sacerdotium*.—VII. PERSPECTIVA DE FUTURO

«La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución. (Una aproximación desde la teoría del Derecho), por MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, pág. 29.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS JURISTAS Y EL «VALOR NORMATIVO» DE LA CONSTITUCION.—III. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO NORMA ULTIMA.—IV. ¿CAMBIO DE REGLA DE RECONOCIMIENTO SIN QUIEBRA DE LA CONTINUIDAD JURIDICA?—V. UN ELENCO DE PROBLEMAS.—VI. ¿QUIEN CONFIGURA LA REGLA DE RECONOCIMIENTO?—VII. DIMENSIONES CONCEPTUAL, DIRECTIVA Y VALORATIVA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO LA REGLA DE RECONOCIMIENTO Y LA PRESTACION EXCLUYENTE DEL DERECHO. ¿POR QUE ACEPTAR LA REGLA DE RECONOCIMIENTO?—VIII. ¿CUANTAS REGLAS DE RECONOCIMIENTO? CLARIDAD Y PENUMBRA EN LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.—IX. ALGUNAS CONCLUSIONES —X. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

«La Administración Pública a partir de la Constitución Española de 1978», por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, pág. 55.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: CONTINUIDAD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y CAMBIO CONSTITUCIONAL.—II. REGULACION CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACION —III. CUESTIONES ACTUALES DE

LA ADMINISTRACION PUBLICA. 1. Potestades administrativas y privilegios de la Administración 2. Entes instrumentales y utilización del Derecho privado. 3. Las Administraciones independientes. 4. Los límites de la Administración Pública. 5. Reforma administrativa: la «Administración única» — IV. CONCLUSION.

«La objeción de conciencia a deberes cívicos», por ALFONSO RUIZ MIGUEL, pág. 101.

SUMARIO: I LA OBJECION DE CONCIENCIA COMO DERECHO: ALCANCE Y LIMITES IDEALES.—II LA INTRATABILIDAD JURIDICA DEL DERECHO GENERAL A LA OBJECION DE CONCIENCIA —III. LA EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—IV. LA OBJECION DE CONCIENCIA A LAS MESAS ELECTORALES.—V. LA OBJECION DE CONCIENCIA AL JURADO —BIBLIOGRAFIA CITADA.

«El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado «contra-amparo», por FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, pág. 125

SUMARIO: I. EL «CONTRA-AMPARO»: ALGUNAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES: 1. El «contra-amparo» no es falta de legitimación, pero se relaciona con ella 2. El «contra-amparo» no es carencia de objeto del proceso, pero advierte sobre la naturaleza inversa de la pretensión: a) *El «contra-amparo» como elección entre las alternativas opuestas que se proyectan en el juicio de igualdad* b) *La naturaleza sinalagmática del derecho a la tutela judicial.*—3. El «contra-amparo» no es colisión de derechos fundamentales, aunque lo aparenta. 4. El «contra-amparo» como «falta de jurisdicción o competencia». 5. El Tribunal Constitucional no es, en el proceso de amparo, el intérprete último de las interpretaciones de los derechos fundamentales.—II. EL «CONTRA-AMPARO» ORDINARIO: JANO, LOS DERECHOS Y LOS JUECES

«La reforma constitucional de J. Chirac», por ANDONI PÉREZ AYALA, pág. 157.

SUMARIO: I. LA V REPUBLICA: SINGULARIDAD Y CONTINUIDAD DE SU SISTEMA INSTITUCIONAL: 1. El diseño originario de la V República. 2. La evolución de la V República (1958-1995).—II. LA REVISION CONSTITUCIONAL EN LA V REPUBLICA: 1. El procedimiento de revisión y el protagonismo presidencial. 2. Las reformas constitucionales (1960-1993) — III. LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DE 1995 Y LAS PROPUESTAS DE REFORMAS INSTITUCIONALES.—IV. LA LEY CONSTITUCIONAL DE 4 DE AGOSTO DE 1995: 1. Alcance de la reforma constitucional, disposiciones derogadas y reajustes en el texto constitucional 2. La ampliación del campo de aplicación del referéndum. 3. La sesión parlamentaria única y el régimen de inviolabilidad parlamentaria.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (Julio-Diciembre 1995)

«El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica», por F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, pág. 11.

«La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional Privado», por P. A. DE MIGUEL ASENSIO, pág. 41.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. REGIMEN DE DERECHO MATERIAL: 1. Modelos de regulación en el panorama comparado. 2. Caracterización del sistema español y contraste con otros ordenamientos: A) *Estructura del sistema*. B) *Ausencia*. C) *Declaración de fallecimiento*.—III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: 1. Tendencias en el ámbito comparado: pluralidad de fueros y garantía de la tutela. 2. Fuero del domicilio del desaparecido (art. 22.3 LOPJ). 3. Otras vías de atribución de competencia a los tribunales españoles: A) *Adopción de medidas provisionales*. B) *Fuero de necesidad*.—IV. DERECHO APLICABLE: 1. Alternativas de regulación: Estatuto personal, *lex fori* o *lex causae*. 2. Ley aplicable a la declaración de fallecimiento: A) *Tensión entre el estatuto personal y la lex fori: criterios de solución*. B) *Ley(es) aplicable(s) a los efectos de la declaración*.—2. Ley aplicable a la ausencia.—V. EFICACIA EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS: 1. Carácter de los efectos. 2. Presupuestos y alcance de la eficacia.

«La responsabilidad internacional por violación grave y masiva de los derechos humanos: práctica española», por JAUME FERRER LLORET, pág. 71.

SUMARIO I LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS —II. PRACTICA ESPAÑOLA EN LA MATERIA: 1. La posición del Estado español ante instancias internacionales. 2. Las relaciones exteriores de España y la violación grave y masiva de los derechos humanos: práctica reciente: a) *El asunto de la embajada española en Guatemala*. b) *El fenómeno de las «desapariciones» en Argentina*. c) *La cooperación al desarrollo de España en Guinea Ecuatorial*. d) *Los acontecimientos de la Plaza de Tiananmen*. e) *La política de segregación racial en Sudáfrica*. f) *A modo de recapitulación: la cooperación al desarrollo de carácter bilateral*.—3. La venta de armas a terceros países: a) *Chile*. b) *Irak*. c) *Marruecos*.—4. Los Doce y la Comunidad Europea —III. CONSIDERACIONES FINALES.

«Las actividades de aplicación conjunta en la Convención Marco sobre el cambio climático», por S. BRICEÑO y A. G. CHUECA SANCHO, pág. 101.

SUMARIO: I. INTRODUCCION GENERAL.—II. EL CONCEPTO GENERAL DE ACTIVIDADES DE APLICACION CONJUNTA.—III. LA POSIBILIDAD DE REALIZAR ACTIVIDADES DE APLICACION CONJUNTA EN LA CON-

VENCION MARCO SOBRE EL CAMBIO CLIMATICO.—IV. EL CONCEPTO CONVENCIONAL DE ACTIVIDADES DE APLICACION CONJUNTA.—V. LA SEDIMENTACION DE LOS CRITERIOS GENERALES QUE DEBEN REGIR LAS ACTIVIDADES DE APLICACION CONJUNTA —VI. DE LA BUSQUEDA DE CRITERIOS GENERALES Y DEFINITIVOS AL ENFOQUE POR ETAPAS: a) La búsqueda de criterios generales y definitivos. b) La Conferencia de las Partes establece la Etapa Previa. c) La embrionaria enunciación de criterios generales que deben regular la Etapa Previa.—VII. LOS ARREGLOS INSTITUCIONALES NECESARIOS PARA LAS ACTIVIDADES DE APLICACION CONJUNTA: a) ¿Sistema de créditos o sistema de proyectos? b) En la Etapa Previa la intervención institucional es escasa. c) La posible existencia de etapas sucesivas.—VIII. CONCLUSIONES GENERALES.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 3 (1996)

«La CMR a 40 ans», por ROLAND LOEWE, pág. 429

«Vers un nouveau droit de transport international ferroviaire», por GERFRIED MUTZ, pág. 442.

«Civil Liability for injurious Consequences of Potentially Hazardous Activities - the Need for Uniform Law», por B. SEN, pág. 453.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 1 (1996)

«TLC: Mecanismo de resolución de controversias y el arbitraje comercial internacional», por LUIS NIEVES-MORILLO, pág. 27.

«TLC y el control de residuos tóxicos en la guerra contra la contaminación transfronteriza», por HEN W. MCGEE JR. y LUZ ESTELLA ORTIZ NAGLE, pág. 67.

«Moral Rights Exclusion in the North America Free Trade Agreement and the General Agreement on Tariff and Trade: A Legal Proposal for the Inclusion of Moral Rights in Future Free Trade Agreements in Latin America and the Caribbean», por NOREEN WISCOVITCH RENTAS, pág. 97.

«Consecuencias colaterales de una convicción criminal: consideraciones éticas y profesionales al representar a inmigrantes que residen legalmente en Puerto Rico», por GUSTAVO A. GELPI JR., pág. 133.

«Abuso sexual de menores: derechos de la víctima v. derechos del acusado. ¿Se puede hacer justicia vía T.V.?», por ATHOS VEGA DE JESÚS, pág. 143.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION Número 197 (Enero-Junio 1995)

- «La modernización del sistema de administración de justicia», por MARÍA SOLEDAD ALVEAR V., pág. 7
- «El arbitraje en el *leasing* habitacional», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 17.
- «El *Ombudsman* en Europa y América», por TARCISIO OVIEDO SOTO, pág. 31.
- «Recurso de casación», por ENRIQUE TAPIA WITTING, pág. 43.
- «El incidente de *Luxor* y la casi intervención del Imperio Alemán en Perú durante la Guerra del Pacífico» (II Parte), por SAMUEL DURÁN BACHLER, pág. 61.
- «La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente. (Un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)», por PEDRO ZELAYA ET-CHEGARAY, pág. 101.
- «El hecho gravado en el Impuesto al Valor Agregado (Un enfoque doctrinario)», por ELIZABETH EMILFORK S, pág. 147.
- «Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena», por FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA, pág. 169.
- «Nuevas operaciones bancarias y financieras», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 189.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA Números 139-140 (Agosto-Septiembre 1996)

- «Las claves jurídicas de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», por LUIS M. ALMAJANO PABLOS, pág. 7.
- «Nueva perspectiva de las Mutualidades de Previsión Social», por LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ, pág. 25.
- «Las Mutualidades de Previsión Social en la nueva Ley de Seguros», por LUIS MIGUEL AVALOS MUÑOZ, pág. 39.
- «La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras», por CONCEPCIÓN BERMÚDEZ MENESES, pág. 57.
- «Modernización del Consorcio de Compensación de Seguros», por PILAR GONZÁLEZ DE FRUTOS, pág. 75.

- «Los criterios de imputación de la responsabilidad civil automovilística. Comentario a los cinco párrafos del artículo 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor», por MARIANO MEDINA CRESPO, pág. 83.
- «La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados: los baremos», por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 91
- «Causas de exoneración y de exclusión de cobertura en el seguro de suscripción obligatoria (Ley 30/1995, de 8 de noviembre)», por FRANCISCO SOTO NIETO, pág. 99.
- «Planes y fondos de pensiones en la empresa», por DIEGO VALERO CARRERAS, pág. 115.
- «La incorporación de las Terceras Directivas Comunitarias», por MIRENCHU DEL VALLE SCHAAN, pág. 121.

Número 141 (Octubre 1996)

- «Europeización y España en el pensamiento de Joaquín Costa»,¹ por MANUEL LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, pág. 9.
- «La participación del Parlamento en el control y seguimiento del Derecho Comunitario: la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea», por JOSÉ LUIS MARCUELLO MORENO, pág. 15.
- «La noción de exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la luz de la última jurisprudencia de la Corte Comunitaria de Luxemburgo», por JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO, pág. 25.
- «Límites a la actuación inspectora en la recaudación *a posteriori* de los derechos de aduanas», por ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, pág. 33.
- «La Directiva 95/7/CE del Consejo de 10 de abril de 1995 y el Impuesto sobre el Valor Añadido», por ROSARIO PALLARES RODRÍGUEZ, pág. 37.
- «El Mercado Financiero Europeo: algunos retos del futuro», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 61.
- «Algunas breves reflexiones sobre la libertad de circulación monetaria en la Unión Europea», por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 65
- «La aplicación de la regla *forum delicti commissi* (el art. 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968) en supuestos de difamación por medio de prensa», por GUILLERMO PALAO MORENO, pág. 75.
- «Las energías alternativas en España y en la Unión Europea», por ANGEL B GÓMEZ PUERTO, pág. 75.