

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXI ° Noviembre-Diciembre 1995 ° Núm. 631

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. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

SUMARIO

	<u>Págs</u>
IN MEMORIAM JUAN MANUEL REY PORTOLES	1927
ESTUDIOS	
«Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva», por JUAN MONTERO AROCA	1933
«Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda», por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	1951
«La constitución unilateral de hipoteca», por ANTONIO PAU PEDRÓN	1991
«Cuestiones del suelo periurbano», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2017
«El fenómeno de la multipropiedad y del tiempo compartido: estudio práctico en la legislación vigente y en la proyectada legislación», por JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN	2045
DICTAMENES Y NOTAS	
«Reflexiones sobre la naturaleza de la interpretación jurídica: entre Betti y Gadamer», por ANDRÉS L. DE CÓRDOVA	2133
«Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente», por MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ	2153
«Notas sobre la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda surgidos con posterioridad a la LAU de 1994», por PEDRO A. MUNAR BERNAT	2171
ACTUALIDAD JURIDICA	
Información legislativa y de actividades. por LA REDACCION	2197
JURISPRUDENCIA	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2203

II.	Resoluciones de la Dirección General, por JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA	2207
III.	Sentencias del Tribunal Supremo:	
1.	Derecho Civil:	
a)	Derechos Reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	2239
b)	Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	2253
c)	Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2263

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

	«El concepto de Derecho en Alvaro d'Ors», de AGUSTÍN GÁNDARA MOURE, por PATRICIA ZAMBRANA MORAL	2305
	«Las servidumbres prediales en el Derecho Histórico Español», de FRANCISCO LUIS PACHECO, por CONCEPCIÓN SERRANO ALCALDE	2308
	«La Ley de Adecuación y el Impuesto de Operaciones Societarias», de JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2312
	«El aprovechamiento urbanístico», de JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ y VICENTE LASO BAEZA, por RAFAEL ARNAIZ EGUREN	2314
	«Urbanismo y publicidad registral», de MERCEDES FUERTES, por RAFAEL ARNAIZ EGUREN	2317
	«Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», de JOSÉ LÓPEZ LIZ, por JOSÉ M. ^º CHICO Y ORTIZ	2319
	REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN	2323

«In memoriam»

JUAN MANUEL REY PORTOLES

Le conocí en una reunión en Madrid de, entonces, Delegados Territoriales, a la que fui, por Burgos, sustituyendo a Torrente (senior). Era la primera vez que subía a las alturas corporativas y estaba deslumbrado. La reunión sería, cordial, contenía transcendencia y compañerismo. No conocía a nadie, salvo a los miembros de la Junta de Gobierno y a algún Delegado Territorial. Desde luego a Juan Rey no.

«¡Oye! —le dije a mi colindante, Paco Téllez, de Mallorca—, ¿quién es ése!». «¡El de Valencia, Juan Rey!», me contestó. Me acuerdo que cuando cogió la palabra pasó velozmente del «piano» al molto animato, y me dijo: «Este es de los que meten el dedo en el carril y ¡a El Ferrol!; además, si sólo sabe la mitad de lo que parece, “un sabio”» Lo era. Para mi pena, lo era, y me di cuenta tarde.

Nacido en las Canarias, hijo de Secretario Judicial, criado en Valencia, con cuarenta y cinco años lo había conseguido todo, en lo personal y en lo profesional.

Personalmente, como compañero, una delicia. Su disponibilidad, digna de encomio. Soportaba estoicamente mis llamadas, que indefectiblemente le azuzaban su curiosidad: «Escucha, Juan, tengo un tema muy rarito, a ver qué opinas».

Juan siempre opinó. Incluso en horas intempestivas. Que me perdone Herminia, su mujer y compañera, cuyo semblante retrata el inmenso dolor de su vacío, porque le secuestrábamos sin piedad, y fiel a su capacidad e indiscutible liderazgo jurídico, nunca soslayó ninguna cuestión. Como dicen en mi pueblo, era de los que «por un duro te da dos partidas» Te resolvía el problema práctico y encima te ilustraba.

Y para qué hablar de la reunión de los «Lunes 4,30», un «pim, pam, pum» que revalidaba con éxito semana tras semana. Una opinión no era mayoritaria sin su coincidencia. Luchar contra su dialéctica, casi imposi-

ble Te avasallaba con la profusidad de sus conocimientos, y con el rigor de su construcción jurídica. Te daba de regalo la fecha de aquella resolución olvidada, el mejor trabajo, la última opinión más fundamentada. ¡Sí, sí, pero a pesar de todo no veo yo tan claro eso de que el crédito y la hipoteca anden cada uno por su lado, me parece un poco aventurado y poco ético! Al final en eso quedaba reducido mi razonamiento, de todo menos jurídico. Era una lucha desigual.

Juan, profesionalmente, ha sido muy brillante y completo. Premio Nacional, Premio Extraordinario al mejor expediente académico, matrícula de honor en todas las asignaturas de la carrera de Derecho, mejor expediente de toda la historia de la Facultad de Derecho de Valencia.

Aprobó las oposiciones a Registros en la promoción de 1976, combinando desde entonces su quehacer profesional diario con el estudio jurídico de un sinfín de temas. Distinguido con la Cruz de San Raimundo de Peñafort, consejero de la REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO —en la que le producía «pudor» difundir, según él mismo reconoció—.

Buscando en los índices bibliográficos he encontrado hasta 53 publicaciones, desde sus innumerables artículos sobre la doctrina y jurisprudencia, sus Comentarios a «vuela Pluma» de los artículos de Derecho Sucesorio, tras la modificación de 1981, hasta su tesina sobre la disolución de la Sociedad Civil y el artículo 1.701 del Código Civil Pero fueron muchas más. No había conferencia de interés, congreso internacional, charla o tertulia en la que no participase activamente.

Pero, sobre todo, su ansia de saber le subyugaba. Los viajes al extranjero los convertía en ocasiones ideales para conocer su Derecho y adquirir las publicaciones más relevantes para el estudio de su organización jurídica.

En el ámbito universitario hay dos personas a las que ha estado vinculado: alumno mimado, diría yo, del Profesor Luis Díez-Picazo, y colaborador impenitente, en el seminario de Derecho Civil de la Facultad de Valencia, del Profesor Vicente Montés, quien ha revitalizado este foro de estudio desde los tiempos de Manuel Broseta.

Don Luis, en el prólogo del último libro de recopilación de escritos sobre hipotecas y anotaciones de embargo, escribe: «Profeso hacia Juan Manuel Rey Portolés un afecto que es ya antiguo y que va unido a una gran admiración. Ha sido uno de los más inteligentes, perspicaces y mejor preparados estudiantes que, a lo largo de cuarenta años de docencia, he conocido.»

Don Vicente ha sugerido la organización de un ciclo de conferencia, en homenaje a Juan Rey, en el seno del Seminario de Derecho Civil que lidera.

A lo largo de su vida profesional ha tratado de muchos temas, pero algunos fueron sus preferidos. La hipoteca le apasionó, y su tesis sobre la

«divorciabilidad» respecto del crédito garantizado, le definió. Su crítica a la accesoriedad ciega, devastadora. Asimilaba dicha accesoriedad con aquellos antiguos artículos del Código Civil, 57 y 58, que decían: «El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido». y «la mujer está obligada a seguir al marido dondequiera que fije su residencia» Y con referencia a la accesoriedad de la hipoteca en el Derecho Romano, estimó que la accesoriedad significaba algo muy distinto a la que se interpreta como vigente entre nosotros, y, por seguir con el símil hombre-mujer, la comparó con «una meretriz de lujo que se vende al mejor postor y que sirve al último que pague por su cuerpo, el cual ya, entonces, lo usa en su íntegro provecho sin importarle nada el interés de acreedores intermedios» Y refutó sobre todo al «crédito hipotecario», al que calificó de supuesto de hermafroditismo.

Había que ser valiente para defender esta teoría, contra corriente de opinión muy generalizada, plasmada por las resoluciones de nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado, y sostenida por autores de tanto prestigio como Roca Sastre o Peña Bernaldo de Quirós —a los que calificó respectivamente de Pontífice Maximus y conspicuo—, Ballarín Hernández o Amorós Guardiola

Pero desempolvó a Las Partidas, a comentaristas franceses como Alex Weill citando al artículo 1 278 del *Côte Civil*, los artículos 727 y 728 del Código Civil Portugués, el BGB Alemán —donde la desconexión es paradigmática—, y en el derecho patrio, a las Partidas, a los artículos 1.138 y 1 140 del Proyecto de 1851 de García Goyena, los artículos 1.207 y 1 211 de nuestro Código Civil, y autores como Pascual Lacal, La Rica y Arenal, Ignacio de Casso, para terminar proclamando su posición «pretendo situar los dos ingredientes que lo componen en planos de teórica igualdad como el que conviene a los esposos. Y, parejamente a lo que sucede en el matrimonio, reconozco a ambos su específica función y a lo sumo que se hallan en una relación finalística, que no de estricta accesoriedad».

Personalmente creo que esta posición doctrinal tiene una mayor capacidad de desenvolvimiento futuro que la accesoriedad rígida, pues permitirá una mayor potenciación de la hipoteca, institución esencial en el desarrollo del crédito territorial y factor decisivo en la estabilidad económico-social de nuestros días. A tal fin, es preciso relajar el dogma de la accesoriedad, y admitir junto a la hipoteca de tráfico, predicable respecto de los préstamos al consumo, donde es aplicable la accesoriedad, otras figuras de mayor versatilidad y desconexión, que den cabida a modalidades de crédito, especialmente los destinados a la financiación de la gran empresa y de carácter transfronterizo, que hoy no tienen adecuado desarrollo en la hipoteca por su accesoriedad, evitando que busque otros instrumentos jurídico-financieros de desarrollo.

Y no quiero terminar estas líneas sin una reflexión: hay veces que no somos plenamente conscientes del valor de lo que nos rodea, y únicamente lo apreciamos cuando lo perdemos. Me asusta pensar dónde hubiera podido llegar Juan si su muerte repentina no nos lo hubiera arrebatado. Sólo me resta el consuelo de una vida mejor. donde seguro que, con otros como Carlos Hernández Crespo, ya la «estarán organizando» Si acaso, no se llame «Lunes 4,30».

GABRIEL GRAGERA IBÁÑEZ
Registrador de la Propiedad
de NULES

ESTUDIOS

Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva

SUMARIO: 1. PROCESO DE EJECUCION Y CONTRADICCION PROCESAL: A) EL ERROR POR OMISIÓN DE LA LEC. B) La imprecisión técnica del TC.—2. EL CONTENIDO DE LA OPOSICION DEL EJECUTADO: A) OPOSICIÓN RELATIVA AL PROCESO MISMO. B) OPOSICIÓN ATINENTE A LA RELACIÓN JURÍDICO-MATERIAL.—3. LOS CAUCES PROCESALES DE LA OPOSICIÓN: A) LA VÍA DE LOS RECURSOS. B) EL CAUCE DECLARATIVO INCIDENTAL O AUTÓNOMO.—4. EL INCIDENTE DECLARATIVO INTERCALADO O AUTONOMO.—5. LA INEFICACIA DEL PROCESO DECLARATIVO AUTONOMO.—6. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCION EN LA EJECUCION.

1. PROCESO DE EJECUCION Y CONTRADICCION PROCESAL

El profesional del Derecho español acostumbrado a manejar nuestra más que centenaria LEC no siente extrañeza ante un silencio de la misma, no se sorprende ante la falta de referencia en ella a lo que el ejecutado puede hacer procesalmente para oponerse a la ejecución. La extrañeza puede empezar cuando, por la circunstancia que fuere, ese profesional ha de consultar un Derecho extranjero y observa en él que el Código correspondiente, al regular el proceso de ejecución, dedica parte de esa regulación a la oposición del ejecutado.

Sucede como decimos en el Derecho italiano y en su *Codice di procedura civile*, por ceñirnos únicamente a un país próximo a nosotros. El *Codice* dedica su Libro III al proceso de ejecución y, dentro del mismo, el Título V lleva como rúbrica «De las oposiciones», distinguiéndose luego entre «De las oposiciones del deudor y del tercero sujeto a la ejecución» y «De las oposiciones de terceros».

Del silencio de la LEC se han derivado consecuencias muy peligrosas tanto conceptualmente como en el terreno práctico de la tutela judicial

efectiva. Esas consecuencias precisan de un estudio monográfico de la oposición del ejecutado, pero mientras ese trabajo no se hace permítasenos realizar aquí un ensayo, una aproximación al tema.

A) EL ERROR POR OMISIÓN DE LA LEC

En el Derecho histórico español, y hasta la LEC de 1855, existía un único proceso de ejecución, por el que se procedía tanto el título fuera judicial (sobre todo sentencias firmes) como contractual (especialmente escrituras públicas) y se tratara de obligaciones dinerarias. En ese proceso siempre había demanda ejecutiva, despacho de ejecución, requerimiento de pago, embargo, citación de remate al ejecutado, posibilidad de oposición de éste en incidente declarativo con práctica de prueba y sentencia de remate o de no remate, continuándose después, y en su caso, con la realización forzosa de los bienes y con el pago al acreedor ejecutante (hemos hecho un resumen de este proceso único de ejecución en «La naturaleza del juicio ejecutivo», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1993, págs. 271-278).

Durante siglos la doctrina discutió en torno al número y contenido de las excepciones que el ejecutado podía alegar en la oposición a la ejecución y, también, sobre los medios de prueba admisibles, pero sobre la existencia misma de la oposición no hubo ni siquiera debate por tratarse de algo obvio que se correspondía con la misma naturaleza del proceso. La doctrina, en general, no tuvo clara la distinción entre excepciones contra títulos judiciales y excepciones contra títulos contractuales, y si bien algún autor intuía que entre ellas tenía que haber alguna diferencia, nunca se llegó a matizar con claridad.

Así estaban las cosas cuando PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA recibió el encargo de redactar la primera LEC, la de 1855, y rompió en ella el proceso único de ejecución distinguiendo entre «De la ejecución de las sentencias», por un lado, y «De las ejecuciones», por otro, incluyendo en ésta el juicio ejecutivo. En la regulación de este «juicio» se limitó a asumir la tradición y reguló la citación del remate, la oposición y la sentencia de remate, pero en la ejecución de sentencias estimó que si ésta condenaba al pago de cantidad líquida y determinada bastaba con acudir al embargo, al evalúo, a la venta del bien y al pago. En su libro *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, 1857, págs. 166 y 177) sostuvo teóricamente que:

1.º No había que incluir la sentencia firme entre los títulos que traen aparejada ejecución.

2.º No se hizo mención de la oposición del ejecutado porque si sus trámites son «necesarios, indispensables para el que no ha sido oído», son

«inútiles, dispendiosos y lentos en demasía para el que ha litigado y obtenido en su favor una sentencia».

3.º Después de la sentencia, con la que se procede a la ejecución, «no puede nacer ya otro juicio», mientras que el juicio ejecutivo no excluye al ordinario, «en, que con más holgura puede volverse a ventilar. lo que antes ha dado lugar a una resolución definitiva, sí, pero que no cierra la entrada a otro juicio en que, con mayores garantías, vuelva a examinarse la cuestión que antes sólo tuvo una solución provisional».

Por el camino abierto en la LEC de 1855 siguió después la de 1881. En ésta se dedica, en el Libro II, el Título VIII a «De la ejecución de las sentencias», sin hacer mención de la oposición del ejecutado, y el Título XV a «Del juicio ejecutivo», en el que sí se regula el incidente de oposición.

La no regulación de la oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias llevó a la doctrina española, posterior a las leyes de enjuiciamiento, a sostener que en esa ejecución no rige la contradicción ni la igualdad de las partes, e incluso llegó a decirse que el ejecutado no era una verdadera parte. Afirmaciones de este género pueden descubrirse todavía en la doctrina y en la jurisprudencia menos evolucionadas, pero hoy es ya manifiesto que el ejecutado es parte. Lo discutible ahora es qué puede alegar en su defensa y cómo puede hacerlo.

B) LA IMPRECISIÓN TÉCNICA DEL TC

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referirse a la oposición del ejecutado, si bien lo ha hecho sin el rigor técnico que cabría esperar. Esa ocasión ha sido la STC 110/1993, de 25 de marzo, en la que declaró constitucionales los artículos 8 y 12 de la LEC (e implícitamente el art. 7), por no ser contrarios a los artículos 14 y 24 de la CE (nuestro comentario en «Sobre la constitucionalidad de la jura de cuentas», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 283-304).

Aunque literalmente el Título VIII del Libro II de la LEC lleva la rúbrica «De la ejecución de sentencias», y especialmente su Sección 1.ª se refiere a las dictadas por los Jueces y Tribunales españoles, por los trámites en ella regulados ha de regirse toda una serie de ejecuciones en la que el título ejecutivo no es una sentencia, sino uno de los que suelen llamarse títulos judiciales o equiparados. Entre los equiparados están los títulos formados por los Procuradores (arts. 7-8) y Abogados (art. 12) para cobrar sus derechos y honorarios, respecto de los cuales se dice en la LEC que se ejecutarán por la vía de apremio.

Con relación a los artículos 8 y 12 de la LEC se cuestionó su constitucionalidad, en atención al artículo 24 de la CE, porque, según los Jueces proponentes de las cuestiones, abierta directamente la vía de apremio no cabe admitir en ella posibilidad alguna de defensa y audiencia del deudor, es decir, se coloca a éste en situación de indefensión dado que en el procedimiento no se le dan prácticamente posibilidades de oposición. Como vemos la proposición de las cuestiones de inconstitucionalidad se basó en la vieja concepción de que la LEC no regula la oposición del ejecutado, no rigiendo en la ejecución el principio de contradicción; al faltar éste el ejecutado queda indefenso.

El Tribunal Constitucional mantuvo la constitucionalidad de los procedimientos de jura de cuentas, declarando que los artículos 8 y 12 de la LEC (e implícitamente también el art. 7) no se oponen al artículo 24 de la CE si aquéllos se interpretan en el sentido de que en los mismos no se niega la defensa del ejecutado. Muy en síntesis el Tribunal sostuvo que:

1.º El Juez debe controlar de oficio los presupuestos del «proceso en miniatura» que se regula en esos artículos 8 y 12 de la LEC y, más concretamente, la competencia, la legitimación de las partes, el objeto de la pretensión y el título.

2.º El requerido ha de poder alegar en torno a la concurrencia de esos presupuestos y, además, ha de tener la posibilidad de oponer otras circunstancias como el pago y la prescripción.

3.º El momento en el que el deudor ha de poder formular su oposición es aquel en el que conteste al requerimiento de pago que el Juez o Sala han de hacerle, después de que el Procurador o el Abogado presentan la «cuenta detallada y justificada» (art. 8) o la «minuta detallada» (art. 12).

4.º Sin perjuicio de lo anterior y de requerir el caso una mayor amplitud de defensa o de contradicción, lo resuelto en esos «procesos» no cierra la vía del procedimiento declarativo ordinario.

En el comentario antes citado advertimos que el Tribunal Constitucional no aclaró realmente lo que puede oponer el ejecutado y se confunde respecto del cauce procesal de la oposición; pero lo que nos importa ahora es constatar que el Tribunal, aun careciendo de precisión técnica, se ha percatado de que en el procedimiento de ejecución de sentencias, que es aquel por el que se tramita la ejecución de título equiparados a los judiciales, puede existir oposición del ejecutado o, más en general, rige la contradicción procesal. El contenido y el modo de oposición, con todo, no se precisan en la STC 110/1993.

2. EL CONTENIDO DE LA OPOSICION DEL EJECUTADO

Admitido que en el proceso de ejecución o, por emplear la terminología de la LEC, en la ejecución de sentencias ha de existir contradicción, que se resuelve en la oposición del ejecutado, el paso siguiente ha de consistir en preguntarse qué podrá oponer o alegar el ejecutado al que se le está ejecutando una sentencia firme.

En nuestra opinión la respuesta exige distinguir entre:

A) OPOSICIÓN RELATIVA AL PROCESO MISMO

Si la ejecución es un verdadero proceso la consecuencia inevitable es que en el mismo el ejecutado ha de ser parte y que, como tal, ha de tener todos los derechos inherentes a esa condición. Junto a esta primera consideración, una segunda ha de derivarse del hecho de que la ejecución comporta la realización de una actividad con la que se produce una injerencia coactiva en la esfera jurídica del ejecutado, debiendo esa injerencia responder al principio de legalidad en mayor medida, si cabe, que el proceso de declaración.

Estas dos consideraciones han de llevar a la conclusión de que el ejecutado ha de poder exigir que la actividad ejecutiva se sujete a las normas que regulan el proceso, independientemente de cuál sea el contenido de la relación jurídico-material y la naturaleza del título que se ejecute. En atención, pues, al proceso mismo el ejecutado podrá alegar sobre:

a) La regularidad del título ejecutivo: Desde el punto de vista de la ejecución el documento-título ejecutivo importa, no como representación de una obligación, sino en sí mismo, en cuanto es presupuesto legal de la actividad jurisdiccional, la cual sólo se pondrá en marcha si existe el título y si es ejecutivo. Esto supone que el ejecutado podrá alegar que el título-documento es radicalmente falso, que en él se han realizado alteraciones de su contenido o, incluso, que el documento no tiene fuerza ejecutiva.

Tratándose de la ejecución de sentencias firmes estas alegaciones serán de difícil realidad en la práctica, pero como por la ejecución de sentencias se reconduce la ejecución de otros títulos, respecto de ellos estas alegaciones no serán tan excepcionales. Por ejemplo, en la jura de cuentas podrá alegarse que la cuenta del Procurador no está justificada (esto es, que no va haciendo referencia a actos judiciales concretos en los que intervino el Procurador) o que la minuta del Abogado no es detallada; o en la ejecución del laudo arbitral podrá alegarse que, si bien el arbitraje existió, el laudo no se protocolizó notarialmente.

b) La falta de presupuestos o requisitos procesales: En cualquier tipo de proceso la parte pasiva del mismo ha de poder alegar la falta de presupuestos o impedimentos procesales o el incumplimiento de requisitos procesales de todos aquellos que pueden considerarse generales, como, por ejemplo, la falta de competencia del Juez que ha despachado la ejecución (objetiva, funcional y territorial, según los casos), la falta de capacidad de las partes, la falta, insuficiencia o ilegalidad del poder del Procurador, etc.

c) La falta de legitimación: Supuesto especial dentro de los presupuestos procesales es el de la legitimación; ésta vendrá determinada normalmente en el título y en sus aspectos activo y pasivo, pero no puede ocurrir así y, en cualquier caso, el ejecutado ha de poder alegar que se ha despachado la ejecución a favor de un no legitimado o contra el que no está legitimado pasivamente.

d) Infracción de norma procedimental o procesal: En la realización de actos ejecutivos concretos cabe que se infrinja una norma que podrá ser:

1.º Procedimental: Esto es, de las que se refieren a la forma y ordenación de los actos; por ejemplo, el artículo 1.488 de la LEC dice que la subasta se tiene que publicar de modos determinados según el valor del bien a enajenar, y el incumplimiento de esa norma lo es de una garantía formal de procedimiento de ejecución.

2.º Procesal: En otros casos puede suceder que, aun respetándose completamente la forma, se vulnere la norma reguladora del fondo del acto o de la resolución, norma que es procesal. Aun respetándose la forma del embargo puede embargarse un bien inembargable, puede no respetarse el orden de los bienes a embargar, pueden embargarse bienes excesivos para cubrir el importe de la responsabilidad de la ejecución, etc.

e) Desconocimiento del título ejecutivo: Este título es la medida de la ejecución y el órgano jurisdiccional ha de acomodarse al mismo, de modo que no podrá desconocer lo dispuesto en él; a ello se refieren especialmente los artículos 949.II y 1.687.2.º, al hablar de puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado, lo que puede generalizarse refiriéndolo a toda clase de títulos y no sólo a la sentencia.

B) OPOSICIÓN ATINENTE A LA RELACIÓN JURÍDICO-MATERIAL

En todos los casos anteriores la oposición no tomaba en consideración la existencia o no del derecho material documentado en el título, dándolo simplemente por supuesto. Ahora bien, la creación de un título judicial o asimilado no impide que la relación jurídico-material, a la que el título

mismo se refiere, siga viviendo en el tiempo, ni tampoco que respecto de ella se produzcan hechos, actos o negocios jurídicos que puedan alterar el juego de los derechos subjetivos y de las obligaciones, tal y como quedaron plasmados en el título. Mientras el título como documento exista, el acreedor tendrá derecho a instar la ejecución y el Juez habrá de despacharla, pero la situación del derecho material no podrá desconocerse; si el condenado en el título pagó voluntariamente o si ha transcurrido el plazo de la prescripción, por ejemplo, el ejecutado ha de poder alegar esas circunstancias.

Lo difícil es ir precisando qué podrá alegar el ejecutado contra la pretensión ejecutiva en su contenido:

a) Suponiendo, de entrada, que el título ejecutivo sea una sentencia firme, cabe ir realizando estas precisiones:

1.^a Los hechos que podrán alegarse han de ser de fecha posterior al último momento preclusivo en que pudieron alegarse en el proceso de declaración, pues todo lo anterior a ese momento queda cubierto por la cosa juzgada y ya no puede ser objeto de discusión.

2.^a En cualquier caso el ejecutado no podrá negar los hechos constitutivos que sirvieron al demandante para obtener un fallo favorable; también aquí la cosa juzgada tiene que desplegar sus efectos.

3.^a Lo mismo cabe decir de los hechos impositivos; éstos siempre quedan cubiertos por la cosa juzgada, tanto si fueron alegados en el proceso de declaración como si no lo fueron.

4.^a Los hechos de posible alegación son los extintivos y los excluyentes y siempre, naturalmente, que se hayan producido con posterioridad a la preclusión declarativa.

b) Cuando el título ejecutivo no ha sido precedido de una verdadera actividad jurisdiccional declarativa, lo que sucede, por ejemplo, en las conciliaciones de los artículos 476.I y 692.III, o en las juras de cuentas de los artículos 7, 8 y 12 de la LEC, la oposición no puede estar limitada por la cosa juzgada de una resolución anterior, que no existió, con lo que no cabe hablar de un momento preclusivo en el que concretar el límite temporal de las alegaciones.

3. LOS CAUCES PROCESALES DE LA OPOSICION

Las alegaciones que puede realizar el ejecutado perseguirán dos finalidades muy distintas. En unos casos a lo que el ejecutado aspirará es a que el proceso de ejecución finalice, procediéndose al sobreseimiento y archivo del mismo, con levantamiento de los embargos realizados; pero en otros se

tratará, simplemente, de reconducir la ejecución de conformidad con las normas reguladoras de la misma o según el título o, incluso, atendiendo al contenido actual del derecho material; es decir, la oposición puede formularse contra el conjunto de la ejecución para acabar con ella o contra un acto ejecutivo concreto sin impedir que siga adelante el proceso.

Pero lo que importa ahora es lo atinente a cómo puede realizarse la oposición, esto es, a los cauces procesales de la misma. La respuesta exige distinguir entre:

A) LA VÍA DE LOS RECURSOS

La regla general, no negada en la LEC en disposición alguna, es la de que contra las resoluciones judiciales dictadas en el proceso de ejecución son posibles los medios de impugnación normales regulados en el Título IX del Libro I de la LEC. Esas normas son plenamente aplicables en el proceso de ejecución, por lo que no es preciso detenerse en ellas, si bien cabe puntualizar:

a) *Remedio de reposición*

En el proceso de declaración la actuación fundamental del Juez se basa en las resoluciones, de modo que la injerencia en la esfera jurídica de las partes adopta esta forma normalmente. Por el contrario, en el proceso de ejecución existen casos de grave injerencia que no se realizan de esa manera, sino en la más simple de actos materiales que se reflejan en actas o diligencias del secretariado (o del oficial habilitado) (art. 280 de la LOPJ); este es el caso, nada menos, que del acto del embargo o el de la subasta. Aquí aparentemente no existe resolución judicial que impugnar.

Este problema es más aparente que real. En teoría, después de embargar, el acta debería ser aprobada por el Juez mediante la oportuna resolución, y aunque ello no se hace en la práctica nada impide a la parte denunciar al Juez la irregularidad cometida, pidiéndole que la corrija; contra la resolución que dicte cabrán ya los medios de impugnación oportunos.

b) *Recurso de apelación*

La especialidad se deriva aquí de los artículos 949.I y 1.531.I que contienen disposiciones idénticas, si bien referidas a fases distintas del proceso de ejecución. El artículo 949.I atiende a los actos realizados en

aplicación de las normas de los artículos 919-950, esto es, las que la LEC dedica a la ejecución de sentencias en sentido estricto, pero incluyendo el embargo por la remisión que el artículo 921.I, hace a los artículos 1.447-1455. Por su parte, el artículo 1.531.I se refiere especialmente al apremio, entendido éste como las fases de realización forzosa de los bienes embargados y de pago al acreedor.

Los dos artículos, el 949.I y el 1.531.I, disponen, pues, que los recursos de apelación en la ejecución de sentencias se admitirán en un solo efecto, salvo aquellos para los que se dice otra cosa, bien de modo general en los segundos párrafos de esos mismos artículos, bien de modo especial (y así, por ejemplo, arts. 1.525 y 1.526).

c) *Recurso de casación*

El artículo 1.687.2.º admite también un denominado recurso de casación contra los autos dictados por las Audiencias en apelación, impugnación que a pesar de su nombre no es una verdadera casación, pues no se trata con ella de defender la Ley frente a la resolución impugnada, sino de defender la sentencia (o el título ejecutivo, en general) frente a la actividad ejecutiva.

Con todos estos medios de impugnación pueden articularse las oposiciones que antes hemos referido al proceso mismo, teniendo en cuenta que la casación se dará sólo en los casos previstos en el artículo 1.687.2.º Naturalmente, no hace falta recordar que si bien no cabe el incidente de nulidad de actuaciones, según el artículo 742.II, en la redacción dada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, sí será posible que el órgano jurisdiccional declare de oficio la nulidad de todas las actuaciones o de alguna de ellas en particular en aplicación del artículo 240.2 de la LOPJ y teniendo en cuenta las SSTC 148/1988, de 14 de julio, y 8/1991, de 17 de enero.

B) EL CAUCE DECLARATIVO INCIDENTAL O AUTÓNOMO

La interposición de recursos contra las resoluciones que se dicten en la ejecución es manifiestamente insuficiente como cauce procedimental para determinadas causas de oposición; por medio de aquéllos podrán resolverse cuestiones jurídicas, pero no son adecuados para plantear problemas de hecho. El procedimiento del remedio de reposición, por ejemplo, atendidos los artículos 378 y 379, no pueden ser instrumento con el que atender a una oposición que consista en la alegación de pago, de compensación o de prescripción, esto es, una oposición que atienda a la alegación de hechos extintivos o excluyentes de la obligación documentada en el título. Cuando

lo opuesto por el ejecutado se refiere a la relación jurídico-material, la vía de los recursos no es adecuada.

La STC 110/1993, de 25 de marzo, en la que se declaró la constitucionalidad de los artículos 8 y 12 de la LEC, dice que las alegaciones del deudor deberán hacerse al contestar al requerimiento; pero esto es algo que carece de sentido procesal porque: 1) El requerimiento lo es para que el deudor pague y con el apercibimiento de apremio (arts. 8.I y 12.II), no para otras finalidades, y 2) El Tribunal no dice qué tramitación hay que dar a la alegación de que ya se ha pagado o de que ha prescrito la obligación. Además, la referencia al requerimiento puede tener sentido cuando en el procedimiento se prevé tal acto procesal, pero no lo tiene en la ejecución de sentencias de obligaciones dinerarias, para las que el artículo 921.I excluye expresamente la realización de un «previo requerimiento personal al condenado».

Al tratar, pues, de encontrar una respuesta general al cómo podrá alegar el ejecutado sobre la relación jurídico-material, no queda otra posibilidad que la del cauce declarativo, si bien entonces la duda se presenta entre el incidente declarativo intercalado en la ejecución misma o el proceso declarativo autónomo realizado fuera de la ejecución pero produciendo efectos en ésta.

No es dudoso que la persona que aparece como deudora en un título ejecutivo, pero que ya no es realmente tal al haberse producido un hecho extintivo de la obligación, si teme que puede iniciarse una ejecución contra ella, tiene en su mano la posibilidad de incoar un proceso declarativo antes del inicio de la ejecución para que en él se declare la extinción de la obligación. Mientras el título exista como documento y el legitimado activamente en él lo pida, el órgano jurisdiccional competente despachará la ejecución, por lo que en previsión de esa circunstancia el aparentemente deudor conforme al título puede adelantarse para enervar en su momento la ejecución futura.

Sin embargo, lo que nosotros nos cuestionamos ahora es cómo podrá el ejecutado, una vez que la ejecución contra él ya se ha iniciado, formular su oposición. Y es a este cómo al que respondemos con el dilema antes planteado entre incidente en la ejecución o proceso declarativo autónomo.

4. EL INCIDENTE DECLARATIVO INTERCALADO EN LA EJECUCION

Entre las opciones de la alternativa que hemos planteado no es fácil elegir, y no lo es porque la LEC no contiene un sistema claro y coherente o, mejor dicho, no tiene ni sistema. Es cierto que GÓMEZ DE LA SERNA, al

redactar la LEC de 1855, quiso excluir de la ejecución de sentencias la oposición del ejecutado, y con ella lo que calificamos de vía incidental declarativa; pero también lo es que no previó la posibilidad de un proceso declarativo autónomo posterior y aún que la excluyó (en *Motivos de las variaciones*, cit., pág. 117). Al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que, asumidas por la LEC de 1881 las exclusiones anteriores, esta segunda Ley hace referencia, unas veces, a incidentes en la ejecución de sentencias en los artículos 949.II, 950.II y 1.531.II, y otras, a la posibilidad de un proceso declarativo posterior en el artículo 8.III.

Pudiera creerse que en la LEC se está implícitamente pensando que cuando la ejecución se realiza por los trámites de la ejecución de sentencias debe distinguirse entre ejecución de títulos judiciales, casos para los que no hay medio alguno de oposición del ejecutado (salvada la vía de los recursos), y ejecución de títulos asimilados a los judiciales, casos para los que es posible el proceso declarativo posterior. Sin embargo, esta distinción no tiene respaldo legal, pues si bien a ese proceso posterior se refiere el artículo 8 en la jura de cuentas, no hay alusión al mismo ni en la ejecución de lo convenido en las conciliaciones de los artículos 476.I y 692.III de la LEC ni en la ejecución de la transacción del artículo 1.816 del CC.

Todo lo anterior nos lleva a considerar que, carente la LEC de sistema, es necesario que el intérprete reuniendo piezas sueltas, unas veces expresas en la Ley y otras implícitas, proceda a construirlo, para poder después desde el mismo atender a la solución de los problemas concretos que puedan presentarse. Ese sistema tiene que conjugar dos realidades contrapuestas:

1.^a La ejecución es un verdadero proceso, lo que presupone la existencia de dos partes en contradicción e igualdad, sin que pueda colocarse a una de ellas en situación de indefensión. El que haya precedido una sentencia con cosa juzgada condicionará lo alegable por el ejecutado, pero no puede suponer que se prohíba la existencia de la oposición misma.

2.^a La articulación de un procedimiento de oposición no debe propiciar su utilización con el fin de retardar la ejecución o sus concretos actos ejecutivos, y con una u otros el pago al ejecutante. La posibilidad de que la oposición se utilice para retardar no puede significar, con todo, que la misma se elimine; todos los cauces de defensa pueden utilizarse torticera-mente y ello no puede llevar a su desaparición, aunque sí ha de preverse su mal uso. La no indefensión de una de las partes prima siempre sobre el hipotético abuso de derecho o fraude a la Ley.

Desde estas bases, pues, ha de estimarse que el artículo 24 de la CE impone una interpretación de la LEC favorecedora de la vía incidental declarativa como cauce para la oposición del ejecutado. Si, por un lado, los

artículos 949.II, 950.II y 1.531.II se refieren a «incidentes» en la ejecución y si, por otro, los artículos 741-761, los reguladores de los incidentes en general, pueden aplicarse en la ejecución, contamos con indicios legales más que suficientes para admitir esa vía incidental. A partir de esta primera conclusión debe irse matizando:

a) La vía normal de oposición será la de los recursos y sólo cabrá que el ejecutado planteé un incidente cuando aquéllos no resulten adecuados para debatir y decidir la cuestión.

b) Todo lo relativo a la existencia y contenido de la relación jurídico-material deberá plantearse por el ejecutado en una demanda incidental única, no permitiéndose la iniciación de segundo incidente.

c) La demanda incidental ha de presentarse por el ejecutado inmediatamente después de que tenga conocimiento de la existencia del proceso de ejecución contra él.

Tratándose de obligaciones dinerarias la ejecución se despacha sin requerir previamente de pago al deudor (art. 921.I), pero el auto (que muchos Juzgados dejan en simple providencia) despachando la ejecución ha de ser notificado al deudor. A pesar de cierta práctica judicial este auto tiene que ser notificado al ejecutor, si bien no inmediatamente después de ser dictado, pero sí después de que se han adoptado las primeras medidas ejecutivas, esto es y tratándose de obligaciones dinerarias, después de que se ha intentado el embargo. A partir de esa notificación el ejecutado podrá interponer los recursos oportunos o, en su caso, presentar la demanda incidental.

d) Los recursos tienen un plazo fijado en la Ley para su interposición, lo que no ocurre con la demanda incidental. En la LEC se encuentran algunas normas que podrían aplicarse analógicamente, como son los artículos 1.461 y 1.463 respecto del juicio ejecutivo y el artículo 1.416 sobre la oposición al embargo preventivo; pero en último caso podrá concluirse que no cabrá la admisión de la demanda incidental cuando se presente fuera del tiempo razonable para un deudor que obre con diligencia y buena fe.

e) Los artículos 743.I de la LEC y 11.2 de la LOPJ confieren al Juzgador la facultad de no admitir de oficio las demandas incidentales que no tengan relación inmediata con el objeto de la ejecución o que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

f) La competencia para conocer del incidente se atribuye al Juzgado que esté conociendo de la ejecución en virtud del criterio personal expreso en el artículo 55 e implícito en los artículos 744, 746, 949 y 950 de la LEC.

g) La demanda incidental se tramitará conforme a los artículos 747-758 de la LEC.

h) Aspecto de gran trascendencia es el relativo a si el incidente será suspensivo o no suspensivo, estimándose por nuestra parte que no puede

darse una respuesta general, sino que debe estarse a cada caso, si bien partiendo de las reglas siguientes: 1.^a No se paralizará la adopción de las medidas de garantía del embargo; 2.^a Se realizarán todos los actos ejecutivos que no sean incompatibles con la pretensión incidental, y 3.^a Sólo se paralizará la ejecución cuando la realización de los actos ejecutivos siguientes en el proceso determine la pérdida de eficacia de la sentencia que se dicte en el incidente. De modo similar a lo que ocurre con las tercerías (arts. 1534 y 1.536), la paralización de la ejecución sólo puede producirse en lo imprescindible para que la oposición misma sea útil.

i) La sentencia que se dicte en el incidente afectará de modo prejudicial a la ejecución, de modo que en ésta habrá de partirse de lo en ella declarado, no para juzgar, pero sí para ejecutar.

Con estas pinceladas queda hecho simplemente un bosquejo de la oposición del ejecutado en la vía incidental. Somos plenamente conscientes de que el cuadro no está acabado, pero a los efectos aquí perseguidos queda aclarado que en la ejecución de sentencias existe contradicción y que los cauces procesales de la misma consisten en que el ejecutado es parte, puede utilizar los poderes inherentes a esa condición, puede interponer los recursos de reposición, de apelación y, en algún caso, de casación y, sobre todo, puede intentar la vía incidental.

5. LA INEFICACIA DEL PROCESO DECLARATIVO AUTONOMO

Como hemos dicho, en la LEC no se prevé la posibilidad general de acudir a un proceso declarativo posterior a la ejecución para debatir y resolver en él lo que no puede oponerse por el ejecutado en la ejecución misma; recordemos que ese proceso era excluido expresamente por GÓMEZ DE LA SERNA. Es cierto que un proceso declarativo ordinario posterior sí se prevé en el caso concreto de la jura de cuentas (art. 8.III de la LEC), pero curiosamente ha sido respecto de esa jura de cuentas, con su remisión al apremio, sobre la que el Tribunal Constitucional ha admitido una no bien concretada oposición del ejecutado (en la citada Sentencia 110/1993, de 25 de marzo).

Resulta así que la otra opción de la alternativa, que planteamos en el número 3.B), carece de todo apoyo legal en general, aunque lo tenga en un caso concreto; pero lo que ahora nos importa es precisar que si doctrinal y jurisprudencialmente nos inclináramos por ella estaríamos conduciendo al ejecutado a la indefensión. En efecto, la opción del proceso posterior:

a) Es manifiestamente inadecuada como cauce para debatir la oposición que se refiere al proceso mismo de ejecución: Los únicos lugar y

momento para debatir la regularidad del título ejecutivo (el si éste existe y si es ejecutivo), la concurrencia de los presupuestos y de los requisitos procesales, la legitimación de las partes, la infracción de normas procedimentales o procesales e, incluso, el respeto del título en los actos ejecutivos son el proceso de ejecución. En un proceso de declaración no puede discutirse lo que es característico de un proceso de ejecución concreto y que en éste queda cubierto, no por la cosa juzgada, pero sí por la cosa ejecutada.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero veamos algunos de los más evidentes por su claridad:

1.º El que el título reúna o no los requisitos exigidos en la Ley para ser ejecutivo es algo que condiciona la existencia misma del proceso de ejecución y que en él debe debatirse y resolverse. Carecería de sentido que el Juez ejecutor no pudiera de oficio cuestionarse la legalidad del título o que el ejecutado no pudiera alegar su ilegalidad, con lo que la ejecución tendría que efectuarse completamente y luego, en un proceso declarativo posterior, debatir sobre la condición de ejecutivo o no de un título ya ejecutado. En un proceso posterior, en todo caso, podría debatirse sobre la existencia y contenido de la relación jurídico-material, pero no sobre la naturaleza del título.

2.º Es incompatible con la lógica que en un proceso no pueda debatirse sobre si concurren o no los presupuestos y requisitos del mismo, y es absurdo que esa concurrencia se discuta en otro proceso, para lo que es manifiestamente indiferente que el primer proceso sea de ejecución y el segundo declarativo.

3.º La determinación de si en un proceso se han observado o no las normas procesales y las procedimentales es algo que debe quedar resuelto en el mismo proceso, incluidos los recursos. En el supuesto de vulneración de un derecho fundamental cabría acudir al amparo judicial (cuando sea desarrollado) y al amparo constitucional, en los términos del artículo 53.2 de la CE y según el artículo 44 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

4.º Naturalmente, la adecuación de los actos ejecutivos al título debe ser resuelta en la ejecución, para lo que se cuenta incluso con acceso a la casación, de conformidad con el artículo 1.687.2.º de la LEC.

En las ocasiones en que se ha sostenido que algunas de estas cuestiones pueden quedar para resolverse en un proceso declarativo posterior, se ha dicho también que el proceso de ejecución es sumario y se ha incurrido con ello en un error evidente dado que no pueden existir procesos de ejecución sumarios al ser la sumariedad y la ejecución incompatibles. Lo que puede ser "sumario es lo que se declara, lo que se juzga, esto es, el incidente

declarativo que en ocasiones puede intercalarse en un proceso de ejecución, como ocurre de manera típica en el juicio ejecutivo. En aquel incidente se limitan las alegaciones de las partes, el objeto de la prueba y el tiempo para probar, de modo que siendo limitada la cognición judicial la sentencia que se dicte no producirá efectos de cosa juzgada. La sumariedad se refiere siempre a la no producción de cosa juzgada, pero no puede referirse a la cosa ejecutada, es decir, a los actos propios de un proceso de ejecución.

b) La opción del proceso declarativo posterior en la ejecución de sentencias es, además, ineficaz para garantizar la tutela efectiva del ejecutado: Si atendemos ahora a las causas de oposición relativas a la existencia y contenido de la relación jurídico-material comprobaremos que diferir la alegación de las mismas a un proceso declarativo posterior, y aún simultáneo, puede suponer la indefensión del ejecutado, tanto jurídica como práctica o económica.

Si en el proceso de ejecución no puede intercalarse un incidente declarativo, aquél se tramitará hasta su final consistente en el pago al acreedor con el dinero obtenido en la enajenación forzosa de los bienes embargados. Efectuado el pago el ejecutado podrá formular una demanda contra el ejecutante, en la que la petición de la pretensión consistirá, primero, en que se declare la inexistencia o el contenido cuantitativo exacto de la obligación dineraria ejecutada y, segundo, en que se condene al demandado a devolver todo lo percibido o parte como consecuencia de la ejecución. En ese proceso no podrá pretenderse:

1.º Que se declare la nulidad de los actos ejecutivos, principalmente a los efectos de la nulidad de la enajenación forzosa y de la adjudicación del bien al mejor postor. En el proceso posterior este mejor postor ni siquiera podrá ser demandado, pues los actos ejecutivos se realizaron existiendo un título ejecutivo formalmente válido y de conformidad con las normas procesales y procedimentales. El que la obligación se hubiera extinguido por pago o por compensación, y así se declare en el proceso declarativo posterior, no afecta a la regularidad formal del proceso en el que se realizó la adjudicación al mejor postor. La seguridad jurídica más elemental exige que no pueda desconocerse la fuerza de la cosa ejecutada.

Esto significa que el ejecutado que vio enajenar un bien suyo perdió la posibilidad de recuperarlo, y sea cual fuere ese bien, es decir, independientemente de que el mismo sea fungible (de los que se pesan, cuentan o miden) o infungible. En la ejecución, y atendiendo el fin a lograr con la enajenación forzosa, los bienes se toman en cuenta atendiendo a su valor en cambio, esto es, a su valor de mercado; pero desde la perspectiva del ejecutado un bien puede tener valores añadidos a su precio de mercado, y a pesar de ello después de la ejecución, y aun declarándose en un proceso

posterior que la obligación ejecutada no existía, el bien no podrá ser devuelto (con la excepción de que el bien se hubiera adjudicado precisamente al ejecutante).

2.º Que se condene al ejecutante a satisfacer todos los daños y perjuicios producidos con la ejecución. En el proceso declarativo posterior al ejecutado, ahora demandante, podrá pedir que se condene al ejecutante, ahora demandado, a la devolución de todo lo percibido indebidamente en cuanto no se corresponda con la realidad de la relación jurídico-material; pero no podrá pedir la condena a los perjuicios sufridos como consecuencia de la ejecución por cuanto ésta se realizó de modo formalmente correcto en su desarrollo.

Si el ejecutante en la ejecución percibió una cantidad de dinero, obtenido con la enajenación de un bien, el ejecutado podrá pedir en el proceso posterior la condena del primero a devolver esa cantidad, en su totalidad o en parte atendida la cuantía real de la obligación ejecutada, pero no podrá pedir que se le indemnice por el valor de mercado del bien enajenado si éste en la subasta obtuvo un precio inferior al fijado por los peritos en el avalúo o por las propias partes en el «contrato» a que se refiere el artículo 1.483 de la LEC. El que el bien lograra en la subasta un precio u otro no puede imputarse al ejecutante.

En el caso concreto del artículo 8 de la LEC se dice que si en el proceso posterior se demuestra que el Procurador se excedió en su cuenta, será condenado a devolver el duplo del exceso con las costas que se causaren hasta el completo resarcimiento; pero esta previsión no podría extenderse al caso general de la ejecución de sentencias, sobre todo si se advierte que una previsión semejante ni siquiera se contiene para el proceso declarativo posterior al juicio ejecutivo.

En otro caso concreto, el del artículo 131.2.ª *in fine* de la Ley Hipotecaria, se dice que el acreedor quedará sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogare al deudor o terceros interesados por malicia en la exposición de los hechos de su demanda y demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento, es decir, para despachar la ejecución. Si esta previsión hubiera de generalizarse siempre habría de tenerse en cuenta que la indemnización completa supone «malicia» en el ejecutante, no simplemente culpa o negligencia y, desde luego, quedarían excluidos los casos de buena fe.

En el mejor de los supuestos, pues, sostener que la contradicción, y con ella la no indefensión, puede lograrse acudiendo a un proceso declarativo posterior es una ficción jurídica. No creemos que pueda afirmarse, desde la razonabilidad teórica y práctica, que el cauce del proceso declarativo posterior es un mecanismo útil para proporcionar al sistema el requisito básico de la contradicción y al ejecutado el derecho a una tutela judicial efectiva.

Esto lo han comprendido muy bien otros ordenamientos en los que se regula un único proceso de ejecución, sea cual fuere el título ejecutivo, sentencia firme, documento público o documento privado; y en ese proceso se prevé la oposición del ejecutado relativa a la existencia y contenido del derecho material, disponiendo que el Juez puede suspender la ejecución si concurren motivos graves y con o sin fianza del ejecutado (arts. 474, 615.II y 624 del *Codice di procedura civile* italiano, por ejemplo).

En el Derecho español se optó erróneamente por regular dos ejecuciones en atención al título: si es judicial no se previó la oposición del ejecutado, originándose los problemas que aquí hemos pretendido resolver; y si es contractual se articuló un juicio ejecutivo con oposición limitada, es decir, una ejecución con incidente declarativo intercalado y sumario, esto es, con limitaciones, que por lo mismo no produce cosa juzgada. Con todo, las causas de oposición admisibles (arts. 1.464 y 1.467 de la LEC) hacen que el proceso declarativo posterior sea una mera posibilidad con muy escasa realidad práctica.

6. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN EN LA EJECUCIÓN

La contradicción entre las partes no es sólo un instrumento técnico con el que facilitar el conocimiento por el Juez de la controversia existente entre aquéllas; es también algo que se corresponde con la misma esencia del proceso, de modo que no cabe hablar de dos partes enfrentadas que disponen de los mismos medios de ataque y defensa.

Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que la contradicción se presentaba de modo completo en el proceso de declaración, mientras que en el de ejecución o bien no existía contradicción, porque el conflicto había sido definido ya en la sentencia que se ejecuta o bien la contradicción era limitada por la misma razón. En España esta concepción ha encontrado el apoyo de una LEC que no hace ni alusión a la oposición del ejecutado.

La doctrina y la jurisprudencia no han sido conscientes de que defender, por un lado, que la contradicción es esencial para la misma existencia del proceso y sostener, por otro, que en la ejecución de sentencias o no había o la contradicción era limitada constituía una clara incoherencia conceptual, que se agravaba todavía más cuando el título a ejecutar no era una sentencia sino un título de los asimilados a los judiciales.

Hoy no puede seguir desconociéndose que si el proceso de ejecución es un verdadero proceso y no puede ser otra cosa atendido el artículo 117.3 de la CE, habrán de apreciarse dos planos:

1.º Relación jurídico-material: Partiendo de la declaración jurisdiccional con cosa juzgada es obvio que no podrá discutirse en la ejecución sobre

lo ya resuelto y cubierto por la cosa juzgada, pero esto no puede significar que al ejecutado se le vede cualquier alegación relativa a la relación jurídico-material; si ésta sigue existiendo después de la sentencia firme, todo lo que haya podido influir sobre la existencia y contenido de ella y se haya producido con posterioridad a ésta ha de poder ser alegado por el ejecutado.

En los casos en que la Ley permita iniciar la ejecución sin declaración judicial previa del derecho no ha existido cosa juzgada, y entonces es más admisible aún que se proceda a una ejecución a ciegas sin tomar en cuenta la realidad de la relación material. La Ley puede convertir en ejecutivo un documento, pero no puede impedir que el ejecutado alegue sobre la relación material a riesgo de producirle indefensión. Cabe que la Ley convierta el incidente declarativo en sumario, esto es, limite las alegaciones posibles permitiendo un proceso declarativo posterior, pero la supresión completa de la oposición del ejecutado supone indefensión.

2.º Relación jurídico-procesal: Sea el título ejecutivo judicial o no judicial, la ejecución en cuanto proceso sólo puede realizarse con plena observancia del principio de legalidad. Este principio debe acentuarse en su exigencia cuando la actividad regulada es ejecutiva, pues es entonces cuando se produce una verdadera injerencia coactiva en la esfera jurídica del ejecutado. La observancia de la legalidad no puede confiarse sólo a la apreciación de oficio por el Juez, sino que el ejecutado ha de poder alegar para exigir el cumplimiento de la misma.

Independientemente de cuál sea el objeto del proceso y del tipo de pretensión ejercitada en él, la iniciación del mismo implica por esencia convertir a su sujeto pasivo en parte de una relación jurídico-procesal y en ella, para debatir en torno a la regularidad de la misma, sin referencia al contenido, el ejecutado no puede estar limitado, no pueden existir causas procesales de oposición inadmisibles. Si el legislador regula la oposición de una determinada manera, no puede luego decir que el ejecutado no puede exigir su cumplimiento.

En conclusión, y para finalizar, la idea de la limitación de la contradicción en el proceso de ejecución es radicalmente falsa. En España la LEC incurrió en el grave error por omisión de no regular la oposición del ejecutado, pero esa omisión significa sólo que el esfuerzo exigido a la doctrina y a la jurisprudencia es mayor en cuanto que no se trata de explicar un sistema, sino de construirlo. En estas páginas se ha pretendido sólo poner las bases de esa construcción.

JUAN MONTERO AROCA
Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Valencia.
Magistrado del Tribunal Superior
de Justicia de la Comunidad Valenciana

Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda (*)

SUMARIO. 1. INTRODUCCION.—2. EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA: A) PLANTEAMIENTO INICIAL. B) CONCEPTO. C) CLASES. D) NATURALEZA JURÍDICA. E) LAS ESCRITURAS DE RECONOCIMIENTO.—3. EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y EL ARTICULO 1.277 DEL CODIGO CIVIL.—4. LA HIPOTECA EN GARANTIA DEL RECONOCIMIENTO DE DEUDA: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCION EL PROBLEMA DE LA EXPRESION Y DETERMINACION DE LA CAUSA.

1. INTRODUCCION

Partimos de la idea de que la hipoteca es una garantía real inmobiliaria (1), sin desplazamiento posesorio y con inscripción registral constitutiva (2), que atribuye al acreedor hipotecario, entre otras facultades, la de solicitar la venta en pública subasta de la finca hipotecada para cobrar con su precio el crédito garantizado y no pagado. En términos generales, los autores consideran a la hipoteca como un derecho real de garantía, con todas las consecuencias que esa calificación comporta (3): vinculación de

(*) El presente trabajo ha sido escrito para el libro homenaje al profesor AURELIO MENÉNDEZ. Se publica también aquí por si pudiera tener algún interés para los lectores de esta REVISTA dadas las cuestiones que en él se tratan.

(1) «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» (art 104 LH).

No es necesario indicar que nos estamos refiriendo aquí a la hipoteca inmobiliaria

(2) «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere:

1.º Que se hayan constituido en escritura pública.

2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad» (art. 145 LH).

(3) Véase, por todos, el Comentario de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA al artículo 1.876 CC en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991. págs. 1902-1907.

la cosa y de su valor al pago de la deuda garantizada, oponibilidad o eficacia frente a terceros, preferencia respecto a los derechos o cargas posteriores, etc.

Recordemos igualmente que el procedimiento más habitual para establecer un crédito hipotecario es el contrato (hipoteca de origen convencional), al margen de otros supuestos menos frecuentes en que existe la obligación de constituir hipoteca (hipotecas legales; aún entonces el cumplimiento de esa obligación exige la celebración del contrato correspondiente) o en que la vinculación de la garantía hipotecaria puede existir aún sin declaración de voluntad, en forma tácita, así reconocida por la Ley excepcionalmente (ejemplo: artículos 194 y 196 LH).

Cuando la hipoteca se pacta a través del correspondiente negocio jurídico voluntario, este último está sometido a las reglas generales de los contratos y por ello su validez exige la concurrencia de los elementos esenciales del contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1.261 CC). Importa reiterar aquí que el contrato en que se establece la hipoteca o el crédito hipotecario es un contrato causal. Es decir, que necesita de una causa, en sentido técnico jurídico, que sea existente, válida y lícita. De manera que la ventaja que el acreedor obtiene con la garantía hipotecaria y que se traduce en una mayor seguridad para el cobro de su crédito (acreedor garantizado) tenga una justificación adecuada desde el punto de vista de su finalidad (4).

Como es sabido, la hipoteca está regulada parcialmente en el Código Civil (5) y con mayor extensión en la legislación hipotecaria (6), a la que expresamente remite el artículo 1.880 del propio Código. Al examinar esta regulación legal de la garantía hipotecaria podemos observar que al lado de la hipoteca o crédito hipotecario en general, existen otras formas o tipos distintos de esta figura jurídica (las llamadas hipotecas especiales). Esta es una de las características de la institución que estamos considerando y que pone de manifiesto cómo, dentro de la misma, pueden coexistir distintos tipos o modalidades con diverso contenido; es decir, que la figura de la hipoteca sirve para actuar como garantía en supuestos o circunstancias diversas (7).

(4) Véase mi libro *La causa del crédito hipotecario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990.

(5) Artículos 1.857-1.862, 1.874-1.880, 1.964, 509, 1.526 y 1.528.

(6) Artículos 12, 104-197 y 246 de la Ley Hipotecaria entre otros, así como los correspondientes del Reglamento Hipotecario.

(7) Recuérdese, como ejemplo dentro de las hipotecas voluntarias, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales, o de cuentas corrientes de crédito, o de títulos transmisibles por endoso o al portador, o de rentas o prestaciones periódicas (arts. 142, 153-157 de la Ley Hipotecaria).

Por otra parte, uno de los criterios que inspiran nuestra legislación es el que establece que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones (art. 105 LH), siempre, claro es, que se trate de una obligación dineraria, por la propia naturaleza y funcionamiento de esta garantía. Cualquier obligación válida y lícita, cuyo objeto sea el pago de una cantidad de dinero (8), puede ser garantizada con hipoteca. La especial naturaleza de cada tipo de obligación viene a condicionar los diversos tipos de hipoteca. Además, en los últimos tiempos se ha producido un crecimiento ciertamente espectacular de los préstamos hipotecarios concedidos por Bancos, Cajas de Ahorro y demás entidades de financiación (9). Pues bien, la diversidad de operaciones crediticias así garantizadas, algunas de muy distinta finalidad y contenido; la multiplicidad de cláusulas pactadas en cada uno de esos préstamos hipotecarios; la pluralidad, en fin, de negocios jurídicos en que se pacta la hipoteca en garantía de distintas relaciones de crédito, son circunstancias que han traído como consecuencia una ampliación cada vez mayor de ese repertorio de tipos de préstamos hipotecarios (10).

Las páginas que siguen tienen por objeto examinar, siquiera sea en forma breve y resumida, la figura de la hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda, que es uno de esos tipos especiales de garantía hipotecaria. La peculiaridad en este caso deriva de la especial forma de manifestarse la obligación o deuda garantizada. A diferencia de los casos normales en que se formaliza a la vez el contrato de préstamo y la hipoteca que lo garantiza, aquí la relación obligatoria garantizada no nace contractualmente en el mismo documento, sino que ha nacido con anterioridad y se reconoce su existencia previa (acto de reconocimiento de deuda) en la escritura en que se establece convencionalmente la hipoteca.

Para acotar sintéticamente, y por vía de ejemplo, el supuesto de hecho que nos ocupa, podemos imaginar el siguiente caso: En escritura pública don D (deudor) reconoce deber a don A (acreedor) una determinada cantidad que se ha obligado a pagar en el plazo de... Y en garantía de esa deuda

(8) Bien directamente (préstamo hipotecario), bien por equivalencia económica (hipoteca en garantía de la indemnización previamente establecida en caso de incumplimiento de una obligación de dar o de hacer).

(9) Véanse algunos datos estadísticos de este fenómeno, así como una breve reflexión sobre las causas del mismo, en mi trabajo «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», publicado en el libro *Hipotecas y seguridad jurídica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, págs 14-16.

(10) Ver los trabajos incluidos en el libro *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993. Y como ejemplo concreto de esos estudios el libro de ARTURO MERINO GUTIÉRREZ, *La hipoteca en garantía de una emisión de valores*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1994

así reconocida constituye hipoteca sobre una finca de su propiedad pactando las cláusulas correspondientes y siendo aceptada la hipoteca por don A. De manera que aunque el acto de reconocimiento de deuda pudiera ser unilateral, aquí resulta bilateral porque intervienen en la escritura ambas partes. A su vez, dentro del esquema de escritura así apuntado podemos distinguir las siguientes variantes: *a)* se reconoce la deuda como consecuencia, por ejemplo, de una póliza de préstamo concedida por un Banco, la cual póliza se incorpora a la escritura; *b)* se reconoce la deuda originada por un contrato de préstamo celebrado con dicho Banco sin expresar más datos; *c)* se reconoce la deuda «como consecuencia de relaciones comerciales existentes entre las partes»; *d)* se reconoce la deuda sin más, sin ninguna referencia a la causa de la obligación garantizada o, mejor, de su contrato originador.

Fácilmente se aprecia que esas distintas formas de expresión de la causa de la obligación garantizada pueden influir sobre la existencia y eficacia de la relación jurídica así pactada y, eventualmente, sobre su inscripción registral. Como enseguida veremos, éste es uno de los principales problemas que se plantean en relación con el reconocimiento de deuda en general y con la inscripción del contrato de hipoteca que garantiza esa deuda en particular.

Desde hace años ha venido preocupándome el problema de la causa del crédito hipotecario, su necesidad, manifestaciones, eficacia y publicidad registral. Mis reflexiones en torno a estas cuestiones dieron lugar a la publicación de un libro sobre esta materia (11). Pues bien, damos por supuesta la necesidad de la existencia y expresión de dicha causa para que la garantía hipotecaria pueda ser inscrita y nacer como tal derecho real de garantía o crédito garantizado, ya se considere la causa de la hipoteca (función de garantía) junto con la del crédito garantizado (causa del contrato obligacional correspondiente), si se sigue la tesis de la accesoriedad, de manera que el crédito hipotecario sería supercausal o doblemente causal por afectar la causa a sus dos elementos, como dice PEÑA (12), ya se estime que existe una causa plural y compleja (en su triple manifestación: genérica, específica y concreta), si se piensa en la unidad de crédito hipotecario, por lo cual el elemento causal se proyecta sobre esa realidad compleja e inescindible (tal es al menos mi opinión). Dicha necesidad me parece, a la altura de la doctrina actual, ciertamente incontrovertible. Sin embargo, ese principio general de causalidad, que por lo demás subyace a todo nuestro sistema contractual, puede ofrecer ciertas dudas cuando se proyecta sobre

(11) *La causa del crédito hipotecario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990

(12) *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 422-423 y nota 2.

algunos casos concretos. Esto parece frecuente en el mundo del Derecho en que los principios generales, a pesar de su valor y eficacia general, pueden a veces sufrir excepciones al aplicarse sobre algunos supuestos específicos. Uno de esos casos en que el carácter causal del crédito hipotecario puede plantear algún problema en su aplicación práctica es precisamente el de la hipoteca en garantía del reconocimiento de deuda (13). En su día pensé que a él debía haberse dedicado un capítulo especial en mi libro antes referido, como contraste de la teoría allí expuesta. Por eso lo estudio ahora aquí al no haberlo hecho entonces.

La hipoteca en garantía del reconocimiento de deuda no parece ser uno de los supuestos más frecuentes de aplicación de la garantía hipotecaria. Sin embargo, en la práctica hay razones que pueden justificar la formalización de estos contratos. Así, por ejemplo, cuando el deudor ordinario tiene vencida su deuda y no puede pagarla negocia con el Banco prestamista una prórroga de dicho crédito, reconociendo su existencia actual con un nuevo plazo a cambio de constituir hipoteca en garantía de ese nuevo crédito (objeto de novación y de reconocimiento formal), evitando así el riesgo que para el acreedor supondría ese nuevo aplazamiento e impidiendo al mismo tiempo la ejecución actual del crédito impagado. O cuando previendo que el deudor puede tener dificultades para pagar en un futuro próximo e incluso puede llegar a una situación de insolvencia, se pacta hipoteca en garantía del crédito ordinario vigente y de difícil cobro mediante el reconocimiento de la cuantía actual de la deuda.

Desde otra perspectiva, debemos recordar que en los últimos años han aparecido dos nuevos y valiosos libros que tratan monográficamente del reconocimiento de deuda (14). Ello nos permite hacer un estudio doctrinal renovado sobre esta materia. En cambio, la hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda apenas ha sido objeto de alusiones doctrinales recientemente, si bien ha sido contemplada por la jurisprudencia registral en algunas ocasiones. En cualquier caso, la especialidad de problemas que plantea esta forma concreta de garantía hipotecaria, junto con la posibilidad de su existencia práctica en diversas ocasiones, justifican dedicar algunas reflexiones a dicha realidad jurídica.

(13) Los otros dos casos, también problemáticos en este punto según mi opinión, son los de la hipoteca cambiaria (por el presunto carácter abstracto de la letra de cambio) y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (por la novación de las obligaciones incorporadas a la cuenta a través del saldo resultante). Ambos han sido estudiados detalladamente por la doctrina, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda.

(14) KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN *El reconocimiento de deuda. aspectos contractuales y probatorios*. Editorial Comares, Granada. 1987; CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA: *El reconocimiento de deuda. Aproximación a su configuración negocial*. Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

2. EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA

A) PLANTEAMIENTO INICIAL

Como han señalado los autores, el reconocimiento de deuda no aparece regulado como figura independiente en nuestros textos legales, pero se alude a ella en algunos preceptos para recoger aspectos parciales de su eficacia (15).

Así, el artículo 1.973 CC en que se habla de cualquier acto de *reconocimiento de la deuda* por el deudor a efectos de interrumpir la prescripción; o el 1.975, según el cual «la interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda surte efecto también contra su fiador; pero no perjudicará a éste la que se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o *reconocimientos privados* del deudor». Igualmente el artículo 1.224 establece que «las *escrituras de reconocimiento de un acto o contrato* nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados si por exceso u omisión se apartaron de él» (16).

En el ámbito mercantil, el párrafo 1.º del artículo 944 del Código de Comercio dispone que «la prescripción se interrumpirá por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor, por el *reconocimiento de las obligaciones* o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor». Y en la regulación de la quiebra, el artículo 890 del mismo Código califica como quiebra fraudulenta la de los comerciantes en quienes concurra algunas de las circunstancias siguientes: ... 11. Otorgar, firmar, consentir o *reconocer deudas supuestas*, presumiéndose tales, salvo prueba en contrario, todas las que no tengan causa de deber o valor determinado (17).

(15) DE LOS MOZOS: «Negocio abstracto y reconocimiento de deuda», *ADC*, XIX-II, abril-junio 1966, págs 398-399; GEME-ALONSO: *El reconocimiento de deuda*, págs. 18 y sigs.; ver también la voz «Reconocimiento de deuda» (Derecho Civil), en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág 5501

(16) En la medida en que el reconocimiento de deuda pueda ser considerado a efectos probatorios como una confesión extrajudicial, tema sobre el que más adelante volveremos, recuérdese también que la eficacia probatoria de dicha confesión extrajudicial se encuentra regulada en los artículos 1.232 y 1.239 CC. Según el primero de ellos, la confesión hace prueba contra su autor, salvo que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes. Y de acuerdo con el artículo 1.239, la confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba.

(17) Sin entrar ahora en la glosa de esta importante disposición, obsérvese que en el primero de los casos se alude a la simulación de deudas por falta de causa, lo cual implica la necesidad de probar la causa del negocio o, por lo menos, de acogerse a su presunción de existencia mientras no sea impugnada, pues en otro caso se tratará de una

En fin, en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, se equipara a efectos de liquidación del Impuesto de Transmisiones al reconocimiento de deuda con los préstamos personales (art. 15.2).

Aunque es cierto, como ha señalado la doctrina, que la expresión «reconocimiento de deuda» no tiene el mismo significado en todas esas disposiciones, pues en unas se utiliza en sentido amplio como medio de identificación de la relación obligatoria y en otras como negocio de eficacia obligatoria vinculante, y a pesar de esa falta de completa regulación legal, lo cierto es que se trata de una figura jurídica que tiene frecuentes aplicaciones en la vida práctica. Así lo demuestra la multitud de sentencias del Tribunal Supremo en que se hace referencia a reconocimientos de deuda. Sólo en el reciente libro de C. GETE-ALONSO se recogen cincuenta sentencias a partir de 1944, sin tener en cuenta alguna otra más antigua.

B) CONCEPTO

En la doctrina anterior CASTÁN TOBEÑAS definía al reconocimiento de deuda, siguiendo la tesis mantenida en la Sentencia de 8 de marzo de 1956, como el contrato por el cual se reconoce una deuda en el sentido de querer considerarla como existente contra el que la reconoce (18). El propio CASTÁN afirma que dicha Sentencia recoge la tesis de ENNECERUS conforme con

deuda inexistente por nulidad del contrato o negocio originador. En el segundo caso se alude a la deuda inexistente por falta de determinación del valor de la deuda reconocida. En ambos casos el reconocimiento unilateral por parte del deudor quebrado se utiliza para contraer o probar artificialmente deudas simuladas, como tal inexistentes, que objetivamente causan perjuicio a los demás acreedores.

Por otra parte, y aunque tenga una relación más indirecta con la cuestión que ahora nos ocupa, el párrafo 3º del artículo 881 del mismo Código de Comercio permite anular a instancia de los acreedores, mediante la prueba de haber procedido el quebrado con ánimo de defraudar sus derechos, entre otros actos, las constituciones dotales o *reconocimiento* de capitales hechos por un cónyuge comerciante en favor del otro cónyuge en los seis meses precedentes a la quiebra.

(18) Según esta sentencia el reconocimiento de deuda es un contrato por el cual se considera como existente contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba o prometerse a no exigir prueba alguna de la deuda o, finalmente, querer considerar la deuda como existente contra el que la reconoce. Semejante reconocimiento —sigue diciendo la sentencia— funda una obligación «independiente», con sustantividad propia, o sea, independiente de la existencia de la deuda reconocida, pues el que declara querer pasar por la existencia de una deuda contra él, declara también, por este solo hecho, querer conducirse en esa conformidad, o sea, querer hacer la prestación que se reconoce deber.

el parágrafo 781 del BGB (19). Lo cual no es de extrañar si se observan los términos en que está formulada, al hablar de «una obligación independiente de la deuda reconocida» y si se tiene en cuenta la autoridad que tuvo la doctrina alemana del negocio abstracto en aquella época para la elaboración de la teoría entonces vigente.

Entre los autores modernos, LÓPEZ VILAS considera al reconocimiento de deuda como un negocio jurídico declarativo cuyo fin es exactamente fijar y declarar una relación jurídica anterior (20). Según GULLÓN BALLESTEROS, el reconocimiento de deuda supone un negocio jurídico por el que se quiere aclarar, dar certeza o seguridad a la relación jurídica que media entre las partes. Es un negocio de fijación o declarativo, porque con él no se persigue una constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, sino la certeza o fijación de la existente. Esta es la causa del negocio declarativo o de fijación (21).

Más recientemente, la profesora GETE-ALONSO ofrece un concepto legal del reconocimiento de deuda partiendo de los preceptos que el Código Civil dedica a esta figura, elaborado en los siguientes términos: Es un acto voluntario mediante el que su autor asume una relación obligatoria anterior no extinguida. A su vez, teniendo en cuenta la numerosa doctrina jurisprudencial dictada sobre el reconocimiento de deuda entre los años 1944-1987, la sintetiza en la siguiente definición: Es una verdadera declaración de voluntad dirigida al acreedor (recepticia) acerca de una relación obligatoria no extinguida, válida y plasmada en un documento posterior en el que interviene el acreedor. En fin, en el plano de la elaboración doctrinal, considera que el reconocimiento de deuda no es más que aquel acto jurídico voluntario (negocio) llevado a cabo por quien (o quienes) ya está ligado en una relación obligatoria anterior no extinguida, que tiene por objeto esa misma relación, cuya eficacia es la de dotarla de un medio específico de efectividad haciendo cargar a su autor (o autores) con lo reconocido (función de garantía que cumple) mediante la creación de un vínculo entre ellos que comporta la obligación de entender tal relación en los términos en que fue reconocida (22).

C) CLASES

La figura del reconocimiento de deuda puede actuar en una pluralidad de situaciones y tratar de cumplir diversas finalidades. De ahí resulta la

(19) *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo IV *Derecho de Obligaciones. las particulares relaciones obligatorias*, 12 edición, Reus, Madrid, 1985, pág. 882.

(20) «Estudio sobre el reconocimiento de deuda», *RDP*, octubre 1965, pág. 870

(21) *Curso de Derecho Civil El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 88

(22) *El reconocimiento.*., págs. 31, 97 y 134.

complejidad que ofrece esta figura y la multiplicidad de discusiones doctrinales que alrededor de ella surgen y que hacen más difícil su estudio. Teniendo en cuenta que aquí nos interesa no el reconocimiento de deuda aislado en sí mismo, sino conectado a la constitución de hipoteca a la que sirve de antecedente, tratemos de resumir y simplificar la cuestión, no obstante su complejidad, recordando lo siguiente:

Al glosar las declaraciones contenidas en la aludida Sentencia de 8 de marzo de 1956, CASTÁN TOBEÑAS distingue tres clases posibles de reconocimiento según su respectiva finalidad: 1) Reconocimiento contractual de deuda con objeto exclusivo de dar a la otra parte un medio de prueba (reconocimiento probatorio); 2) Reconocimiento en que se promete no exigir prueba alguna de la deuda; 3) Acto en que se considera la deuda reconocida como existiendo contra el que la reconoce (reconocimiento constitutivo) (23).

Frente al segundo de esos tipos o funciones posibles del reconocimiento, GULLÓN argumenta, a mi juicio con razón, que ese pacto de no exigir prueba alguna de la deuda no debe ser lícito porque supondría admitir la validez de contratos sobre la prueba de obligaciones, que es materia de orden público (24).

En su conocido trabajo sobre esta materia, DE LOS MOZOS distingue tres tipos de reconocimiento de deuda: 1) Reconocimiento con alcance meramente reconocitivo; 2) Reconocimiento con alcance declarativo; 3) Reconocimiento constitutivo.

El primero, o reconocimiento en sentido estricto, se identifica con la confesión extrajudicial; como tal, es un simple medio de prueba, de libre apreciación por los Tribunales (art. 1.239 CC). Se trata de una mera confesión de hechos y no de derechos o relaciones jurídicas (en igual sentido, VALLET; en contra, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ).

El segundo presenta más dificultades en su configuración. Aquí estamos también en el plano de la confesión extrajudicial, pero entendida ésta en sentido amplio. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ distingue en este punto entre confesión de hechos (que provoca un efecto no querido) y confesión de relaciones jurídicas (dentro de la cual estaría el reconocimiento de deuda), que se considera como un negocio jurídico: negocio de fijación según la concepción de FURNO. Según este autor, dichos negocios no tienen otro alcance que el meramente probatorio, llegando a suprimir la distinción entre confesión judicial y reconocimiento de deuda. En cambio, DE LOS MOZOS admite el llamado reconocimiento declarativo como algo distinto tanto de la confesión de meros hechos (con eficacia probatoria) como del reconocimiento de

(23) *Loc cit.*, págs. 837-838.

(24) *El negocio jurídico*, pág. 89.

deuda. Pero no siempre este reconocimiento declarativo es un negocio de fijación, porque tiene un alcance subordinado al acto o situación anterior que se reconoce y viene regulado por el artículo 1.224 CC.

En tercer lugar, el reconocimiento constitutivo equivale al reconocimiento de deuda en sentido estricto. Se trata de un negocio jurídico unilateral o bilateral. Pero debe distinguirse entre confesión (ya sea reconocitiva o declarativa) y reconocimiento constitutivo. Siguiendo por ese camino, y después de refutar otras opiniones contrarias, afirma DE LOS MOZOS que el reconocimiento meramente reproductivo o reconocitivo de una manifestación de voluntad anterior o de una situación jurídica o relación ya existente no tiene más que un alcance *declarativo*. Si se introduce una modificación, no siempre ésta implica *disposición*, o puede que esta disposición sea considerada como *transacción*, y entonces la valoración de la atribución se hará *en relación con el precedente*, en cuanto supone una alteración o fijación, pero recayendo también sobre la atribución misma. Es decir, en estos casos *el alcance constitutivo no impide la relación con el precedente*. Por último, cuando se trate de *reconocimiento constitutivo con alcance dispositivo (escritura de reconocimiento)*, la declaración se desconecta, si se quiere, de su precedente, pero para que tenga validez *debe expresar la causa*, ya que un reconocimiento abstracto no es admisible (25).

A pesar de estar resumida al máximo, tan compleja exposición pone de manifiesto la variedad de tipos de reconocimiento de acuerdo con su respectiva función o finalidad, lo cual presta a esta materia una especial complejidad; la necesidad de depurar los conceptos para tratar de perfilar técnicamente la figura del reconocimiento de deuda que estamos considerando; y la indudable conexión que se produce entre esta clasificación y el examen de la naturaleza jurídica de esta figura, a la que enseguida nos vamos a referir.

Por su parte, GETE-ALONSO recuerda que partiendo de la doctrina alemana, que tanto ha influido sobre la española en este punto, se ha venido distinguiendo entre reconocimiento constitutivo de deuda (que funda el nacimiento de una obligación independiente y funciona como abstracto) y el reconocimiento declarativo, causal o titulado (que no es abstracto y produce eficacia por sí mismo al concurrir los elementos que integran el contrato). Sólo este último puede admitirse en nuestro ordenamiento, que siempre exige la presencia de la causa. Sin embargo, entiende esta autora que para su adecuada configuración dentro de nuestra legislación vigente lo importante no es distinguir entre el reconocimiento abstracto (constitutivo) y causal, sino entre reconocimiento con valor negocial (en sentido estricto) o no (reconocimiento en sentido amplio).

(25) *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, págs 401-411

Pues bien, partiendo de la regulación legal de nuestro Código Civil, cree que del reconocimiento se puede hablar de dos formas distintas: en sentido amplio y en sentido estricto. En el primer caso, el reconocimiento es el medio que permite identificar una relación jurídica y que puede producir una eficacia diversa (se reconoce para renunciar, interrumpir la prescripción, transigir, novar, etc.). En el segundo caso, el reconocimiento implica la asunción de la posición jurídica deudora con eficacia obligacional. El reconocimiento es siempre, y por definición, un *posterius*, un acto jurídico respecto de una relación jurídica ya existente y que se produce en un momento posterior, pero antes de que se haya extinguido (26).

Además, la profesora GETE-ALONSO diferencia con claridad las dos especies de reconocimiento unilateral y bilateral (27), atribuyendo a este segundo carácter contractual. Pero estima que tanto en uno como en otro caso sólo el reconocimiento expreso es auténtico reconocimiento, y no cabe admitir la forma tácita en estos negocios (28).

D) NATURALEZA JURÍDICA

Como hemos tenido ocasión de ver al recordar las clasificaciones doctrinales sobre los distintos tipos de reconocimiento de deuda, la multiplicidad de figuras que pueden encuadrarse dentro de esa noción genérica del acto de reconocimiento, sus distintas funciones, las diferentes concepciones doctrinales sobre esta figura en los diversos sistemas nacionales y las abundantes discusiones que el estudio de estas cuestiones ha provocado en los autores son razones que, de una parte, impiden formular un concepto unitario y preciso de esta compleja realidad; y de otra, hacen extremadamente difícil el estudio de su naturaleza jurídica (29).

(26) *El reconocimiento de deuda*, págs. 10, 11, 15, 20, 21 y 23

(27) Cabe que acreedor y deudor reconozcan conjuntamente la relación obligatoria que les une. Se está, entonces, en presencia del reconocimiento bilateral, pudiendo caracterizarse éste como aquel negocio mediante el que los que ya estaban unidos en una relación obligatoria previa «recrean» la relación existente entre los mismos, con la finalidad de determinarla y de crear una nueva vinculación que comporte la obligación de estar a lo reconocido (*loc. cit.*, pág. 161).

(28) *Loc. cit.*, págs. 163, 155-158 y 189-193.

(29) Como decía DE LOS MOZOS, la complejidad y dificultad dogmática de esta figura deriva de haberse puesto en relación con otras figuras jurídicas. 1) El negocio abstracto; 2) La confesión. Problemas de prueba y legitimación, 3) La teoría del documento: escrituras reconocitivas y escrituras dispositivas. Causa y forma, 4) Los negocios de fijación (*Negocio abstracto...*, págs. 397-398).

Según GETE-ALONSO, la configuración del reconocimiento de deuda en nuestro sistema ha venido de la mano, en gran parte, de la «importación» de su construcción en

Siguiendo el modesto propósito que inspira este trabajo, vamos a tratar de resumir sintéticamente alguna de las cuestiones que afectan a esta importante materia. A título informativo y como trámite previo a las reflexiones que hagamos luego al considerar la hipoteca que garantiza las deudas así formalizadas.

Dejamos aparte ahora la discusión sobre el carácter abstracto o causal del reconocimiento, problema ciertamente importante sobre el que enseguida volveremos. Partiendo de esa inicial y voluntaria exclusión, limitémonos a recordar que si, como entiende la doctrina más reciente, el reconocimiento de deuda debe ser expreso y no cabe un reconocimiento tácito en esta materia, parece claro que el documento en que se formaliza dicho reconocimiento servirá de prueba de dicho negocio jurídico y éste, a su vez, vendrá a probar la existencia de la deuda que se reconoce. En principio, el reconocimiento de deuda es un medio de prueba de la deuda en cuestión.

La doctrina española, en general, se muestra partidaria de esta idea según la cual el reconocimiento de deuda tiene un valor simplemente probatorio, aunque dicha afirmación depende de los tipos o manifestaciones que se admitan dentro de esta figura, por su distinto valor, según hemos tenido ocasión de señalar. Recuérdese cómo DE LOS MOZOS atribuye al reconocimiento meramente recognoscitivo el ser un simple medio de prueba y al reconocimiento con carácter declarativo el carácter de confesión extrajudicial en sentido amplio (30).

Según LÓPEZ VILAS, el reconocimiento de deuda tiene un valor declarativo, no constitutivo, con eficacia meramente procesal o probatoria (31).

el Derecho alemán a través de las anotaciones de BLAS PÉREZ y JOSÉ ALGUER a la obra de ENNECERUS-KIPP-WOLF La importante Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1956 recogió dicha doctrina, que hoy en las sentencias más recientes, se sigue reiterando (voz «Reconocimiento de deuda», *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, pág. 5502).

(30) Ver texto citado en la precedente nota 25

(31) Recordaba este autor cómo DOMÉNICO BARBERO destaca que el reconocimiento de deuda y la promesa de pago no forman el hecho constitutivo de la misma obligación que se pretende cumplir. El único efecto jurídico del reconocimiento —según BARBERO— es exonerar a la otra parte de la carga de probar la existencia de la obligación. Para él, el reconocimiento de deuda es un mero acto jurídico y siempre será una declaración de ciencia y no de intención, cuyo efecto es impugnabile si se prueba una discordancia entre la realidad reconocida y la realidad efectiva (*Sistema del Derecho Privado*, II, 1962).

En Alemania también son partidarios de esta opinión HEGLER y LEHMANN. Estos autores reducen el negocio de fijación a institución con eficacia meramente procesal y probatoria. Supone sólo invertir la carga de la prueba. Hecha la declaración, corresponderá a quien la haya emitido probar que ha habido error o violencia en su declaración para el caso de que pretenda invalidarla. En cambio, si no hubiera reconocimiento, el acreedor debería probar la existencia del crédito que pretende cobrar. Por eso, para estos autores, reconocer es simplemente dar a la otra parte un medio de prueba.

Según LÓPEZ VILAS, en España siguen esta opinión GARCÍA BERNARDO (partidario de

Recuérdese lo dicho por GULLÓN en forma parecida, que antes hemos transcrito (32).

Frente a esa tesis, compartida con distintas matizaciones por los autores modernos, podemos señalar que en la doctrina antigua, y por influencia del Derecho alemán, se llegó a defender el carácter constitutivo del reconocimiento de deuda. Así, por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, que siguiendo a ENNECCERUS y a sus anotadores PÉREZ y ALGUER, admite el reconocimiento constitutivo de deuda cuando tiene por finalidad el querer considerar la deuda como existiendo contra el que la reconoce (33). Dicha doctrina de origen germánico inspiró muy directamente la famosa Sentencia de 8 de marzo de 1956, tantas veces citada por los autores posteriores (34). Resulta curioso observar que así como la tesis doctrinal ahora expuesta ha sido objeto de razonables críticas por la doctrina española posterior, de manera que hoy la opinión más generalizada entre los autores contemporáneos es precisamente la contraria, en cambio la tesis mantenida en esa Sentencia ha

la tesis de FURNO sobre el negocio de fijación). GONZÁLEZ PALOMINO (para quien reconocimiento y confesión son la misma cosa) y SANCHO SERAL (en su traducción al libro de OERTMANN, *Introducción al Derecho Civil*, en la cual señala en nota a pie de página que el valor del reconocimiento es el de ser un medio de prueba, sometido a la regla del art. 1.239 CC) (*Estudio sobre el reconocimiento de deuda*, págs. 853-854)

(32) Ver nota 21 y el texto allí citado.

(33) Semejante reconocimiento —añade ENNECCERUS— funda una obligación independiente con sustantividad propia, o sea, independiente de la existencia de la deuda reconocida, pues el que declara querer pasar por la existencia de una deuda contra él, declara también por ese solo hecho querer conducirse en esa conformidad, o sea, querer hacer la prestación que reconoce deber.

La doctrina alemana (RUMELIN, ENNECCERUS) —seguía diciendo CASTÁN— separa del contrato de reconocimiento los contratos de constatación o fijación, mediante los cuales no se reconoce ni, por tanto, se crea un derecho de crédito independiente de la relación existente, sino que se constata la misma relación antigua en alguno e incluso en todos sus aspectos (*Derecho Civil español*. .. tomo 4, citado, pág. 883).

(34) En dicha Sentencia se afirmaba que «la cuestión de si existe reconocimiento constitutivo de deuda ha de resolverse, por interpretación, según el tenor literal del reconocimiento, su finalidad y las circunstancias concurrentes, por lo que si no se indica en absoluto la causa de la obligación, si la referencia a esa causa de obligar es meramente general, habrá de resolverse con frecuencia de manera afirmativa, mientras que si se indica con precisión la causa de obligar sólo podrá admitirse el reconocimiento constitutivo de una manera excepcional y en méritos de razones especiales»

Es decir, que la posible existencia de una obligación independiente respecto a la deuda reconocida, como consecuencia del propio acto de reconocimiento, y la eficacia constitutiva de éste, se conectan al hecho de que se exprese o no en forma determinada la causa de la obligación. Sin entrar ahora en la consideración de que, en la práctica, la mayor parte de los casos de reconocimiento de deuda no contienen esa expresión causal (y por eso su validez se condiciona a la presunción legal de existencia de la causa, como tendremos ocasión de ver), lo cierto es que el problema aquí planteado tiene un evidente trasfondo causal y la tesis así apuntada sólo es defendible en un sistema de negocio abstracto como el alemán, pero no en un sistema como el nuestro.

influyó poderosamente sobre la jurisprudencia dictada a continuación, con una u otras matizaciones, sobre la presunción de existencia de la causa y la abstracción procesal (35).

Volviendo a la idea del valor probatorio o declarativo del reconocimiento de deuda, y al estudiar su eficacia procesal, algunos autores consideran a este acto jurídico como una confesión extrajudicial. Así, por ejemplo, DE LOS MOZOS, que al examinar los distintos tipos de reconocimiento según su respectivo alcance (en la forma que antes hemos resumido) entiende que el reconocimiento meramente reconocitivo se identifica con la confesión extrajudicial en sentido estricto; confesión de hechos, no de relaciones jurídicas. Mientras que el reconocimiento con alcance declarativo encaja en el campo de la confesión extrajudicial, pero sólo entendida esta última expresión en sentido amplio. El régimen de estos reconocimientos declarativos viene establecido por el artículo 1.224 CC, aplicable tanto al reconocimiento de deuda a que alude el artículo 1.973 CC como a los supuestos contemplados en el artículo 994 CCom, siempre que se haga el reconocimiento mediante documento (36). En el mismo sentido se pronuncia ZUMALACÁRREGUI

Sin embargo, también los autores han sometido a revisión crítica esta equiparación entre reconocimiento y confesión y han perfilado las diferencias entre ambas figuras. Partiendo de la tesis formulada por la doctrina italiana (38), LÓPEZ VILAS resume tales diferencias de la siguiente manera: Por su concepto, la confesión extrajudicial es una declaración de ciencia, mientras que el reconocimiento es una declaración de voluntad. Por su objeto, la confesión va referida a la admisión de la verdad de hechos específicos, mientras que el reconocimiento plantea la existencia de una relación jurídica. Por su fin, la confesión tiene una finalidad meramente probatoria, mientras que el reconocimiento parece indicar o insinuar una intención de pago por parte del que reconoce (39).

(35) Una crítica rigurosa a la Sentencia de 8 de marzo de 1956 puede verse en F. ESCRIBA DE ROMANÍ, «El reconocimiento abstracto de deuda y la Sentencia de 8 de marzo de 1956», *RCDI*, núms. 448-449, septiembre-octubre 1965, págs. 1045 y sigs.

(36) *Loc. cit.*, págs. 401-405.

(37) El reconocimiento de deuda es siempre una confesión extrajudicial (*Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1977, págs. 223 y 237).

(38) PANUCCIO. *La confesión extrajudicial*, Editorial Nereo, Barcelona, 1961.

(39) Pese a estas diferencias —sigue diciendo— no podemos ignorar, sin embargo, que además de la dificultad de saber si estamos ante una declaración de voluntad o de ciencia, muchas veces el reconocer o confesar un determinado hecho supone e implica reconocer o confesar la existencia de la relación jurídica que surge como consecuencia inmediata de tal hecho, debiendo o pudiendo presumirse la subsistencia de aquella relación mientras no se indique nada en contrario.

GULLÓN se limita a decir que el reconocimiento de deuda no es una confesión extrajudicial en cuanto no recaee sobre hechos sino sobre relaciones jurídicas. Por eso llega a la conclusión de que se trata de un negocio de fijación o declarativo (40).

ALBIEZ DOHRMANN señala la dificultad que existe para diferenciar realmente una confesión de deuda de un reconocimiento que versa sobre una deuda. Las diferencias más palpables entre ambas figuras serían, a su juicio, las siguientes: La confesión extrajudicial es una declaración de ciencia, actúa como medio de prueba, en ella no tiene especial relevancia el elemento intencional, tiene una estructura unilateral y no le son aplicables directamente las normas de las obligaciones y contratos. Mientras que el reconocimiento de deuda supone una declaración negocial (abstracta —material o procesal— o de fijación), encierra una voluntad negocial, tiene una estructura bilateral, está sometido a las normas de las obligaciones y contratos, contiene derechos y obligaciones, altera la relación jurídica preexistente, produce eficacia *inter partes* y frente a terceros en determinados casos, y vincula a los Tribunales. Pero a pesar de esos distintos caracteres, en la realidad práctica resulta dudoso decidir si una declaración de reconocimiento de deuda es sólo una declaración de ciencia o algo más. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia se han preocupado por encontrar respuesta al dilema de si una declaración aparentemente confesoria puede contener una voluntad negocial (41).

Por eso, a la vista de estas notas diferenciales entre reconocimiento y confesión extrajudicial, se impone como complemento y verificación práctica de las mismas la investigación de la voluntad de quien declara, para tratar de conocer la intención de las partes a través de los datos y demás circunstancias que concurren en el supuesto y que puedan darnos luz sobre el mismo (*loc cit.*, págs. 869-870).

(40) *El negocio jurídico*, pág. 88

(41) *El reconocimiento de deuda Aspectos contractuales y probatorios*, págs. 68 y 70.

Según este autor, la confesión extrajudicial se define como una declaración de ciencia que versa sobre hechos personales y perjudiciales y, por tanto, es una declaración *contra se pronuntiato* que puede estar documentada, siendo de la apreciación de los Tribunales la verdad constatada en ella. Al lado de la confesión ha aparecido constantemente el término reconocimiento, a veces como símil a la confesión y otras veces como algo distinto a ella, tanto en el primer título donde se exponen las diferentes reclamaciones de reconocimiento que se producen en las distintas áreas del Derecho Civil, como en el segundo título referido al reconocimiento como declaración probatoria, que es lo mismo que decir confesión prestada fuera del proceso. La cuestión, no obstante, sigue en pie: ¿Realmente existen diferencias entre el reconocimiento y la confesión? Ciertamente es difícil apreciar en la práctica alguna diferencia: «yo confieso que te debo tal cantidad» es prácticamente igual a decir «yo reconozco que te debo tal cantidad». Y, sin embargo, el Derecho se empeña en establecer diferencias entre una y otra declaración.

A nivel legislativo, distintos ordenamientos, como el alemán (parágrafo 780 BGB), el italiano (art. 1.988 CC) y el argentino (art. 718 CC) han regulado expresamente el

Sea cual fuere el valor que se reconozca a estas opiniones y a estas precisiones doctrinales, dentro de esta resumida simplificación podemos partir de la idea de que si bien el reconocimiento de deuda tiene un evidente valor probatorio respecto a la deuda reconocida y si muchas veces produce efectos semejantes a los de la confesión extrajudicial, se diferencia de ella en algunos aspectos estructurales y funcionales, de manera que parece más razonable no equiparar ambas instituciones ni tratar de explicar la naturaleza del reconocimiento por remisión a la de la confesión.

Siguiendo por este camino, la doctrina moderna se inclina a considerar al acto de reconocimiento como un negocio de fijación. Hace años, ya LÓPEZ VILAS destacaba la tesis que ve en el reconocimiento de deuda un negocio jurídico unilateral, tesis basada en la teoría de la fijación convencional. Existe una categoría de negocios que tienen por finalidad no ya constituir, modificar o disolver relaciones jurídicas, sino simplemente asegurar en su desenvolvimiento relaciones ya reconocidas. Con el negocio de fijación las partes quieren hacer cierta y fijar una situación jurídica preexistente, determinando la existencia y el contenido de la relación dada (CARIOTA FERRARA). Pues bien, a juicio de este autor sólo en el reconocimiento de deuda estamos ante un verdadero caso de fijación unilateral propiamente dicha, ya que en el negocio de fijación es esencial la referencia o simple relación a una situación jurídica preexistente (42).

reconocimiento de deuda y, por tanto, como figura distinta de la confesión extrajudicial. La doctrina, por igual, ha querido ver en ésta las características de una declaración de ciencia y en aquél las de una declaración negocial (abstracta o de fijación). Y la jurisprudencia no ha puesto especiales objeciones a esta diferenciación.

Termina resumiendo su opinión en estas circunstancias: 1) Conceptualmente se pueden establecer diferencias entre la confesión y el reconocimiento de deuda. 2) En la realidad resulta difícil apreciar cuándo una declaración de reconocimiento es de ciencia o negocial. 3) Las distintas concepciones negociales del reconocimiento de deuda (negocio abstracto material o procesal, de fijación o de carácter transaccional) ayudan, pero no son determinantes en la tarea de demarcación a la que el jurista está obligado. 4) Por tanto, hay que recurrir a la interpretación para determinar si la declaración responde a una voluntad negocial o sólo a una voluntad confesoria. 5) La decisión es importante no sólo para los teóricos, sino también para los prácticos (*loc. cit.*, págs. 68-69 y 73).

(42) Es en la Alemania del siglo XIX donde surge y se abre paso esta corriente favorable a los negocios de fijación. Obras decisivas al respecto son las de BETHMANN-HOLWEG, DEGENKOLB y WACH. Fueron especialmente los procesalistas quienes abrieron la brecha por la que luego discurriría la doctrina que se ocupó del negocio de fijación. Pero el mérito de una teoría sistemática y constructiva del negocio de fijación corresponde fundamentalmente a RUMELIN, SIEGEL y PAGENSTECHER. Toda esta doctrina germana relativa al negocio de fijación pasó en el siglo presente de Alemania a Italia, donde el «negozio d'accertamento» se convirtió en tema de moda para los autores de la época (CHIOVENDA y MESSINA). Pronto los negocios de fijación pasaron del Derecho procesal (carácter negocial o dispositivo de la confesión) al Derecho privado, teniendo la consideración de negocios de derecho natural. Como defensores de esta construcción doc-

En el mismo sentido se ha pronunciado GULLÓN (43).

Al estudiar el problema más general de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, señala Díez-Picazo que aun en aquellos casos en que no pueda atribuirse a las declaraciones de voluntad una genuina eficacia de creación de obligaciones, cabe al menos admitir que la declaración del obligado posee la virtualidad de determinar el reconocimiento de una situación preexistente (por ejemplo, reconocimiento unilateral de deuda). Que la declaración unilateral de voluntad y el negocio unilateral pueden cumplir una función de reconocimiento o una función de fijación es algo que no puede ponerse en duda. En tales casos, sin embargo, lo que existe es un negocio de reconocimiento de una relación creada en virtud de un negocio anterior, aun cuando éste sea incierto (44).

Más tímida y dudosa resulta en este punto la opinión de ALBIEZ DOHRMANN. Hablando de los negocios de fijación dice que la voluntad de fijar es una voluntad muy específica que se caracteriza por la determinación de los extremos de una relación jurídica incierta o controvertida. Para que esta voluntad tenga un alcance negocial es necesario que las partes, además, renuncien unilateral o bilateralmente a sus pretensiones. La mera fijación—declarar cierta una relación incierta— no es negocial cuando su única finalidad es dar certeza a los hechos y derechos dudosos (*sic*) (45). Partien-

trinal se puede recordar, entre otros, a CARNELUTTI, GIORGIANNI, CARIOTA FERRARA, SCOMIGLIO, TAMBURRINO, BETTI, DE MARTINI, etc.

Curiosamente FURNO, autor de una obra importante sobre esta materia y bien conocida en España (*Negocio de fijación y confesión extrajudicial*), viene a negar la naturaleza de negocio jurídico al reconocimiento de deuda por entender que se trata de un mero acto jurídico que tiene por objeto la confesión de un derecho.

Sin embargo, admitido por la doctrina dominante italiana el negocio de fijación como figura independiente de la confesión extrajudicial y con valor auténticamente negocial, llegan a considerar al reconocimiento de deuda como un caso de negocio de fijación, entre nosotros, VALLET DE GOYTISOLO, DíEZ-PICAZO y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (*Estudio sobre ...*, págs. 855-859 y 851-854).

(43) *Loc cit.*, pág. 88.

(44) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II Las relaciones obligatorias*, 4ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, págs. 143-144.

(45) Es importante entender esta matización—sigue diciendo— dado que la fijación igualmente es la manifestación de una voluntad probatoria que de una voluntad negocial. La remoción de la incertidumbre no produce ninguna alteración material, ya que la relación jurídica preexistente es la misma, con la especificación de que ahora es cierta. Distinto alcance tiene la voluntad cuando, aparte de declarar la certeza, las partes renuncian a sus pretensiones para evitar un litigio posterior. En este caso la voluntad no sólo declara, sino también dispone. El marco para realizar esta manifestación de voluntad es el contrato, en el que las prestaciones pueden ser unilaterales (renuncia y reconocimiento) o bilaterales (transacción) (*loc cit.*, págs. 375-376).

Ya unas páginas antes había precisado su opinión sobre esta materia en los siguientes términos. Mientras la reproducción de un negocio en un documento es una actividad

do de esa apreciación conceptual, para mí no del todo convincente, expone que el reconocimiento de deuda puede: 1) fijar exclusivamente una relación jurídica incierta para dar mayor certeza a la misma; 2) además de fijar, puede eliminar la incertidumbre o la controversia para evitar un litigio posterior, renunciando una parte a las pretensiones que opone a la otra parte. En el primer caso —y siempre a juicio de este autor— el reconocimiento de deuda refleja las características de una declaración de ciencia, más concretamente de la confesión extrajudicial. En el segundo caso el reconocimiento de deuda contiene los elementos necesarios para ser calificado como un negocio jurídico, más concretamente como un negocio jurídico declarativo (46).

Fácilmente se aprecia que, desde esta perspectiva, el negocio de fijación se reserva para la figura de la transacción, mientras que el reconocimiento documental no pasaría de ser un simple medio de prueba no negocial, lo cual va en contra de las opiniones formuladas por nuestra última doctrina en esta materia.

En cambio, la profesora GETE-ALONSO se muestra decidida partidaria del carácter negocial o contractual del reconocimiento de deuda. Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estima en términos generales que, según esa doctrina jurisprudencial, el reconocimiento de deuda es considerado como un contrato, o como un negocio jurídico unilateral, o como un negocio de fijación (47). Después de formular un concepto de tal recono-

fundamentalmente probatoria, la fijación negocial refleja una voluntad con una eficacia más allá de la prueba al eliminar una incertidumbre o una controversia, sustituyendo así una situación litigiosa por otra libre de todo conflicto. Por tanto, mediante un negocio de fijación no se trata de despejar dudas sobre la existencia de hechos o de derechos, ni de dar exclusivamente una mayor certeza probatoria, sino que se pretende la exclusión de pretensiones que surgen o pueden surgir de una relación jurídica previa. Este es propiamente el alcance de la fijación negocial, mucho mayor que la mera reproducción de un negocio en un documento (pág. 303)

(46) *Loc cit.*, pág. 376.

(47) *El reconocimiento...*, págs. 64-92. Véase la numerosa jurisprudencia allí recogida.

En su opinión, se puede considerar consolidada la doctrina jurisprudencial que admite sin vacilación una configuración independiente del reconocimiento incluyéndolo en la categoría del negocio jurídico. Esto supone que el acto de reconocimiento —que siempre es voluntario— puede provocar el nacimiento de una eficacia propia derivada de la voluntad, aparte de la legal, que no puede eliminarse; no otra cosa significa el negocio jurídico. Esta concepción jurisprudencial tiene superada la ya vieja discusión en torno a la eficacia meramente declarativa, o a su posible valor constitutivo, al tratarlo como auténtica declaración de voluntad, consiguientemente con carácter dispositivo.

Ya en el ámbito del negocio jurídico, la tesis mayoritaria se inclina a su configuración contractual. Del repetido contrato de reconocimiento se hace nacer una obligación «independiente» de *pasar* por lo acordado con el acreedor. Se contiene en el mismo una «verdadera voluntad de obligarse» que se incluye en la definición del contrato

cimiento integrado por los elementos que se utilizan por la jurisprudencia para delimitar esta figura (véase la referencia al mismo en la precedente nota 22), llama la atención esta autora sobre la *función* que se le otorga a dicho negocio. Se trata de «un negocio de fijación» o de un «negocio de segundo grado» cuya finalidad es la de «obtener y otorgar, respectivamente, una garantía» (Sentencia de 5 de febrero de 1981). Por esta vía, no sólo la configuración negocial del reconocimiento no se discute, sino que se justifica —en la teoría general del negocio jurídico— su función económica. Ello comporta otra consecuencia jurídica importante: la creación, dentro del marco de los medios de seguridad del crédito, de una *nueva garantía* de índole personal: un modo de reforzamiento del crédito es el reconocimiento de deuda (48).

Aun admitiendo que la formalización por escrito del reconocimiento de deuda pueda facilitar la reclamación del acreedor respecto al pago de su crédito, la expresión utilizada en esta Sentencia no parece muy afortunada. Porque si se estima que la garantía es todo reforzamiento de la posición del acreedor garantizado frente al acreedor común para el pago de su crédito (49), el acto de reconocimiento afecta más a la prueba o a la existencia de la deuda (según se trate de reconocimiento meramente declarativo de una situación anterior o modificativo de la misma) que a la mayor eficacia del crédito reconocido. Dicho con otras palabras, que el acreedor reconocido no tiene más medios para obtener el pago del crédito con cargo al patrimonio del deudor, o de un tercero, o de la afección del valor de un bien concreto. En sentido técnico, la idea de reconocimiento o fijación no implica una garantía de cobro. Probablemente la expresión es más metafórica que conceptual y alude a esa facilidad para cobrar que permite la prueba o la determinación de la relación jurídica cuyo cumplimiento se reclama.

En fin, como también ha señalado la profesora GETE-ALONSO, el reconocimiento de deuda no debe confundirse con la novación de la deuda ni con

del artículo 1.254 CC y se ampara en el principio de autonomía privada del artículo 1.255 CC.

Nada empee a que el reconocimiento, aun considerándolo negocio jurídico, pueda ser unilateral (así se contempla en el supuesto del art. 1.973 CC) en unas ocasiones, y contrato (luego bilateral) en otras (págs. 95-96).

(48) A pesar de ello no ha de olvidarse cierta vacilación a evitar nuevas consecuencias y nuevas figuras jurídicas cuando existe ya una eficacia legal prevista: así sucede respecto de la dicción del artículo 1.224 CC, y en particular cuando esa «garantía» se otorga en escritura pública. Podría, pues, decirse que es al reconocimiento en documento privado —dados los caracteres de éste— al que se dirige esta calificación y configuración como contrato (págs. 97-98).

(49) Cfr. «La garantía patrimonial y sus formas», *RGLJ*, mayo de 1972, págs. 561 y sigs.

la transacción (50). El reconocimiento es siempre y por definición un *posterius*. Un acto jurídico respecto a una relación obligatoria ya existente y que se produce en un momento posterior pero antes de que se haya extinguido (51). El reconocimiento es un acto del que surge una mera obligación: la de asumir (reasumir) lo reconocido en los términos de la declaración reconocitiva. Nueva obligación que no es independiente de la anterior ni la sustituye en cuanto que la absorbe pasando a formar con ella el negocio de reconocimiento. La existencia de un documento reconocitivo inicialmente facilita al acreedor la exigencia de cumplimiento de la deuda, sobre todo en aquellos casos en los que las relaciones originarias o no están documentadas, o son complejas o se han desdibujado con el transcurso del tiempo y para fijarlas se acude al contrato reconocitivo (52).

E) ESCRITURAS DE RECONOCIMIENTO

El reconocimiento de la deuda supone normalmente la preexistencia de una relación jurídica de crédito y su posterior formalización en el documento en que se reconoce. Como hemos visto, no existen reconocimientos tácitos. El reconocimiento de deuda siempre ha de ser expreso. La manifestación de esa voluntad de reconocer («reconozco deber») se hace en documento público o privado. A partir de ahí, la doctrina se ha planteado el valor que tiene esa forma documental respecto a la existencia y eficacia de la deuda que se reconoce.

Ya CASTÁN TOBEÑAS se planteaba el problema de la renovación de la forma contractual y de la documentación formal de los pactos válidos anteriores. Señalaba que la doctrina tradicional veía en el documento que se otorga para consignar por escrito un contrato verbal o elevar a escritura pública un contrato privado un simple *medio de prueba del contrato ya concluido*. Pero esta concepción ha sido superada por la tesis de DEGENKOLB y otros autores posteriores, que han puesto de relieve que lo que se llama la documentación del contrato (o documentación posterior del contrato)

(50) En el reconocimiento se mantiene la relación obligatoria, mientras que en la novación se crea una obligación nueva que sustituye a la anterior extinguiéndola; en el primero cabe la actuación unilateral del deudor, la segunda precisa el consentimiento del acreedor. En cuanto a la transacción, ésta implica recíprocas concesiones y una incertidumbre —*res dubia*— o situación litigiosa, pero en el reconocimiento no puede haber concesiones porque no existe modificación de la situación jurídica sobre la que opera y el requisito de la incertidumbre choca frontalmente con la necesidad de que la relación obligatoria que es objeto de reconocimiento permanezca inalterada (*El reconocimiento...*, págs. 68-69 y 184-186)

(51) *El reconocimiento...*, pág. 23.

(52) *Voz Reconocimiento de deuda*, pág. 5503

puede tener otras finalidades y puede significar en muchos casos una renovación contractual.

CASTÁN admite que son abundantes las finalidades que pueden perseguirse en la documentación de los contratos, de manera que los efectos del documento serán distintos en cada caso y responderán a su carácter y función. Por lo que se refiere al Derecho español, recuerda la tesis de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS cuando expone los significados que tiene el otorgamiento de la escritura pública en nuestro Derecho, haciendo notar que en el otorgamiento y firma de la escritura «las partes prestan necesariamente su consentimiento» (art. 193.2 del Reglamento Notarial); y este consentimiento es totalmente nuevo, distinto e independiente del que las partes hubieran prestado al convenio preliminar. Siguiendo con esta última opinión, pueden separarse dos casos distintos: a) La escritura en la que no se recoge el acuerdo preliminar, que actúa como una *renovatio contractus* (siguiendo la conocida expresión de DEGENKOLB, quien tan directamente inspira esta opinión doctrinal), escritura constitutiva, dispositiva o traslativa; b) La escritura de reconocimiento, en la que hay una expresa alusión a esos acuerdos anteriores. Siempre que en una escritura pública reconozcamos documento o negocios jurídicos anteriores, dicha escritura estará acogida a los supuestos y eficacia del artículo 1.224 (53).

Al estudiar los problemas básicos de la forma del negocio jurídico y de la posible abstracción de la causa que de ahí se quiera derivar por algunos autores, el profesor FEDERICO DE CASTRO ha sometido a rigurosa crítica la opinión de NÚÑEZ LAGOS sobre la concepción insular o independiente de la escritura pública, que está tan directamente conectada con el valor de las escrituras de reconocimiento de deuda (54). Según DE CASTRO, en el Derecho moderno se ha dado el máximo valor a la escritura pública, lo que en el Código se manifiesta al colocar en primer lugar, entre las pruebas, la por instrumento público (art. 1.215). Mas *con ello no se ha cambiado el valor*

(53) *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo III *Derecho de Obligaciones La obligación y el contrato en general*, 15 edición. Reus, Madrid, 1988, págs. 549-551.

(54) Llegados a este punto de la discusión sobre la documentación del negocio, recuerda DE CASTRO que la vieja idea de algún pandectista de potenciar el reconocimiento de deuda con el significado de una *renovatio contractus* se transforma ahora en la teoría de la «posición insular» de la escritura pública. La que se define así (por NÚÑEZ LAGOS): «El texto documental es un recinto autónomo de eficacia: no tiene comunicación con lo anterior ni con lo posterior. Es aporítico —de aporía—, sin poro ni agujero, sin salida, impermeable al antes o al después. La escritura es una isla sin puente de acceso». Abstracción que se afirma en la atribución de los caracteres de dispositiva, traslativa y confesoria. Caracterización a la que se une la aserción de una función judicial del Notario (*judex cartularius*), que lleva a la asimilación de la escritura con la sentencia (*res iudicata*), y ello con una triple eficacia: declarativa, constitutiva y ejecutiva (*El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, págs. 307-308).

intrínseco del documento (el subrayado es mío). Se mantiene la concepción espiritualista del contrato y se rechazan formalismo y tasa de la prueba, no teniendo éxito los intentos de seguir modelos extraños (55).

La Ley no permite —sigue diciendo— un corte arbitrario de la declaración negocial, atender sólo a lo escriturado y considerar extrajurídico o fuera del negocio todo lo demás. La misma labor interpretativa exige no desdeñar dato alguno para reconstruir y averiguar la verdadera voluntad negocial (art. 1.282). El vínculo contractual no nace con ni depende del otorgamiento de la escritura; existe en cuanto reúne los requisitos legales para ello y es ese contrato ya existente el que se eleva a escritura pública (56).

Después de tales palabras, no es difícil dar por superada la concepción insular del documento notarial. Lo cual tiene evidente importancia para determinar el valor de la escritura pública en que se hace el reconocimiento (y, en nuestro caso, se formaliza el contrato de hipoteca) respecto de la deuda reconocida.

Por su parte, Díez-PICAZO señala que aunque el documento suele ser identificado con la forma del contrato, entendida la forma como aquel positivo medio de manifestación o comunicación exterior de la voluntad contractual, sin embargo el documento puede en muchos casos no ser una auténtica forma. Ello ocurrirá siempre que el documento se cree o se redacte con posterioridad a la manifestación y aparición exterior de la voluntad contractual, es decir, siempre que el documento represente un *posterius* respecto de un contrato ya formado. El documento viene a ser entonces no un medio de manifestación de la voluntad, sino un medio de conservación

(55) *Loc cit.*, págs. 308-309.

Y sigue preguntándose: ¿La escritura pública ha dejado de ser lo que fuera? Un ejemplo podrá servir para apreciar mejor la novedad e importancia práctica de la teoría del aislamiento. A y B conciertan la compraventa de una finca en cinco millones de pesetas y así se escribe en el «vendí» correspondiente. Elevado a escritura pública, en ella se consigna, como precio, un millón de pesetas, que se confiesa recibido, y se dice que con su firma la posesión ha pasado al comprador. En documento privado de la misma fecha se pacta que el pago se haría por entregas sucesivas de los tres millones restantes en el plazo máximo de cuatro meses; se dicen recibidos dos millones a cuenta y se obliga al vendedor a poner en posesión del comprador la finca libre de arrendatarios. ¿Por qué se habrá de aislar lo otorgado en la escritura de lo dicho en los actos que la preceden y que la continúan? Ello no resulta de, sino que sería contrario a, la voluntad expresada de las partes. Es posible que unos contratantes hayan querido con la escritura hacer «borrón y cuenta nueva», eliminando con lo en ella consignado anteriores discusiones o dudas (eficacia renovadora, novatoria, de fijación), pero no puede negarse que en la escritura ha podido expresarse parcial o inexactamente lo querido y que se deje fuera de ella —constando, por ejemplo, en documento privado— datos que completen o manifiesten lo verdaderamente querido. Y ello no sólo en los casos en los que se disimula la verdad del precio, sino cuando se recogen en la escritura sólo las condiciones básicas o publicables de lo convenido (*ibid.*, pág. 309).

(56) *Loc cit.*, pág. 310

de unas declaraciones de voluntad ya hechas para el futuro. El contrato, que existía ya, queda plasmado en el documento (57).

De entre las varias funciones que puede cumplir el documento —según este autor—, una de ellas es la de actuar como acto de fijación y de reproducción del contrato. A diferencia de la función puramente probatoria, aquí el documento pasa a ser un medio de reconocibilidad y de fijación del contenido contractual. En estos casos el contrato existe y es válido y eficaz aun cuando no haya sido documentado; pero si ha sido documentado no puede decirse sin más que el documento sea un puro medio de prueba. Si el documento llena una función de fijación del contrato, el documento se convierte en la plasmación, en el «texto» del contrato. El documento es él mismo la declaración de voluntad contractual renovadamente manifestada. A esta conclusión llegó DEGENKOLB.

El problema de la documentación del contrato ha sido objeto de una polémica muy viva en la doctrina. La cuestión surge para decidir sobre todo cuál sea la naturaleza que reviste y que se debe asignar al acto por medio del cual el contrato queda documentado. Para algunos autores la documentación de un contrato es siempre un acto de carácter instrumental. Otros autores, en cambio, distinguen según que el documento se corresponda exactamente con el contrato anterior no documentado o que lo modifique en algún sentido. Con mejores argumentos, otro sector de la doctrina ha entendido que la documentación del contrato es siempre un nuevo contrato (*renovatio contractus*) (58)

(57) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I Introducción. Teoría del contrato*, 4.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 255.

(58) El problema de la *renovatio contractus* debe ser examinado, al menos, desde dos puntos de vista. El primero lo constituye la hipótesis de redacción de un documento en el que plasma un anterior contrato verbal no documentado. En este caso entendemos que la documentación constituye un nuevo contrato que asume respecto del anterior un papel novatorio. La anterior reglamentación de intereses que quedó establecida verbalmente queda sustituida por la reglamentación de intereses plasmada en el documento. El documento nova el acuerdo verbal. Si el contenido de uno y otro son idénticos, la documentación constituirá un contrato meramente declarativo o un contrato de fijación. Si la documentación modifica el acuerdo anterior, nos encontraremos en presencia de un negocio dispositivo respecto de la situación reglamentada.

La cuestión de la *renovatio contractus* se presenta de un modo distinto en aquellos casos en que un nuevo documento viene a sustituir a un documento anterior, y en particular, cuando una escritura pública sustituye a un anterior documento privado. Según el artículo 1.224 CC, «las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si, por exceso u omisión, se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero». El problema estriba en la rigurosa delimitación del supuesto de hecho del citado artículo 1.224 para decidir si en el precepto se encuentran únicamente reguladas las escrituras realizadas con exclusiva y expresa función de reconocimiento o cualquier tipo de relación entre los documentos sucesivos. La respuesta al interrogante debe ser la primera

En relación más directa con el acto de reconocimiento de deuda, GETE-ALONSO examina el texto del artículo 1.224, del cual extrae las siguientes conclusiones: 1.^a La escritura de reconocimiento tiene el valor de confesión extrajudicial para sus autores si se acomoda íntegramente a aquello que constaba en el documento primitivo del acto o contrato reconocidos. 2.^a Pierde tal valor confesorio cuando «por exceso u omisión» se aparta de tal documento. 3.^a Sin embargo, es medio de prueba independiente (y no como confesión extrajudicial) cuando en la misma conste expresamente la novación del acto o contrato iniciales. Pues bien, en su opinión, sólo en el primero de dichos tres casos existe la llamada *escritura de reconocimiento* en sentido propio, de la que se predica una eficacia especial —su valor de documento confesorio—, pues en los demás casos o bien se está ante un documento que «nada prueba» contra el anterior o se lleva a cabo una actividad —la novación— que es incompatible con la «escritura de reconocimiento».

En cuanto a la eficacia típica de dicha escritura de reconocimiento, el objeto del reconocimiento no es el documento anterior, sino su contenido: el acto o contrato que constan en éste. El reconocimiento de deuda recae sobre la relación obligatoria antecedente. La peculiaridad del supuesto previsto en el artículo 1.224 CC es que en él se unen dos medios de prueba distintos: el de la escritura pública (art. 1.218 CC) y el de la confesión extrajudicial (art. 1.232 CC). Su finalidad es la de proporcionar un medio de prueba escrito mediante el que se pueden demostrar las declaraciones que se contienen en el acto o contrato originario. En este sentido, *su eficacia es procesal*. Trata de «proporcionar un medio de prueba privilegiada al acto o negocio reconocido y dotarle de eficacia ejecutiva» (59) (60).

y así lo justifican los antecedentes históricos del precepto, entre los cuales se encuentra de forma muy notoria el artículo 1.218 del Proyecto de 1851, donde se establecía la dispensa de presentación del llamado «título primordial» y se regulaban las diferencias entre escritura del reconocimiento y título primordial. Por ello, *el precepto debe entenderse aplicable a las escrituras que cumplen la estricta función de reconocimiento* (el subrayado es mío), de manera que la solución no se aplica a los casos de sucesiva documentación de la *lex contractus*, cuando los documentos sean discordantes entre sí. Para tal caso la regla debe ser la contraria, de manera que la nueva reglamentación de intereses sustituye a la anterior. Así lo pone de manifiesto la STS de 3 de noviembre de 1982 (*Fundamentos*, I, págs. 259-261).

(59) Inicialmente aquella eficacia se centra en el *ámbito de la prueba*. La nueva escritura de reconocimiento no crea, de nuevo, la obligación o la relación obligatoria existente entre las partes. Sólo hace surgir un reforzamiento de la posición del acreedor en cuanto que el *onus probandi* se desplaza al deudor, que es quien deberá demostrar la falta de correspondencia con el acto o contrato originarios (*El reconocimiento...*, págs. 45-46, 50, 52-53).

(60) Según la Sentencia de 6 de junio de 1969, la técnica jurídica extranjera y los ordenamientos positivos de algunos países, al estudiar los documentos distinguen los que llaman primordiales, que son los que se redactan en el mismo momento del nacimiento de la obligación o del derecho real, y aquellos otros que son redactados con

3. EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y EL ARTICULO 1.277 DEL CODIGO CIVIL

Uno de los problemas principales que se han planteado en relación con la figura del reconocimiento de deuda, y que ha motivado mayores discusiones doctrinales, es el del carácter causal o abstracto del acto de reconocimiento. En ese planteamiento han influido, entre otras razones, el hecho cierto de que en el documento en que se formaliza dicho reconocimiento normalmente no se expresa la causa de la obligación reconocida. Así, por ejemplo, se dice: «Reconozco deber a don... equis pesetas, que me comprometo a pagar en el plazo de tanto tiempo», y nada más. Esa falta de expresión de la causa constituye una de las características formales de esta clase de documentos (61).

Como ya he tenido ocasión de señalar, y como antecedente histórico del tema que nos ocupa, conviene recordar en este punto que después de la época de los glosadores se fue abriendo paso, por obra de los prácticos y de la jurisprudencia, la idea de reconocer eficacia jurídica a algunos documentos sin expresión de la causa, especialmente en los casos en que versaban sobre reconocimiento de deuda. Y fue en el Derecho histórico francés donde la solución del problema evolucionó desde la necesidad de que probara la causa el acreedor que reclama el pago cuando el deudor le opone la inexistencia de aquélla, hasta llegar a la presunción de existencia de la

posterioridad y que se otorgan bien para hacer constar la confirmación de un acto anulable —llamados por tal razón *confirmativos*— o bien para reemplazar el título primordial que había sido perdido, o para interrumpir la prescripción, o para constatar lo que no tenía constancia escrita o la tenía defectuosa, que se denominan *recognoscitivos*. Y la más antigua Sentencia de 28 de octubre de 1944 ya había declarado que la técnica notarial, para explicar el fenómeno del documento posterior, ha acudido en ocasiones a la técnica del *contrato reproductivo*, expresión de una renovación contractual por la que se refunden sucesivas declaraciones sobre las que se presta nuevo consentimiento, y otras veces a la construcción de los llamados *contratos de fijación jurídica*, así denominados porque con designio de claridad y certeza establecen, fijándolas y declarándolas estables, situaciones jurídicas anteriores, y añadió que los supuestos a que claramente alude el artículo 1.224 del Código Civil no tienen otra significación que la de *medto de reconocimiento de un acto o contrato subsistente*. A su vez, de las Sentencias de 19 de noviembre de 1974, 5 de febrero de 1981 y 23 de junio de 1983 se deduce que el contrato de fijación tiene como finalidad dar nueva constancia al negocio primordial o conferirle certeza y claridad (Sentencias recogidas en el Comentario al art. 1.224 CC en el libro de JOSÉ LUIS ALBACAR LÓPEZ, JAIME SANTOS BRIZ y JOSÉ ANGEL TORRES LANA, *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, tomo IV, Editorial Trivium, Madrid, 1991, págs 454-455).

(61) Cfr mi trabajo «La evolución de la doctrina española sobre la presunción de existencia de la causa» en el *Libro de Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goyisolo*, volumen VIII, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, págs. 11 y sigs., especialmente págs. 45-51, sobre el reconocimiento de deuda

causa mientras no se demostrara lo contrario. Semejante presunción se quiso justificar con razones lógicas y prácticas y, con el paso del tiempo, la jurisprudencia se mostró favorable a admitir esta última solución. Así aceptado en la práctica este criterio normativo, todavía fue objeto de discusión en la redacción del Código francés, pasó a la Exposición de Motivos del mismo y se consagró en su artículo 1.132. De ahí pasó, a través del Proyecto de 1851, a nuestro artículo 1.277 (62).

Al abordar el carácter causal o abstracto del reconocimiento, conviene tener presente una precisión inicial: la distinción entre causa del reconocimiento de deuda y causa de la obligación reconocida. En el reconocimiento de deuda hay siempre una realidad que le sirve de antecedente o fundamento: la relación obligatoria que se reconoce y que es previa en su existencia, aunque no esté documentada. Pero, evidentemente, esa obligación previa no es la causa jurídica del negocio de reconocimiento. La relación obligatoria documentada o reconocida deriva de un contrato anterior (por qué se debe), y es en ese contrato donde hay que situar la causa en sentido estricto (préstamo, compraventa, etc.). El hecho de que en el reconocimiento de deuda no figure la causa del contrato anterior, generador de la deuda, no es obstáculo para la eficacia de aquél gracias a la presunción del artículo 1.277. Pero el carácter causal o abstracto del negocio de reconocimiento debe así ser centrado en sus justos términos (63).

Como ya se ha podido apreciar en las páginas precedentes, algunos autores antiguos, influidos por la doctrina alemana, llegaron a defender la tesis de que el reconocimiento de deuda sin expresión de causa implicaba la existencia de un negocio abstracto en nuestro Derecho. Así, PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER (64), VALVERDE (65) y OSSORIO MORALES (66), entre otros.

(62) Ver también mi estudio sobre «Los antecedentes del Código Civil respecto a la presunción de existencia de la causa», en *Centenario del Código Civil*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, tomo I, Madrid, 1990, págs. 101-131.

(63) *La evolución de la doctrina española...*, pág. 47. Véanse las opiniones de DE LOS MOZOS y Díez-PICAZO sobre esta materia, resumidas en la nota 60 de la misma página; y la opinión de ALBIEZ DOHRMANN en *El reconocimiento de deuda...*, pág. 235-238. Un estudio de la compleja y no uniforme jurisprudencia sobre esta cuestión puede verse en GETE-ALONSO, *El reconocimiento de deuda...*, págs. 108-120. Ver también el estudio de esta autora, «Reflexiones acerca de la función que cubre la relación obligatoria previa en el reconocimiento de deuda», *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, volumen II, págs. 413-458.

(64) ENNECERUS y NIPPERDEY, *Derecho Civil (Parte General)*, tomo I, volumen 2.º Traducción de la 39 edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, Editorial Bosch, Barcelona, 1935, págs. 87-88.

(65) *Tratado de Derecho Civil español*. tomo I, Parte General, 4.ª edición, Valladolid, 1935, págs. 486-490.

(66) *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y contratos (Parte General)*. Editorial Prieto, Granada, 1956, págs. 266-267.

Frente a esta opinión favorable a considerar al reconocimiento de deuda como negocio abstracto, aceptando la no expresión de la causa en estos casos y su admisibilidad por virtud de la presunción del artículo 1.277, buena parte de los autores posteriores han criticado esa tesis y han defendido el carácter causal de dicho reconocimiento, teniendo en cuenta la necesidad de existencia de la causa que inspira nuestro sistema. Dentro de esta línea de opinión podemos recordar, entre otros, a LÓPEZ VILAS (67), ESCRIBA DE ROMANÍ (68) y DE LOS MOZOS (69).

El autor que más vigorosamente ha defendido el carácter causal del reconocimiento de deuda y más convincentemente ha criticado su construcción como negocio abstracto ha sido el profesor FEDERICO DE CASTRO en su magistral libro sobre «El negocio jurídico». Frente a los autores que defienden el carácter abstracto del reconocimiento de deuda apoyándolo en el libre juego de la autonomía de la voluntad, cuando afirman que si se quiere el medio de prueba se quiere la deuda, y si se quiere la deuda queda uno obligado (BAHR), opone DE CASTRO que esa apreciación no se corresponde con la realidad psicológica y social. En efecto, *el reconocimiento puede tener otros y muy variados fines* (el subrayado es mío). Cuando se reconoce una deuda que ya existía, la declaración no se hace regularmente para crear una nueva deuda que sustituya a la anterior; para ello la Ley requiere que se haya declarado expresamente la voluntad de novar (arts. 1.204 y 1.224). Lo propuesto con el reconocimiento puede ser: el eliminar dudas, aclarar, interpretar, completar, reglamentar, evitar futuras discusiones o pleitos y, en general, fortificar un crédito facilitando su prueba o dificultando su extinción por prescripción (arts. 1.647 y 1.973 CC; también art. 20, párrafo 5.º, 1.º, LH). En estos supuestos no cabe hablar de un nuevo negocio jurídico, sino de una declaración negocial que se añade a las existentes para completar, modificar o fortalecer el título del acreedor. La eficacia del reconocimiento carece entonces de independencia; se refiere a una anterior relación negocial y, si ésta no existe o carece de eficacia, el reconocimiento carecerá de objeto.

Sigue diciendo que el reconocimiento no tiene el carácter de *causa obligatoris*. No basta para ello utilizar una presunción *iuris tantum*; del decir «reconozco» no se puede deducir lógicamente sin más la existencia de una voluntad de obligarse (art. 1.253). El dicho de «reconozco» puede nacer

Un resumen de las opiniones de estos autores últimamente citados puede verse en *La evolución de la doctrina española...*, págs 29-35

(67) *Estudio sobre el reconocimiento de deuda*, págs. 871-873

(68) *El reconocimiento abstracto de deuda y la Sentencia de 8 de marzo de 1956*, págs 1065-1067

(69) *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, págs. 410-411 y 418-422

del capricho, la mala memoria, ser de complacencia, para engaño de un tercero, para documentar una deuda. Para la abstracción del reconocimiento de deuda y para que por sí mismo haga nacer una deuda, hay que abandonar el campo de la autonomía de la voluntad y que intervenga imperativamente el legislador con una expresa disposición legal, como se ha hecho en el Código Civil alemán. En el Derecho español no sólo falta una disposición que imponga la abstracción (su sistema es fundamentalmente causalista), sino que para suponer que quien reconoce una deuda siempre declara con ello que ha querido constituir una nueva deuda, sería necesario que la Ley hubiese establecido «expresamente» una presunción *iuris et de iure* (comp. art. 1.251, párr. 1) en dicho sentido (70).

A partir de esa rigurosa elaboración doctrinal de esta figura, la generalidad de los autores rechazan la tesis del reconocimiento abstracto de deuda y se muestran partidarios de admitir el carácter causal de dicho reconocimiento, de conformidad con el principio general de causalidad que informa nuestro sistema legal. Dentro de esa opinión mayoritaria se pueden distinguir dos variantes en su formulación: *a)* la de quienes entienden necesario en todo caso la existencia y la prueba del elemento causal para dotar de eficacia jurídica al reconocimiento y poder reclamar judicialmente la deuda, actuando entonces la presunción del artículo 1.277 como un medio de prueba de la causa mientras no se demuestre lo contrario por el deudor obligado; *b)* la de aquellos otros que, aun admitiendo ese requisito causal, consideran a la presunción del artículo 1.277 como un instrumento técnico que permite reclamar procesalmente el pago de la deuda reconocida sin necesidad de otras pruebas, al menos mientras no se desvirtúe por el deudor. De esta manera, la presunción justifica la no necesidad de prueba, y a eso se llama metafóricamente «abstracción procesal».

Así, Díez-PICAZO afirma que la presunción de existencia y licitud de la causa contenida en el artículo 1.277 CC no significa admitir el contrato abstracto, que determina una total independización del contrato respecto de su causa y, por consiguiente, una total eficacia del mismo. El sistema del artículo 1.277 lo que hace es invertir la carga de la prueba, pero no da eficacia al contrato abstracto. Por lo que se refiere a las promesas y reconocimientos de deuda que no incorporen su causa, aunque algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia haya hablado de contratos abstractos, ello está condicionado por una idea equivocada de la genuina abstracción, pues en tales casos lo único que hay es aplicación de la regla del mencionado artículo 1.277 CC (71).

(70) Págs. 302-304.

(71) Según este autor, en nuestro Derecho Civil no hay rastro de contratos abstractos. Lo único posible es lo que algunos han llamado con terminología italianizante una

En el mismo sentido se pronuncian GULLÓN (72) y DE LA CÁMARA (73).

Al estudiar el reconocimiento de deuda sin expresión de causa en el Derecho español, ALBIEZ DOHRMANN recuerda que la presunción de causa es uno de los fundamentos en los que se ha basado la doctrina para introducir en los sistemas causalistas el negocio abstracto. Aun admitiendo que la presunción de causa tiene un doble alcance material y procesal, y que en Derecho español la opinión de los civilistas y procesalistas no es siempre coincidente respecto al significado del artículo 1.277, se inclina este autor a considerar que dicho artículo contiene una verdadera norma de presunción también con significado material. Termina afirmando que la presunción de causa va dirigida a los contratos unilaterales onerosos que silencian la causa

abstracción puramente formal o procesal por los efectos que en el proceso produce. Se trata de una declaración de voluntad que no expresa su causa. De acuerdo con el artículo 1.277, el acreedor demandante puede fundar su demanda en el contrato celebrado sin expresión de la causa, pero el deudor demandado es libre para oponer a la demanda la falta de causa o la ilicitud de la causa y, proponiendo tales excepciones y soportando la carga de la prueba, si tiene éxito, el Juez deberá rechazar la demanda.

Por lo demás, como apunta acertadamente este autor, la figura de los contratos abstractos ha sido creada por la técnica jurídica alemana con el fin de facilitar el tráfico jurídico. Es claro que una concepción causal es más favorable para los transmitentes del dominio y para los deudores-promitentes, mientras que en una concepción abstracta resultan más protegidos los adquirentes del dominio y los acreedores promisorios. Una economía mercantil parece, pues, que debe inspirarse más en un sistema abstracto que en un sistema causal, y ésta fue probablemente la razón de la creación de un sistema de contratos abstractos por la pandectística en el siglo pasado (*Fundamentos*, I, págs. 239-240). Pero como ha advertido también con toda justicia DF CASTRO, la recepción en nuestro sistema del negocio abstracto supone prácticamente eliminar la vigilancia judicial sobre el significado moral de los negocios y permitir se esquiven las disposiciones del Código que diferencian la eficacia de los negocios según sus diferentes causas. Así, por dicho medio, se podría convertir la donación prohibida, inoficiosa o rescindible en crédito inatacable (*loc. cit.*, págs. 297-298).

(72) *Loc. cit.*, pág. 83.

(73) No hay base suficiente que permita sostener la admisibilidad, en nuestro Código Civil, de los negocios abstractos propiamente dichos tal como los concibe el BGB. Según se desprende de los artículos 1.261 y 1.276 del Código Civil, es indudable que la causa constituye un requisito necesario para la validez y la existencia de las promesas que integran el contrato y, consecuentemente, éste no puede consistir sin más en una promesa o en un *reconocimiento de deuda* aceptados por el destinatario, abstracción hecha de que respondan o no a una causa y de cuál sea ésta... Tampoco es dable ir más lejos apoyándonos en el valor confesorio que expresamente tiene el reconocimiento... El artículo 1.277 se limita a establecer una presunción que exige al acreedor, en principio, de probar la causa a que responde la promesa. Pero el deudor podrá demostrar que tal causa no existe o es ilícita y, consecuentemente, acreditar el verdadero origen de la obligación pudiendo alegar, además, si procede, cualquier excepción, fundada en el negocio de que la promesa forma parte, para excusar el cumplimiento. La promesa o el reconocimiento que no expresan su causa no son, pues, negocios sustantivamente independientes («Meditaciones sobre la causa», *RCDI*, núm. 527, julio-agosto 1978, págs. 673-677).

o sólo aluden a ella genéricamente. A su juicio, quedan fuera de aquélla los contratos bilaterales y los contratos unilaterales de mera liberalidad. Aunque la presunción tiene en nuestro Derecho una configuración general, sólo tiene razón de ser para los contratos en los que únicamente hay una prestación, que además debe ser onerosa. A esta característica se ajustan básicamente el reconocimiento de deuda y la promesa de pago (74).

El Tribunal Supremo se ha ocupado en numerosas ocasiones de casos de reconocimiento de deuda sin expresión de causa. Al examinar esa doctrina jurisprudencial, GETE-ALONSO estima que no es del todo cierto que el negocio de reconocimiento sea *abstracto*; ni siquiera las sentencias que así lo conceptúan aplican las consecuencias que una tal afirmación comporta: todo se reduce al ámbito de la prueba, de manera tal que, si existió relación obligatoria y si no se demuestra su extinción o nulidad, el reconocimiento genera una obligación que es exigible jurídicamente (75).

Según esta autora, el TS ha tenido mucho cuidado en dejar bien sentada la *necesaria causalidad del reconocimiento de deuda*; aun en aquellos supuestos en los que lo califica como negocio o acto abstracto, su operatividad se basa en que considera que ha concurrido causa (76).

Se recuerda la importancia que ha tenido la Sentencia de 8 de marzo de 1956, cuya doctrina es copia de la adaptación de BLAS PÉREZ y JOSÉ ALGUER del Tratado de ENNECERUS, la cual doctrina se ha aplicado reiteradamente en otras sentencias posteriores (77). Pues bien, aun en relación con esa conocida y criticada Sentencia de 1956, entiende GETE-ALONSO que ningún contrato, y por lo tanto tampoco el de reconocimiento, produce eficacia si

(74) *El reconocimiento de deuda*. págs. 203, 211, 227-234 y 243-244 Ver también las interesantes consideraciones históricas sobre este problema contenidas en las págs. 212-221

(75) *El reconocimiento* . . págs 96-97

Al comienzo de su libro recuerda esa autora que la existencia de un conjunto abundante de sentencias del Tribunal Supremo en las que el tema central recae sobre el reconocimiento de deuda, y la decisión que se adopta en cada caso, pone de relieve que ni es algo infrecuente ni responde siempre a esas construcciones que, con mayor o menor fortuna, ha intentado imponer la doctrina (pág. 13).

(76) Como antecedente de esta apreciación, afirma la autora —a mi juicio con plena razón— que el reconocimiento de deuda aparece siempre unido, inexorablemente, al tema de la causa. Al situarse éste en el ámbito de los negocios patrimoniales, y en particular en el del contrato, y deberse someter a la normativa de éste, es necesario justificar su eficacia obligatoria basándose en que reúne todos los elementos (art. 1.261 CC) precisos para que ello pueda tener lugar. Y fundamentalmente para que no se pueda dar entrada a declaraciones de voluntad no sometidas a los límites (la causa actúa como tal) que se establecen en nuestro sistema (pág. 99).

(77) Se recogen las Sentencias de 8 de junio de 1968, 30 de diciembre de 1978, 3 de noviembre de 1981, 29 de enero de 1983, 28 de marzo de 1983, 25 de noviembre de 1983 y 18 de octubre de 1985 (págs. 102-105).

no existe causa del mismo, pero la *existencia* es algo distinto de la *expresión*. Atendiendo a esta diferencia y a la dicción del artículo 1.277, se admite una suerte de abstracción que permite —a través de esta vía— la entrada del reconocimiento de deuda. Se trata de una abstracción puramente procesal, que no supone acogida de la teoría del negocio (reconocimiento) abstracto en nuestro sistema. Esa conceptualización del reconocimiento de ser un negocio, contrato o acto jurídico *abstracto*, que emplea la misma jurisprudencia, queda desmentida en el momento en que tal abstracción se corrige al referirla a la *expresión* de la causa (su mención), y al denominarla «procesal» frente a la auténtica abstracción. Esta es precisamente la vía que permite dar entrada al reconocimiento de deuda en nuestro sistema, con valor y eficacia obligatoria propia (78) (79).

En resumen, la doctrina más reciente y autorizada niega el carácter abstracto del reconocimiento de deuda, defiende que su validez y eficacia dependen de la existencia y licitud de la causa subyacente; pero como en la práctica es frecuente el reconocimiento de deuda sin expresión de la causa, la prueba de ésta, en caso de reclamación judicial, se sustituye por la presunción contenida en el artículo 1.277 CC. Aunque el Tribunal Supremo se ha manifestado sobre esta materia con expresiones no siempre uniformes, la evolución de la doctrina jurisprudencial va desde la tesis del negocio abstracto hasta la idea de la abstracción procesal, que sólo juega en el ámbito de la prueba, y no excluye la necesaria existencia de la causa en todo caso. Aunque esta expresión no es ciertamente correcta en el ámbito de la ciencia jurídica por resultar imprecisa y plurívoca, ha tenido arraigo en el lenguaje jurídico como reflejo práctico del problema. Recuérdese además que la presunción de existencia de la causa, como medio de prueba de la misma, presupone que ésta debe existir (por eso debe ser probada) y es incompatible con la idea de negocio abstracto en sentido técnico. De manera que después de todas esas discusiones doctrinales y vacilaciones jurisprudenciales podemos razonablemente afirmar que el reconocimiento de deuda es un negocio jurídico causal, con la facilidad que para su prueba concede la presunción legal, pero con todas las consecuencias prácticas que de ahí se derivan.

(78) *Ibid.*, págs. 100-101 y 105-106.

(79) Un repertorio de las sentencias del Tribunal Supremo relativas al reconocimiento de deuda, además de las recogidas en la precedente nota 77, puede verse en DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 304-306; ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción causal.*, págs. 242-251; ALBIEZ, *El reconocimiento...*, págs. 245-266; ALBACAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, tomo IV, págs. 706-710. Ver igualmente el comentario de Díez-PICAZO a la Sentencia de 23 de noviembre de 1962 en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, págs. 371-372, así como lo dicho en las págs. 160-167 de mi libro sobre *La causa del crédito hipotecario*, y la reciente Sentencia de 22 de junio de 1988

4. LA HIPOTECA EN GARANTIA DEL RECONOCIMIENTO DE DEUDA: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCION. EL PROBLEMA DE LA EXPRESION Y DETERMINACION DE LA CAUSA

Después de estas reflexiones sobre la figura del reconocimiento de deuda en general, volvamos al supuesto de hecho antes referido: escritura pública en que el deudor reconoce deber al acreedor una determinada cantidad y al mismo tiempo constituye hipoteca para garantizar esa deuda, la cual hipoteca es aceptada por el acreedor que también interviene en la escritura.

Para delimitar mejor el caso que nos ocupa, conviene hacer cuatro precisiones previas:

1.^a La expresión «hipoteca en garantía del reconocimiento de deuda» no es del todo exacta. Lo que se garantiza no es el acto de reconocimiento de la deuda (negocio jurídico), sino el crédito que se exterioriza o prueba documentalmente mediante ese acto de reconocimiento que hace referencia a una deuda preexistente (relación negocial). Evidentemente, lo que se garantiza con hipoteca es la relación crediticia que, según la perspectiva desde la que se contemple, unas veces se denomina crédito (crédito hipotecario: posición del acreedor) y otra deuda (deuda garantizada con hipoteca: posición del deudor). Como tantas veces ocurre en el lenguaje habitual, se pasa de la relación jurídica al negocio que la origina o sirve de título. Esto es elemental y no necesita mayor comentario. En cualquier caso no está de más señalarlo. A partir de ahí es cuando puede recordarse el problema de fondo que ahora estamos considerando: hasta qué punto esa forma documental o probatoria del crédito influye en su garantía hipotecaria.

2.^a Dentro de la así llamada hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda hay que distinguir, por lo menos, dos variantes posibles: A veces se hace el reconocimiento por escrito, bien sea para facilitar la prueba de la deuda o para, al mismo tiempo, precisar alguno de los datos de la relación obligatoria (cuantía pendiente, plazos, forma de pago, circunstancias, etc.). Es el reconocimiento en sentido propio. Entonces se constituye la hipoteca al mismo tiempo que se concretan los datos de la obligación, con lo cual ésta no sólo resulta determinada y probada, sino también garantizada hipotecariamente. Pero otras veces la deuda inicial no documentada se modifica en alguno de sus extremos al formalizarse en escritura: o se amplía o se disminuye su cuantía, se prolonga el plazo de devolución, se otorgan al deudor nuevas facilidades de pago, etc., y al mismo tiempo se establece la hipoteca para garantizar esa deuda así modificada al ser objeto de documentación. Estaríamos en presencia, en este caso, de un reconocimiento impropio, nova-

torio o modificativo. Lo que se reconoce ya no es la deuda primitiva, sino otra que tuvo su origen en aquélla pero que ha sido alterada después. La finalidad del reconocimiento ya no es sólo la probatoria, o declarativa, sino la de crear una deuda nueva o renovada. Esta última posibilidad, aunque ya no encaja plenamente en el concepto técnico de reconocimiento, es bastante frecuente en la práctica. Así lo que se pretende es evitar un impago consumado, o una reclamación judicial de cobro, prorrogando normalmente su plazo para que pueda ser pagada más fácilmente en un tiempo posterior, y estableciendo a cambio hipoteca para garantizar el pago futuro.

Las consecuencias que se derivan de ambos supuestos en el plano causal son bien distintas. En el primer caso (reconocimiento en sentido propio), el crédito ordinario inicial se va a transformar en crédito hipotecario al mismo tiempo que es objeto de reconocimiento escrito. Ello significa que la hipoteca pactada posteriormente respecto de una deuda anterior no garantizada refuerza la posición del acreedor a cambio de ninguna otra contraprestación; por lo que, en principio al menos, el contrato de hipoteca tiene causa gratuita. Mientras que en el segundo caso (reconocimiento modificativo), la hipoteca se pacta a cambio de las mayores ventajas o facilidades de pago concedidas al deudor, y puede entonces tener carácter oneroso.

A pesar de la distinta naturaleza de esos dos casos, y aunque uno de ellos no encaje plenamente en el concepto técnico de reconocimiento de deuda, incluimos aquí ambos supuestos por su realidad práctica y los problemas que pueden plantear.

3.^a Cronológicamente, el contrato de hipoteca es simultáneo a la declaración de reconocimiento. Eso significa que se trata de un contrato bilateral y que ambos implican la intervención de las dos partes, ya que es necesaria la aceptación del acreedor (80). En la medida en que así sea, quedaría eliminada en este caso la vieja discusión sobre el carácter negocial o contractual del reconocimiento de deuda.

4.^a Para no complicar más el esquema que estamos estudiando, excluimos de nuestra consideración el supuesto de constitución de hipoteca por deuda ajena; es decir, cuando una persona (el deudor) reconoce la deuda y un tercero pacta la hipoteca sobre una finca de su propiedad en garantía de esa deuda reconocida. De esa manera vendrían a añadirse a los problemas que plantea el caso que nos ocupa, los derivados de esa separación personal entre hipotecante y deudor. Dicha exclusión viene parcialmente determinada por la extensión de este trabajo.

(80) Dicho sea en términos de aproximación general al supuesto de hecho así diseñado por vía de ejemplo, y sin perjuicio de admitir la posibilidad de que en la misma escritura el deudor reconozca unilateralmente la deuda y, al mismo tiempo, acreedor y deudor convengan la garantía hipotecaria.

Pues bien, para que la hipoteca nazca como derecho real de garantía (o mejor, para el nacimiento del crédito hipotecario como crédito garantizado) es necesaria la inscripción de dicho contrato en el Registro de la Propiedad. Para ello habrá que dar cumplimiento a los requisitos propios de la inscripción registral: que el hipotecante sea titular registral (tracto sucesivo), que se determinen con precisión las circunstancias de la obligación u obligaciones aseguradas (capital, intereses, costas, plazos y forma de pago, etc.) y de la hipoteca (descripción de la finca, responsabilidad hipotecaria, cláusulas que determinan su contenido, casos de resolución pactada o vencimiento anticipado si los hubiere, etc.) (principio de especialidad hipotecaria).

Pero además de esos requisitos generales, uno de los problemas (y no el menos importante) que dicha inscripción plantea en este concreto caso del reconocimiento de deuda, es el de si es necesario —o no— que se manifieste expresamente en la escritura la causa de la obligación reconocida y que se quiere garantizar. ¿Podrá ser inscrita la hipoteca si en el reconocimiento de deuda no se expresa la causa correspondiente, como es frecuente en estos actos de reconocimiento? Dicho problema, de indudable importancia práctica, está en evidente conexión con la cuestión ya vista de las relaciones entre el reconocimiento de deuda y la presunción de existencia de la causa. Pero, a la vez, apunta a un tema más general: el de las relaciones entre el artículo 1.277 CC y el Registro de la Propiedad. En definitiva, se trata siempre de problemas causales en su proyección sobre la publicidad registral: el clásico y siempre renovado problema de las relaciones entre inscripción y causa. Aunque sea resumidamente, vamos a referirnos ahora a esa importante cuestión.

Como he tenido ocasión de señalar en una ocasión anterior (81), también en esta materia ha habido variedad de opiniones. En la doctrina antigua, al comentar GÓMEZ DE LA SERNA la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, y más en concreto los apartados 2.º, 4.º y 8.º del artículo 9 de aquella Ley, decía que cuando se habla de «condiciones del derecho» (2.º) equivale a cláusulas limitativas del dominio o derecho real que se traspasa, y cuando se refiere a la naturaleza del derecho (8.º) debe entenderse como *causa de adquirir* el derecho que se inscribe, título en virtud del cual se adquiere (82).

ALVAREZ SUÁREZ entendía que, aunque con arreglo al artículo 1.261 del Código Civil la causa es un requisito esencial del contrato, la presunción

(81) *La evolución de la doctrina española sobre la presunción de existencia de la causa*, págs. 51-62.

(82) *Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formulario para su más fácil aplicación*, tomo I, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1862, págs. 465 y 469.

del artículo 1.277 permite considerar que no es indispensable que en el título sometido a inscripción se exprese la causa del acto jurídico que la determina (83).

Para Díez-PICAZO, en nuestro Derecho registral la transmisión del dominio se encuentra siempre causalizada. La inscripción es también una inscripción causalizada. ¿Puede admitirse en el Registro un título que no exprese la causa de la transferencia o del cambio real? De acuerdo con el artículo 1.277 CC no es preciso manifestar y exteriorizar la causa, y ésta se presume siempre que existe y que es lícita. No hay ninguna razón para dejar de aplicar en nuestro caso dicho precepto. Ello no supone admitir una posible transmisión abstracta de la propiedad. La transmisión cuya causa no se exprese, no por eso deja de ser causal (84).

Frente a esa línea de opinión, que permite la inscripción del título en que no se expresa la causa, de acuerdo con el artículo 1.277, otros muchos autores han sostenido la opinión contraria. Así SANZ FERNÁNDEZ (85), ROCA SASTRE (86) y ESCRIVÁ DE ROMANÍ (87).

(83) *El problema de la causa en la tradición*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945, págs. 124-127

(84) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen III *Las relaciones jurídico-reales El Registro de la Propiedad La posesión*, 4.ª edición. Editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 802-803.

(85) Dicha posición (la anteriormente citada) es inadmisibles en nuestro sistema hipotecario por ser contraria al carácter causalista de nuestros asientos, tanto desde el punto de vista formal (arts. 9, 10, 30 y 103 LH) como desde el punto de vista sustantivo (arts. 1, 2, 16-20, 26, 33, 34, 40, etc.) Además ello va en contra del concepto legal de título inscribible. a los efectos del artículo 2 de la Ley Hipotecaria El título inscribible en nuestro Registro es el título de adquisición del artículo 609 del Código Civil o, lo que es lo mismo, la donación, el contrato o el título sucesor En fin, la inscripción de un negocio de tal naturaleza impediría el desarrollo normal de los efectos de la inscripción, muy especialmente en el más importante de todos, la fe pública registral (arts. 33, 34 y 37 LH) (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Inst. Edit. Reus, Madrid, 1953, págs. 21-23)

(86) Entendía este autor que no es inscribible un título de transmisión en el cual, aparte de cumplirse el requisito de la tradición, únicamente se expresara el consentimiento o acuerdo traslativo, sin referencia alguna a su causa o convenio causal. Lo impide la teoría del título y el modo que inspira nuestro sistema. En rigor, ni siquiera podría hablarse de verdadero título de transferencia en cuanto al formalizado en esas condiciones, pues el título, para ser considerado como tal en nuestro régimen inmobiliario, debe contener ostensiblemente el contrato o elemento causal a consecuencia del cual se transmite y adquiere la propiedad de los bienes conforme dispone el repetido artículo 609 del Código Civil (*Derecho Hipotecario*, tomo I, 5.ª edición, Bosch, Barcelona, 1954, págs. 721-722)

(87) No es inscribible una escritura de reconocimiento abstracto de deuda con garantía real, tal como una hipoteca o una anticresis. No es admisible el reconocimiento de deuda con garantía real sin distinguir si la cantidad que se reconoce haber recibido lo ha sido a título de préstamo, donación, liquidación de cuentas, etc. A ello se oponen no sólo las normas civiles, sino el principio de especialidad, que exige una determina-

Según DE CASTRO, el artículo 1.277 no ha cambiado la naturaleza del *título incompleto*, dudoso y de *eficacia desconocida*, propia del que no manifiesta su causa: Por ello es imprescindible que se exprese la causa del título que pretenda su ingreso en el Registro de la Propiedad, y esto no sólo conforme a la mejor interpretación de su articulado, sino porque la calificación del título (capacidad, prohibiciones, por ejemplo) y su eficacia hacia terceros exige que se conozca cuál sea ésta, y dicha eficacia será distinta según la causa del negocio (onerosa, gratuita, dote, adjudicación, herencia, legítima, legado, etc.) (88).

En igual sentido se pronuncia ZUMALACÁRREGUI (89). DE LA CÁMARA, en cambio, tiene una opinión más vacilante en este punto (90).

La tesis que sostiene que es inscribible el negocio cuya causa no aparece en la titulación presentada ha sido severa y razonablemente criticada por PEÑA. Según este autor, esas doctrinas no se corresponden con nuestro sistema jurídico por las siguientes razones: 1.^a En nuestro Derecho no se admiten los negocios abstractos (ni siquiera lo es la constitución de hipoteca); 2.^a Sin la expresión de su causa no se sabría si lo que llega al Registro es ciertamente un título traslativo, pues en nuestro sistema sólo son títulos traslativos «ciertos contratos mediante la tradición» (art. 609); 3.^a Aparte de

ción exacta de los derechos inscritos, lo cual sería imposible en un reconocimiento abstracto (ver el art. 9.3.º LH y el art. 51.5.º RH) (*El reconocimiento abstracto de deuda...*, págs. 1073-1075).

(88) *El negocio jurídico*, pág. 236. Los subrayados son míos.

Sigue diciendo este autor que el Reglamento Notarial, por su parte, ordena que el Notario niegue la autorización notarial cuando «se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos» (del acto o del contrato) (art. 145, párrafo 2.º) y, por tanto, cuando faltase la causa (art. 1.275).

(89) A la vista del articulado de la Ley y el Reglamento Hipotecario, no es posible la inexpressión de la causa en los asientos registrales (*Causa y abstracción causal...*, pág. 286)

(90) Después de afirmar que no es posible inscribir en el Registro una transmisión formalizada sin que en la escritura se haga mención de la causa, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1.277, añade a continuación que el problema es más difícil de resolver si se trata de inscribir una hipoteca constituida en garantía de una obligación fundada en una promesa o en un reconocimiento abstractos de deuda. En esta hipótesis, el acto dispositivo propiamente dicho queda concretado a la constitución de la garantía, y de ahí podría deducirse que no es necesario que el Registrador conozca cuál es la causa de la promesa o del reconocimiento, cuyo contenido es meramente obligacional. A ello cabría objetar que, en tanto la validez de la obligación garantizada es requisito de la validez de la hipoteca (dado el carácter accesorio de la misma), para calificar el acto dispositivo es menester, asimismo, calificar el negocio obligatorio. La aseveración es cierta, mas sin perjuicio de que el Registrador tenga que calificar no sólo el acto constitutivo de la hipoteca, sino también aquel otro de donde derive la obligación, tal vez no haya inconveniente en que respecto de esta segunda calificación pueda actuar la presunción del artículo 1.277 del Código Civil (*Meditación sobre la causa...*, págs. 691-693).

que la calificación, en tal caso, quedaría dificultada, no podrían cumplirse exigencias formales expresas de la correspondiente inscripción: pues toda inscripción que se haga en el Registro expresará el título que se inscribe (art. 9.6.º LH), lo que no debe entenderse sólo como referencia a características puramente formales, sino que, entre otras indicaciones, la expresión del título comprende la expresión de «la naturaleza del acto o contrato» (art. 245 LH), es decir, el tipo de negocio causal (arts. 1.257, 1.258 y 1.286 CC) a que obedece la transmisión; 4.ª Sólo así podrán cumplimentarse, además, otras normas de la legislación hipotecaria (por ejemplo, art. 10 LH y arts. 94, 95, 256, 602 y 604 RH); 5.ª Y sólo así se cumple el principio de especialidad en cuanto a la expresión del derecho que se adquiere: si goza del amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, alcance de una posible pauliana...» (91).

En su valioso Tratado sobre Derecho Inmobiliario Registral, J. M. GARCÍA GARCÍA incluye dentro de los principios hipotecarios al que denomina «Principio de negocio causal». A diferencia del Derecho alemán, en el que existe el «principio de consentimiento abstracto», en el sistema hipotecario español hay que hablar del principio contrario, el de la conexión entre la inscripción y el negocio obligacional, y *el de la necesidad de expresar la causa en los negocios o títulos inscribibles*. Es lo que denomina abreviadamente *principio de negocio causal*. En consecuencia, *nuestro sistema es causal y no abstracto*, en el doble sentido de que es necesaria la existencia de un negocio obligacional, cuyos vicios repercuten en el título inscribible, y en el de que es necesario que conste en el título inscribible cuál es la causa jurídica del cambio real (92).

En mi opinión, y reiterando lo que he señalado en otra ocasión, debe afirmarse la necesidad de que conste expresamente la causa del negocio o contrato para que éste pueda ser inscrito. Ello me parece evidente después

(91) *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 543-545

Antes de la publicación de este libro, LACRUZ admitía la inscripción de la transmisión en cuyo documento no aparece la causa (*Derecho Inmobiliario Registral*, en colaboración con SANCHO REBULLIDA, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 146). Después ha cambiado de opinión, siguiendo los sólidos argumentos de PEÑA (*ibid.*, 2ª edición, 1984, págs. 120-121).

(92) Que nuestro sistema es causal —sigue diciendo— ya no ofrece ninguna duda en la doctrina actual. Tampoco ofrece duda que debe rechazarse la «*expresión abstracta*». Aunque desde el punto de vista del Derecho Civil puro cabría no expresar la causa en base a lo dispuesto en el artículo 1 277 del Código Civil, sin embargo, *en Derecho Hipotecario la expresión de la causa es fundamental a efectos de obtener la inscripción en el Registro (Derecho inmobiliario registral o hipotecario, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1988, págs. 548-549)*. Véanse aquí también las razones que justifican esta última afirmación.

de examinar los argumentos expuestos por la doctrina más autorizada en ese sentido y de acuerdo con los principios generales de nuestro sistema registral. Como ampliación de esa argumentación, me he permitido señalar que esta solución se apoya en una serie de razones, que podríamos sintetizar así:

1.^a La presunción de existencia de la causa que se contiene en el artículo 1.277 juega en el ámbito de la validez civil de los contratos, y aun dentro de éste, con una eficacia principalmente procesal o probatoria, no sustantiva o material, y como tal presunción puede ser destruída por la prueba en contra, pero no alcanza al plano de la publicidad registral que se rige por otros principios. El cumplimiento de un requisito imperativo y esencial para la validez de un acto debe acreditarse en forma plena para que pueda estimarse realizado y pueda ser inscrito después de probar esa validez; no cabe a estos efectos una prueba presunta o incompleta. Recuérdese además que el Registrador debe calificar la «validez» del acto cuya inscripción se solicita (art. 18 LH). Ese enjuiciamiento debe proyectarse sobre todos los requisitos esenciales del propio acto, y entre ellos, naturalmente, la causa del negocio.

2.^a El principio de especialidad exige la precisa determinación de los distintos elementos de la relación jurídica registral: titular, derecho o situación inscribible, finca sobre la que recae, título de adquisición y circunstancias formales del asiento. En cuanto al título adquisitivo hay que hacer constar su naturaleza, condiciones y circunstancias que de él derivan con eficacia real; no hace falta insistir en que la naturaleza del título, así como su validez, dependen del elemento causal, razón por la cual éste debe estar expreso o patente, no oculto, presunto o latente. De ese principio de especialidad derivan dos consecuencias: *a)* la necesidad de expresión de la causa típica del título adquisitivo; *b)* cuando concurren varios títulos de atribución en un negocio jurídico complejo en que se yuxtaponen varias causas, la necesidad de individualizar o especificar esas causas concurrentes.

3.^a El artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que desarrolla el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, viene a regular con detalle las diversas circunstancias que debe contener el asiento de inscripción. El párrafo 10 de dicho artículo 51 establece la necesidad de hacer constar en el asiento el acta de inscripción y las circunstancias de ésta. Entre ellas, al lado del titular registral y del derecho que se inscribe, debe figurar también «el título genérico de su adquisición», es decir, el acto o contrato que sirve de título a la adquisición del derecho que se inscribe, y que, como tal, manifiesta su causa típica, que sirve como justificación de su eficacia traslativa.

4.^a La necesaria expresión de la causa afecta no sólo a la causa típica, sino también a la causa genérica a que se refiere el artículo 1.274 del Código Civil. Debe expresarse en el documento y manifestarse en el asiento

si el derecho que se inscribe se adquiere a título oneroso o gratuito o incluso remuneratorio. Porque este carácter oneroso o gratuito condiciona la eficacia de la inscripción del acto frente a terceros (art. 34 LH). Sólo haciendo constar este importante dato en el asiento correspondiente será posible la aplicación de los correspondientes preceptos de la Ley Hipotecaria que determinan la eficacia de la inscripción.

En resumen, creo que sólo puede inscribirse un acto o contrato cuando se manifieste en el documento que llega al Registro la causa de aquél, tanto en su aspecto de causa típica o específica (la propia de cada contrato, el propósito práctico efectivamente querido por las partes) como en el de causa genérica (onerosa o gratuita). La presunción de causa que se establece en el artículo 1.277 (y que, evidentemente, se refiere a la causa típica como requisito de existencia del negocio) no es aplicable al campo de la publicidad registral y no excluye la necesidad de que la causa del contrato inscribible resulte patente en el documento en que se formaliza. Dicho sea en términos generales y sin perjuicio de las particularidades que pueda ofrecer la aplicación de ese principio general a algunos casos concretos (93).

Por lo demás, creo que no sólo debe expresarse la causa del contrato generador de la obligación que se reconoce, sino también la diversidad de causas cuando concurren varias de ellas en un mismo supuesto. Ello puede plantear el problema práctico de que si son varios los títulos concurrentes en una deuda compleja (por ejemplo, préstamo, descuento de letras, precio de suministro de mercaderías, etc.) deben establecerse varias hipotecas, una en garantía de cada una de esas deudas distintas, de acuerdo con el principio de especialidad registral. Y que si se quieren unificar en una deuda final, ello sólo puede hacerse a través del saldo de una cuenta corriente, con las peculiaridades de este tipo especial de hipotecas, porque la unificación de deudas distintas no puede hacerse a través de un reconocimiento conjunto, por la propia naturaleza del reconocimiento de deuda.

También entiendo que para expresar o hacer patente la causa de la obligación reconocida no basta con usar fórmulas genéricas o inexpressivas que nada precisan (como, por ejemplo, «como consecuencia de relaciones comerciales o económicas o de negocios entre las partes»). Dentro de esta fórmula cabe la mezcla de distintas causas y, además, no manifiestan la causa del nacimiento de la obligación). Aunque dicha expresión imprecisa se utilice como cláusula de estilo en muchas escrituras para aparentar que se manifiesta un principio de causa, cuando en realidad se está disimulando la realidad causal subyacente. Una cosa es la validez civil del reconoci-

(93) *La evolución de la doctrina española ...* págs. 59-62.

miento de deuda con apoyo en la presunción de existencia de la causa y efectos meramente probatorios y provisionales en el tráfico, porque cabe la prueba en contra, y otra muy distinta la eficacia real del crédito hipotecario, que por estar dotado de publicidad registral exige la manifestación de la causa de la obligación garantizada de acuerdo con el principio de especialidad.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
Catedrático de Derecho Civil.
Registrador de la Propiedad

La constitución unilateral de hipoteca (*)

SUMARIO: I. AUMENTO DEL NUMERO, DISMINUCION DEL SIGNIFICADO.—II. LA HIPOTECA UNILATERAL COMO RESERVA DE RANGO.—III. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA CONSTITUCION UNILATERAL.—IV. LA HIPOTECA UNILATERAL COMO HIPOTECA ORDINARIA.—V. MOMENTO DE LA CONSTITUCION Y MOMENTO DE LA ACEPTACION.—VI. SITUACION JURIDICA DEL ACREEDOR NO ACEPTANTE.—VII. FORMA Y PUBLICIDAD DE LA ACEPTACION.—VIII. CONCLUSIONES.

I. AUMENTO DEL NUMERO, DISMINUCION DEL SIGNIFICADO

Sin que exista en ello paradoja ni contradicción, con el aumento práctico de las hipotecas unilaterales está coincidiendo una disminución teórica del alcance que se atribuye a la figura. Se establecen en esta época más hipotecas unilaterales y la doctrina considera, con criterio más generalizado que en otros tiempos, que no se trata de auténticas hipotecas. Frente a las escasas hipotecas unilaterales constituidas antes —y casi siempre a favor de los particulares—, se advierte hoy la frecuente constitución unilateral de hipotecas a favor de bancos y de la Administración. Por otro lado, frente a la generalizada opinión doctrinal de que la constitución unilateral originaba una verdadera y perfecta hipoteca, está prevaleciendo hoy la tesis de que la constitución unilateral no produce el efecto de generar un auténtico derecho real. La nueva posición es reciente; en el año 1979 se pudo todavía afirmar que el reconocimiento de la eficacia plenamente constitutiva

(*) Se exponen en este estudio las cuestiones teóricas que suscita la constitución unilateral de hipoteca; las cuestiones prácticas se plantean en un volumen (hoy en prensa) de la *Colección Jurisprudencia Práctica*, de la Ed. Tecnos, con el título *La hipoteca unilateral constitución, aceptación, cancelación*

de la inscripción de hipoteca unilateral era «doctrina unánime en la materia» (1).

Las situaciones en que hoy se constituyen hipotecas unilaterales son fundamentalmente las siguientes:

a) El deudor la constituye en garantía de un préstamo, pero al carecer la sucursal en que lo ha obtenido de representación propia —representante «para la sucursal»— (2) (lo que frecuentemente ocurre en los pueblos) que pueda concurrir a una constitución bilateral de la garantía, aquél la constituye de forma unilateral con vistas a que la representación de la sociedad la acepte (más tarde y desde la población en que los administradores o apoderados actúan). (Situaciones muy semejantes a la anterior son las de hipoteca constituida unilateralmente en garantía de un préstamo obtenido en una oficina bancaria que no es, en sentido estricto, sucursal y que carece por ello de representación; o en garantía de un préstamo obtenido en sucursal cuyo representante tiene limitadas las facultades representativas a cierta cuantía).

b) El deudor, en dificultades financieras, constituye hipoteca unilateral a favor de diversas entidades de crédito. Como se ha advertido acertadamente al estudiar esta situación, «no estamos en presencia de un débito único, sino que son varios débitos, con varios acreedores y un solo deudor; el débito garantizado por la hipoteca no es el originario, sino el reconocimiento de deuda que se hace en la misma escritura, sin que ello suponga, según pacto incorporado, novación de los primitivos; la hipoteca se constituye como medio de evitar una situación extrema de insolvencia (suspensión, concurso, quiebra), pero tratando de conseguir que todos los acreedores corran la misma suerte en el cobro de sus créditos» (3).

(1) R. DE ANGEL YAGUEZ, «La hipoteca cambiaria de constitución unilateral», *RCDI*, núm. 531, marzo-abril 1979, pág. 358. Lo que sorprende es que el mismo autor vuelva a afirmar, en 1995, que esta concepción de la hipoteca unilateral sea hoy también «doctrina unánime en la materia» (*La hipoteca unilateral*, en la obra colectiva *Las garantías en la contratación mercantil*, vol. 2 (en prensa)).

(2) Lo que es perfectamente compatible con la exigencia del RRM de que la sucursal tenga una «representación permanente» (art. 259), pues el requisito se cumple tanto con representantes «propios» de la sucursal como con representantes de la sociedad que actúan «para la sucursal», como ya había reconocido la DGRN en RR de 8 de enero de 1974 y 13 de mayo de 1976, y hoy se ha visto confirmado por la undécima Directiva de Sociedades (art. 2). Sobre esta cuestión puede verse A. PAU PEDRÓN, «La publicidad registral de las sucursales», en *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytsolo*, t. IV, pág. 803.

(3) M. GONZÁLEZ LAGUNA y A. MANZANO SOLANO, «Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al IV Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. II, Madrid, 1985, pág. 1456, publicado también en *RCDI*, 1985.

c) El deudor la constituye en garantía de una deuda tributaria en favor de la Hacienda Pública. El establecimiento de la garantía pasa en este caso por dos fases, conforme al Reglamento General de Recaudación de 20 de diciembre de 1990: un ofrecimiento inicial [art. 51.2.e)] y la constitución posterior; a ambas fases ha de preceder el acuerdo de concesión del aplazamiento o del fraccionamiento (art. 52.7).

En el plano teórico, a la posibilidad de que la constitución unilateral origine —al igual que la bilateral— una auténtica hipoteca, se le ha opuesto, desde antiguo, la dificultad de separar la constitución de la adquisición. Esta dificultad ha hecho que los autores, hasta mediados de este siglo, hayan reconocido sin vacilaciones la posibilidad de constitución unilateral de hipotecas —a la vista de los términos claros del art. 138 LH— y, sin embargo, hayan configurado la hipoteca unilateral como un derecho de eficacia condicionada; es indudable la contradicción entre ambas ideas y nadie diría que después de afirmaciones como las que siguen fuera a sostenerse la tesis de la eficacia condicionada: «al consignar el artículo 138 que las hipotecas voluntarias son o convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes, claramente da a entender que pueden constituirse sin la aceptación ni la intervención del hipotecario; pues si éste interviniese y aceptase, las hipotecas impuestas por disposición del dueño de los bienes serían convenidas» (4); «si una persona espontáneamente, sin tener o sin contar con el asentamiento del acreedor, impone sobre sus bienes una hipoteca en garantía del crédito contraído, esa hipoteca debe ser válida e inscribible» (5); «la hipoteca [constituida por la exclusiva voluntad del dueño de los bienes en virtud de su poder o facultad para gravarlos] es válida, porque para ello basta la voluntad de la única persona que por ese acto se obliga» (6).

Esta doctrina de la eficacia condicional influyó en los redactores del Reglamento de 1870. Frente a los términos claros del artículo 138 de la Ley de 1861 —que estableció la alternativa «convenido o mandado constituir»—, el Reglamento de 1870 introdujo la necesidad de aceptación, con eficacia retroactiva de la nota marginal que la refleja en el Registro (art. 112.III), aceptación y eficacia de la nota que luego generalizaría la Reforma de 1944-46 (art. 141.I). La eficacia retroactiva tiene una explicación: como, según la doctrina dominante al tiempo de hacerse las reformas reglamentarias y la reforma legal, la hipoteca unilateral era un derecho sometido a

(4) L. GALINDO y R. ESCOSURA. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. III, Madrid, 1891, pág. 322

(5) F. CAMPUZANO y HORMA. *Elementos de Derecho Hipotecario*, vol. II, Madrid, 1931, pág. 190.

(6) J. MORELL y TERRY. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1930, pág. 184.

condición —y concretamente a una *conditio iuris*—, para evitar que pudiera entenderse que el cumplimiento de la condición producía —como es habitual en ese tipo de condiciones— eficacia *ex nunc* (y quizá también porque, una vez aprobado el Código Civil, el artículo 1.120 no resuelve, para todos los casos, la eficacia que produce el cumplimiento de las condiciones *facti*), se hacía necesario introducir explícitamente la retroactividad, o eficacia *ex tunc*.

Los primeros intérpretes de la Ley reformadora de 1944 encontraron apoyo en la nueva Ley para sostener la plena eficacia de la constitución de la hipoteca unilateral —con independencia de su aceptación—: el artículo 141 confirmaba, en términos más explícitos que el 138, que la hipoteca podía «constituirse» por acto unilateral (7). Pero pronto se opuso a este sector doctrinal que su interpretación se apoyaba en un argumento literalista, argumento que se trató de desvirtuar (8): la Ley Hipotecaria habla sin rigor de «constituir», «establecer», «convenir», «imponer» y «adquirir» hipotecas, llegando en algunos casos al absurdo —«La hipoteca legal, una vez constituida e inscrita [...] (art. 161); para que [...] queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan» (art. 159). Habría que advertir que si bien estas observaciones terminológicas son ciertas, no sirven para desvirtuar el argumento normativo: con independencia de las palabras empleadas, el artículo 138 atribuye la misma eficacia al «convenio entre partes» que a la «disposición del dueño»: las surgidas por cualquiera de estas dos vías «son hipotecas voluntarias».

II. LA HIPOTECA UNILATERAL COMO RESERVA DE RANGO

Abandonada la idea de que la constitución unilateral pueda generar una verdadera hipoteca, se ha sostenido que origina una reserva de rango a favor de la hipoteca que publica —hipoteca que, con la inscripción, no quedaría *constituida*, sino sólo *anunciada* (9), siendo la ulterior aceptación la que determinaría, retroactivamente, la constitución—. El origen de este criterio se encuentra en las *Anotaciones* de PÉREZ GONZÁLEZ Y

(7) SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, s. f., pág. 402; LA RICA, «Comentario a la Ley de Reforma Hipotecaria», en *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, t. I, Madrid, 1976, pág. 149; DE CASSO, *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, pág. 543. DE COSSÍO, *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 210.

(8) M ALBALADEJO, «La hipoteca unilateral», *ADC*, 1950, págs. 70 y sigs

(9) Así, por ejemplo, LACRUZ, «[...] hasta la aceptación del acreedor [...] lo que existe y es oponible a tercero es un aviso de hipoteca posible [...]» (*Elementos de Derecho Civil Derechos reales*, vol. II, *Derechos reales limitados Situaciones de cotitularidad*, Barcelona, 1991).

ALGUER (10); lo curioso es que al actualizarse la redacción inicial de esas anotaciones se pone de manifiesto un cambio radical de criterio: «Es posible afirmar que la hipoteca se constituye en nuestro Derecho en virtud de un negocio jurídico de disposición. *Este deja establecido el gravamen de manera inmediata [...]*» (11); y más adelante: «Tampoco el artículo 141 LH adopta la táctica de la reserva de rango, sino que regula la inscripción de un derecho real de hipoteca *constituido con plena validez*, aunque no adquirido todavía por su destinatario [...]» (12). Hacia la idea de la reserva de rango se inclina, aunque sin excesiva convicción, GIMÉNEZ ARNAU: «Por un afán de facilitar la movilización del crédito se ha llegado a una conclusión semejante a la reserva de rango de la hipoteca independiente al efectuarse la inscripción sin consentimiento del acreedor» (13).

En esta misma línea se ha afirmado, pero con mayor rotundidad, que «mientras no hay aceptación no hay hipoteca: el Registro sólo publica una reserva de rango para una futura hipoteca en favor del beneficiario» (14). Se habla por ello de las «llamadas hipotecas unilaterales» y se sostiene que la voluntad del constituyente sólo puede ser «considerada título bastante para la traba registral» —esta alusión a la *traba* recuerda la idea de JERÓNIMO GONZÁLEZ de que la hipoteca unilateral es sólo una *inscripción* de hipoteca, sin que el derecho civilmente exista (manifestación por tanto del llamado *consentimiento formal*). Y quien venía sosteniendo que la constitución unilateral únicamente originaba «un aviso de hipoteca posible», ha empleado después —lo que no parece implicar realmente un cambio de criterio— la expresión «reserva de rango» (15). También es visible la huella de esta tesis cuando se afirma que «antes de la aceptación la hipoteca creada tiene su rango propio y específico, pero en espera que aquélla se dé» (16). En esta misma orientación se ha reiterado que «parece que nos hallamos ante una reserva de rango» (17).

(10) Aunque la asimilación de la hipoteca unilateral a la reserva no se hace por esos autores con absoluta rotundidad: «[] entraña algo así como una reserva de rango». «[...] no coinciden plenamente con la auténtica figura de la reserva de rango [...]» (anotaciones al *Derecho de Cosas*, de M. WOLFF. Madrid, 1936, págs. 213 y 238).

(11) Anotaciones al citado *Derecho de Cosas*, ed. de 1971, pág. 235.

(12) *Ibidem*, pág. 262.

(13) E. GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de legislación hipotecaria*, I. Madrid, 1941, pág. 77.

(14) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales Derecho hipotecario*. Madrid, 1986, pág. 514.

(15) J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, vol. II. *Derechos reales limitados Situaciones de cotitularidad*. Barcelona, 1991, pág. 363.

(16) L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, t. III, Madrid, 1993, pág. 519.

(17) BLASCO GASCO. «La constitución unilateral de la hipoteca», en *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, dir. por A. LÓPEZ y LÓPEZ y V. L. MONTES. Barcelona, 1994, pág. 672.

Implícitamente se sostiene la tesis de la reserva de rango al afirmar que la hipoteca unilateral consiste «única y exclusivamente en la afección frente a terceros adquirentes»; y que «mientras la hipoteca permanezca sin la aceptación servirá de aviso a los terceros adquirentes de que sobre la finca que se adquiere está pendiente de consolidación una hipoteca que afectará a la finca» (18).

Pero los defensores de la tesis de la «reserva de rango» ni emplean este concepto en sentido estricto (no coincide la situación del art. 141 LH y la del art. 241 RH) ni resuelven con esta asimilación el problema de la eficacia de la hipoteca unilateralmente constituida (la constitución unilateral produce más efectos que la reserva de rango de una hipoteca futura). La hipoteca unilateral no reúne los rasgos de la reserva de rango y tiene una eficacia mayor que una reserva de rango.

a) La hipoteca unilateral no reúne los rasgos de bilateralidad y temporalidad que caracterizan la reserva de rango:

a') Si la hipoteca unilateral fuera una verdadera reserva de rango, requeriría para su constitución acuerdo de los interesados. Así resulta del artículo 241.1.º RH. «Para dar vida a la reserva de rango —se ha recordado— se requiere el acuerdo entre el propietario de la finca y el adquirente del derecho que se ha de limitar para la reserva» (19). La tesis de la reserva de rango, aplicada a la hipoteca unilateral, implica «una contradicción con el principio de voluntariedad» (20). Una reserva de rango «unilateral», impuesta únicamente por el propietario, no tiene reconocimiento en nuestro Derecho positivo.

b') La reserva de rango es una situación esencialmente temporal (*ex art.* 241 RH: tiene que existir «un plazo necesariamente convenido al efecto»), mientras que la hipoteca unilateral puede subsistir indefinidamente (21).

b) La hipoteca unilateral produce más efectos que una reserva de rango; mientras que la reserva de rango se limita a anunciar a terceros una

(18) J. M. CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, 1994, pág. 1497.

(19) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones*, pág. 263.

(20) GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado*, pág. 77.

(21) Y si subsiste sin plazo de caducidad es precisamente porque la hipoteca unilateral consiste en algo más que una reserva de rango. Por no ver la diversidad de los supuestos y asimilar la posposición a la hipoteca unilateral se pregunta ZUMALACARRREGUI: «¿Por qué esa diferencia de trato [se refiere a la duración de una y otra]? ¿Acaso son distintos los intereses individuales y comunitarios que, en ambos casos, se hallan en juego?» (*Causa y abstracción causal*, pág. 327).

hipoteca futura, la hipoteca unilateral despliega todo el contenido de una hipoteca ordinaria (actual):

a') De considerarse que la hipoteca unilateral es una simple reserva de rango, las consecuencias de la expropiación forzosa del inmueble hipotecado serían distintas que si se considerase como verdadera hipoteca. Si se tratase sólo de una reserva, ésta quedaría inoperante tras la expropiación, pues la hipoteca posterior no podría constituirse ya sobre el inmueble expropiado. De considerarse que por constitución unilateral surge inmediatamente una hipoteca, en el momento de la expropiación aquélla se transformaría en una garantía recayente sobre la indemnización, y el destinatario de la hipoteca unilateral podría hacer efectiva esta segunda garantía desde el momento mismo de la aceptación (*ex art. 110.2.º LH*: «[...] siempre que el siniestro o hecho que las motivare [las indemnizaciones] haya tenido lugar después de la *constitución* de la hipoteca [...]»).

Las indemnizaciones por siniestro del inmueble corresponderían al propietario de considerarse que la hipoteca unilateral es una simple reserva de rango (pues la hipoteca no ha nacido y no hay un acreedor al que entregar esa indemnización), mientras que de considerarse como verdadera hipoteca el acreedor hipotecario puede reclamar la indemnización desde el momento en que acepte la hipoteca (*ex art. 109 LH*). Lo mismo cabría decir de las indemnizaciones obtenidas por seguro.

b') Son distintas las consecuencias en relación con las construcciones realizadas en la finca con posterioridad a la constitución de la hipoteca unilateral. Si se considera que implica únicamente una reserva de rango, es evidente que las construcciones realizadas con posterioridad quedarían afectas a la hipoteca, puesto que ésta se constituye sobre un terreno construido. Si se considera que la hipoteca unilateral es auténtica hipoteca, las construcciones posteriores a la inscripción de aquélla no quedarían sujetas al gravamen (*ex art. 110.1.º LH*).

c') Serían igualmente distintas las consecuencias de la cláusula de extensión a muebles establecida en la hipoteca unilateral según se parta de que la constitución unilateral implica una simple reserva de rango o una auténtica hipoteca. En el primer caso, los muebles existentes en la finca «para su adorno, comodidad o explotación o para el servicio de alguna industria» hasta un momento anterior a la efectiva constitución de la hipoteca no quedarían afectados por ella. De considerarse que la hipoteca ordinaria es auténtica hipoteca, tales muebles quedarían afectados por virtud de la cláusula de extensión desde la fecha de la inscripción de aquélla.

d') También son distintas las consecuencias en relación con los actos de deterioro que realice el propietario. Si se trata de una simple reser-

va de rango, los actos de deterioro no tienen trascendencia alguna: la hipoteca no se ha constituido y no pueden imponerse al propietario las limitaciones derivadas del artículo 117 LH. Ahora bien, si se estima que con la inscripción de la hipoteca unilateral ha surgido inmediatamente una hipoteca ordinaria, el propietario sí estará limitado por ese artículo y el destinatario, cuando acepte, podrá ejercitar contra él la acción de devas-tación (22).

e') Si se considera que la hipoteca constituida unilateralmente es una hipoteca perfecta, el crédito garantizado con hipoteca unilateral aún no aceptada es cedible y la cesión del crédito implicaría la cesión de la hipoteca unilateral constituida para garantizarlo; ahora bien, como el cedente no ha aceptado, la cesión de la hipoteca sólo supondría —desde el lado activo— la transmisión del derecho de configuración jurídica que faculta para aceptar o no aceptar (incluso rechazar y cancelar) la hipoteca constituida. Esta cesión sería, además, inscribible en el Registro: no deja de tratarse de un crédito hipotecario; es un crédito garantizado con hipoteca, aunque se trate de una hipoteca *unilateral no aceptada*. Ahora bien, si se considera que la hipoteca unilateral es sólo una reserva de rango, la cesión del crédito no llevaría consigo la cesión del rango porque el rango no es un derecho accesorio del crédito: es el puesto reservado a una hipoteca que no existe. No se trataría de un crédito hipotecario. La cesión de ese crédito no podría acceder al Registro.

Todos los efectos anteriores que produce la hipoteca unilateral quedan sin explicar por la teoría de la reserva de rango. La reserva no produce otro efecto que garantizar un puesto. La eficacia retroactiva de la aceptación, tal como la entienden los autores que asimilan la hipoteca unilateral a una reserva no explica tampoco aquellos efectos: para quienes sostienen esa asimilación el efecto retroactivo sólo puede suponer que la hipoteca —que sólo nace cuando se produce la coincidencia de voluntades (es decir, en el momento de la aceptación)— adquiere el rango que la «constitución» unilateral le había reservado; en el tiempo intermedio entre la constitución y la aceptación sólo existe un rango *reservado*; el efecto retroactivo supone la *efectividad* de ese rango reservado —porque sólo con la aceptación surge el derecho que puede ganar rango—, pero nada más. Cuando quienes sostienen la tesis de la reserva de rango afirman que la hipoteca unilateral —de efectos limitados— actúa como verdadera hipoteca —cuando se acep-

(22) Si se tratara de *deterioro jurídico*, como intervendría un tercero el rango desplegaría un efecto semejante a la constitución plena de hipoteca. No derivarían consecuencias prácticas distintas en este punto de sostenerse una u otra concepción de la hipoteca unilateral.

ta— desde el instante de su constitución, incurren, a mi juicio, en uno de estos dos errores, según el alcance que atribuyan a la retroacción:

a) Si entienden la retroacción como una ficción que supone que la hipoteca ha nacido desde el instante de su constitución unilateral, entonces la figura de la «reserva de rango» resulta incongruente porque sólo explica los efectos frente a tercero y no el desenvolvimiento de los efectos «inter-nos» de la figura (además de ser esta interpretación incongruente con la propia Ley hipotecaria: según el artículo 141, son los efectos *de la aceptación* los que tienen efecto retroactivo, no los de la constitución; lo que significa, en el razonamiento del legislador, que la *mutualidad* de la hipoteca ha de entenderse adquiñda «desde la fecha de la constitución»).

Creo que éste es el sentido que los autores que sostienen la tesis de la reserva de rango atribuyen a la retroacción. Para ellos no hay hipoteca hasta la aceptación; y cuando hay aceptación entienden que ha habido hipoteca desde el primer momento (desde la inscripción de la escritura de hipoteca). Pero aun entendida la retroacción en este sentido, la idea de la «reserva de rango» resulta inadecuada porque también en el caso de que no se produzca la aceptación ha existido hipoteca, y no sólo reserva. Es decir, aunque la hipoteca unilateral no llegue a aceptarse, los efectos que se han producido son *más amplios* que una simple reserva de rango: también la conducta del hipotecante ha estado sujeta a las normas de la hipoteca —las normas que él mismo ha establecido en la escritura y las que contiene la Ley Hipotecaria en relación con ese derecho de garantía. Es decir, en ningún momento (antes o después de la aceptación) y en ningún caso (se acepte o no) ha existido sólo una «reserva de rango».

b) Si se entiende la retroacción como eficacia frente a tercero desde el momento de la constitución unilateral, entonces carece de explicación el que la hipoteca despliegue toda su eficacia «externa» —frente a terceros— e «interna» —respecto del inmueble— desde el momento de la constitución. Toda la eficacia interna se produciría desde la fecha de la constancia registral de la aceptación, cosa que, evidentemente, no es lo que ha querido el legislador.

La teoría de la reserva de rango es, por tanto, insuficiente para explicar la hipoteca unilateral. No se corresponde tampoco con la eficacia que el legislador atribuye a la nota marginal, que es la simple adquisición del derecho. El avance en el rango —consecuencia de la reserva— y la retroacción de la aceptación —prevista por el art. 141.1— tienen distinto alcance.

Ese distinto alcance queda de manifiesto si se advierte que la reserva de rango es sólo un aviso frente a terceros y la hipoteca unilateral tiene un contenido —voluntario y legal— que es independiente de la existencia o no

de terceros. En la medida en que ese contenido de la hipoteca unilateral es independiente de los terceros sobrepasa la esfera de eficacia de una reserva de rango. Piénsese en algunas de las cuestiones que se han enumerado con anterioridad: expropiación o siniestro del inmueble hipotecado unilateralmente; realización de construcciones con posterioridad a la inscripción; cláusula de extensión a muebles; actos de deterioro realizados por el propietario; cesión del crédito... La tesis de la reserva de rango no permite resolver acertadamente las consecuencias que derivan de esos actos o cláusulas. La vaga semejanza de la hipoteca unilateral con la reserva de rango no reside en que esa modalidad de hipoteca reserve el puesto a una garantía futura, sino, simplemente, en que reserva un derecho perfectamente constituido en favor de una persona designada o llamada a aceptarlo y, con la aceptación, a adquirirlo.

Esta misma idea puede expresarse de forma sintética desde la perspectiva más general de los principios hipotecarios: la hipoteca unilateral (aun no aceptada) no sólo está protegida por la *prioridad* —como se desprendería de la tesis de la reserva de rango—, sino también por la *legitimación* (23). Y no puede olvidarse que la legitimación actúa «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38 LH), es decir, respecto *de todo el contenido* del gravamen hipotecario y no sólo como un puesto en el rango.

Pero aparte de la insuficiencia de la tesis de la reserva para explicar *toda* la eficacia de la hipoteca unilateral desde el momento de su inscripción, esa tesis incurre en otra contradicción más general: convierte la hipoteca unilateral en bilateral, desdibujando la neta distinción legal entre ambas formas de constitución. Como decían GALINDO y ESCOSURA, si para que se produzca la constitución hay que esperar a la aceptación, lo que habría son dos modalidades de constitución convencional, y no una modalidad convencional y otra unilateral como admite el artículo 138. Precisamente la idea de la retroacción obedece, como señala acertadamente SANZ, «a un cierto resabio de la idea contractual y, sobre todo, al deseo de dejar aclarada de una manera indiscutible esta materia» (24).

IV. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA CONSTITUCION UNILATERAL

La crítica a la idea de que la constitución unilateral origina una verdadera hipoteca se ha centrado en dos argumentos: *a)* que se trataría de un

(23) Que la legitimación actúa respecto de la hipoteca unilateral no aceptada lo ha sostenido un importante sector doctrinal: JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Principios hipotecarios*, pág. 223; SANZ, *Comentarios*, pág. 405, y ROCA, *Derecho hipotecario*, pág. 695.

(24) A SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios*, pág. 404.

derecho sin sujeto, lo que no es posible (25); b) que se trataría de una hipoteca sin obligación que garantizar, lo que es contrario a la accesoriedad de aquel derecho (26).

a) Sin afirmar que la constitución implique adquisición —porque es evidente que el art. 141 LH no permite reconocer ese efecto—, cabe oponer a quienes niegan valor *constitutivo* a la inscripción de hipoteca unilateral —por faltar un sujeto titular del derecho— y consideran por tanto que con esa inscripción se produce únicamente una reserva de rango, el mismo argumento que ellos emplean: la reserva, que pretendidamente implicaría la hipoteca unilateral, supone *también* un derecho, y de gran valor económico y eficaz *erga omnes*, establecido a favor de una persona que aparece mencionada en la «constitución de la reserva» sin que esta persona lo haya aceptado.

Es cierto que la reserva de rango puede establecerse sin expresar el titular de la hipoteca que va a ganar rango (el art. 241 RH considera suficiente con que se determine la responsabilidad máxima de la hipoteca futura y su duración máxima), pero lo que no puede suceder es que un puesto del rango carezca de titular: en el caso ordinario y propio de *reserva* existe un titular actual del puesto que se verá sustituido por un titular futuro si la hipoteca prevista llega a constituirse. Pero en el caso de la —pretendida— reserva de rango que implicaría la hipoteca unilateral, el único titular de esa reserva sería el destinatario de la hipoteca futura (de no entenderlo así nos encontraríamos ante una «reserva de propietario» cuya inadmisibilidad me parece incuestionable).

Que el destinatario de la reserva de rango (de la reserva que implicaría la hipoteca unilateral) tiene atribuido un derecho —sin haberlo aceptado— lo prueba:

a') Que tiene derecho a ser notificado [judicial —art. 131.5.º LH—, registral —art. 1.490 LEC— o notarialmente —art. 136.d) RH] en caso de ejecución de una hipoteca anterior, como reconocen las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 y 20 de noviembre de 1987.

b') Que tiene derecho a la subsistencia de la reserva en tanto no se le haya requerido y haya transcurrido el plazo para contestar (art. 237 RH).

También lo prueban los siguientes hechos que, a mi juicio, acompañan a la constitución de la hipoteca unilateral:

a') Que el destinatario tiene un derecho —llámese «potestativo», de «modificación» o «configuración jurídica», «vocación a la titula-

(25) ALBALADEJO, *La hipoteca unilateral*, pág. 67; PEÑA, *Derechos reales*, pág. 511

(26) ALBALADEJO, *La hipoteca unilateral*, pág. 76.

ridad» (27) o «situación jurídica subjetiva de carácter real» (28)—, que es un elemento activo integrado en su patrimonio, susceptible de transmisión *mortis causa* (el heredero del destinatario podrá aceptar o no la hipoteca unilateral) e *inter vivos* (el cesionario del crédito gozaría de la misma facultad).

b') Que precisamente porque el destinatario tiene un elemento activo en su patrimonio —un derecho de configuración jurídica— por el mero hecho de la constitución de la hipoteca unilateral, puede optar por rechazarla o renunciarla en lugar de decidir su aceptación. Es decir, no sólo puede pasivamente «no aceptarla», sino que puede activamente rechazarla en la propia acta de requerimiento u otorgando una escritura de cancelación (29).

c') Que el derecho de modificación jurídica que corresponde al acreedor-destinatario puede ser objeto de acción subrogatoria por sus propios acreedores (30).

b) Se afirma que la hipoteca unilateral vulnera la accesoriedad del derecho de hipoteca. «Es sabido que el caso más frecuente de inscripción de hipoteca unilateral —se ha escrito— (31) es precisamente el de que no haya todavía obligación que garantizar. Precisamente el dueño de los bienes la inscribe como medio más seguro para conseguir que la obligación nazca. Por ejemplo, se desea un préstamo, y para estimular su concesión se muestra al futuro prestamista la garantía de que disfrutará cuando acepte la hipoteca unilateral inscrita».

Pues bien, si la práctica registral está admitiendo hipotecas unilaterales en garantía de obligaciones inexistentes está soslayando, sin base alguna en las normas hipotecarias, el principio de accesoriedad que rige sobre todas las hipotecas, sin distinción por el modo en que se hayan constituido. No hay razón alguna para que la hipoteca unilateral, que no tiene más particularidad que el modo de constitución, quede al margen de los principios y de las

(27) ROCA, *Derecho hipotecario*, t. IV-2, pág. 698.

(28) ROMERO VIEITEZ, *Notas sobre la naturaleza jurídica*, pág. 597.

(29) Ver en este sentido ROCA, *Derecho hipotecario*, pág. 696. A mi juicio, y frente a lo que sostiene este autor, la cancelación puede practicarse también en virtud de la manifestación del acreedor en el acta, porque el artículo 141 I LH no pretende agotar todas las vías —y formas— de cancelación, sino únicamente regular el régimen de la cancelación por el propietario. Por otra parte, el párrafo 2.º del artículo 237 RH no puede leerse aisladamente, debe tenerse en cuenta que el párrafo 1.º está desarrollando —como dice explícitamente— el artículo 141.I LH y, por tanto, el régimen de cancelación *a instancia del propietario*.

(30) Reconoce esta última posibilidad ROMERO VIEITEZ, *Notas sobre la naturaleza jurídica*, pág. 600.

(31) ALBALADEJO, *La hipoteca unilateral*, pág. 76.

normas que rigen el derecho de hipoteca. Como se ha escrito acertadamente respecto de las hipotecas unilaterales, «deben cumplirse los requisitos ordinarios de la constitución de hipoteca. Así, en cuanto a la necesidad de la existencia de una obligación, la que se garantiza» (32). Aunque el mismo autor añade, influido sin duda por su consideración de la hipoteca unilateral como simple reserva: «parece que cabe no sólo la obligación futura, sino también la que se “ofrece” contraer en el acto de constitución unilateral».

La hipoteca unilateral exige, o bien la preexistencia de una obligación, o bien la preexistencia de un acuerdo de los interesados en que queden perfiladas las obligaciones futuras. No hay razón para eludir, tratándose de una hipoteca unilateral, los requisitos que la jurisprudencia exige en relación con la deuda futura a la hipoteca bilateral. (Bastaría recordar a este respecto la reciente Resolución de 17 de enero de 1994: «que en el momento de la constitución de hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor y que, bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la concreta obligación asegurada con la hipoteca —como puede ocurrir con la apertura de crédito o con cualquier precontrato—, o bien tal relación jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción dé lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada, y ya se trate de una relación jurídica de tráfico —si la obligación asegurada es la que puede surgir por infringir el deudor otra obligación: daños y perjuicios, intereses de demora, pena convencional, costas judiciales—, ya se trate de una relación jurídica familiar o de otro tipo, cuando de la infracción de los genéricos deberes que por sí comporta la relación jurídica ya constituida pueda surgir la obligación garantizada —y pueden ponerse ejemplos con diversas hipotecas legales o con la hipoteca que se constituye en garantía de la obligación de indemnizar que pueda originarse por infracción de los deberes que comporta el cargo asumido—»). La unilateralidad de la hipoteca en nada debe afectar a la (necesaria) bilateralidad de la obligación. Sólo en la medida en que pueda considerarse la voluntad unilateral como fuente de obligaciones cabría admitir una hipoteca unilateral en garantía de una obligación constituida unilateralmente. Pero no se trataría en este caso de obligación futura, sino

(32) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, pág. 514. En el mismo sentido, CAMY «Todos los requisitos exigidos para la validez de las hipotecas en orden a las personas, la cosa o derecho gravado, la obligación garantizada, el importe de la hipoteca por todos los conceptos, de capital, intereses y costas en su caso, la escritura pública, etc., han de cumplirse en éstas [las hipotecas unilaterales] en la misma forma que en las hipotecas normales, incluso cuando esta unilateralidad fuese alguna de las especiales que hemos expuesto y continuaremos exponiendo, como si lo fuere de seguridad, de máximo, etc., en las que además habrán de exigirse las peculiaridades que según los casos fueran procedentes» (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, Pamplona, 1983, pág. 877).

de obligación actual, por lo que la hipoteca que se constituyera unilateralmente para garantizarla cumpliría la exigencia de accesoriadad (33).

La accesoriadad de la hipoteca unilateral debe entenderse en los mismos términos en que se concibe en relación con la hipoteca ordinaria. No basta con que la obligación exista *antes de la aceptación*, es necesario que exista *en el momento de la constitución*. Probablemente la tesis de la reserva de rango llevaría a la primera conclusión: que —como la hipoteca no se ha constituido aún, sino que se constituye en el momento de la aceptación— es suficiente con que la obligación exista en el momento en que se manifiesta la voluntad de adquirir la hipoteca. Resulta sorprendente que a esta misma conclusión se llegue por un autor (34) que rechaza la tesis de la reserva de rango, afirmando que «al constituirse la hipoteca por acto unilateral puede existir ya o no la obligación. En el primer caso la garantía es plena y absoluta. En el segundo no existiría hasta que nazca la obligación, de manera que el acreedor aunque acepte la hipoteca no se podrá apoyar en ella para reclamar la obligación si ésta no existe. [...] Será preciso, por consiguiente, que resulte de la aceptación del acreedor la existencia de la obligación garantizada o, en caso contrario, que se haga constar su nacimiento posterior por nueva nota marginal. Se exceptuará, como es lógico, el supuesto en que en el acto constitutivo de la hipoteca se haga constar por el deudor la existencia anterior de la obligación». Pero no hay precepto, en la escueta regulación de la hipoteca unilateral, que autorice a asimilar la hipoteca unilateral sin obligación subyacente a la hipoteca bilateral con obligación futura subyacente —como hace el autor citado: «en este caso la hipoteca se encuentra en la misma situación que la constituida en garantía de obligaciones futuras»—, y menos aún a admitir la constitución y adquisición de una hipoteca unilateral sin que exista en ninguno de esos dos momentos una obligación garantizada— como el mismo autor admite: «que se haga constar su nacimiento posterior [posterior a la aceptación] por nueva nota marginal [nueva porque ya hay otra anterior que refleja la aceptación]».

VII. LA HIPOTECA UNILATERAL COMO HIPOTECA ORDINARIA

La cuestión de la hipoteca unilateral no debe encuadrarse, en rigor, en el marco de las modalidades de la hipoteca, sino en el de las modalidades de constitución de esa garantía. La hipoteca unilateral es una hipoteca

(33) Aunque la cuestión enlazaría con el problema de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones (posibilidad que la doctrina más autorizada, por ejemplo, PEÑA, rechaza: *Derechos reales*, pág. 512).

(34) SANZ, *Comentarios*, pág. 402. A estas mismas ideas parece adherirse hoy DE ANGEL YAGUEZ (*La hipoteca unilateral*).

ordinaria. Lo que sucede es que las hipotecas pueden constituirse bilateral o unilateralmente.

Nuestro Derecho reconoce incluso supuestos de constitución unilateral con plena virtualidad —no sólo pasivo, sino activa— sin necesidad de aceptación:

1. La hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador (arts. 150 y 154-156 LH).
2. La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (arts. 157.II LH y 248 RH) (35).
3. La llamada *hipoteca de fianza* o *fianza hipotecaria* (arts. 525 RH y 27 RN).
4. La hipoteca *apud acta*, por responsabilidad civil precedente de delito o para obtener la libertad provisional (arts. 533 y 595 LEC).

Ahora bien, el legislador español no ha querido generalizar la adquisición sin aceptación. Se aparta con ello no sólo de los ordenamientos de raíz germánica, sino también de los ordenamientos de raíz romana. Tanto el Derecho alemán (36) como el Derecho italiano (37) reconocen plenamente la hipoteca unilateral: no exigen en ningún caso su aceptación.

(35) Si esta hipoteca se establece en testamento, la constitución del derecho no es unilateral: es necesaria la presentación simultánea del testamento y la aceptación (art. 248 RH: la doctrina, según PEÑA, es generalizable a todas las hipotecas testamentarias; no serían nunca, por ello, hipotecas unilaterales: cuando nace la hipoteca —en el momento de la inscripción— han manifestado ya su voluntad el hipotecante y el acreedor).

(36) Las restricciones a la *Eigentümerhypothek* y la transición de la inicial *Eigentümergrundschild* a la posterior *Eigentümerhypothek* dependen exclusivamente del principio de accesoriedad: «Das Eigentümerpfandrecht ist Eigentümerhypothek, wenn dem Pandrecht noch eine Forderung zugrundeliegt, Eigentümergrundschild, wenn dies nicht der Fall ist» (F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Munich, 1981, pág. 323). No cabe constitución unilateral de hipoteca si en el momento de crearla no existe una obligación que garantizar: incluso si se trata de obligación futura, aunque inicialmente determinable en sus rasgos generales, se rechaza la posibilidad de constitución unilateral de hipoteca («Auch für bedingte oder befristete sowie für künftige Forderungen kann eine unbedingte Hypothekenbestellung erfolgen —und dies ist in der Praxis sehr häufig der Fall—, doch muss die künftige Forderung wenigstens bestimmbar sein *Bis zur Entstehung der Forderung steht dann die Hypothek dem Eigentümer als vorläufige Grundschild zu, auflösend bedingt durch die Entstehung der Forderung*»; K. H. SCHWAB y H. PRUTTING, *Sachenrecht*, Munich, 1991). El tránsito de la deuda territorial unilateral de carácter provisional («vorläufige Eigentümergrundschild») a la hipoteca de carácter definitivo («entgeltliche Hypothek») depende exclusivamente del surgimiento de la obligación a garantizar. Sólo en el caso de hipoteca de cédula («Hypothekenbrief») se recoge la posibilidad de constitución inicial de la garantía como hipoteca, sin necesidad de una fase previa de deuda territorial unilateral; la razón es evidente: la deuda ha nacido ya. Se dice entonces que es sólo la adquisición de la hipoteca unilateral la que depende de la transmisión de la cédula: «Der Gläubiger erwirbt die Briefhypothek erst durch Übergabe des Briefs an ihn (par. 1.117) Vor der Übergabe ist zwar die Hypothek entstanden, steht aber noch dem Eigentümer zu» (LENT y SCHWAB, *Sachenrecht*, pág. 264).

(37) La doctrina no pone reparo alguno al reconocimiento legal (art. 2 821 CC) de la constitución unilateral de hipoteca y a su adquisición sin necesidad de aceptación:

En el supuesto ordinario del artículo 141 LH la inscripción genera lo que ese artículo y el 138 atribuyen al acto unilateral: la constitución. Ningún otro precepto de la legislación civil ni hipotecaria permiten la constitución unilateral de otros derechos reales —no hay «usufructos unilaterales» ni «servidumbres unilaterales»— (38): *a*) porque los derechos reales *de goce* o disfrute requieren tradición para ser constituidos *inter vivos* (arts. 609 y 1.095 CC); también algún derecho de garantía exige la entrega, como sucede en la prenda; *b*) porque esos derechos reales suponen algo más que una carga sobre un bien: implican un incremento del patrimonio del titular del derecho limitado (obtención de posesión, de uso, de frutos...), lo que sucede también en algún derecho de garantía como la anticresis; y *c*) porque esos derechos suelen implicar obligaciones para su titular que no cabría asumir sin consentimiento.

Si cabe constitución unilateral de hipoteca —sin correlativa adquisición—, ello es debido a su peculiar naturaleza de ese derecho. De la hipoteca sólo deriva una «carga de pagar» (39) que afecta únicamente al bien hipotecado. La esencia de la hipoteca —a la vista del art. 1.876 CC— radica que *sujeta* directa e inmediatamente los bienes sobre los que se

«¿Por qué razón la Ley ha considerado suficiente la inscripción y la comunicación de la voluntad de concesión al acreedor sin necesidad de aceptación de este último?». se pregunta GORLA; y responde: «No tanto por la razón de que con la concesión de hipoteca no nace obligación alguna a cargo del acreedor, como por la razón de que se trata únicamente de garantizar, de reforzar una obligación ya existente. Se puede decir —añade— que normalmente quien tiene un crédito no sólo quiere ser pagado, sino que quiere también los medios para obtener el pago o que le aseguren ese pago; y nadie renuncia a esos medios sin renunciar en cierto modo al valor o a la eficacia de su crédito; la Ley ni siquiera ha pensado en la posibilidad de un rechazo de la garantía» (comentario al art. 2.821 en *Commentario del Codice Civile*, Bolonia-Roma, 1955, pág. 483). Ya MESSINEO había escrito que: «Como es obvio, la constitución de la hipoteca por declaración unilateral de voluntad opera sin necesidad de que el acreedor acepte», no dudando que desde ese momento se produce también la adquisición (*Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milán, 1952, pág. 115) La hipoteca unilateral «no requiere aceptación, ni expresa, ni tácita, ni presunta» —escribe RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milán 1956, pág. 237—. La innecesidad de aceptar para adquirir la hipoteca unilateral es defendida también por la última doctrina: GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, Milán, 1990, pág. 390. RUSCELLO, *Codice Civile annotato*, Roma, 1991.; SACCO, *Tratato di Diritto Privato*, dir. por RESCIGNO, vol. 10, pág. 26. Únicamente se aparta de esta opinión común COSSU (en *Commentario teorico-pratico al Codice Civile*, dir. por DE MARTINO, pág. 195): «El negocio constitutivo de la hipoteca no deja de ser un contrato por el hecho de que la hipoteca se establezca sin contraprestación incluso cuando sólo surgen ventajas para una de las partes, es necesario su consentimiento». Pero a este autor, que exige la aceptación, no ya para la adquisición, sino incluso para la constitución, cabría oponerle el texto claro del artículo 2.821 del *Codice*, que al igual que el artículo 138 LH española distingue entre constitución bilateral y unilateral.

(38) La hipótesis del artículo 541 no implica constitución unilateral, sino constitución bilateral tácita (no se acuerda «expresar lo contrario» en el título de enajenación).

(39) Ver en este sentido PEÑA, *Derechos reales*, pág. 415, nota 2.

impone. El lado *pasivo o de gravamen* absorbe todo el contenido de la figura; el lado *activo o de derecho* implica únicamente la facultad de hacer efectivo el *gravamen*: la facultad de exigir la enajenación (40). Esta «carga» que supone la hipoteca unilateral —como toda hipoteca— no exige, necesaria y automáticamente, una correlativa adquisición por el acreedor. «El acreedor —como escribió CHAMORRO, recordando a ULPIANO— *no adquiere un valor patrimonial ni se enriquece* al constituirse la hipoteca». «El que da garantía real a su acreedor —escribió el jurista romano— no le hace una donación, porque el acreedor no se enriquece; sólo está más seguro de obtener lo que le debe» (41). La constitución de hipoteca no implica una *desmembración de la propiedad* que exija una correlativa adquisición de la parte desmembrada (42).

No cabe afirmar, por tanto, que con la constitución de la hipoteca se fuerce la voluntad de los *volenti acquiri*. Podría hacerse este reproche en los sistemas jurídicos de adquisición automática del derecho de hipoteca unilateral (43). Pero la constitución de la hipoteca no implica, en el nuestro, su adquisición: bien claro lo deja el artículo 141 LH. La constitución grava el inmueble; que este gravamen beneficie al acreedor depende de su aceptación. Es evidente —aunque algún autor haya sostenido lo contrario— que en nuestro sistema la constitución no implica la aceptación.

Dejando a un lado la Sentencia de 4 de octubre de 1915, la jurisprudencia posterior ha distinguido con claridad el acto de constitución del acto de adquisición. Una reciente Sentencia de 1 de junio de 1992 ha puesto de relieve que «la aceptación no es requisito constitutivo de la hipoteca ya nacida anteriormente»; y el auto del Tribunal Económico Administrativo Central de 14 de junio de 1963 señaló que «la hipoteca de este modo constituida [conforme al art. 141] se crea y existe desde ese momento [la

(40) Sobre las situaciones activa y pasiva que entraña toda relación jurídica real ver L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III. *Las relaciones jurídicas reales El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid, 1995, pág. 819

(41) L. I., párrafo 19, D., si quid in fr. patr., XXXVIII, 5

(42) Como advierten acertadamente R. RANOUIL y F. CHABAS, «n'étant que l'accessoire d'une créance et n'ayant pour but que de la garantir, elle n'est pas un démembrement de la propriété, contrairement à l'antichrèse, elle ne confère donc au créancier ni l'usus, ni le fructus, qui demeurent au constituant, et elle ne lui procure même pas la detention» (en H. L. y J. MAZEAUT y F. CHABAS, *Leçons de Droit Civil*. París, 1988, pág. 240).

(43) El principal argumento que dan los autores italianos para hacer innecesaria la aceptación de la hipoteca unilateral consiste en que el acreedor, ordinariamente, tiene interés en la hipoteca (RUBINO, *L'ipoteca*, pág. 238; COSSU, *Commentario*, pág. 194, RUSCELLO, *Codice*, pág. 387). Pero esto no deja de ser un razonamiento empírico, estadístico. ¿y si en algún caso no lo tiene? La adquisición producida por la constitución se habrá producido contra su voluntad y podrá verse obligado a cancelar la inscripción.

inscripción del acto unilateral] como gravamen sobre la finca hipotecada y es inscribible en el Registro de la Propiedad con efectos sustantivos, hasta el punto de que la aceptación del beneficiado con la hipoteca, aun entendida como una *conditio iuris* de la adquisición del derecho real ya constituido, sus efectos, conforme al citado artículo 141, se retrotraen a la fecha de la constitución [...]» (44).

La Dirección de los Registros, por el contrario, no ha sostenido esa nítida diferenciación de efectos, sino que ha atribuido eficacia constitutiva a la aceptación; según la Resolución de 22 de marzo de 1988, «las hipotecas constituidas unilateralmente necesitan, como regla general, de la aceptación formal del acreedor y del correspondiente reflejo registral tras la calificación de la misma; con lo cual se completa el fenómeno constitutivo del derecho real». Indicios de la limitada significación que la Dirección General atribuye a la constitución de la hipoteca unilateral pueden observarse en Resoluciones anteriores: en la de 26 de octubre de 1982, que habla de los «peculiares efectos» de ese tipo de hipotecas; en las de 19 y 20 de noviembre de 1987, en las que considera que hipoteca unilateral no es «un derecho real que existe ya perfecto»; y también en las de 15 de diciembre de 1953 y 26 de octubre de 1982: el criterio de que la hipoteca bilateral defectuosa por falta de capacidad, consentimiento o representación del acreedor no vale como hipoteca unilateral —que se mantiene en ambas resoluciones sin apenas argumentarlo (como tampoco fundamentaron suficientemente el criterio contrario las Resoluciones de 15 de septiembre de 1866, 19 de diciembre de 1880 y 28 de agosto de 1883)— es, sin duda, consecuencia de la idea que la Dirección tiene de la hipoteca unilateral; como la hipoteca unilateral no es una figura plenamente constituida, cabría que sus «limitados efectos» se desorbitaran, reclamando, por ejemplo, la ejecución de la hipoteca. Quizá la verdadera razón que subyace tras esta acertada doctrina de la Dirección de los Registros reside en el contenido habitual de los préstamos hipotecarios —muy distinto del contenido habitual de las hipotecas unilaterales—, en que el acreedor asume obligaciones. También, probablemente, que inscrita una hipoteca bilateral en que concurrieran los vicios indicados no se producirían los mecanismos de la notificación y la aceptación, que constituyen el desarrollo normal de la hipoteca unilateral. El criterio contrario al sostenido por la Dirección General —la hipoteca bilateral inválida por causas imputables al acreedor vale como hipoteca unilateral— es sostenido unánimemente, y con sólidos argumentos, por la doctrina italiana: pero sólo, naturalmente, cuando el acreedor no asume obligación alguna en el título constitutivo, porque en ese caso sería necesario su consentimiento y, por tanto, la constitución bilateral

(44) CHAMORRO, *El derecho real de hipoteca*, pág. 155

de la hipoteca (45). Pero no debe olvidarse que el contexto es distinto: frente al sistema español de adquisición por la aceptación rige en el Derecho italiano el sistema de adquisición automática.

Es por tanto la peculiar naturaleza de la hipoteca —la absoluta prevalencia de su aspecto de gravamen— la que justifica la posibilidad de su plena constitución unilateral. No parecen aceptables otras justificaciones en que se ha fundamentado la posibilidad de constitución unilateral de hipoteca:

a) «El enérgico *poder dispositivo* que al titular inscrito concede el Registro de la Propiedad» (46), «la necesidad de reconocer al dueño de una finca la *facultad de disponer* de ella, imponiendo sobre la misma el gravamen de una hipoteca» (47). El poder de disposición, si se entiende en sentido hipotecario, es un poder *formal* —*formelle Verfügungsbefugnis*, y *pouvoir formel de disposer* se le ha llamado, con precisión, en la doctrina extranjera— que sólo significa que el titular registral es el único legitimado para realizar actos registrables, y no puede por tanto justificar la ausencia de un acuerdo de voluntades en la constitución de hipotecas. Si el poder de disposición se entiende en sentido civil, sustantivo, tampoco puede explicar esa constitución unilateral; o más exactamente, no puede explicar, por sí solo, por qué cabe la constitución unilateral de hipoteca y no la constitución unilateral de cualquier otro derecho real.

b) «El carácter plenamente favorable al destinatario de los efectos de esta hipoteca» (48). Pero este pretendido fundamento: a') llevaría consigo la adquisición automática de otras atribuciones, distintas de la hipoteca, que fueran, también, «plenamente favorables», frente al principio *invito creditoris*..., y sin que la posibilidad de «rechazar» las atribuciones justifique la violación de ese principio, porque no es lo mismo «nadie adquiere sin su voluntad», que «toda adquisición realizada contra la voluntad puede rechazarse», y b) justifica no sólo la adquisición del derecho a aceptar o no, sino también la adquisición inmediata del derecho real de hipoteca, sin necesi-

(45) Se manifiestan en favor de la convalidación: RUBINO, *L'ipoteca*, pág. 238; COSSU, *Commentario*, pág. 193. La convalidación no es posible cuando la constitución de la hipoteca ha de ser necesariamente bilateral: cuando se exija alguna contraprestación a la constitución de hipoteca —como una reducción del préstamo o los intereses, o un aplazamiento (GORLA, *Commentario*, pág. 484), o la renuncia a otra garantía constituida antes (RUBINO, *L'ipoteca*, pág. 238)—, o cuando se imponga alguna limitación a la hipoteca, de manera que se excluya algún derecho (renunciable) concedido por la Ley al acreedor hipotecario (*ibidem*), o cuando el hipotecante subordine la constitución a la aceptación (RUSCELLO, *Codice*, pág. 387).

(46) SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios*, pág. 403.

(47) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, pág. 682.

(48) J. L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO. «La hipoteca de constitución unilateral», *ADC*, núm IV, 1994, pág. 117

dad de aceptación, porque la hipoteca unilateral también es «plenamente favorable» para el acreedor. Precisamente en esta razón ha fundamentado la doctrina italiana el silencio del artículo 2.182 del *Codice* sobre la aceptación.

V. MOMENTO DE CONSTITUCION Y MOMENTO DE ACEPTACION

La tesis de la reserva de rango, al considerar que la hipoteca no queda constituida hasta el momento de la aceptación y entender —por tanto— que es la constitución la que tiene efecto retroactivo —y no sólo la aceptación—, no reconoce que constitución y aceptación se producen en momentos distintos, con las consecuencias que ello implica en orden: *a)* a la capacidad del hipotecante y el acreedor hipotecario; y *b)* a la actuación de la fe pública registral.

a) La capacidad del hipotecante y el acreedor hipotecario han de apreciarse, respectivamente, en los momentos de constitución y aceptación. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de junio de 1992, ha puesto de manifiesto que la capacidad del hipotecante ha de apreciarse en el momento de la constitución. «Cuando mediante la ya referida escritura pública de fecha 19-4-1975 la entidad “N.L.S.A.” constituyó la hipoteca unilateral a que nos venimos refiriendo —dice la Sentencia—, tenía plenas facultades dispositivas, sin que la declaración de la misma en estado de suspensión de pagos cuatro años más tarde y, sobreseído el expediente de suspensión de pagos, la posterior declaración en estado de quiebra puedan afectar a la validez». La capacidad del hipotecante debe apreciarse por tanto en el momento de la constitución (49); la aceptación «que no es requisito constitutivo de la hipoteca, ya nacida anteriormente» —como indica la Sentencia citada—, no ha de coincidir cronológicamente con una situación de capacidad del hipotecante: «la aceptación [...] es un acto exclusivamente dependiente de la decisión del acreedor, sin necesidad del concurso de ninguna otra voluntad.

(49) Que es el de la inscripción. En este punto radica la anomalía que implica una de las variedades de hipoteca unilateral: la testamentaria. En el momento de la inscripción-constitución el hipotecante no tiene capacidad —no tiene existencia— Esto es así también si se considera que la hipoteca testamentaria no es unilateral, sino bilateral, como parece dar a entender el párrafo 2.º del artículo 248 RH. Esta es la razón por la que el Derecho italiano (art. del *Codice*) prohíbe la hipoteca testamentaria, con el aplauso de la doctrina. GORLA, *Tutela dei diritti*, pág. 239; TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti*, pág. 182; COSSU, *Commentario*, pág. 200; RUSCELLO, *Codice*, pág. 388, entre otros.

En términos semejantes hay que resolver los problemas de capacidad que puedan plantearse en relación con el acreedor. Si éste ha sido incapacitado, o ha incurrido en concurso, suspensión de pagos o quiebra (50) al tiempo de la aceptación, deberán tenerse en cuenta las respectivas normas limitativas (arts. 210 y 1.914 CC), aunque no lo estuviera al tiempo de la constitución de la hipoteca. La eficacia retroactiva presupone una aceptación eficaz. No creo que sea acertado el criterio que sostiene ROCA al afirmar que «la retroacción de los efectos de la nota marginal únicamente hará que la adquisición de la hipoteca y su consiguiente complemento subjetivo activo se repunte operada en la fecha misma que, con la inscripción de la hipoteca impuesta, ésta quedó constituida, lo cual no deja de tener su trascendencia en determinados aspectos, como, por ejemplo, entre otros, en caso de quiebra del acreedor aceptante» (50). La Ley no dice que la aceptación «se repunte operada» al tiempo de la inscripción de constitución, sino que «sus efectos» (los de la nota que refleja la aceptación) se retrotraerán a la fecha de la constitución. Para que algo sea eficaz debe antes ser válido.

b) La actuación de la fe pública debe producirse en el momento de la aceptación. La retroacción del efecto adquisitivo prevista en el artículo 141.I LH presupone una aceptación eficaz (en este caso con eficacia adquisitiva *a non domino*); sólo entonces se retrotraerán sus efectos. Es una regla general clara e indiscutida que los requisitos del artículo 34 deben concurrir en el momento de la adquisición; únicamente cabría plantear aquí si tales requisitos han de darse en el momento de la constancia registral de la aceptación —como sería necesario de ser aquélla constitutiva— o, como considero más acertado, en el momento en que se expresa, fuera del Registro, la aceptación. No cabe entender —por una inadecuada aplicación de la eficacia retroactiva del art. 141.I— que la buena fe actúa —por una ficción legal— desde el momento en que se inscribe la hipoteca, aunque se carezca de esa buena fe en el momento en que se acepta. No creo acertado el criterio de SANZ en este punto: «la protección por la misma [la fe pública] se causa también desde la fecha de la inscripción [se refiere a la de la hipoteca]. Aunque se ataque el contenido del Registro antes de la aceptación del acreedor, éste puede invocar siempre los efectos del artículo 34 con sólo aceptar la hipoteca a su favor constituida. El titular extrarregistral que se dirija contra la persona a cuyo favor se constituyó la hipoteca verá enervada su acción cuando la aceptación recaiga». Pero si antes de la aceptación el acreedor *no ha adquirido* la hipoteca, ¿cómo va a invocar

(50) ROCA, *Derecho hipotecario*, pág IV-2, pág. 697. También PEÑA parece considerar que la eficacia retroactiva afecta a la capacidad de adquirir la hipoteca, tras indicar que sus efectos se retrotraerán a la fecha de constitución» de la hipoteca, indica en nota (n. 10): «Lo que importa para enjuiciar la capacidad de adquirir, por ejemplo, si deviene extranjero» (*Derechos reales Derecho hipotecario*, pág. 515).

frente al verdadero propietario una *adquisición a non domino*? Y si la acepta después de haber conocido la reclamación del verdadero propietario, ¿cómo puede invocar la buena fe en que ha de basarse toda adquisición a *non domino*?

VI. SITUACION JURIDICA DEL ACREEDOR NO ACEPTANTE

El acreedor que no ha aceptado la hipoteca unilateralmente constituida no es radicalmente ajeno al gravamen que se ha hecho surgir con la inscripción registral. La Ley le atribuye la facultad de oponerse a una cancelación realizada antes de la notificación (art. 237 RH). La jurisprudencia registral le reconoce un derecho a ser notificado en caso de ejecución de una hipoteca preferente (Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987). La transmisión del crédito para cuya garantía se constituyó unilateralmente la hipoteca implica la transmisión de la facultad de aceptar la hipoteca unilateral. Esa facultad de aceptar, caso de inacción del acreedor, puede ejercitarse por vía subrogatoria por sus propios acreedores. El acreedor tiene *poder de disposición* para obtener por sí mismo la cancelación de la hipoteca unilateralmente constituida (con independencia de que ésta se le haya notificado o no).

Este conjunto de facultades no equivalen, naturalmente, a la titularidad de la hipoteca. La constitución no implica la adquisición. La adquisición sólo se produce con la aceptación. Pero el acreedor tiene, pese a los principios *invito beneficium non datur* y *non potest liberalitas nolenti acquiri*, un determinado tipo de derechos que se adquiere, precisamente, sin haber manifestado la voluntad de adquirirlo: un derecho potestativo o de modificación jurídica. Su atribución supone la posibilidad de actuación en una esfera jurídica ajena —la del concedente—. Se ejercita a través de una simple declaración de voluntad de carácter recepticio. Previamente a la declaración del titular del derecho potestativo, y en espera de ella, el concedente de ese derecho se ha vinculado ya, y también de manera unilateral; y esa vinculación es la que le obliga a someterse a la irrupción del titular del derecho potestativo en su propia esfera jurídica (51). Los derechos potestativos no son transmisibles independientemente, sino que están unidos a la posición jurídica en la respectiva relación jurídica a la que se refieren. Pasan al sucesor con la transferencia de esa relación jurídica (52).

Todos estos rasgos concurren en la situación jurídica del acreedor que aún no ha aceptado la hipoteca unilateral constituida en garantía de su

(51) K. LARENZ, *Derecho civil Parte general*, Madrid, 1978, pág. 282.

(52) *Ibidem*, pág. 284.

crédito: aquél hace efectivo su derecho potestativo a través de una declaración de voluntad recepticia; el hipotecante se ha sometido, con la inscripción de la hipoteca, a las consecuencias de esa declaración —la irrupción del acreedor en su esfera jurídica—; el derecho potestativo del acreedor no es transmisible con independencia del crédito para cuya seguridad se ha constituido; pasa, sin embargo, al cesionario o al sucesor de ese crédito sin necesidad de una transmisión separada o explícita.

VII. FORMA Y PUBLICIDAD DE LA ACEPTACION

La determinación de la forma y publicidad a la que esté sujeta la aceptación derivan de manera directa del criterio que se sostenga sobre la naturaleza de la hipoteca unilateral. Si se considera que ésta no nace con la inscripción del título unilateral, sino con la inscripción de la aceptación, es indudable que la aceptación está sujeta a los requisitos de forma y publicidad de la hipoteca porque es un elemento de su constitución, y la constitución de la hipoteca está sujeta a escritura pública (art. 145 LH) y a inscripción constitutiva (art. 1.875 CC) (53).

Si se considera, por el contrario, que con la inscripción del título unilateral nace la hipoteca, la solución no puede ser la misma. En cuanto a la forma, también resulta en este caso necesaria la escritura pública, pero no ya por exigencia del artículo 145 LH, sino por imperativo del artículo 3 de la misma Ley. Aunque se ha sostenido (54) la posibilidad de que la aceptación se consigne en documento privado, el argumento en que tal afirmación se apoya me parece insuficiente: no hay analogía entre el *cumplimiento de una condición suspensiva o resolutoria*, cuya acreditación permiten los artículos 23 LH y 238 RH que se haga a través de documento privado, y la *aceptación de hipoteca unilateral*, que no constituye una condición —no es «un hecho futuro o incierto...»—, sino una expresión de voluntad que ha de constar en escritura pública.

(53) En esta línea, y en armonía con su concepción de la hipoteca unilateral como reserva de rango, escribe PEÑA que «la constitución y adquisición de la verdadera hipoteca se produce con la constancia registral (nota marginal) de la aceptación (de acuerdo con la regla de que para la hipoteca la inscripción es constitutiva)» (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, pág. 515).

(54) En contestación a la consulta de la Dirección General de Incentivos Económicos Regionales, el ICNR ha puesto de manifiesto que «[...] no es necesario el otorgamiento de escritura pública para la aceptación de este tipo de hipotecas. Las razones en que se basa este criterio son las siguientes: a) La naturaleza de la hipoteca como acto dispositivo unilateral centra toda la sustancia dispositiva en una de las partes. b) Aunque se considerara sometida la hipoteca a condición suspensiva, tampoco sería necesaria la escritura pública de aceptación (arts. 23 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento). [...]» *BICNR*, núm. 265, marzo de 1990, pág. 485).

Como la exigencia del título público no deriva en este caso del artículo 145 LH, sino del artículo 3, y en él quedan comprendidas también las actas —aunque no las mencione—, creo que podría aceptarse también la hipoteca unilateral en la contestación al requerimiento. Si la decisión de aceptar se adopta dentro del plazo para contestar al requerimiento o notificación —es decir, los «dos días laborables siguientes a aquél en que se haya practicado la diligencia o recibido el envío postal» previstos por el art. 204.II RN—, puede contestarse dentro de la misma acta, y ésta sería el título apto para la inscripción por su carácter público (55).

Negar eficacia constitutiva *de la hipoteca* a la inscripción de la aceptación, trae como consecuencia negar la eficacia constitutiva a la nota marginal que refleje aquélla. La nota marginal del artículo 141.I LH tiene, a mi juicio, valor declarativo. Es decir, determina la eficacia de la aceptación frente a terceros (eficacia por lo demás muy reducida porque la inscripción de hipoteca ya despliega por sí plenos efectos frente a terceros). Entre deudor y acreedor las relaciones se desarrollan al margen del Registro: si el deudor conoce la aceptación del acreedor no podrá ya cancelar, y si cancela el acreedor podrá obtener judicialmente la nulidad de la cancelación. Los principios que actúan respecto de la nota marginal de aceptación son los principios del procedimiento registral: la prioridad y el tracto; si llega al Registro la aceptación antes que la cancelación podrá practicarse la nota marginal; si figura registrada la aceptación, no cabe ya la cancelación.

La nota marginal de aceptación es, como acertadamente se ha señalado (56), una nota de modificación jurídica —precisamente publica, frente a terceros, que se ha ejercitado el derecho potestativo o de modificación jurídica que tiene el acreedor desde el momento de la inscripción de la hipoteca unilateral.

Es evidente que en nuestro Derecho no se admite la aceptación *tácita* de la hipoteca unilateral derivada de la iniciación del procedimiento de ejecución. Ahora bien, a mi juicio, podrían practicarse sucesivamente, y con igual fecha, la nota de aceptación y la nota de expedición de certificación

(55) Mayores problemas plantearía el acta como título para cancelar por la exigencia explícita de escritura. Pero creo que el acta que contenga la declaración del acreedor de no aceptar la hipoteca podrá ser también título adecuado para cancelar. Que el artículo 237.II RH exija «escritura» otorgada por el «dueño de la finca» no debe considerarse un obstáculo que lo impida, porque el Reglamento sólo está contemplando el supuesto ordinario de que no se conteste al requerimiento y la voluntad de no aceptar se forme con posterioridad. Al igual que ese precepto no impide que la escritura de cancelación se otorgue por el acreedor —como reconoce la doctrina—, tampoco impide, a mi juicio, que el acreedor manifieste su voluntad de no aceptar en la propia acta de requerimiento o notificación. Y es indudable que la voluntad de no aceptar del acreedor es presupuesto material suficiente para la cancelación.

(56) LACRUZ y SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1984, pág. 237.

en virtud de presentación simultánea de la escritura de aceptación y el mandamiento de la regla 4.^a del artículo 131 LH porque, al no ser constitutiva la inscripción de la aceptación, ésta puede acreditarse al Juez con la escritura que la contenga —y no, necesariamente, con certificación registral— (57).

VIII. CONCLUSIONES

Como conclusiones pueden sostenerse, a mi juicio, en relación con eficacia de la constitución unilateral de hipoteca:

a) Que genera una hipoteca ordinaria perfectamente constituida desde el momento de la inscripción del título unilateral. A partir de ese momento la hipoteca unilateral no sólo ocupa un puesto en el rango de los derechos que gravan el mismo inmueble —única eficacia que logra explicar la tesis hoy más extendida—, sino que despliega todo su contenido voluntario y legal. En ningún momento, aunque no llegue a aceptarse la hipoteca unilateral, ésta ha desplegado sólo el efecto de reservar un rango. También ha determinado la conducta del hipotecante con arreglo a las cláusulas de la hipoteca y a las normas que regulan ese derecho real.

Sólo justifica la posibilidad de que pueda constituirse unilateralmente la hipoteca la particular naturaleza de este derecho y no otras justificaciones que han dado: el poder de disposición del propietario y el carácter favorable que la constitución de hipoteca unilateral tiene para el acreedor.

b) Que con la constitución unilateral de la hipoteca, además del gravamen sobre el inmueble, surge a favor del destinatario un derecho potestativo o de modificación jurídica cuyo contenido esencial —no único— es la posibilidad de aceptar, no aceptar —pasivamente— o rechazar —activamente— (incluso cancelar) la hipoteca constituida.

c) Que la aceptación determina (únicamente) la adquisición del derecho de hipoteca. La idea de la eficacia retroactiva de la aceptación, que recoge el artículo 141, parte de la tesis tradicional de la *conditio iuris* a que se consideraba sujeta la hipoteca unilateral, tesis dominante en la doctrina al tiempo de redactarse este artículo, y venía exigida por ella: si para la «perfecta» o «plena» constitución se exigía la aceptación, es lógico que ésta se retrotrayera a la fecha de aquélla. Si se entiende —como a mi juicio es

(57) La idea, un tanto ambigua, de ROCA de que la registración de la aceptación es «cosa obligatoria» por el carácter constitutivo de la hipoteca y por tanto no puede iniciarse la ejecución sin previa constancia registral de la aceptación, me parece no sólo poco convincente, sino que, además, participa de la ambigüedad general con que ROCA enfoca el tema de la hipoteca unilateral

más correcto— que la constitución unilateral origina una hipoteca ordinaria, la ficción de la eficacia retroactiva de la aceptación es innecesaria: porque la hipoteca *ya se ha constituido* antes de la aceptación y porque el adquirente *adquiere en (y desde) el momento en que acepta*.

d) Por tanto, la capacidad y la eficacia de la constitución y de la aceptación han de apreciarse en los distintos momentos en que cada una de ellas se realizaron. La debida distinción entre los momentos de constitución y adquisición tiene particular trascendencia en los supuestos de insolvencia de hipotecante o acreedor y en relación con el principio registral de fe pública.

Ahora bien, como la hipoteca se constituyó en la fecha de su inscripción, desde el momento de la aceptación, el aceptante puede reclamar la vigencia del contenido de la hipoteca (lo que no presupone necesariamente su titularidad) durante todo el tiempo de la existencia del gravamen: eso es lo que el artículo 141 LH ha querido decir al atribuir —innecesariamente— eficacia retroactiva a la aceptación; se han expuesto en el texto que precede, entre otros ejemplos, el de un posible ejercicio de la acción de devastación por deterioros realizados antes de haber sido aceptada la hipoteca, o el de la construcción de edificaciones entre el momento de la inscripción y el momento de la aceptación de una hipoteca unilateral que contuviera una cláusula de extensión de la garantía a edificaciones futuras: cuando tales deterioros o edificaciones se realizaron, el acreedor no era titular de la hipoteca, pero ésta había sido ya constituida y gravaba por tanto el inmueble en los términos de la Ley y del contenido unilateralmente fijado.

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad.
Vocal permanente de la Comisión General
de Codificación

Cuestiones del suelo periurbano

SUMARIO. I. LA PORFIA POR LOS USOS DEL SUELO.—II. UNA ORDENACION NECESARIA.—III. RECOMENDACIONES DE LA OCDE.—IV. LA PARCELACION DE FINCAS EN ESPAÑA. A) NORMAS DE ÁMBITO NACIONAL. B) NORMATIVA AUTONÓMICA: a) Asturias b) Baleares c) Canarias d) Cantabria. e) Castilla y León. f) Cataluña. g) Galicia h) Madrid. i) Murcia j) Navarra. k) Valencia.—V. PRELACION DE ESTAS NORMAS.—VI. GARANTIAS DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD.

I. LA PORFIA POR LOS USOS DEL SUELO

Aunque es cuestión no muy reciente porque la expansión urbana no es un fenómeno nuevo, lo cierto es que desde algunos años a esta parte se ha agudizado el problema por haber cambiado la forma de ese desarrollo. Antaño la ciudad era un conjunto denso bien delimitado respecto a su entorno inmediato, mientras que ahora, con el desarrollo de los transportes y especialmente por la vulgarización del vehículo particular, la expansión urbana se ha podido efectuar hacia fuera a lo largo de los principales ejes de comunicación, a distancias cada vez mayores del viejo conjunto urbano, de forma discontinua y con pequeñas densidades. Resulta así, a la vez, un consumo cada vez mayor del suelo agrícola y un intercambio creciente entre la ciudad y el campo.

Con el aumento de la preocupación por el entorno natural ha comenzado a interesar el estudio de las cuestiones relacionadas con la agricultura periurbana por lo que ésta representa para la colectividad. Por una parte, los agricultores, especialmente los jóvenes y los arrendatarios, procuran defender sus explotaciones frente al desarrollo urbano, sin que su postura sea siempre comprendida; por el contrario, los habitantes de la ciudad, sometidos a una degradación continua de su modo de vivir entre aglomeraciones, ansían espacios verdes y construcciones menos densas y más agradables.

Por esto los urbanistas consideran estas zonas periurbanas no sólo como una reserva de suelo edificable, sino también como el marco en que se sitúa

la ciudad y como elemento esencial para su desenvolvimiento. Los agraristas, por su lado, resaltan la importancia considerable de las superficies comprendidas en la agricultura periurbana cuando éstas sólo se habían visto hasta ahora como un conglomerado dispar de tierras cuya única nota común era la proximidad a las grandes ciudades.

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

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), de la que España es miembro, aprobó en 1979 un interesante estudio sobre la ordenación de la agricultura en las áreas periurbanas en el que pueden verse datos de mayor interés (1).

La agricultura periurbana es la actividad agrícola emprendida en el área periurbana, es decir, en la periferia de una aglomeración urbana, de tal modo que la presencia y la extensión de la ciudad influyen directamente sobre sus actividades económicas y sociales; aquí también pueden incluirse los espacios interurbanos, o sea, los comprendidos entre varias ciudades vecinas. El término es impreciso, pues se trata de una «zona gris» que no es ni completamente urbana ni exclusivamente rural en sentido tradicional; se trata, todo lo más, de un área rural parcialmente urbanizada.

La dimensión del área periurbana no puede ser determinada sin precisar qué se entiende por «influencias urbanas» y que componen una vasta gama de aspectos que van desde cambios físicos directos a mutaciones sociales o culturales: transformación de la estructura del suelo, crecimiento de la demanda de la tierra y de su precio, aumento del número y densidad de la población, posibilidad de empleos, cambios en las condiciones de comercialización de los productos, modificaciones en el entorno ecológico, etc. Es, pues, difícil encontrar una definición de área periurbana aplicable a todos los países si se tiene en cuenta la gran diversidad que caracteriza las condiciones climáticas, la topografía, la densidad de población y el nivel y la composición de las actividades económicas en cada uno de ellos; pero aun así será interesante intercambiar información sobre los elementos tomados en cuenta y sobre la manera de cuantificarlos.

La importancia de delimitar las áreas periurbanas resalta si se tiene en cuenta que cubren una fracción bastante apreciable del suelo de los países industrializados. Según el informe de la OCDE, en Francia, Estados Unidos y Alemania una gran parte del territorio y de la población se encuentran en las áreas urbanas y periurbanas, representando casi una cuarta parte de la

(1) Organisation de Cooperation et de Development Economiques (OCDE). *L'agriculture dans l'aménagement des aires péri-urbaines*, París, 1979.

superficie y el 60 ó 70 por 100 de la población total de dichos países. En España los datos no alcanzan estos porcentajes, pero en algunos casos se aproximan bastante (2).

Hasta ahora una o dos grandes ciudades conseguían atraer una gran parte de la población. Sin embargo, posteriormente un nuevo esquema hace que la población se vaya repartiendo sobre un mayor número de ciudades medias de menor importancia. En efecto, la urbanización tiende a producirse en zonas más dispersas que otras veces, situación que se explica por las directrices que tratan de llevar las industrias fuera de las grandes ciudades para crear nuevos servicios en las regiones atrasadas o menos desarrolladas.

Con esto se manifiesta la presión de la expansión urbana, fenómeno que entraña cambios importantes en las condiciones físicas y económicas del área periurbana, especialmente la población y la mano de obra, de una parte, y las transmisiones inmobiliarias, de otra; estos elementos de la presión urbana son los que más condicionan la agricultura.

El crecimiento demográfico de las áreas periurbanas es una tendencia universal y es más rápido en la periferia que en el propio centro urbano, pues aquí el costo de la vida es más elevado a causa del mejoramiento de los medios de transporte y el deseo de vivir en espacios breves; como consecuencia, la proporción de la mano de obra agrícola tiene tendencia a bajar en la región por la llegada de una población no rural y por la disminución de empleos agrícolas para los habitantes originarios.

Pero el efecto más directo de la presión urbana sobre esta agricultura se ejerce en la utilización del suelo, que se cambia a usos urbanos, haciéndose notar que en la mayor parte de los países miembros de la OCDE estas nuevas superficies urbanas provienen de tierras agrícolas. Los precios de las tierras agrícolas en los alrededores de la mayor parte de las aglomeraciones urbanas han aumentado fuertemente en el curso de los últimos años, alcanzando niveles extremadamente elevados. En líneas generales, el precio de estas tierras se forma en función de su distancia a la ciudad, de su uso actual, del destino que se les piensa dar, de su equipamiento y, también, de la política fiscal y la política de utilización del suelo. No hay que olvidar la especulación que en el mercado periurbano va ligada a la idea errónea

(2) Sobre esta materia pueden verse los siguientes trabajos: «La competencia rural-urbana por el uso de la tierra», de MARIO GAVIRIA en la revista *Agricultura*, núm. 7, abril-junio 1978; «Urbanizaciones ilegales de la segunda residencia», de SANTIAGO CALVO ALONSO-CORTÉS, en el libro *Jornadas sobre urbanismo y publicidad registral*, Valladolid, 1988, pág. 1.

Con motivo de las Jornadas franco-españolas sobre Agricultura Peri-urbana, celebradas en Madrid en 1988, se presentaron también varias ponencias y comunicaciones sobre diversas comarcas españolas que son de interés. Pueden verse en el libro editado por el Ministerio de Agricultura en 1988 que las recoge.

de que todas estas tierras se beneficiarán de precios cada vez más elevados en el futuro, principalmente por razón de la continuidad de la expansión del núcleo urbano.

En cuanto a las consecuencias principales de la agricultura periurbana, vienen determinadas por los efectos de la urbanización: ciertos agricultores de talante dinámico aprovechan las posibilidades transformando sus explotaciones en unidades de producción modernas y eficaces; otros, por el contrario, reducen la superficie cultivada y tienden a obtener un empleo no agrícola. Con todo, se señalan como características más o menos comunes una fuerte demanda de mano de obra de los centros industriales que provoca la elevación del nivel del salario campesino y una mejora de las condiciones de almacenaje y refrigeración que supone un menor costo.

La urbanización entraña modificaciones en la productividad de las explotaciones y su tamaño; en la disminución del empleo agrícola sobre los jóvenes que prefieren acudir a la ciudad; en el menor volumen de inversión de capital pensando que estas tierras se van a afectar a otros usos; en el régimen inmobiliario, aumentando las tierras dadas en renta, así como en la propia elevación de las rentas al considerarse que las tierras tienen un valor extra-agrícola. La expansión urbana afecta más a los bosques que a las tierras de labor, al menos en los países donde éstos no están protegidos por medidas especiales: la conversión en urbanas de las superficies forestales se efectúa con mayor facilidad que las tierras agrícolas en razón de su inferior valor.

En resumen, según el informe citado de la OCDE, la agricultura de las regiones periurbanas, hecha abstracción de las particularidades de toda clase, presenta las siguientes características principales:

- Las tierras son subutilizadas o no cultivadas.
- La producción animal pierde parte de su importancia, sobre todo en la proximidad de las ciudades.
- La producción vegetal ocupa una mayor extensión.
- El porcentaje de tierras de alquiler se eleva.
- La proporción de la agricultura a tiempo parcial es muy importante.
- Las aportaciones de capital y mano de obra son aquí más importantes que en la agricultura de zonas propiamente rurales.

Al intentar un balance de la situación específica de los agricultores periurbanos, éstos aparecen a la vez como afortunados propietarios de tierras de alto valor, vendiendo sus productos a los habitantes de la ciudad a precios elevados y también como gentes amenazadas por el hormigón y sometidas a la emanación y contaminaciones de la ciudad. La compleja realidad comporta para estos agricultores ventajas e inconvenientes en diferentes grados, según sus distintas situaciones.

Entre las dificultades pueden señalarse la intrusión en su esfera de usos o costumbres no agrícolas, el abandono de los residuos o desperdicios de las actividades urbanas e industriales, así como los perjuicios resultantes de las violaciones de la propiedad y de la influencia económica y social de un medio diferente sobre los agricultores.

A cambio, las ventajas de una situación periurbana para los agricultores pueden ser la posibilidad de venta directa de sus productos a una concentración de consumidores próximos; la relación positiva entre el desarrollo industrial y comercial de la urbe y la agricultura que la rodea; la posibilidad de arrendar bien las tierras; el más fácil acceso de los agricultores a los servicios socioculturales, y por último la fuerte plusvalía que alcanzan las tierras.

II. UNA ORDENACION NECESARIA

La ordenación del territorio en general y de la agricultura en particular es el presupuesto inicial en que se basa el estudio de la OCDE que hemos citado, el cual al contemplar sus aspectos generales nos dice que aun contando con las variaciones según los países, la ordenación territorial se plantea a tres niveles: nacional, regional y local, siendo la planificación más estricta y precisa cuando se verifica a nivel local.

El lugar de la agricultura en la ordenación del territorio precisa de estudios profundos sobre la situación agrícola y forestal que permitan identificar para cada zona el dinamismo de la agricultura y su capacidad para adaptarse a ciertas orientaciones consideradas necesarias por la vecindad de la urbe. Estos estudios se realizan sobre las condiciones del medio natural (suelos, agua, clima, relieve), sobre las estructurales de la producción (tamaño de las explotaciones, parcelación, mano de obra, trabajo a tiempo parcial, arrendamientos) y sobre las condiciones económicas de la producción (proximidad de mercados, transportes, importancia de los productos en la balanza comercial).

En lo que respecta a España, se dice que «los planes nacional y regionales de ordenación del territorio suministran orientaciones, mientras que los planes locales tienen fuerza de ley. Estos últimos (planes generales municipales) distinguen tres categorías de suelos: urbanos, urbanizables y no urbanizables. Los suelos no urbanizables comprenden, entre otros, los espacios en los que la protección está considerada como oportuna en relación de su valor excepcional para la agricultura, la cría de ganado, el arbolado, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de su valor paisajístico, histórico o cultural y, también, del interés que representan para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico».

La específica política periurbana comporta, pues, de un lado, una distribución precisa de los suelos para los diferentes usos, y de otro, una serie de medidas destinadas a que se respete esa distribución y a reorganizar las transferencias de usos agrícolas o forestales a usos urbanos de cara a economizar el espacio y encontrar la mejor utilización para los suelos que se hallan en este estado de transición.

Por ello debe tenderse a una ordenación que procure:

- Definir la suerte que será asignada a la agricultura en las diversas zonas periurbanas en función de los objetivos nacionales o locales de la producción agraria, de las demandas de espacio para otros usos y de los niveles perseguidos en materia de desarrollo.
- Precisar el lugar donde se ejercerá cada una de las funciones de la agricultura garantizando un período durante el cual esta actividad se podrá proseguir de manera segura.
- Y ayudar a la agricultura a adaptarse a las diversas funciones que se esperan de ella y a las condiciones especiales que le serán impuestas por los distintos factores de presión urbana.

III. RECOMENDACIONES DE LA OCDE

En el estudio citado el Consejo de la OCDE acordó, con fecha 14 de marzo de 1979, recomendar a los países miembros:

1. Que se dé plena consideración al tema de la agricultura periurbana en la ordenación territorial, teniendo en cuenta la importancia que ella puede jugar en la producción agrícola nacional.

2. Que las medidas específicas, a respetar tanto por los servicios públicos como por los intereses privados, aseguren la mejor protección posible a las tierras agrícolas fértiles, haciéndose un recuento de todas las reservas disponibles en suelos y aguas de modo que puedan identificarse y vigilarse las que deban ser conservadas.

3. Que los medios e instrumentos de la política agraria que miran a la modernización y mejora de las estructuras tomen en consideración el contexto periurbano a fin de promover una economía agrícola sana y de contribuir a la calidad del medio de vida local y regional.

4. Que las actividades agrícolas rentables, sean permanentes o a tiempo parcial, sean objeto de la atención precisa, especialmente en sus aspectos sociales, en función de su papel en la economía y el desenvolvimiento periurbanos.

5. Que cuando los planes regionales y locales de utilización del suelo se consideren necesarios, aquellos que prevean zonas reservadas a las

actividades agrícolas, sea específicamente, sea en combinación con otras actividades compatibles, tales como las reservas ecológicas o de recreo, se asegure la duración de tales zonas agrícolas por tiempo razonable y no puedan ser modificadas antes del término, a no ser por razones imperiosas y en concordancia con las normas de planificación determinadas.

6. Que la participación de los agricultores, sus representantes y los servicios cualificados en la preparación de planes nacionales, regionales o locales sea equilibrada con la de otros grupos interesados.

7. Que el impacto que concierne a la política fiscal sobre la agricultura y demás actividades situadas en el área periurbana sea evaluado y adaptado, en su caso, en función de las nuevas condiciones resultantes de la ordenación de cara a aportar una contribución positiva para realizar los objetivos de utilización del suelo.

8. Que los mecanismos de precaución sean puestos a punto y aplicados para compensar las diferencias en los valores inmobiliarios producidos por la ordenación entre las diferentes zonas.

9. Que las normas sean revisadas por los poderes públicos para los casos donde la agricultura periurbana está en dificultad con el fin de ayudarla a que se adapte a los apremios del entorno, sea aquella que sufre la contaminación urbana, sea la que debe limitar sus propios daños o sea la que contribuye a mejorar los alrededores de la urbe.

IV. LA PARCELACION DE FINCAS EN ESPAÑA

A) NORMAS DE ÁMBITO NACIONAL

Inicialmente, la preocupación por procurar la conservación del suelo agrícola estaba justificada únicamente por la idea de las perjudiciales consecuencias económico-sociales y jurídicas que se atribuyen a la fragmentación excesiva de las fincas y la consiguiente dispersión de la propiedad rústica. Estos inconvenientes se pretendieron atajar mediante las normas sobre unidades mínimas de cultivo, ayudadas a la vez por la tarea de recomposición que ha supuesto la concentración parcelaria de todos conocida.

Con la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954 se trataron de evitar las divisiones de fincas por debajo de unos límites que se consideraron aptos para servir de base a explotaciones agrarias viables. Así se proclamó la indivisibilidad de aquellas fincas cuya extensión fuese la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios naturales de producción, pudieran llevarse a cabo con un rendimiento satisfac-

torio; no serían divisibles las que no alcanzasen tal medida, salvo excepciones muy determinadas; pero se establecía como única sanción para las contravenciones la posibilidad de la adquisición de la parcela resultante por los colindantes.

La Ley de Concentración Parcelaria, en su texto de 8 de noviembre de 1962, para proteger la conservación de sus actuaciones dio un paso más, sancionando con la nulidad total y absoluta los actos y contratos de parcelación que dieran lugar a fundos de extensión inferior a la unidad mínima fijada para cada zona de actuación, habiendo de figurar en la inscripción de cada finca concentrada la indicación expresa de la indivisibilidad en su caso, para ser tenida en cuenta, de oficio, por todos los funcionarios y tribunales.

Pero la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en su texto de 12 de enero de 1973, en el que se refundían con otras esas dos leyes antes citadas, derogó, por inexplicable omisión, los artículos de la Ley de Concentración Parcelaria que servían de protección a las fincas concentradas; extrañamente se dio un paso atrás, volviendo al texto primitivo de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954, con el único efecto inicuo del derecho de opción de los colindantes. Con la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en la mano, la indefensión ante las parcelaciones ilegales era prácticamente absoluta. Y respecto de las fincas concentradas, especialmente, obtenidas tras una labor tan complicada como costosa, hubo que recordar a la famosa tela de Penélope, ya que manos maliciosas e ignorantes podían impunemente deshacer lo que se había conseguido tras tantos esfuerzos.

Esto nos pareció siempre un lamentable despropósito y su reforma ha tenido que esperar nada menos que veintidós años y viene ahora a producirse mediante la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias. En ella se ha establecido un riguroso régimen de indivisibilidad de todas las fincas rústicas, decretándose la nulidad absoluta de aquellos actos que den lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

Según el artículo 24.2 de la nueva Ley, de aplicación plena a todo el territorio nacional, serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de las fincas rústicas cuando resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo.

La disposición comprende todas las fincas rústicas, sean o no concentradas, y sólo se admiten cuatro excepciones concretas: en lo referente a segregaciones para agregar a fincas colindantes, en cuanto se destinen a edificaciones o instalaciones amparadas por el artículo 16 de la Ley del Suelo, cuando medie un derecho de acceso a la propiedad de origen arrendaticio y en los supuestos de expropiación forzosa. En las inscripciones

registrales referentes a fincas rústicas se hará constar siempre, en su caso, la indivisibilidad como garantía y recuerdo del cumplimiento de la norma, según el artículo 26 de la Ley.

La determinación concreta de la extensión de la unidad mínima de cultivo, para secano o regadío, se atribuye en la Ley a las Comunidades Autónomas para los diversos municipios, zonas o comarcas de su ámbito. Sólo lo han verificado hasta ahora las Comunidades de Asturias, Castilla y León, Cataluña y Madrid.

Cuando se trate de fincas resultantes de la concentración parcelaria, esa unidad ya viene fijada para cada zona por el propio Decreto en el que se declara la utilidad pública de la concentración y además consta de modo expreso tanto en los títulos de propiedad que se expiden como en las inscripciones de las fincas; en los títulos y los asientos dichos consta claramente, en su caso, la indivisibilidad por debajo de la unidad mínima establecida, sin dejar lugar a ninguna duda.

Para todas las demás fincas, mientras las Comunidades respectivas no fijen la unidad, habrá de estarse al Decreto de 25 de marzo de 1955 y la Orden de los Ministerios de Justicia y Agricultura de 27 de mayo de 1958, que fijaron las unidades para todos los municipios españoles. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986 los declaró vigentes.

Al lado de esta inicial preocupación de mantener las fincas en magnitudes viables, bajo el solo prisma agrícola o de su cultivo, ha aparecido después, con mayor fuerza si cabe, la necesidad de proteger el ámbito rural de la invasión de los moradores de la ciudad, a que antes nos hemos referido, como uno de los problemas que origina la agricultura periurbana.

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

Tanto la Ley del Suelo dicha del año 1956, como el texto refundido posterior de 1976, recogieron determinadas medidas para evitar tales anarquías y el sistema se ha perfeccionado en el texto refundido vigente de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, con medidas de disciplina y publicidad registral que veremos y que se están mostrando bastante eficaces.

En la citada Ley del Suelo, tras la clasificación primaria de suelos urbanos, urbanizables y no urbanizables, siendo estos últimos los componentes del ámbito tradicionalmente conocido como rústico, se hace una delimitación del suelo no urbanizable puramente negativa y residual, dicién-

dose en su artículo 12 que estará constituido por los terrenos que el planeamiento no incluya en las otras dos clases. Aunque a seguido intenta arreglar el deficiente concepto aclarando que son suelos no urbanizables, particularmente, aquellos espacios que deben recibir una especial protección, en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o culturales, o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico.

La protección se manifiesta inicialmente en el mandato del artículo 15, según el cual estos terrenos no podrán ser dedicados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético y, en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales.

Y en lo referente al tema concreto de las parcelaciones, que especialmente nos ocupa, el artículo 16, en su número 1, sólo permite las que se efectúen sin contravenir lo dispuesto en la legislación agraria, o sea, la de unidades mínimas de cultivo; en el número 2 prohíbe ya de un modo más directo las parcelaciones urbanísticas, garantizando con ello la preservación del ámbito rústico del peligro del excesivo e irregular desarrollo urbano. A estos efectos, la Ley del Suelo considera parcelación urbanística, según su artículo 257, la división de terrenos en varios lotes cuando pueda dar lugar a un núcleo de población.

Para estos casos el artículo 259.3 establece que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán, para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de que no es necesaria.

En cuanto a las edificaciones en suelo no urbanizable, el artículo 16 de la Ley del Suelo, en su número 3, señala que, aparte las limitaciones que resulten aplicables en virtud de otras normas, se observarán las siguientes reglas:

1.^a No se podrán realizar otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza, extensión y utilización de la finca y se ajusten a los planes o normas de los órganos agrícolas competentes, así como las construcciones o instalaciones vinculadas con las obras públicas. Estas construcciones o instalaciones podrán ser autorizadas por los Ayuntamientos.

2.^a Podrán autorizarse por el órgano autonómico competente edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, así como edificios aislados destinados a vivienda familiar en lugares en los que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población. Para autorizar estas construcciones la Ley señala el procedimiento preciso:

- a) Petición ante el Ayuntamiento, debiendo justificarse la utilidad pública o el interés social.
- b) Informe del Ayuntamiento que se elevará al organismo autonómico competente en unión de la documentación presentada.
- c) Información pública durante quince días al menos.
- d) Resolución definitiva del órgano autonómico.

Además de esta última autorización, la Ley del Suelo reitera, también para estos casos, la preceptiva licencia municipal.

También se precisa, en todo caso, y ésta es otra medida de especial protección, la licencia para inscribir obras nuevas, exigida por el artículo 16.4, en relación con el 37 de la misma Ley.

B) NORMATIVA AUTONÓMICA

Como es sabido, la Constitución vigente en su artículo 148.1, párrafos 3.º y 7.º, atribuye a las Comunidades Autónomas las competencias, que han asumido en sus respectivos Estatutos, sobre la ordenación del territorio, urbanismo y agricultura, por lo que será preciso tener en cuenta las diversas normas emanadas sobre el particular. Así lo ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 16 de julio de 1984, especialmente para las parcelaciones de fincas como veremos más adelante (3).

a) Asturias

La Ley autonómica de 8 de abril de 1987, de disciplina urbanística, señala en su artículo 1.º que se precisa licencia para los actos de parcelación del suelo.

La Ley de 21 de julio de 1989, de ordenación agraria y desarrollo rural, en sus artículos 98-101, regula la unidad mínima de cultivo en términos paralelos a como lo hacía la Ley estatal de Reforma y Desarrollo Agrario. Entendemos que estos preceptos deberán considerarse ahora modificados por las nuevas reglas de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995.

(3) En el libro *Normativa autonómica*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en 1985 y Apéndices bianuales siguientes, se recoge el texto de estas disposiciones.

El Decreto asturiano de 30 de diciembre de 1992 determina la extensión de la unidad mínima de cultivo, agrícola y forestal para el Principado, y se establece de modo especial en su artículo 3.º que en el interior de los núcleos rurales gráficamente delimitados con la precisión suficiente por el planeamiento urbanístico no se aplicará la unidad mínima a las fincas cuyo destino sea alguna de las actuaciones o usos contemplados como posibles en dicho instrumento de ordenación. O sea, que en estos casos será preceptiva la licencia a que se refiere el artículo 1.º de la Ley de Asturias de 1987 que hemos citado en primer lugar.

b) *Baleares*

Su Ley de 23 de octubre de 1990, en su artículo 2.º, número 16, exige la licencia administrativa para las parcelaciones urbanísticas, estableciendo en los artículos 40 y 41 sanciones pecuniarias en los casos de infracción de lo dispuesto en materia de parcelación de terrenos en general y especialmente a las personas que adquirieran parcelas procedentes de parcelaciones ilegales, cualquiera que sea la clase de suelo donde estén situadas. Previamente, en el artículo 35, concede a la Administración competente la facultad de proceder a la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada.

La Ley de 23 de marzo de 1994 sobre condiciones para la reconstrucción en suelo no urbanizable de edificios o instalaciones afectadas por obras públicas sienta como presupuesto previo la disposición de su artículo 1.º, según el cual, al efecto de la edificación, el suelo no urbanizable se encuentra sujeto a los requisitos mínimos de parcela y de no formación de núcleo de población, exigible por vía legal o por el planeamiento municipal.

c) *Canarias*

La Ley de 29 de julio de 1985, de Medidas Urgentes en materia de urbanismo y protección a la naturaleza, considera sujetas a licencia previa las segregaciones y divisiones de fincas rústicas, como se dispone en su artículo 1.ºa).

Y la Ley de 7 de abril de 1987, sobre ordenación urbanística del suelo rústico en la Comunidad de Canarias, dedica el artículo 6.º a regular tal materia concreta estableciendo de modo claro y rotundo que las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en suelo rústico requerirá la previa licencia municipal otorgada conforme al

ordenamiento jurídico. En el mismo sentido que la Ley del Suelo nacional, se aclara que se considerará parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando puedan dar lugar a la constitución de un núcleo de población. La licencia municipal será requisito previo para inscribir en el Registro de la Propiedad los actos reseñados, por lo que los Notarios y Registradores la exigirán para autorizar las escrituras y practicar las inscripciones respectivamente. En ningún caso, termina dicho artículo 6.º, se considerarán solares ni se permitirá edificar en los lotes resultantes de una parcelación ilegal.

Por Decreto de 22 de abril de 1994 se establece que la unidad mínima de cultivo, con carácter general, será de 1 Ha. para todo el territorio de Canarias.

d) *Cantabria*

En su Ley de 29 de septiembre de 1994, sobre Usos del Suelo en el Medio Rural, considera suelo no urbanizable aquel que figura clasificado como tal en los correspondientes planes generales o normas subsidiarias y, en su defecto, aquellas áreas del territorio que no reúnan las condiciones objetivas para ser clasificadas como suelo urbano o urbanizable de acuerdo con los criterios señalados en la Ley del Suelo estatal de 1992.

En el artículo 2 hace una clasificación de estas categorías de suelo no urbanizable, entre las que se encuentran los llamados núcleos rurales, soporte de ocupación residencial tradicional en aquella Comunidad, del que se ocupa después.

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

Según el artículo 8.2, dentro de los núcleos rurales existirán las posibilidades de edificación que determinen los planes o normas subsidiarias municipales y, en su caso, las normas de la Comunidad Autónoma.

e) *Castilla y León*

El Decreto de 16 de agosto de 1984 fija la unidad mínima de cultivo para los términos municipales de las provincias comprendidas en esta Comunidad. Para el secano van de cuatro hectáreas en el grupo primero, seis en el segundo y ocho hectáreas para el tercero; en regadío, de una, dos y tres hectáreas respectivamente para cada uno de los grupos en que se clasifican los municipios de la región a estos efectos.

En el Decreto se hace mención expresa a las normas de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que ahora deberán entenderse sustituidas por la nueva Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, y se resalta la necesidad de establecer estas unidades mínimas para evitar la parcelación de fincas rústicas, con la consiguiente degradación de la mejora conseguida con la concentración parcelaria. Junto a estas finalidades agrarias, también se apunta la defensa frente a intromisiones urbanísticas; así se dice en el Preámbulo que se hace preciso acabar con las desviaciones que se producen en muchas de las mejores tierras hacia otros sectores de la vida económica que no tienen nada que ver con el sector agrario y sus producciones y que hacen que las mejores zonas de cultivo, que son las que presentan mayor necesidad de aporte humano, se vean sometidas a unos factores económicos, valores adicionales que en nada benefician al sector agrario al que pertenecen.

f) *Cataluña*

La primera Ley autonómica en materia de urbanismo que se produjo fue la de 18 de noviembre de 1981, de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña. En su Exposición de Motivos se señala que Cataluña se encontraba ante una extensa gama de promociones urbanísticas, tanto residenciales como industriales, carentes de cobertura legal como consecuencia de que la parcelación del suelo y la implantación de unos servicios embrionarios dan lugar a plusvalías no justificadas.

El artículo 3.º reconoce expresamente que el Registro de la Propiedad en su función de instrumento de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias debe reforzar la eficacia de los actos administrativos en materia urbanística y debe ser un medio idóneo de información y garantía de la actividad controladora y sancionadora de la Administración.

En su artículo 20 se considera infracción urbanística de parcelación el fraccionamiento simultáneo o sucesivo de terrenos, aunque sólo sea para arrendarlos, cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población y vulnere las previsiones del planeamiento a que afecte; y define el núcleo de población como el asentamiento humano generador de requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos. Según los artículos 31 y 32 de la misma Ley el Notario debe exigir la licencia de parcelación para autorizar la escritura y el Registrador para inscribirla. Las normas se reiteran en el Reglamento dictado en 26 de agosto de 1982 para aplicación de esta Ley, en cuyo artículo 41 se dice que se presumirá la existencia de parcelación urbanística en las segregaciones o divisiones de fincas cuando éstas se describan en el título con delimitación de viales de nueva creación o implantación de servicios comunes o por sus características físicas o se aluda a servicios urbanísticos existentes o en proyecto o cuando se segreguen de una finca rústica en condiciones de medida y descripción que racionalmente supongan las modificaciones del uso de la finca matriz de donde procedan.

El Decreto de la Generalidad de Cataluña de 12 de abril de 1983 sobre unidades mínimas de cultivo remite en ciertos aspectos a la Ley de 1981, de Protección de la Legalidad Urbanística, antes resumida. Según el artículo 2.º de este Decreto, la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no resulte ninguna parcela de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo fijada para el municipio en que esté situada la finca. En un anexo se establece la extensión de estas unidades mínimas para cada uno de los términos municipales de Cataluña, oscilando en secano de 3 a 4,5 hectáreas y en regadíos de 1 a 1,5 hectáreas. La división por debajo de la unidad mínima de cultivo, que según el Decreto no comportaba la nulidad civil del acto, sino la posibilidad de adquisición por los colindantes, habrá que entenderla ahora nula de pleno derecho por disponerlo así la Ley Estatal de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995 (4).

g) *Galicia*

La Ley de Concentración Parcelaria de Galicia de 14 de agosto de 1985, en su artículo 3.2 obliga al titular de la propiedad a mantener indivisibles las fincas que puedan resultar inferiores a la unidad mínima de cultivo que establezca. Según el artículo 51, la división o segregación de una finca rústica ya concentrada no será válida cuando dé lugar a parcelas de exten-

(4) Así opina también FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO en el *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 64, septiembre-octubre 1995, pág. 167

sión inferior a la mínima fijada, aunque la sanción que se establecía era irrisoria, pues sólo privaba a los infractores de la posibilidad de obtener auxilios o beneficios públicos para la mejora de las explotaciones. Ahora habrá que entender que se produce la nulidad por decisión de la nueva Ley de Modernización de las Explotaciones.

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

La Ley de 22 de agosto de 1985, de adaptación de la del Suelo a Galicia, dedica al suelo no urbanizable los artículos 39-42, en los cuales se remite a diversos preceptos del texto de la Ley del Suelo de 1976, ya reformados por la Ley del Suelo en su texto refundido de 1992. En todo caso, las edificaciones o instalaciones en este suelo precisan autorización especial, de modo que, según el artículo 40, estos espacios no podrán ser dedicados a usos que impliquen transformación de su destino o naturaleza o que lesionen el valor específico que se quiera proteger; la parcela mínima exigible no será inferior a la unidad mínima de cultivo establecida por la legislación agraria para cada municipio.

h) *Madrid*

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

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

La primera Ley promulgada por esta Comunidad fue la de 10 de febrero de 1984 sobre Medidas de Disciplina Urbanística. En su Exposición de Motivos dice que la situación urbanística de la Comunidad de Madrid era reflejo de un proceso de deterioro de la disciplina urbanística que había llegado a sufrir un incremento preocupante a través de diversas prácticas contrarias a Derecho, dentro de las cuales cabe destacar por su gravedad todas aquellas que condujeron, de hecho, a la proliferación de urbanizaciones ilegales. Tal situación de indisciplina, sigue diciendo, agravada en

muchos casos por la insuficiencia o inidoneidad de los instrumentos jurídicos que habrían de evitarla, había generado una grave serie de perjuicios a la colectividad cuya reparación ha sido difícil.

Entre las consecuencias perjudiciales se señalan las cargas que esas urbanizaciones echaban sobre los municipios y que eran difícilmente soportables para sus escasos medios; la degradación del medio físico, ya que las urbanizaciones tienden a situarse en terrenos excluidos por los planes; la generación de plusvalías y el fraude cometido con los adquirentes de buena fe que compran las parcelas inducidos por propagandas falaces sobre apariencias de regularidad. Por eso en esta Ley se parte del principio de que en el suelo rústico o no urbanizable sólo podrán realizarse parcelaciones de finalidad realmente rústica, precisando siempre, bajo pena de nulidad, la correspondiente autorización administrativa. En materia de construcción en estos suelos, la autorización sólo puede darse excepcionalmente para evitar los subterfugios ideados para amparar situaciones infractoras que se trataron de cobijar de modo fraudulento bajo denominaciones tales como «huertos familiares», figura ésta que, por supuesto, es inaplicable, tanto por su naturaleza como por su distinta finalidad.

En la materia de parcelaciones rústicas, en particular, esta Ley establecía en sus artículos 14 y 15 un sistema bastante cerrado de autorizaciones administrativas que se conferían a la Consejería de Urbanismo de la Comunidad. Pero estos dos artículos han sido derogados por la Ley autonómica de Madrid de 28 de marzo de 1995 de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo. En su lugar, el artículo 52 de esta Ley dispone que en el suelo no urbanizable sólo podrán realizarse actos que tengan por objeto la parcelación, segregación o división de terrenos o fincas cuando sean plenamente conformes con la legislación agraria y, en particular, respeten la unidad mínima de cultivo en cada caso establecida. Estos actos están sujetos a licencia municipal y serán nulos a todos los efectos legales los actos que se realicen sin previa licencia municipal.

Sigue diciendo este artículo 52 de la Ley madrileña de 28 de marzo de 1995 que los Notarios y Registradores de la Propiedad no procederán a autorizar e inscribir, respectivamente, escritura de división de terrenos sin que se acredite previamente el otorgamiento de la licencia de parcelación, tanto urbanística como rústica, que los primeros deberán testimoniar en el documento.

Las reglas anteriores, dice al fin, no son de aplicación a los actos de parcelación, segregación o división de terrenos o fincas que se deriven o traigan causa de obras e infraestructuras públicas, servicios públicos o construcciones o instalaciones vinculadas a la ejecución, el mantenimiento o el funcionamiento de unas u otros, así como las derivadas de actividades mineras.

Como se ve, estas normas se conforman bastante bien con las nuevas disposiciones de la Ley Nacional de Modernización de las Explotaciones Agrarias. La división por debajo de la unidad mínima es nula y sólo habrá licencia municipal cuando no se dé la indivisibilidad. La normativa autonómica de Madrid ya estaba en esta línea que ahora se confirma.

Por Decreto de la Comunidad de 11 de mayo de 1989 se establece la extensión de la unidad mínima de cultivo, que es igual para todos los municipios de la provincia de Madrid, fijándose en 0,75 hectáreas para el regadío, 3 hectáreas para el secano y 30 hectáreas para los montes.

Pero además se trata, dice en su Preámbulo, de armonizar la realidad agraria con la Ley de Medidas de Disciplina Urbanística de 1984. El criterio restrictivo de esta Ley, se dice también, ha originado en realidad algunos problemas, principalmente en relación con las construcciones. Por ello en el artículo 1.º del Decreto se distingue entre actividades propias del suelo rústico (agrícolas, pecuarias y forestales) y las actividades que sin ser propias son compatibles con ellas y que serán aquellas que por su naturaleza o por no ser conveniente situarlas en el medio urbano hayan de ser instaladas necesariamente en suelo rústico.

Se considerarán «actividades compatibles», según el artículo 6 del Decreto:

1. Las agrícolas no vinculadas a una explotación concreta e independiente del aprovechamiento del terreno, como silos y almacenes de productos hortícolas cooperativos, siempre de carácter colectivo.
2. Las ganaderas de carácter intensivo, tales como granjas agrícolas, porcinas o de vacuno estabulados, así como las de carácter extensivo basadas en el aprovechamiento de pastos comunales o arrendadas e, incluso, rastrojeras de otros propietarios.
3. Las de carácter no agrario que alberguen servicios colectivos o de poblaciones, explotaciones de obras públicas, actividades insalubres, nocivas y peligrosas y actividades extractivas, siempre que su localización haya de situarse necesariamente en suelo rústico.

El artículo 7 del Decreto insiste, innecesariamente, en que las parcelaciones rústicas a que se refiere el artículo 14 de la Ley de Disciplina Urbanística sólo podrán realizarse si las parcelas resultantes se destinan a fines agrícolas, ganaderos o forestales, y han de ser superiores a la unidad mínima de cultivo. El artículo 9 permite las divisiones o segregaciones por debajo de esta unidad mínima cuando sean resultantes de una expropiación forzosa o cuando se trate de cualquier disposición en favor de propietarios de fincas colindantes superiores a esa unidad mínima, condicionando la validez de la autorización a la inscripción simultánea de la segregación y

agrupación a las colindantes. Como se ve, el Registro ofrece la suficiente garantía como para hacer imposible el fraude.

En definitiva este Decreto se limita a suavizar y aclarar un tanto las rígidas pautas de la Ley de Disciplina Urbanística, pero sigue intacta, como no podía menos, la necesidad del otorgamiento de la licencia y su consiguiente consignación en la escritura y la inscripción registral.

Otra Ley especial de la Comunidad de Madrid en esta materia es la de 4 de diciembre de 1985 para el tratamiento de actuaciones urbanísticas ilegales, que miraba más bien al pasado. Una vez conocido el catálogo de las urbanizaciones ilegales existentes, se trataba de afrontar el problema a través de dos vías: una, procurando conseguir la restauración del medio físico alterado, y otra, segunda, dirigida a las urbanizaciones susceptibles de incorporarse al planeamiento urbanístico para su adecuada ordenación. En consecuencia, se regularon unas medidas de pura disciplina urbanística y otras de planeamiento tendentes a conseguir los fines propuestos. Al final de la Ley se relacionaban nada menos que 138 urbanizaciones ilegales conocidas, en las que había de actuarse en plazo de dos años. Por otra Ley de 18 de diciembre de 1987 hubo de prorrogarse el plazo de actuación por otro año más con el fin de completar los efectos propuestos y poder extender los efectos de la Ley a la totalidad de dichas urbanizaciones.

i) *Murcia*

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

Y a ellos acude ciertamente la Ley en las medidas de prevención de las infracciones urbanísticas, especialmente en las parcelaciones, estableciendo en el artículo 5.º que el Notario, en toda escritura de división y segregación de terrenos, exigirá la aportación de la licencia correspondiente. En el artículo 6.º4 dice que en las escrituras sobre división de fincas situadas en

suelo no urbanizable o en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, el Notario hará las advertencias expresas que correspondan. Y en el artículo 7.º se establece que el Registrador podrá inscribir estos actos si se aporta la licencia. Pero creemos que ya no es posible el criterio permisivo contemplado en el artículo 6.º-4 de la Ley autonómica, por prohibirlo el artículo 24 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias. Ya no cabe, pues, ninguna nota marginal que «avise» de que falta la licencia; ésta es precisa, siempre, para poder inscribir.

j) *Navarra*

En esta Comunidad Foral existían varias normas sobre ordenación territorial y urbanismo:

- Ley Foral de 11 de noviembre de 1986, modificada por otra de 14 de abril de 1992, sobre Ordenación del Territorio.
- Ley Foral de 6 de abril de 1987, de Normas urbanísticas regionales para la protección y uso del territorio.
- Y Ley Foral de 8 de junio de 1989, modificada por otra de 13 de noviembre de 1990, de Medidas de Intervención en Materia de Suelo y Vivienda.

Todas ellas han quedado refundidas por el texto más reciente de Ley Foral de 4 de julio de 1994 de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que trata de acomodar las particularidades navarras al Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal de 1992, realizando a la vez una revisión global del ordenamiento urbanístico aplicable a dicha Comunidad.

El nuevo texto es muy amplio, y en lo referente a la materia que nos ocupa queremos destacar:

- En el artículo 8 dice que constituyen el suelo no urbanizable los terrenos que el planeamiento determine en razón de su valor agrícola, forestal, ganadero, naturalístico, paisajístico, histórico, cultural, ecológico o para la defensa de la fauna, flora o equilibrio ecológico y, en general, por sus características o vocación rústica. Una determinación largamente enumerativa con la que se quiere evitar el simple concepto excluyente de que es rústico lo que no es urbano.
- En los artículos 22-44 se regula detalladamente el régimen del suelo no urbanizable en lo referente a los usos y actividades permitidas según varias subclases que se detallan, y la protección especial de cada una de ellas y las autorizaciones que se requieren.

- En el artículo 38 se define el entorno de los núcleos de población, diciendo que son aquellos terrenos que por ser colindantes con dichos núcleos deben preservarse en orden a no comprometer el crecimiento futuro, la estructura o la imagen de los mismos; después delimita su régimen de protección respecto a actividades constructivas o no constructivas, permitiéndose sólo construcciones provisionales de obras de interés público y con licencia de la Consejería de Ordenación del Territorio.
- Con carácter general se determina en el artículo 221.1.f) que estarán sujetas a licencia previa las parcelaciones urbanísticas y las segregaciones y divisiones de fincas rústicas.
- Se considera infracción grave, según el artículo 240.3, la realización de parcelaciones urbanísticas sobre suelo no urbanizable, siendo infracción muy grave, según el artículo 250.2, cuando esas parcelaciones afecten a espacios naturales protegidos o suelo forestal de alta productividad agrícola o de afecciones específicas. A estos efectos, el artículo 251 aclara que se consideran parcelaciones urbanísticas las divisiones de terrenos con fines edificatorios, y parcelaciones rústicas la división de terrenos en suelo no urbanizable con fines no edificatorios. En ningún caso, termina este precepto, se permitirá edificar en los lotes resultantes de una parcelación ilegal.

k) *Valencia*

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

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

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

Toda la Ley se dedica a regular detalladamente los derechos y deberes de los propietarios de estos terrenos, determinando todos los posibles usos y aprovechamiento del suelo no urbanizable. Pero la norma más importante,

desde el punto de vista de nuestro estudio, está contenida en la disposición adicional tercera, tan extensa como enérgica.

Dado su interés, transcribimos el texto de los apartados que nos conciernen:

1. Todos los actos de parcelación o segregación de fincas o terrenos en suelo no urbanizable o urbanizable no programado quedarán sujetos, cualquiera que sea su finalidad, a previa licencia municipal.

2. No podrán realizarse, ni por tanto autorizarse en ningún caso, actos de división o segregación de fincas en los supuestos siguientes:

a) Cuando pudieran dar lugar a la creación de un mayor número de fincas que sean inferiores a la unidad de cultivo establecida reglamentariamente como mínima. En defecto de esta previsión reglamentaria no podrá realizarse la división que creará un mayor número de fincas inferiores a la parcela mínima fijada para la realización de usos o aprovechamientos previstos en esta Ley. No obstante, sí podrá autorizarse la división, en este caso con informe favorable fundado en necesidades de la actividad agrícola y expedido por la Consejería competente o previo compromiso adquirido por el peticionario de la licencia e impuesto como condición de ella a inscribir en el Registro de la Propiedad de no efectuar obras de construcción ni de urbanización en la parcela.

b) Cuando se refieran a fincas en las que ya existan construcciones ilegales, salvo que la segregación no agravara las circunstancias determinantes del incumplimiento de la legislación.

c) Cuando la división pretendida sea incompatible con las condiciones de indivisibilidad impuestas por una autorización previa o declaración de interés otorgada a los efectos previstos en el artículo 8 (viviendas, almacenes o instalaciones con finalidad agrícola). Para comprobar este extremo el Ayuntamiento que otorgue la licencia exigirá, si fuera preciso, certificación negativa del Registro de la Propiedad.

d) Cuando deba presumirse legalmente que tiene un fin urbanístico por existir ya de hecho en los terrenos o encontrarse proyectada la instalación de infraestructuras o servicios innecesarios para las actividades a que se refiere el artículo 5.º*a)*-1 (actos precisos para la utilización agraria de los terrenos) o de carácter específicamente urbano, así como por proponerse realizar o responder a una división fáctica que, por sus características, pudiera suponer riesgo de formación de un núcleo urbano.

La realización de parcelaciones contrarias a lo anteriormente establecido se sanciona con multas que afectan tanto a los interesados que realicen tales actos como a los técnicos y funcionarios que intervengan en ellos.

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

V. PRELACION DE ESTAS NORMAS

Si ya había dificultades sobre la aplicación en cada caso de las normas de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y las del Suelo en esta materia de fincas que siendo rústicas se convertían en urbanas o casi urbanas por obra y gracia de las parcelaciones y construcciones ilegales, los problemas se han aumentado al surgir nuevas normas aplicables por la multiplicación de las disposiciones autonómicas.

Dado el sistema de coexistencia establecido por la Constitución entre las normas estatales y las regionales, las cuestiones de competencias habrán de ser bastante frecuentes. La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario se redactó cuando tal problema no existía y por ello no se ocupa para nada de la cuestión; la Ley del Suelo inicialmente tampoco lo tocaba, pero ya en su última redacción de 1992 señala en su disposición final los preceptos que tienen aplicación plena, básica o supletoria, dando unas relaciones que no se han recibido con aceptación general ya que han sido cuestionadas por algunas Comunidades ante el Tribunal Constitucional.

La disposición adicional 2.^a de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias establece que son de aplicación plena sus artículos 24-28 sobre unidades mínimas de cultivo, y se aplicarán en defecto de normas civiles, forales o especiales allí donde existan por las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias estatutarias en materia de Derecho Civil. Desde el punto de vista práctico tenemos la pauta de la Instrucción de 16 de julio de 1984 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con estas reglas:

1.^a En materia de territorio, urbanismo y vivienda rigen, en primer lugar las normas que emanen en su caso de las Comunidades Autónomas, y después, supletoriamente, la legislación estatal.

2.^a Los Notarios y Registradores, al enjuiciar la validez y alcance de los actos jurídicos sobre fincas situadas en los territorios de las Comunidades Autónomas, se atenderán, según el caso, a unas u otras normas.

3.^a En particular se decidirá con arreglo a las normas respectivas si determinada *parcelación del suelo*, sea urbana o rústica, es legal, o si

determinada infracción impide a los Notarios la autorización y a los Registradores la inscripción.

Teniendo en cuenta estas reglas, consideramos que la aplicación de las diversas normas coexistentes en España relativas a parcelaciones y edificación de fincas periurbanas debe aplicarse haciendo estas prelación:

a) En primer lugar, en las *Comunidades Autónomas donde existan normas especiales*, sean urbanísticas o agrarias, que acabamos de relacionar, habrá que estarse a ellas, pudiéndose aplicar las normas estatales tan solo como supletorias para lo que no dispongan aquéllas.

b) En las *Comunidades donde no haya normas autonómicas especiales* y cuando se trate de parcelaciones en las que se pretende usar el suelo no urbanizable con finalidades ajenas a miras rurales se aplicarán las disposiciones de la Ley del Suelo, especialmente las que regulan el régimen de estas tierras, con el destino, prohibiciones y requisitos de autorización recogidos en sus artículos 15-17; por ello se impone la exigencia de licencia y especialmente para las construcciones, por remisión que hace el artículo 16.4 al artículo 37 de la misma Ley. En los artículos 257-259 de la Ley del Suelo se regula, como dijimos, lo relativo a la llamada parcelación urbanística, o sea, la que puede dar lugar a la constitución de un núcleo de población, en cuyo caso los Notarios y los Registradores exigirán que se acredite la licencia municipal o declaración de su innecesariedad para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de división de estos terrenos (art. 259.3).

c) Por último, cuando se trate de *divisiones o parcelaciones puramente agrarias*, la normativa ahora aplicable se concreta en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, aplicándose las unidades mínimas de cultivo con las extensiones señaladas en las Comunidades Autónomas que las tengan, las fijadas en los respectivos Decretos de concentración parcelaria y, en último caso, en las determinadas en la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 que antes hemos citado, declarada vigente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de enero de 1986 (5). Según el artículo 24 de la última Ley dicha, sólo será válido el fraccionamiento de una finca rústica cuando las parcelas resultantes no sean inferiores a la unidad mínima de cultivo, produciéndose una nulidad *ope legis* tanto entre partes como respecto de terceros.

(5) Ver nuestro trabajo «Las unidades mínimas de cultivo ante el Tribunal Supremo», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 574, mayo-junio 1986, págs. 807 y sigs. Ver también nuestra nota «La fijación de sus unidades de cultivo», *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 10, diciembre 1995

La nulidad absoluta se produce en toda clase de fincas rústicas, del territorio nacional, sean o no concentradas. La única diferencia estará en la determinación de la unidad mínima aplicable: Para las concentradas, la que rija en su Decreto declaratorio; para las no concentradas, la unidad fijada en su caso por la Comunidad Autónoma respectiva o, en último caso, la normativa de la Orden de 1958.

VI. GARANTIAS DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD

Las normas que hemos reseñado sancionan las infracciones en materia de ordenación del territorio unas veces con nulidad y otras con medidas menos eficaces que, a veces, no consiguen corregir el daño causado. Las normas disciplinarias *a posteriori* algunas veces no remedian los desafueros de modo satisfactorio.

Por ello se buscan preferentemente medidas preventivas. Y hemos podido ver que en la mayoría de las leyes se acude a los Notarios y Registradores de la Propiedad para que éstos exijan la licencia previa cuando es precisa y así se evita el desaguado antes de que pueda ocurrir. En la Ley especial de la región de Murcia vimos que se reconoce expresamente esta colaboración, y en la de Cataluña también se afirma la eficacia de la calificación registral como base para conseguir la legalidad urbanística (6).

El Registro de la Propiedad constituye en España una auténtica garantía del cumplimiento efectivo de las normas ordenadoras del territorio. Las actuaciones jurídicas sobre las fincas se reflejan en los asientos registrales, y para llegar a ellos han de pasar previamente por la calificación del Registrador. La publicidad del Registro surte efectos respecto a todos en cuanto que pueden consultar sus asientos y actuar en consecuencia; la Ley Hipotecaria declara que se presume a todos los efectos legales que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en los asientos respectivos. Para llegar a esta presunción y la consiguiente protección es preciso que los actos que accedan al Registro sean válidos por ajustados a las normas que los rigen; sólo se pueden inscribir las situaciones jurídicas conformes con las normas y nunca las que se les opongan.

Y aquí está el aspecto de control de legalidad que tiene la publicidad registral. Según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores tienen la facultad y a la vez el deber de calificar, además de la capacidad

(6) Ver el trabajo «Parcelaciones de fincas y el Registro de la Propiedad», de MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, en las Jornadas de Valladolid antes citadas, pág. 149.

de los otorgantes y las formalidades extrínsecas documentales, la *legalidad* de los actos contenidos en los documentos que se presentan a inscripción, y en consecuencia denegarán la registración de aquellos que no se atengan a lo dispuesto en la legalidad vigente.

Esta es la garantía a la que, como hemos visto, se acude en varias de las leyes citadas. El control del Registrador asegura el cumplimiento de las limitaciones impuestas al uso del suelo y en la práctica el sistema está funcionando a la perfección. Aquí ponemos de relieve el resorte que tienen las Administraciones competentes para hacer cumplir los postulados de la política territorial que se plasman en las leyes o en los planes respectivos. Si el Registrador juzga sobre la validez y legalidad, y en consecuencia inscribe, suspende o deniega, el control no puede ser más eficaz y seguro para ser empleado al servicio de los fines públicos que interesan a la comunidad.

De este modo el Registro, además de ser un indispensable medio de publicidad inmobiliaria manifestando los derechos y deberes del dominio, supone una garantía del cumplimiento de los compromisos impuestos al suelo y es un instrumento de cooperación en la disciplina urbanística para impedir las actuaciones contrarias al interés público y conseguir que el suelo no sea empleado de modo antisocial (7).

Esta función calificadora ha sido declarada por varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La de 13 de mayo de 1994 dice en esencia: Presentada en el Registro de la Propiedad número 8 de Málaga una escritura por la que se procede a segregar una parcela de una finca rústica y su consiguiente venta, el Registrador deniega la inscripción solicitada por existir en la finca matriz un asiento previo en el que consta la iniciación de un procedimiento incoado por los órganos urbanísticos del Ayuntamiento de dicha capital con el fin de suspender la parcelación y urbanización ilegal que se estaba realizando en la meritada matriz.

Tras recoger literalmente, para mejor información, el asiento donde obra la incoación del expediente urbanístico, de donde se deduce claramente la existencia de una parcelación ilegal, dice en su segundo fundamento jurídico que ni siquiera es necesario prejuzgar el alcance que en orden al cierre registral tiene el asiento donde se recoge la incoación del expediente sancionador sobre la parcelación ilegal que se está efectuando. Concluye rotundamente en el fundamento tercero que cualquiera que sea la solución que al respecto se adopte, lo que es indudable es que el Registrador en su calificación ha de tomar en consideración el contenido de dicho asiento (art. 18 LH), del cual resulta una fundada advertencia de que la segregación

(7) Ver trabajo, en colaboración de JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ y el autor que escribe, «La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 555, marzo-abril 1983, págs. 313 y sigs.

cuestionada puede constituir uno más de los actos integrantes de un proceso de parcelación urbanística ilegal (art. 257 LS); ello en conexión con la prohibición de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable (art. 16.2 LS), con la sujeción a licencia de toda parcelación urbana (art. 242.2 LS) y con la exclusión del Registro de todo acto o negocio jurídico que no reúna los requisitos prescritos por el ordenamiento jurídico para su validez y eficacia (arts. 1, 18, 38 y 40 LH) justifican sobradamente la paralización de la inscripción pretendida en tanto no se acredite la conformidad del negocio jurídico con la legalidad urbanística.

Es parecido el caso contemplado en la Resolución de 17 de enero de 1995. En el Registro de la Propiedad de Motril número 2 se suspende la inscripción de una escritura por la que una sociedad divide una finca rústica de su propiedad en 18 lotes de 4 áreas cada uno, diciéndose que se destinaban a «huertos familiares». La nota adversa se basaba en la no aportación de la licencia municipal de parcelación; pero además existía el dato revelador de que la división no apuraba la totalidad de la finca matriz, sino que quedaba un resto indeterminado que se dedicará, según se dice en la escritura, a la ampliación de la carretera de acceso. Ante el recurso interpuesto, el Registrador informó que al no existir normas urbanísticas regionales en Andalucía rigen los textos legales nacionales, sin que se pueda acudir a los llamados protocolos cuya efectividad se ha negado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de abril de 1984. En consecuencia son aplicables las normas de los artículos 15 y 16 de la Ley del Suelo que antes hemos expuesto; además, el propio Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Motril prohíbe la formación de núcleos de población en terrenos no urbanizables y por ello el Ayuntamiento había ya calificado esta división como parcelación urbanística ilegal, incoando un expediente por infracción urbanística que constaba ya por anotación preventiva en el Registro.

A pesar de todo, el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia revocó la nota del Registrador fundándose en que el artículo 259 de la Ley del Suelo no es aplicable al tratarse de una división operada en suelo no urbanizable.

Pero la Dirección General, fallando en última instancia, vuelve a poner las cosas en su sitio revocando el citado Auto y confirmando plenamente la nota denegatoria del Registrador. En el único fundamento de Derecho se razona que no cabe ninguna duda de que para la inscripción de la división cuestionada se requiere la previa obtención de la correspondiente licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, tal como previene el artículo 259.3 de la Ley del Suelo.

Los supuestos de hecho son análogos en el caso contemplado en la Resolución de 16 de junio de 1995, procedente del Registro de la Propiedad

de Palencia número 2. Se le da la misma solución de exigir como imprescindible la licencia municipal para la parcelación de una finca rústica con finalidades urbanísticas.

Afortunadamente, ahora los Registradores tenemos los instrumentos adecuados para poder colaborar en este campo. Tanto el último texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 que acentúa el reflejo registral de las situaciones jurídicas urbanísticas, como la nueva Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995 que ha establecido la nulidad de las fragmentaciones de fincas rústicas indivisibles, suponen unos valiosos instrumentos para conseguir en ambas direcciones una mayor seguridad en la ordenación territorial.

Entre todos hemos de colaborar en esta apremiante tarea que se escapa de las meras elucubraciones doctrinales y tiene una vital importancia económica y jurídica.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

El fenómeno de la multipropiedad y del tiempo compartido: estudio práctico en la legislación vigente y en la proyectada legislación

SUMARIO PRIMERO. INTRODUCCION: A) EL FENOMENO DEL TURISMO. B) EL FENOMENO DEL TIEMPO COMPARTIDO: a) NOCIONES GENERALES. b) IMPORTANCIA CUANTITATIVA DEL FENÓMENO DE LA MP. c) PROBLEMAS PLANTEADOS EN LA ACTUALIDAD POR LA MP. C) CARACTERISTICAS DE NUESTRO ANÁLISIS.—**SEGUNDO. NORMATIVA SOBRE EL FENOMENO DEL TIEMPO COMPARTIDO O MULTIPROPIEDAD:** I) NORMATIVA INTERNA VIGENTE. II) NORMATIVA COMUNITARIA: LA DIRECTIVA 94/47/CEE, DE 26 DE OCTUBRE DE 1994. A) CARACTERÍSTICAS GENERALES. B) ELEMENTOS DEL CONTRATO: a) *Subjetivos*. b) *Objetivos*. c) *Formales*. C) CONTENIDO SUSTANTIVO DE LA DIRECTIVA: a) *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*. b) *Derecho de revocación unilateral*. c) *Efectividad de la protección de los consumidores*. D) CRÍTICA DE LA DIRECTIVA. III) NORMATIVA INTERNA PROYECTADA: a) *Borrador para un Anteproyecto de Ley sobre Multipropiedad*. b) *Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios*. c) *Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido*. d) *Anteproyecto de Ley sobre Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles*.—**TERCERO. DERECHOS QUE INTEGRAN EL LLAMADO TIEMPO COMPARTIDO:** I) DERECHOS PERSONALES DE UTILIZACION PERIODICA. II) LA TITULARIDAD COMPARTIDA DE LOS DERECHOS REALES. III) COMUNIDAD DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS. IV) LA MULTIPROPIEDAD: A) LA MULTIPROPIEDAD ASOCIATIVA: a) *Admisibilidad*. b) *Problemas para configurar la MP asociativa*. Con arreglo a las leyes españolas: 1) Como Club. 2) Como Sociedad: Sociedad civil. Sociedad mercantil. Con arreglo a las legislaciones extranjeras. c) *Problemas derivados de la MP ya constituidos*. B) LA MULTIPROPIEDAD COMO DERECHO REAL: a) *Configuración*. b) *Régimen jurídico de la MP*. 1) Elementos de la MP: Personales. Reales: inmueble, período de tiempo. Formales. Escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad. 2) Normas derivadas de la autonomía de la voluntad. a) Normas relativas al uso y disfrute de su elemento. b) Normas relativas a la disponibilidad de su dere-

cho. c) Normas de carácter económico. d) Normas de organización: Organos. e) Facultad de modificación unilateral. f) Cláusula de sometimiento a arbitraje. 3) Pactos anejos a la MP: a) Facultad de arrepentimiento. b) Facultad de intercambio. 4) Transmisión de derechos de MP ya constituida. V) CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO.—**CUARTO: PROTECCION AL CONSUMIDOR: A) PRINCIPALES PROBLEMAS OBSERVADOS. B) CUESTIONES A TENER EN CUENTA EN LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR: 1) SENTIDO COMÚN. 2) IMPORTANCIA DE LA ADECUADA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR. 3) IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS CONCEDIDOS A LOS MULTIPROPIETARIOS. 4) IMPORTANCIA DE DESTERRAR POSIBLES CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE MP. 5) IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN ASESORA DEL NOTARIO. 6) INTERVENCIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES.—QUINTA: CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.**

PRIMERO.—INTRODUCCION

A) EL FENOMENO DEL TURISMO

El turismo es un fenómeno tan antiguo como el hombre, pero es en tiempos modernos cuando se generaliza, debido a la mejora de las comunicaciones y a la subida del nivel de vida. Por ello, es común afirmar que una de las manifestaciones más claras del desarrollo económico y social de una sociedad es la creciente importancia del fenómeno turístico. Estamos en la llamada «cultura del ocio», y su reflejo más característico es el turismo. Para cuantificar este fenómeno, hemos de acudir a las cifras del turismo internacional (únicas disponibles históricamente). Así, en datos de la Organización Mundial del Turismo (OMT) se registraron 25 millones de turistas internacionales en 1950. En 1970, había subido a 166 millones, y en 1993 se había sobrepasado la cifra de 500 millones de turistas internacionales, con un crecimiento medio acumulativo del 7% anual. Para el año 2.000 se estiman 661 millones de turistas internacionales. Si a estos datos sumamos los del turismo interior (mucho más importante cuantitativamente), la importancia del fenómeno turístico es extraordinaria. Así, a nivel mundial:

- supone el 6% del Producto Nacional Bruto.
- da empleo a 130 millones de personas.
- las inversiones en capital suponen más de 400.000 millones de dólares (7'1% de la inversión total mundial).

La importancia económica del turismo en nuestro país es extraordinaria:

- porque provoca migraciones temporales de gran magnitud (España, con una población que no llega a 40 millones de habitantes, recibió 57.258.615 visitantes extranjeros, y se superó los 60 millones en 1994;

— porque la contribución del sector turístico en el PIB es creciente en el tiempo, y por que es el único mecanismo que permite compensar (en mayor o menor grado) el crónico déficit comercial de la economía española (téngase en cuenta que España es la tercera potencia turística mundial, por número de visitantes y por ingresos, tras Estados Unidos y Francia). Es, como señala AGUEDA ESTEBAN TALAYA, el instrumento básico de financiación del déficit comercial (en 1993, los ingresos exteriores por turismo fueron de 17.045 millones de dólares, y los gastos de 4.538 millones de dólares). Según estimaciones oficiales, la contribución del sector turístico en el incremento del PIB para 1994 (estimado en conjunto en un 2%) es de un 20% (es decir, que el 20% de dicho incremento es debido exclusivamente al sector turístico);

— porque cada vez es mayor el número de personas cuyo puesto de trabajo depende directa o indirectamente del turismo.

B) EL FENOMENO DEL TIEMPO COMPARTIDO

a) NOCIONES GENERALES. El turismo, como fenómeno social, es propio de las últimas décadas como se ha señalado anteriormente. En un primer momento, la base del mismo era la hostelería (desde las antiguas fondas y posadas hasta los modernos hoteles y apartoteles). Posteriormente (debido al mayor tiempo disponible para el ocio y la mejora de las comunicaciones) empezaron a tomar importancia las llamadas «segundas residencias» o «viviendas de fin de semana». El problema que plantea la adquisición en propiedad de una segunda vivienda es el económico (tanto la adquisición en sentido estricto, como su periódico mantenimiento).

La multipropiedad, en sentido amplio, o el llamado «tiempo compartido» (denominación esta que no me gusta, dado que no expresa el contenido del derecho, pero que parece va a imponerse dados los términos de la normativa comunitaria, como se dirá) trata de llenar un hueco importante al permitir el acceso a la propiedad a sectores que no podrían hacerlo, por motivos económicos, a tiempo completo (y así expresamente lo recoge el Documento de Trabajo de 26 de Mayo de 1986 de la CEE en relación a la problemática del *timesharing*) creando el sistema de propiedad por turnos, con el consiguiente abaratamiento de la inversión necesaria para acceder a la misma, tanto en su adquisición como en su mantenimiento.

Para el planificador económico, el éxito de la multipropiedad (en adelante, MP) es de una gran importancia:

— porque puede permitir superar el problema de la estacionalidad en el turismo. Así, en 1993, el 42'78% de los turistas extranjeros nos visitaron

los meses de verano (en julio un 14'25%, en agosto un 17'75% y en septiembre un 10'78%) y el turismo interno es todavía más estacional, al menos en España. Como señalan ANDRÉS PEDREÑO y VICENTE MONFORT, la estacionalidad, característica del turismo español, supone una deseconomía que provoca enormes pérdidas en la capacidad de prestación de servicios instalada en el sector turístico nacional, induciendo a cierres temporales o trabajos con niveles de demanda insuficiente, con un efecto nocivo en el capital humano, tanto en cantidad (empleos estacionales) como en calidad (al no poder configurar plantillas profesionales y competitivas),

— porque permitirá una mayor utilización de los recursos empleados en infraestructura turística,

— porque puede permitir asegurar un flujo constante de personas a una determinada zona, lo que facilitará la afluencia de inversiones en actividades relacionadas con el mismo (al minimizarse el riesgo de que, por motivos políticos o económicos, dejen de venir turistas, sobre todo extranjeros, en periodos futuros),

— porque es un mecanismo que puede ayudar a superar las situaciones de crisis en el sector turístico, al hacer accesibles a personas que no podrían hacerlo a través de la propiedad ordinaria. Esto es especialmente importante en estos momentos en que, no obstante los buenos resultados del sector turístico en los años 1993 y 1994 (derivados de lo barato de nuestros servicios —dadas las sucesivas devaluaciones de la peseta— y de los conflictos existentes en zonas tradicionalmente turísticas (como Yugoslavia, Norte de Africa, Turquía, Países Arabes, Cuba...), es fundamental poner las bases de un desarrollo equilibrado y estable de nuestro sector turístico.

Las crisis económicas tienen un reflejo inmediato en el sector turístico, afectando no solo a la cantidad, sino fundamentalmente a la calidad del mismo (en el sentido de cambios cualitativos en la demanda). Por eso, la correcta utilización del sistema de MP puede tener una importancia extraordinaria. Baste decir, a tal respecto, que la MP empieza a difundirse mayoritariamente en Estados Unidos (primera potencia turística mundial, en términos absolutos) a partir de 1973 cuando, por efecto de la crisis del petróleo, urbanizaciones enteras se quedaron sin vender, y los promotores inmobiliarios decidieron explotarlos en régimen de MP. Situación semejante se ha empezado a observar en la Costa del Sol, cuando urbanizaciones completas, cuyos promotores no han podido hacer frente a los préstamos hipotecarios que financiaban su construcción, han cedido en pago o han sido objeto de ejecución, pasando, en consecuencia, la propiedad al Banco prestatario, quien se encarga de gestionar el sistema de MP, ofreciéndose su venta y financiación en las propias oficinas bancarias, y apareciendo el Banco como responsable del buen fin de la operación, y dando al consumi-

dor la solvencia y seguridad que no encuentra en muchas empresas dedicadas a la venta de MP (dada la mala imagen del sector).

b) **IMPORTANCIA CUANTITATIVA DEL FENÓMENO DE LA MP.**—Carezco de estadísticas recientes y fiables sobre el fenómeno del tiempo compartido (o «propiedad vacacional», como lo llaman los americanos). Principalmente del libro de JORGE RODRÍGUEZ PÉREZ y ANTONIO DÍAZ-FLORES CALERO (*La Multipropiedad*, 1992) y de las Ponencias del II Congreso Internacional sobre Multipropiedad y Defensa de los Consumidores (1994) extraigo los siguientes datos, que nos pueden dar unas pistas de la importancia de este sector:

(i) En 1975 existían, en todo el mundo, 168 complejos en MP. En 1990 ese número estimado de complejos, en todo el mundo, era de 2.500, de los que 900 están en Canadá y Estados Unidos, 400 en Japón y 350 en Europa, la mayoría británicos y españoles. En 1994 dichos complejos pasan de 3.000.

En los últimos años, la tasa de crecimiento en España es de un 16'50% anual acumulado en cuanto al número de complejos, cuyo número total en 1994 es de 350 complejos, liderando España el mercado europeo.

(ii) Se estiman, en todo el mundo, 764.000 propietarios en régimen de tiempo compartido, de los que 290.000 son británicos, 150.000 alemanes y el resto de los demás países. Para el año 2000, se prevé que existan 1.500.000 propietarios en régimen de MP.

(iii) En 1990 había en España 161 complejos, casi todos en Canarias y Costa del Sol, con un número de elementos susceptibles de aprovechamiento de 6.500 aproximadamente. En 1994, como se ha dicho, el número total de complejos es de 350 aproximadamente. Tomando como media 40 elementos por complejo, si consideramos 52 periodos de utilización, el número de potenciales adquirentes sería de 728.000 familias (ya que la unidad de ocupación es la familia). No obstante, en 1994, se estima en 330.000 el número de familias que han utilizado servicios en régimen de multipropiedad (en sus diversas modalidades).

De estos conjuntos, más de dos terceras partes son de la llamada MP societaria, y de éstas, casi en su totalidad, están gestionadas por empresas británicas, domiciliadas en algún paraíso fiscal (Gibraltar, Islas del Canal...).

(iv) que el tipo de contrato más difundido, estadísticamente es el siguiente, para 1991:

— Más del setenta por ciento de los adquirentes son extranjeros (en su mayor parte, británicos, donde residen la mayor parte de las empresas comercializadoras del producto).

— Vivienda tipo: salón, cocina, dos dormitorios y dos cuartos de baño, con cuatro plazas;

- precio de una semana en temporada alta: algo más de un millón de pesetas;
- adquisición media: 1'7 semanas por contrato (en Agosto, predominan 2 semanas);
- gastos de mantenimiento por semana: entre 10.000 y 20.000 pesetas;
- gastos de afiliación a club de intercambio; 9.000 pesetas por año;
- coste de la actividad de intercambio: 10.000 pesetas.

Las perspectivas de crecimiento futuro son importantes. La Consultora ALZA LIMITED concluye que el sector tiene un enorme potencial de futuro. Si en otros países, la penetración de la MP es muy superior al 1'5% del total parque de viviendas (cifrado, en España, en 14.400.000 viviendas), tomando dicha tasa porcentual (muy moderada, como se ha dicho) supon-dría la existencia de 216.000 elementos, y a razón de 40 elementos por complejo, arrojaría un número de 5.400 (muy superior a los 161 existentes en 1990). Si a ello añadimos que España es el país con más turismo en todo el mundo, lo benigno de su clima, la subida de nivel económico, la mejora y abaratamiento de las comunicaciones, y lo sagrado de las vacaciones y de la hispánica institución de los puentes, todo ello nos lleva a ser optimistas en el futuro del sector.

Por todo lo expuesto, la importancia cuantitativa del Tiempo Compartido es importante, sobre todo en las Islas Canarias, donde, exageradamente, HERMENEGILDO ALTOZANO señala que el 25% de los turistas que van a las islas lo son en régimen de tiempo compartido. En cualquier caso, las Islas son el lugar idóneo para el mismo:

- dada la gran cantidad de turistas recibidos (7.415.573 en 1993);
- que el tiempo medio de estancia del turista en Canarias es de ocho días;
- que el clima es óptimo durante todo el año.

c) PROBLEMAS PLANTEADOS EN LA ACTUALIDAD POR LA MP. En el II Congreso Internacional de Multipropiedad (1994), se ponen de manifiesto por los asistentes los principales problemas que en la actualidad plantea la MP y centrados en el aspecto del Derecho de consumo (téngase en cuenta que el citado Congreso fue organizado por la Unión de Consumidores de España):

- técnicas agresivas de venta,
- publicidad engañosa,
- falta de claridad en los contratos,
- desconocimiento del precio final del producto,
- sumisión a un fuero que es ni del lugar de la firma del contrato ni del complejo, ni siquiera del consumidor.

- inseguridad sobre el funcionamiento futuro del complejo y los costes que se derivan de su gestión,
- falta de transparencia del sector,
- insolvencia, oportunismo y ausencia de profesionalidad de algunos agentes que operan en él.

C) CARACTERISTICAS DE NUESTRO ANALISIS

Nuestro tema de estudio van a ser cuestiones eminentemente prácticas planteadas en relación al tema del tiempo compartido (o MP en sentido amplio).

Con carácter general, deben resaltarse algunas CARACTERISTICAS ESPECIFICAS de las actividades de tiempo compartido:

A) Especificidades derivadas de su DESTINO, generalmente de vivienda vacacional o de temporada. Ello supone:

1) A los efectos de PLANEAMIENTO URBANISTICO: El planeamiento urbanístico no puede ser ajeno al fenómeno de la MP, como manifestación que es de la actividad turística. La función del planeamiento es la ordenación del uso racional del suelo y del adecuado ejercicio de las facultades dominicales, de conformidad con la utilidad pública y el interés de la Economía. Ello exige (o debe de exigir):

a) Configurar el destino de uso en régimen de tiempo compartido como uso terciario o de servicios y distinto de otras figuras análogas (hoteles, segunda vivienda...).

b) Determinar que el uso en régimen de tiempo compartido solo será aplicable a aquellas zonas en que el atractivo del lugar no quede reducida a una estación o periodo determinado, sino a todo (o la mayor parte) del año.

c) Una previsión con relación al uso del suelo teniendo en cuenta las especialidades que se derivan de la actividad de tiempo compartido (derivado de la suprautilización de los elementos y servicios, en relación a otro destino turístico). A tal fin, no puede tenerse en cuenta la población residente, sino la población de hecho en plena y simultánea ocupación, así como el destino turístico (que eximirá, por ejemplo, de prever la existencia de colegios, pero sí, en cambio de otros servicios netamente turísticos).

d) A los efectos de determinar equipamientos, servicios y dotaciones que ha de tener el Conjunto, teniendo en cuenta esa previsible sobreutilización.

e) La obtención de una simple licencia de construcción no puede ser suficiente para la construcción de un complejo en régimen de tiempo compartido: es (o debería ser) necesario que sea una licencia específica para tal fin (teniendo en cuenta su carácter de actividad de servicios).

2) A los efectos del ejercicio de funciones inspectoras y de control por parte de la Administración turística.

3) A los efectos de exigir unas características especiales a las empresas y profesionales que intervienen en la actividad (empresa promotora, empresa de servicios, administración..).

B) De la estructura generalmente TRIANGULAR de los elementos personales intervinientes en la relación: El promotor (profesional en el ejercicio de una actividad mercantil), el adquirente (generalmente consumidor) y la empresa de servicios (que ha de ser la encargada de proporcionar los servicios necesarios para el buen fin del contrato, y para satisfacer el interés del adquirente).

C) De la consideración de una relación CONTINUADA DEL TIEMPO o de TRACTO SUCESIVO: la relación entre las partes no termina con la formalización del contrato y la entrega del inmueble (como en la compra de una vivienda), ni siquiera con la ocupación del inmueble por el adquirente, sino que requiere la prestación de unos servicios de forma continuada en el tiempo (empresa de servicios).

D) La importancia del ELEMENTO TRASNACIONAL. El turismo es una actividad de masas y está concretado, geográficamente, en determinados países, por causa del clima, de situación, cultura... y que son llamados por ello receptores de turistas. A estos países van fluyendo, con carácter masivo, turistas de todas las nacionalidades, a modo de grandes invasiones periódicas de carácter pacífico. Y a la cabeza de los países invadidos se encuentra España que, con apenas 40 millones de habitantes, recibe más de 60 millones de turistas extranjeros.

De todo lo expuesto, cabe deducir que el tiempo compartido es un fenómeno global, de carácter interdisciplinar. Incluso en el campo jurídico, ofrece interesantes cuestiones de carácter civil, mercantil, fiscal, urbanístico e internacional. Por todo ello, interesa precisar el objeto de nuestro estudio:

(i) Se va a prescindir del estudio de antecedentes históricos y de Derecho comparado (vid. por todos el excelente libro de PEDRO A. MUNAR BERNAT: *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1991). Asimismo se va a abordar muy de pasada cuestiones técnico-jurídicas (especialmente en relación con su naturaleza jurídica de la MP), que, siendo de extraordinario

interés, han sido suficientemente estudiados en otros libros y artículos especializados realizados por juristas con mucha más autoridad que yo.

(ii) Se va a hacer un estudio centrado fundamentalmente en la normativa vigente, con algunas alusiones (necesariamente breves) a la proyectada normativa interna y a la recién aprobada normativa comunitaria.

(iii) Quiero asimismo resaltar el carácter fundamentalmente PRACTICO de nuestro análisis, basado en la práctica profesional como Notario. Ello nos lleva a estudiar la MP desde una doble perspectiva:

— como situación ya creada y existente que opera en el tráfico jurídico con formas en la mayoría de los casos inadecuadas o claramente *contralegem*, que ha dado lugar a las llamadas, en terminología de LORA-TAMAYO, «situaciones patológicas de MP».

— como situación a configurar. Aquí señalar la doble función del Notario como profesional del Derecho y como funcionario público, y, dentro de la primera, la función asesora que expresamente recoge el artículo 145 RN al decir que «es función del Notario la de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarle los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se propongan alcanzar». Precisamente por ello, y dada la falta de regulación sustantiva, de la importancia del título constitutivo a la hora de configurar la MP, así como los derechos y deberes que del mismo se derivan para los multipropietarios, exige de nosotros un conocimiento profundo de la materia, y ello explica que la mayor parte de los primeros estudios acerca de la multipropiedad en nuestro país y en el área iberoamericana proceda de Notarios y Registradores o de sus Congresos. Una adecuada configuración jurídica de la MP puede dar lugar a la resolución o mejor, evitación, de gran cantidad de conflictos y hacer efectiva la frase de Don Joaquín Costa «Notaría abierta. Juzgado cerrado».

(iv) Por último, y a mayor abundamiento de lo hasta ahora dicho, hacer también referencia OBLIGADA al tema de la protección de los consumidores y usuarios, obligación que a los poderes públicos impone el artículo 51.2 Const. y que desarrolla la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, y que deberá, además, incorporar la normativa comunitaria constituida por la Directiva 93/13/ CEE de 5 de Abril de 1993 sobre «Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», y cuyo plazo de incorporación a la normativa interna concluyó el 31 de Diciembre de 1994 (y sobre la cual no existe, por el momento, Proyecto de Ley alguno de incorporación a la normativa interna, y solo contamos con un Borrador de Anteproyecto).

Es conocido por todos la existencia de fraudes y engaños en relación a la MP (vid la relación de problemas antes realizada), y la mala imagen

pública de esta institución, así como del hecho constatado de que la mayor parte de los clientes potenciales suelen ser compradores de una reducida capacidad económica y, en muchas ocasiones, extranjeros (que desconocen la normativa interna española, desconocen el idioma y son presas fáciles de embaucadores, que además, generalmente, no son españoles).

Esta necesidad de protección de los consumidores, puesta de manifiesto en el II Congreso Internacional sobre Multipropiedad y Defensa del Consumidor, celebrado en Madrid los días 24 a 26 de noviembre de 1994, organizado por la Unión de Consumidores de España (U.C.E.), exige de nosotros, los Notarios, como uno de los pilares básicos en el que se asienta el principio de seguridad jurídica, una labor no solo activa sino, incluso beligerante. La pena es que los supuestos donde mayoritariamente se concentra el fraude sea precisamente aquellos que quedan fuera del control notarial y registral.

El comprador en MP a una empresa es, prácticamente siempre, un consumidor, y como tal, debe asegurarsele:

— que el consumidor tenga información suficiente acerca de lo que adquiere. Aquí debe de vigilarse con una extrema diligencia el que la publicidad sea veraz y que el adquirente tenga pleno conocimiento del negocio que realiza, teniéndose en cuenta las especialidades propias de esta institución (en que, además de la adquisición, en sí del inmueble, es esencial la prestación de determinados servicios, imprescindibles para lograr el fin económico del negocio);

— que lo que se le da es realmente lo que se le ha ofrecido;

— que la MP es una forma de propiedad perfectamente admisible en nuestro Ordenamiento, y además de gran interés e importancia para extender el fenómeno turístico a sectores que no podrían hacerlo de otra manera;

— que en caso de incumplimiento, tenga vías eficaces para hacer valer su derecho.

SEGUNDO.—NORMATIVA SOBRE EL FENOMENO DEL TIEMPO COMPARTIDO O MULTIPROPIEDAD

I. NORMATIVA INTERNA VIGENTE

La MP tiene origen contractual, por lo que se regirá, en primer lugar, por lo pactado por las partes, dado el principio de autonomía de la voluntad (1255 CC).

Respecto a su regulación legal, hemos de partir de la existencia de un vacío normativo en España de normas relativas a la multipropiedad. En

efecto, salvo normas administrativas de las Comunidades Autónomas, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia turística (Orden de la Consejería de Turismo y Transportes de Canarias de 25 de agosto de 1988 y Orden de la Consejería de Turismo de Baleares de 15 de enero de 1990), carecemos de una normativa sustantiva específica, lo que, dado el carácter completo del Ordenamiento Jurídico, exigirá la aplicación analógica de reglas y otras instituciones y normas generales del Derecho privado, y en las que se aprecie identidad de razón (art. 4.1 CC y doctrina sentada por la STS de 7 de enero de 1981 —en relación a la existencia de vacío normativo, que no existen normas contractuales pactadas— y la STS de 12 de junio de 1990).

II. NORMATIVA COMUNITARIA

En el ámbito COMUNITARIO, la preocupación por la materia es antigua, dada la vinculación del *timesharing* al fenómeno turístico y a su alcance transnacional. Este interés se pone de manifiesto:

— En el Documento de Trabajo del Consejo de la CEE de 26 de mayo de 1986 en relación a la problemática del *timesharing*.

— La Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo de 30 de septiembre de 1988 relativa a la necesidad de dictar una Directiva regulando la multipropiedad.

— En cumplimiento de esta recomendación del Parlamento Europeo, la Comisión Europea, preocupada por lograr un nivel elevado en la protección de los consumidores (art. 100.A del Tratado Constitutivo de la CEE de Roma, añadido por el artículo 18 del Acta Unica Europea), y tratando de atajar las diversas formas de fraude inmobiliario (vid. por todos el informe Mac Millan), elaboró la Propuesta de Directiva relativa a la protección de adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido (24 de julio de 1992). Tras los correspondientes Dictámenes del Consejo Económico y Social (Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº C 108 de 19 de abril de 1993), y del Parlamento Europeo (DO nº C 176 de 28 de junio de 1993), vista la Propuesta de la Comisión Europea (DO nº C de 5 de noviembre de 1993), se elaboró una Posición Común adoptada por el Consejo en sesión de 4 de marzo de 1994 (DO nº 137 de 19 de mayo de 1994), que tras la Decisión del Parlamento Europeo de 4 de mayo de 1994 (DO nº C 205 de 25 de julio de 1994) y Posición Común del Comité de conciliación de 22 de septiembre de 1994, se desembocó en la Directiva 94/47/CEE de 26 de octubre de 1994 (DO nº L 280, de 29 de octubre de 1994).

Dicha Directiva consta de una Exposición de Motivos (con quince apartados), y trece artículos, junto con un Anexo (datos mínimos que debe contener el contrato contemplado en el artículo 4 de la Directiva).

Aunque quizá el orden lógico aconsejara tratar la Directiva Comunitaria a continuación del estudio de la normativa interna, en este caso vamos a invertir este orden lógico, teniendo en cuenta la falta de contenido sustantivo de la misma, y del hecho de que va a ser la línea a seguir por el legislador español a la hora de regular la MP.

Como ya se ha dicho, la Directiva Comunitaria es la número 94/47/CEE de 26 de octubre de 1994, y vamos a abordar su estudio en diferentes epígrafes.

A) CARACTERÍSTICAS GENERALES

(i) La norma comunitaria adopta la técnica de la DIRECTIVA, es decir, el establecer una normativa dirigida a los Estados miembros (artículo 13 Directiva) para que lo introduzcan en sus legislaciones internas en un plazo máximo de treinta meses desde su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (artículo 12 Directiva). Es lo que la doctrina comunitaria define como SUBSIDIARIDAD DESCENDENTE.

Como la publicación de la Directiva tuvo lugar en el Boletín Oficial de las Comunidades de 29 de Octubre de 1994 (D.O.C. número L 280/83), el plazo de incorporación a las legislaciones internas termina el 29 de Abril de 1997.

Además de este efecto (efecto propio), caben señalar dos posibles efectos:

— EFECTO NEGATIVO. Los países miembros no pueden dictar normas contrarias a la Directiva, desde la aprobación de la misma.

— EFECTO DIRECTO. Es de extraordinario interés plantear el tema de la APLICABILIDAD DIRECTA de la Directiva. Aunque el destinatario, como se ha dicho, son los Estados miembros, transcurrido el plazo de incorporación sin que por alguno o algunos se hubiera realizado, y siguiendo los precedentes jurisprudenciales señalados en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE de 5 de abril de 1979 aff. Van Gend und Loos), y dado lo concreto de su regulación (que no exige, para su aplicación, ulterior desarrollo), creo que sería de aplicación directa, dado que el propósito de la normativa comunitaria es la protección del consumidor (que es uno de los objetivos de la Unión Europea, artículo 100.A del Tratado Constitutivo). Esta «aplicación directa» ha sido reconocida en nuestro Ordenamiento por la STS de 13 de junio de 1991, que alude a este efecto en caso de autosuficiencia de la Directiva

(ii) La Directiva establece unas normas de MINIMOS. Así en el artículo 11 de la Directiva se dispone que la misma no será obstáculo para que los Estados adopten o mantengan normas más favorables en materia de protección de los consumidores en el ámbito regulado por la misma.

(iii) La Directiva carece de regulación SUSTANTIVA, o más propiamente, no pretende hacer una regulación sustantiva del tiempo compartido. Parte de la existencia de un fenómeno (el *timesharing* o, en español, el tiempo compartido), regulado de forma muy diferente en cada país miembro, y, por ello, deja a cada país la regulación de la naturaleza jurídica (apartado 3 de la Exposición de Motivos y artículo 1 *fine* de la Directiva) y demás requisitos para celebrar contratos de tiempo compartido (apartado 4 de la Exposición de Motivos).

En todo caso, establece que es figura distinta de la propiedad ordinaria, del mero arrendamiento (apartado 5 de la Exposición de Motivos) o de otras instituciones propias de la actividad turística (apartado 6 de la E. de M.)

Consecuente con su carácter de Directiva, su artículo 10 dispone que los Estados miembros establecerán en sus legislaciones las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva.

(iv) La Directiva, inspirada en el artículo 100.A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina «relaciones de consumo», es decir, la aplicable entre un profesional y un consumidor, despreocupándose de las demás cuestiones relacionadas con la multipropiedad.

(v) El verdadero objetivo de la Directiva es, como señala el artículo 1, aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros referentes a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos relativos, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido.

Esquemáticamente los objetivos son, en consecuencia:

— crear las bases de un mercado interior en materia de multipropiedad, para evitar distorsiones en la competencia (apartado 1 de la Exposición de Motivos).

— regular el tema de la información al consumidor, de la publicidad empleada por los empresarios de multipropiedad (apartado 7 de la Exposición de Motivos) y del contenido mínimo que ha de tener el contrato.

— procurar al adquirente un nivel de protección elevado (apartado 8 de la E. de M.), asegurando la efectividad del mismo.

— contemplar los procedimientos y formas de resolución y revocación.

B) ELEMENTOS DEL CONTRATO

a) *Subjetivos*

A los efectos de esta Directiva (Art. 2 Directiva) debe entenderse:

1) **EMPRESARIO (VENDEDOR)**: Se destaca el carácter PROFESIONAL, al definirlo como toda persona física o jurídica que, en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva y en el marco de su actividad profesional, cree, transfiera o se compromete a transferir el derecho objeto del contrato.

2) **CONSUMIDOR (ADQUIRENTE)**: Toda persona física que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al ámbito de su actividad profesional, se le trasfiere el derecho objeto del contrato, o sea, la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato.

Este precepto sigue la técnica de las normas comunitarias de considerar consumidores sólo a las personas físicas (vid. por ejemplo el artículo 2 de la Directiva sobre Cláusulas Abusivas en Contratos celebrados con Consumidores). Téngase en cuenta que en nuestro Ordenamiento, el concepto de consumidor incluye la persona jurídica fuera de su actividad profesional (art. 1 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios).

b) *Objetivos*

1) **TIEMPO COMPARTIDO**.—Ante las diversas formas que reviste la multipropiedad en cada ordenamiento, la Directiva define el ámbito objetivo del «tiempo compartido» (art. 2) como todo contrato o grupo de contratos celebrado por un periodo mínimo de tres años para que, mediante el pago de un determinado precio global, se cree, transfiera o se transfiera el compromiso de transferir, directa o indirectamente un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, durante un periodo determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana.

Cabe destacar de esta definición omnicomprendiva:

— se refiere a un contrato o a un grupo de contratos.

— relativo a uno o a varios inmuebles. Parece admitirse el tiempo compartido sobre un solo inmueble o sobre varios (derecho de contenido flotante).

— periodo mínimo de tres años: es decir, abarca tanto la verdadera multipropiedad (perpetua, en el tiempo), como derechos personales o reales

de carácter periódico y limitado en el tiempo. La propia definición da entrada a diversas modalidades de tiempo compartido, desde el punto de vista del contenido del derecho.

— precio global: se distancia aquí del arrendamiento u otros derechos de uso de pago periódico.

— periodo mínimo de duración del periodo: una semana al año. Se quiere así separar de los derechos típicamente hosteleros.

2) INMUEBLE. Por inmueble se entiende todo inmueble o parte de un inmueble para uso de vivienda al que se refiera el derecho objeto de contrato.

c) *Formales*

La preocupación de la Directiva es hacer efectivos los derechos a una información veraz y completa por parte del consumidor.

Esto se desenvuelve en diversos momentos:

1) FOLLETO PUBLICITARIO (art. 4.3 Directiva). Cualquier publicidad que se refiera al inmueble indicará la posibilidad de obtener el documento informativo, y el lugar donde puede hacerse efectivo.

2) DOCUMENTO INFORMATIVO (INFORMACION CONTRACTUAL). El vendedor vendrá obligado a proporcionarla a la persona que solicite información, que deberá (aunque no se diga expresamente, se induce de los artículos 3 y 4 Directiva) incluir:

- descripción general del bien o bienes.
- información precisa y concreta sobre los datos indicados en las letras a) a g), i) y l) del Anexo.
- indicación de como obtener información complementaria.

Dicha información habrá de formar parte del contrato, y salvo que las partes lo acuerden expresamente, los cambios introducidos en el citado documento solo podrán ser resultado de circunstancias ajenas a la voluntad del vendedor. En este caso, debe de comunicarse al comprador antes de celebrarse el contrato, y deberá constar así en el contrato.

3) CONTRATO. Habrá de redactarse por escrito y deberá contener, cuanto menos, los datos indicados en el Anexo.

CUESTIONES IDIOMATICAS: Dada la pluralidad de lenguas dentro de la Comunidad, y tratando de hacerse efectivo el derecho a una información efectiva por parte del consumidor, se dispone en el artículo 4 de la Directiva:

- a) Que el contrato y el documento informativo deberá estar redactado en lengua de las oficiales de la Comunidad, a elección del adquirente, bien la de su residencia habitual, bien la de su nacionalidad. No obstante, el Estado en el que resida el adquirente puede imponer que se redacte en su lengua, dentro de las oficiales de la Comunidad.
- b) Obligación del vendedor de facilitar una traducción en la lengua del Estado en que radique el inmueble (de entre las oficiales de la Comunidad).

C) CONTENIDO SUSTANTIVO DE LA DIRECTIVA

Como se ha dicho, la Directiva ha renunciado a realizar una regulación sustantiva de la MP. No obstante, ello no quiere decir que carezca de contenido sustantivo, relacionado con la finalidad de la norma (la protección de los consumidores):

a) *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*

La Directiva contiene las siguientes limitaciones:

1) PROHIBICION DE ANTICIPOS.—Art. 6 Directiva: Los Estados miembros establecerán en sus legislaciones medidas encaminadas a prohibir cualquier pago de anticipos por el adquirente antes del final del periodo de ejercicio del derecho de resolución.

Este es, a mi juicio, uno de los puntos más discutibles de la Directiva, por los perjuicios que ello va a suponer a las empresas dedicadas a comercializar la MP. Podría haberse llegado al mismo resultado (protección del consumidor) de forma menos perjudicial para el promotor estableciendo la obligación de este de prestar cauciones o garantías que aseguren al comprador la devolución de las cantidades recibidas a cuenta (en la misma línea que la Ley 57/1968 de 27 de julio).

2) PROHIBICION DE RENUNCIA DE DERECHOS.—Art. 8 Directiva: Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que toda cláusula mediante la cual el adquirente renuncie a los beneficios de los derechos mencionados en la presente Directiva o mediante la cual el vendedor quede liberado de las obligaciones derivadas de la presente Directiva no vincule al adquirente, en las condiciones fijadas por sus ordenamientos jurídicos nacionales.

b) *Derecho de revocación unilateral*

Este es el punto de más interés (y de más discusión) de la Directiva. La Directiva lo regula en sus artículos 5 y 7, como un derecho de

RESOLUCION FACULTATIVO PARA EL COMPRADOR, que quizá, con mejor técnica jurídica, podríamos calificarlo como DERECHO DE REVOCACION UNILATERAL, con arreglo a las siguientes disposiciones:

1) Es exclusivo del COMPRADOR (definido en los términos de la Directiva).

2) Es un derecho PURAMENTE FACULTATIVO, sin necesidad de alegar fundamento alguno.

3) FUNDAMENTO DE LA CONCESION DE ESTE DERECHO: Aunque se han dado muchas justificaciones, el fundamento de este derecho de revocación es la consideración de que estamos ante un comprador irreflexivo, y es el contrapeso a la agresiva publicidad de los vendedores de tiempo compartido.

4) PLAZO DE EJERCICIO DEL DERECHO.- La Directiva distingue:

(i) Con carácter general: DIEZ DIAS NATURALES desde la firma del contrato o del contrato preliminar vinculante. Si el último día fuera festivo, se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable.

El término contrato preliminar vinculante, aunque no es ajeno a nuestro Ordenamiento (vid. artículo 1451 CC, tan rico en discusiones doctrinales y jurisprudenciales), no es figura difundida en nuestra práctica (sí en otros ordenamientos, como el belga o el italiano).

(ii) Si el contrato carece, en el momento de la firma, de la información mencionada en los apartados a), b) c), d1), d2), h), i), k), l) y m), el plazo es de TRES MESES a partir de la firma del contrato o del contrato preliminar vinculante.

Si, en el citado plazo de tres meses, se facilitara tal información, el plazo, a partir de ese día, será el de diez días naturales —idem que (i)—

Si transcurridos los citados tres meses, el comprador no ha hecho uso del derecho de resolución, y el contrato no contiene la información mencionada en las letras a), b), c), d1), d2), h), i), k), l) y m), el adquirente dispondrá además del plazo del apartado (i).

5) FORMA DEL EJERCICIO DEL DERECHO.—El adquirente, antes de la expiración del plazo, deberá comunicar su voluntad al vendedor (en el domicilio fijado a tal fin en el contrato) por cualquier forma que puede ser probada con arreglo a la legislación nacional, y de conformidad con lo contenido en el contrato. Si se hiciere por escrito, bastará que se envíe antes de la expiración del plazo (aunque se reciba después).

6) EFECTO:

— primordial: ineficacia absoluta del contrato celebrado. Deberán las partes devolverse las prestaciones.

— económica: el adquirente solo podrá ser obligado al pago de los gastos que, según su legislación nacional, se hayan producido por la perfección del contrato y a su resolución, y que correspondan a actos que deban realizarse preceptivamente antes del periodo de los diez días naturales.

Si el plazo de resolución fuera de tres meses (por adolecer de alguna mención), no podrá exigirse al adquirente gasto alguno.

7) EXTENSION DEL DERECHO DE RESOLUCION AL PRESTAMO CONCERTADO PARA FINANCIAR LA ADQUISICION (artículo 7 de la Directiva): El derecho de revocación unilateral se extiende al préstamo concedido para financiar la adquisición.

Es aplicable:

— bien si el préstamo lo concede directamente el vendedor.

— bien si lo concede un tercero (vg: entidad financiera), previo acuerdo celebrado entre el tercero y el vendedor. Vg: préstamo a financiar la adquisición solicitado por el vendedor, o bien concedido al vendedor y en el que se subroga el adquirente.

No parece que pueda extenderse al préstamo concedido por entidad financiera al comprador directamente (aunque se haya concedido mediante la mediación o con la intervención del vendedor, siempre que el tercero no quede obligado a concederlo por pacto celebrado con el vendedor).

En todo caso, los Estados miembros establecerán las modalidades de la resolución del contrato de préstamo.

En los casos en que proceda el derecho de revocación unilateral, se resolverá el derecho sin penalización para el adquirente.

c) Efectividad de la protección del consumidor

Art. 9 Directiva: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en el caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro.

D) CRÍTICA DE LA DIRECTIVA

— POSITIVAS: La Directiva ha sido enjuiciada muy positivamente por las Asociaciones de Consumidores (vid. las conclusiones del Congreso de la Unión de Consumidores de España, U.C.E., noviembre de 1994), si bien señalando la importancia de una adecuada regulación sustantiva y de la adecuada trasposición las normas comunitarias.

— NEGATIVAS: No obstante, no han faltado críticas a la Directiva, fundamentalmente desde sectores empresariales y profesionales. Cabe señalar:

1) La Directiva rompe el principio de equilibrio de las prestaciones, sesgándolo a favor del consumidor. Este argumento cabe contradecirse en base a la protección constitucional de los consumidores, que es el contrapunto al principio de libertad de empresa, al partirse de la evidencia de que la relación de consumo no es una relación entre iguales, debiendo considerarse el consumidor como parte más débil.

2) Carece de justificación el derecho de revocación unilateral. Parte de la consideración de la existencia de un consumidor débil e irreflexivo, abordado por una publicidad agresiva, lo cual no es sino una simplificación. El vendedor y el comprador de MP no son personas diferentes y, en consecuencia, si se admite este derecho de revocación, por el mismo principio debería admitirse en toda adquisición inmobiliaria (y con más razón en los supuestos ordinarios, dada su mayor cuantía económica).

Si se hubiera querido oponerse a la agresiva publicidad, hubiera sido suficiente limitar esta o bien haber limitado el derecho de revocación a los supuestos en que se hubieran excedido los límites publicitarios.

3) Va a suponer dificultades importantes a la labor de promoción de la MP.

— el empresario no puede hacer previsiones de venta, ya que los contratos firmados pueden dejarse sin efecto.

— porque, de hecho, imposibilita la adquisición en fase de promoción.

— sobre todo la injustificable de prohibición de anticipos.

— en tema de gastos derivados de la revocación, tanto del contrato como del préstamo que, caso de producirse, habrán de recaer en el empresario.

— en tema de financiación, ante la dificultad de obtener por el vendedor una financiación al comprador, ante la posible revocación del contrato de préstamo.

Todo ello supondrá, indefectiblemente, un encarecimiento de los costos (en especial, de los gastos financieros de las empresas promotoras), lo que provocará una repercusión en el precio final del producto, con lo que el perjudicado final va a ser el supuesto protegido (es decir, el comprador).

4) Será negativo en materia de Política Turística y, más generalmente, de Política Económica. Así HERMENEGILDO ALTOZANO señala que la normativa aprobada, al enmarcar la MP desde su consideración exclusivamente como un producto inmobiliario, va a limitar las inmensas posibilidades de crecimiento del tiempo compartido en nuestro país. A juicio del citado autor, debería haberse primado el producto turístico sobre su consideración

inmobiliaria, siendo una normativa característica de un país emisor de turismo (preocupado por la seguridad de sus turistas), más que propia de un país receptor de turismo. España debería haberse alineado con las tesis de Italia, Grecia y Portugal, más flexibles, partiendo de la idea de que en la regulación del tiempo compartido debe primar su finalidad turística más que su contenido inmobiliario.

5) En el II Congreso Internacional sobre Multipropiedad de 1994, realizado a instancias de la U.C.E., se han apuntado las siguientes críticas puntuales a la Directiva (ya que en general, se estima positiva):

- el que sea una Directiva de mínimos,
- que no entre a definir las modalidades de contrato, regulando solo las garantías previas a la firma del mismo,
- que no aborda fórmula alguna para la resolución de conflictos que se derivan del carácter trasfronterizo de la mayor parte de las operaciones realizadas.

No obstante lo dicho, y sin ignorar el fundamento de las críticas señaladas, hemos de concluir que el solo hecho de la existencia de una norma ya es positiva, para poner coto a una gran cantidad de engaños y fraudes en la materia. La Directiva ha venido a responder a una realidad social, que desconfiaba del producto (dado el uso abusivo que del mismo se ha hecho), y no es posible ignorar el porqué de su génesis. Posiblemente, y como forma de devolver la confianza al comprador del producto, se hace necesario una norma rígida (quizá en exceso). En cualquier caso, la normativa aprobada es una Directiva, y el desarrollo sustantivo corresponde a cada país, que articulará la institución en la forma que estime más oportuna para sus intereses, y que deberá tener en cuenta, al tiempo de aprobarla, su realidad económica y turística.

III) NORMATIVA INTERNA PROYECTADA

Con carácter previo, cabe señalar:

— que la normativa sustantiva de las diversas modalidades de MP corresponde de forma exclusiva al Estado, dado el tenor del artículo 149.1.8 de la Constitución (dado que se trata de una institución de nuevo cuño). Es por tanto al Estado a quien corresponde dictar la norma interna de incorporación de la normativa comunitaria.

— que la atribución de competencia en materia turística a las Comunidades Autónomas (148.1.18 Constitución) no legitima a dictar normas de carácter sustantivo, aun en caso de vacío legal, sin perjuicio de la compe-

tencia administrativa y de fomento que correspondan a las Comunidades Autónomas a quienes se haya transferido tales funciones.

— En materia de defensa de consumidores y usuarios, los Estatutos de Autonomía de Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Valencia, Canarias y Navarra han atribuido, de forma exclusiva, tales competencias a las Comunidades respectivas, las cuales han dictado diversas normas en tal sentido (Ley 3/1993 de 5 de marzo del Estatuto del Consumidor de Cataluña, Ley 10/1981 de 10 de noviembre del País Vasco, Ley 5/1985 de 8 de julio de Consumidores y Usuarios de Andalucía, Ley 2/1987 de 9 de abril del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana). El Tribunal Constitucional (en Sentencias 71/82 de 30 de noviembre, 80/83 de 10 de octubre, 88/86 de 1 de julio, 15/89 de 26 de enero y 62/91 de 22 de marzo) han establecido los límites a la normativa autonómica, señalando que las normas sustantivas (de carácter civil o mercantil) son de competencia exclusiva del Estado, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las normas administrativas reguladoras del derecho de información, vigilancia, inspección y sanción.

Los intentos de elaborar una normativa general que regule el fenómeno de la MP en España surgen mediada la década de los ochenta:

— En 1986, la Dirección General de la Inspección Financiera y Tributaria elaboró un informe sobre las cuestiones tributarias de la MP,

— en relación con el ámbito turístico, la Dirección General de la Vivienda organizó una reunión interministerial para analizar el fenómeno.

— en febrero de 1987 se crea por el Ministerio de Justicia una Comisión, en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado, para estudiar los problemas que plantea la MP, estando integrada por representantes del Ministerio de Justicia, Obras Públicas y Urbanismo, Transportes, Turismo y Comunicaciones y de Asuntos Exteriores.

— En las Cortes Generales, también se ha manifestado la preocupación por la cuestión, dando lugar a diversas preguntas y contestaciones por parte del Gobierno.

Pasando ya al examen de los diversos Proyectos de regulación de la MP, cabe señalar los siguientes:

a) *Borrador para un Anteproyecto de Ley sobre multipropiedad* (febrero de 1988). Elaborado por la Comisión creada en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Ministerio de Justicia.

Al tener un carácter puramente provisional, no va a ser estudiado in extenso. Tan solo señalar, como principales notas características, las siguientes:

— sometimiento a las normas españolas de la MP constituida sobre inmuebles en España.

— consideración de la MP como derecho real, exigiéndose escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad.

— otorga importantes facultades inspectoras a la Administración.

b) *Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991* (en adelante, BACI): en el seno de la Comisión General de Codificación, se elaboró en 1988 un Borrador de Ley reguladora de la MP, que luego se integró en el más amplio Borrador del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de diciembre de 1991 que la regula, junto otras materias (propiedad horizontal, Conjuntos inmobiliarios...). Este contenido complejo fue el que, en gran medida, determinara su no progresión, determinando, posteriormente, su escisión en diversos textos.

c) *Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido de 1991* (en adelante BALTC).- En el seno de la Secretaría General de Turismo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, que elaboró en 1991 un Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido. Dicho Borrador se preocupaba de forma prácticamente exclusiva de la vertiente turística de la cuestión, adoleciendo de carencias jurídicas importantes, que determinaron su progresión.

d) *Anteproyecto de Ley sobre Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de 1994* (en adelante BALAT). Tratándose de superar esta dicotomía, por el Ministerio de Justicia e Interior (en estrecha colaboración con el de Comercio y Turismo) está elaborando, tras diversas modificaciones, el Borrador del Anteproyecto de Ley sobre Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles (cuya última versión que conozco es de 8 de noviembre de 1994). La importancia de este texto (respecto de los anteriores), además de ser el último, es que ya incorpora en su texto la normativa comunitaria.

Dicho Borrador consta de 53 artículos, dos Disposiciones Adicionales (en las que se da nueva redacción a los artículos 8 y 9 de la Ley Hipotecaria), cuatro Disposiciones Transitorias y una Disposición Final. Está dividida en:

Titulo I.—Disposiciones Generales, aplicables a todo supuesto de MP (artículos 1 a 17).

Titulo II.—Derechos de aprovechamiento por turno de carácter real, dividido en:

Capítulo I.—De la Multipropiedad (art. 18 a 20).

Capítulo II.—Comunidad de Aprovechamiento por Turno (artículos 21 y 22).

Capítulo III.—Normas comunes, constitución, límites e inscripción (artículos 23 a 28).

Capítulo IV.—Organos de la multipropiedad y de la comunidad de aprovechamiento por turno (artículos 29 a 45).

Capítulo V.—Prestación de servicios (art. 46 a 9).

Título III: Derecho de aprovechamiento por turno sin carácter real (artículo 50).

Título IV.—Reglas especiales (artículos 51 a 3).

El citado Borrador ya ha recibido críticas en el II Congreso Internacional sobre Multipropiedad de 1994, promovido por la U.C.E., quien lo considera globalmente positivo (al ser un primer paso), pero al que se critica el ser excesivamente complejo y denotar falta de madurez (por lo que se solicita una mayor intervención de los sectores afectados en el proceso de elaboración de la ley), y en concreto:

— la diversa configuración de régimen jurídico no satisface a los diversos sectores intervinientes en el fenómeno de la MP, al no dar respuesta suficiente a la realidad del mercado, ni satisface a los consumidores, que demandan mayor simplificación,

— se ha cuestionado los problemas derivados del desistimiento del contrato (fundamentalmente desde sectores empresariales),

— problemas derivados de la prohibición de cobro de cantidades anticipadas y de la resolución sin gastos de los contratos paralelos de financiación,

— dificultades para garantizar la adecuada participación de los interesados en el gobierno y administración del complejo, que se deja en manos de la Empresa de servicios.

Por último, dada la importancia cuantitativa del fenómeno de la MP, y la absoluta carencia de normas en España, se solicita de los poderes públicos la incorporación de la normativa comunitaria en el más breve lapso de tiempo, sin agotar el periodo concedido para ello.

TERCERO.—DIVERSOS DERECHOS QUE INTEGRAN EL LLAMADO TIEMPO COMPARTIDO

Entrando ya en el tema de fondo, hemos de señalar que el estudio del *time sharing* o tiempo compartido no puede hacerse de una manera unitaria, sino que exige el tratamiento separado de diversos supuestos diferentes:

A) Derechos personales de utilización periódica.

B) La titularidad compartida de los derechos en el tiempo. Este supuesto es más amplio que la MP pues se refiere a cualquier derecho real.

C) La llamada Comunidad de aprovechamiento por turno.

D) La llamada MP en sus dos vertientes:

— la llamada MP asociativa.

— la MP como derecho real. Es, como luego veremos, la única forma verdadera de multipropiedad.

I) LOS DERECHOS PERSONALES DE UTILIZACION PERIODICA

La primera configuración a analizar son los derechos personales de utilización periódica, que son una manifestación de un derecho de utilización (vg: contrato de arrendamiento, hospedaje...) pero de carácter periódico.

Estos derechos tienen difusión, fundamentalmente, en el ámbito turístico (apartamentos turísticos y aparthoteles). Hoy carecen de regulación sustantiva, quedando, en determinados casos, sujetas a las normas turísticas de carácter administrativo, y cuya competencia, en nuestro Ordenamiento, está conferida a las Comunidades Autónomas.

Aunque su estudio, propiamente, escapa de nuestro objeto (que es la multipropiedad), su interés es evidente:

A) BACI (1991) (Borrador del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991) lo regula en el Título VI, disponiéndose:

a) sujeción en todo caso a las normas españolas, si el inmueble radica en España.

b) No tiene plazo mínimo, siendo el máximo de quince años. Si se pacta por plazo superior a tres años, se dispone un derecho de revocación unilateral por parte del consumidor en los siete días siguientes a la celebración del contrato.

B) BALTC 1991 (Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido, 1991). No regula dichos derechos personales de utilización periódica.

C) BALAT 1994 (Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles): Le dedica el título III.

a) Finalidad no exclusivamente turística. Si lo es, sometido a las obligaciones de inspección y registración en el Registro Especial de carácter administrativo a cargo de las Comunidades Autónomas.

b) Duración: mínima 3 años y máxima de 15 años.

c) Puede referirse a un apartamento específico o genérico (determinable por sus condiciones genéricas). En este caso, el derecho de goce se

concretará en aquel que determine la empresa constituyente, siempre que reúna las características convenidas. En todo caso, en el momento de celebrarse el contrato el elemento ha de estar en condiciones adecuadas para su utilización.

d) Son de aplicación normas generales aplicables a todos los supuestos de tiempo compartido:

- aplicación en todo caso de las normas españolas.
- normas que regulan la publicidad (art. 16).
- obligación de haberse obtenido las autorizaciones de carácter administrativo (licencia de primera ocupación) y, en su caso turístico (art. 5).
- el promotor ha de otorgar escritura de constitución del régimen, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad, asignando a cada finca un turno, que será objeto de hoja registral independiente (art. 6).
- antes de la celebración del contrato, el promotor ha de haber celebrado contrato de prestación de servicios con Sociedad que reúna los requisitos exigidos por la Ley (art. 50.2).
- el contrato ha de tener el contenido mínimo que señalan los artículos 8, 9 y 10.
- obligación del promotor de concertar un seguro de responsabilidad civil (para responder de los perjuicios causados por sus dependientes y de los ocupantes de las viviendas) y de incendios y otros daños del edificio (art.11).
- prohibición del anticipo de rentas o prestaciones, aun transcurrido el periodo de resolución del contrato, salvo las relativas a periodos cuyo disfrute hayan de comenzar dentro del plazo de un año.
- Facultad de revocación unilateral por parte del usuario en iguales condiciones que las señaladas para la multipropiedad (art. 13).

INSCRIBIBILIDAD: Ya hemos visto que el BALAT 1994 impone la inscripción en el Registro de la Propiedad de la constitución del régimen, pero nada dice de la inscripción del derecho del titular del aprovechamiento.

Dado su carácter personal, dicho derecho no es, en principio, apto para ser inscrito en el Registro de la Propiedad (dado el tenor del art. 605 CC y art. 1 de la LH), aunque es también cierto que determinados derechos personales sí tienen acceso al Registro (por ej: arrendamientos).

No obstante, estimo que sería conveniente permitir su inscripción, tratándose de derechos relativos a un elemento determinado, y una vez constituido el régimen:

— porque sería desaprovechar una institución útil para proporcionar información al consumidor y dar seguridad al tráfico inmobiliario.

— Por analogía a las normas hipotecarias sobre la inscripción de arrendamientos (artículo 2.5 LH en la nueva redacción dada por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos). Este precepto ha ampliado los supuestos de registración, y parece que tal tendencia debe de extenderse a este supuesto.

— porque, en otro caso, qué sentido tendría el abrir folio independiente a cada turno, ya que bastaría solo la inscripción de la constitución del régimen en la hoja abierta al edificio en su conjunto o a los elementos concretos a que se refiere. Sería un encarecimiento inexplicable a cargo del promotor, y del que no se obtendría ningún beneficio.

II) LA TITULARIDAD COMPARTIDA DE LOS DERECHOS REALES

Aunque su estudio, en principio, excede de nuestro objetivo, no quiero dejar de hacer ciertas puntualizaciones sobre la admisibilidad de la existencia de titularidades compartidas en el tiempo de derechos reales (ya sea derecho real pleno o restringido).

A mi juicio el tema no ofrece dudas acerca de su admisibilidad y así lo señaló la STS de 16 de marzo de 1965. La R. 4 de enero de 1993 señala asimismo su admisibilidad.

— es una forma de titularidad que no es nueva en nuestro Ordenamiento: así en el ámbito de las explotaciones agrarias, en los aprovechamientos de aguas públicas (art.64 RH), heredamientos y dulas de aguas en Canarias, incluso en tema de servidumbres discontinuas...

— sería aplicable a cualquier derecho real, ya sea la propiedad o derechos reales restringidos, y sobre cualquier bien o derecho.

— con independencia de que estemos, para algunos, en una verdadera comunidad *pro diviso*, para otros en una comunidad de naturaleza especial, o para otros, en una propiedad cuatridimensional o *sui generis*..., lo cierto es que se trata de un verdadero derecho real, y, como tal, inscribible, cuanto menos, al amparo del principio de *numerus apertus* en la creación de derechos reales que resulta de los artículos 2.2 LH y 7 RH y que recientemente ha reiterado la R. 1 de abril 1981.

— registralmente, dado que respecto de cada finca registral se exige una titularidad plena única o varias *pro indiviso* (8.3 LH y 54 RH), tratándose del derecho de propiedad, habría que proceder a la apertura de finca registral para cada turno (por analogía a la técnica registral de los garajes, artículo 66 RH).

Pero hemos de referirnos al tema más concreto de la MP, que ofrece perfiles especiales respecto de la simple titularidad a tiempo compartido, en

cuanto que exige una serie de prestaciones adicionales (derivadas del uso del inmueble y de los servicios de que debe de estar dotado), y, en muchas ocasiones, prestaciones complementarias (facultad de intercambio).

III) LA COMUNIDAD DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS

A diferencia del primero de los casos analizado, el derecho del adquirente es un DERECHO REAL, y LIMITADO EN EL TIEMPO.

Los Borradores de los Proyectos de Ley existentes (BACI 1991 y BALAT 1994) contemplan la llamada Comunidad de Aprovechamiento por Turno, como un derecho de carácter real y distinto de la llamada, en sentido estricto, multipropiedad.

El BALTC 1991 regula el llamado usufructo por periodos (art. 23), en lo que la periodicidad no se refiere a la propiedad (que será, razonablemente, del promotor) sino del usufructo, con un contenido paralelo al de la MP (pero referido al derecho de usufructo).

Tanto BACI 1991 (Titulo V) como BALAT 1994 (art 13 y ss) lo regulan de forma muy parecida. Lo configuran como un GRAVAMEN impuesto a un edificio entero o a un conjunto de edificios, integrados por al menos diez apartamentos (BALAT solo requiere tres), dotados de mobiliario adecuado.

a) Duración del régimen: mínima de 5 años (BALAT, 3 años) y máxima de 30 años, pudiendo pactarse prórrogas tácitas de cinco años (en tanto ningún copropietario notifica al Presidente su oposición), extinguiendo en todo caso a los 50 años (sin perjuicio, lógicamente, de que los partícipes volvieran a convenir otra vez la constitución del régimen, que será de efecto «ex novo»).

b) Duración del turno: todos de la misma duración y con un mínimo de siete días.

c) Aplicación de las normas generales aplicables a todo supuesto de tiempo compartido, y ya vistas en el caso anteriormente analizado, y de las que destacamos:

— La constitución del régimen se hace por medio de escritura pública. La escritura será otorgada por el promotor y por Sociedad de servicios (que asume la obligación de prestar el servicio mientras dure la Comunidad). En la escritura, una entidad de crédito asegurará las obligaciones que la ley le impone, y en concreto, la de liberar cargas (si las ventas se hicieran libres de cargas), terminar las construcciones y completar el mobiliario convenido y abonar el precio en caso de resolución del contrato por incumplimiento de la Sociedad de servicios.

— Dicha escritura de constitución del régimen se inscribirá en el Registro de la Propiedad y se notificará a la Autoridad Turística.

— el derecho de cada uno de los titulares del derecho de aprovechamiento (aunque nada diga el Anteproyecto) se inscribirá en el Registro de la Propiedad, *ex. art.* 2.2 de la Ley Hipotecaria, dado su carácter de derecho real.

— Derecho de revocación por el comprador, en iguales términos y condiciones que la MP.

d) Libre transmisibilidad del derecho, sin que pueda pactarse derecho de tanteo y retracto, redención o comiso a favor del constituyente del régimen. Parece lógico que no puedan establecerse gravámenes que afecten al uso y disfrute o que sirvan de garantía, pero no entiendo muy bien la imposibilidad de pactar derechos de preferente adquisición, como el retracto, que en nada perjudican al titular del derecho, y que puede implicar una forma económica de rescate de la explotación por parte del constituyente (interesante, si el resultado económico de la explotación es negativo y pretende reconvertirse, cuando se rescaten todos los apartamentos, en una titularidad dominical ordinaria). La única explicación puede encontrarse en la exigencia de que todo el edificio se explote en esta forma (pero podía haberse planteado en otra forma más flexible).

IV) LA MULTIPROPIEDAD

Todas las construcciones doctrinales y de Derecho Comparado, se desenvuelven a través de dos grandes sistemas:

a) La MP asociativa. En ella, un ente (de muy diversa tipología) es el titular del inmueble, y concede a sus miembros el derecho de utilización periódica y perpetua de determinado elemento. Dicho derecho de utilización es *ínsito* a su cualidad de asociado, y transmisible a un tercero.

b) La MP dentro del ámbito de los derechos reales.

a) LA MP ASOCIATIVA

En esta modalidad, el titular del inmueble es un ente jurídico, de carácter instrumental, y el partícipe adquiere un título transmisible que le permite usar y disponer, de forma perpetua y por periodos, de un elemento determinado del mismo, con derecho de exclusión de cualquier otra persona.

Esta es la forma más difundida en la actualidad en nuestro país (aproximadamente dos terceras partes de los complejos están configurados bajo forma asociativa, y además dicha proporción es creciente), y llevada a cabo

primordialmente por entes de nacionalidad extranjera (principalmente británicos o de paraísos fiscales). No obstante, como trataremos de demostrar, esta es una forma inaceptable en nuestro actual sistema jurídico, lo que haya hecho que se le denomine «forma patológica de MP».

a) Admisibilidad de la MP asociativa

Para poder admitir la MP asociativa, es preciso resolver dos cuestiones:

a) que el Ordenamiento Jurídico permita que determinadas entidades ostenten derecho de propiedad sobre un inmueble sujeto a determinadas características físicas, en función de su peculiar destino. Este tema no ofrece problemas.

b) que exista una persona jurídica de tales características que permita a sus asociados el uso exclusivo de determinado elemento en un periodo de tiempo concreto, y que este título de asociado sea susceptible de tráfico jurídico. Esta es la cuestión más peliaguda, que vamos a tratar de resolver de LEGE DATA, distinguiendo:

- formas jurídicas previstas por la legislación española.
- formas jurídicas constituidas en el extranjero.

De LEGE FERENDA, cabe señalar:

— el BACI 1991 señala como única forma admisible de MP es como derecho real, no admisible la MP asociativa.

— El BALAT 1994 tampoco admite la MP asociativa. Así el artículo 4.2 dispone que las participaciones en el dominio del inmueble en régimen de MP y los demás derechos de aprovechamiento por turno no podrán incorporarse a títulos valores ni a otros valores negociables. Tampoco podrán establecerse vinculaciones entre aquellos derechos o participaciones y la cualidad de miembro de una sociedad o asociación.

La única regulación de la MP asociativa se contiene en el primitivo BALTC 1991. Dicho texto, consciente de las limitaciones que nuestro ordenamiento presentaba para configurar la persona jurídica apta para articular el sistema, contiene una regulación *ex novo*, caracterizada:

a) La entidad (art. 24) ha de ser una SA, con el capital desembolsado y con un número de acciones igual al de periodos de tiempo compartido en que pueda repartirse la totalidad de los elementos del conjunto inmobiliario, y que ha de ser la propietaria (libre de cargas) del Conjunto inmobiliario. No se exige que tenga la nacionalidad española, exigiéndose otros requisitos complementarios.

b) Deberá protocolizarse notarialmente el acuerdo de constitución del Proyecto de tiempo compartido, en la que se exige haberse cumplido los requisitos legales, tanto de esta ley como de la CNMV, y en la que se pignoren las acciones a favor de la Asociación de titulares para responder del cumplimiento de sus obligaciones. (art. 26 y 27).

c) Aunque el Proyecto no diga nada, las acciones de los titulares son libremente transmisibles por todos los medios admitidos en Derecho.

Volviendo a la cuestión LEGE DATA, hemos de distinguir (como se ha dicho):

b) *Problemas para configurar la MP asociativa.* Vamos a referirnos a un estudio LEGE DATA, dado su inadmisibilidad *lege ferenda*, dado los términos taxativos del artículo 4.2 BALAT.

Vamos a distinguir según se constituya con arreglo a las leyes españolas o según las leyes extranjeras.

ENTIDAD A CONSTITUIR CON ARREGLO A LAS NORMAS ESPAÑOLAS. Plantea una gran cantidad de obstáculos:

1) COMO CLUB PRIVADO parece difícil configurarla. Nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación general del club como ente jurídico con personalidad jurídica propia, limitando tal supuesto al ejercicio de actividades deportivas y recreativas, y con objeto de interés general, lo que impide su aplicabilidad a nuestro caso.

Si se intentara configurar como una Asociación, también se plantean obstáculos:

a) la existencia de un interés particular excluiría la aplicabilidad de dicha forma (Ley de 24 de diciembre de 1964), aunque la jurisprudencia ha admitido asociaciones de interés particular sin fines lucrativos (STS de 5 de julio de 1931, 21 de noviembre de 1958, 15 de junio de 1961 y 12 de junio de 1990).

b) El derecho de los asociados no es transmisible: solo cabe pedir la baja y ulteriormente el alta del nuevo asociado, si se reúnen los requisitos para ello.

2) Como FORMA SOCIETARIA. La forma societaria tampoco está exenta de dificultades.

Con carácter GENERAL, cabe hacer las siguientes objeciones:

(i) El elemento vertebrador del contrato social (causa del contrato social) es la comunidad de fin: el fin común, que ha de ser promovido en común por todos los socios. Pues bien, el fin del contrato societario (tratándose de la MP asociativa) no es común, sino que es proporcionarse cada socio el disfrute de un elemento.

(ii) La inexistencia de ánimo de lucro. Cualquiera que sea su forma (civil o mercantil), el contrato de sociedad exige un ánimo de lucro (1665 CC para la sociedad civil, y 116 C. de Co. para la mercantil). No obstante, es cierto que se observa en la evolución del derecho societario una constante erosión del requisito del ánimo de lucro y, aunque es bien cierto que la doctrina moderna cada vez es más laxa a la hora de calificar el ánimo de lucro, no deja de ser más cierto que en nuestro caso la inexistencia del mismo es notoria.

(iii) Inexistencia de *affectio societatis*, que es el elemento definitorio de la sociedad frente a la comunidad y es un elemento esencial del contrato (SS. del TS de 3 de diciembre de 1959 y 27 de junio de 1960). El TS tiene señalado, a este respecto:

— que dicho *affectio societatis* es un elemento independiente del consentimiento contractual (lo que ha sido muy discutido por la doctrina).

— se excluye de este *affectio societatis* el hecho de que los bienes integrantes de la sociedad pertenezcan singular y privativamente a algún socio (STS 11 de diciembre de 1965).

— este interés común ha de prevalecer sobre el interés particular de cada socio (STS de 6 de marzo de 1992).

Todo lo dicho se refleja en el hecho de que se está más cerca de la comunidad que de la sociedad (*vid.*, por otras muchas, la STS de 24 de julio de 1993 que distingue entre ambas instituciones). Estamos, en terminología de CARNELUTTI, más cerca de un patrimonio en conservación (es decir, comunidad) que de un patrimonio en explotación (sociedad). Precisamente por ello los Estatutos o normas reguladoras de las Sociedades más parecen Estatutos de Comunidad que de sociedad.

(iv) La duración de la Sociedad puede ser indefinida, pero puede concluir de forma voluntaria (lo que no plantea problemas) pero también forzosa (Vg: quiebra). Suponiendo en este caso que subsista el edificio ¿qué pasa con el derecho del multipropietario?

(v) El problema de la responsabilidad por deudas. Qué pasa si a un propietario que está al corriente de sus pagos, se le embarga su propiedad por deudas de la Sociedad... ¿Podría interponer, en ese caso, el multipropietario terceraía de dominio? Estimo que no, pues no es verdadero propietario. La única vía que le quedaría será la acción de daños y perjuicios, con los problemas que ello conlleva (sociedades extranjeras, que carecen de bienes —al ser, generalmente fiduciarias o tenedoras de bienes— y con el problema práctico adicional de que cuando lo ejercitara sería, lógicamente, cuando la sociedad estuviera en dificultades).

Esta dificultad suele intentarse esquivar afirmandose en el documento creador de la Entidad que esta no podrá asumir deudas, precepto que de-

bemos de interpretarlo como una declaración de voluntad, sin efecto jurídico alguno.

(vi) La adquisición del multipropietario queda desprovista de seguridad, al carecer del instrumento idóneo con efectos jurídicos, cual es el Registro de la Propiedad, con lo cual nadie nos asegura que la Sociedad venda el mismo derecho a varias personas, y la imposibilidad práctica del adquirente de asegurarse ese extremo. Este inconveniente trata de obviarse a través del llamado «seguro de título», (lo que, en la práctica, es un supuesto teórico, ya que no se suele contratar) y que no es sino un seguro de caución, y que su propia existencia denota la incapacidad de articular una verdadera seguridad jurídica, que se sustituye por una supuesta seguridad económica.

(vii) La configuración del título del multipropietario como un título valor con efecto de tradición y transmisible (el llamado «título holiday») no es admisible en nuestro Ordenamiento, al menos en la forma que se pretende por las citadas entidades.

En efecto, los inconvenientes que podemos señalar son, cuanto menos y siguiendo la exposición de ISIDORO LORA TAMAYO:

1) El título ha de tener un origen legal (inexistente en nuestro caso), y sin que pueda argüirse en su favor el principio general de libertad de emisión que establece el artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores, precepto que se desarrolla en el artículo 3 de Real Decreto 291/1992 de 27 de marzo.

El BALTC 1991, único texto que admitía la MP asociativa, exigía, con carácter previo, el depósito del folleto informativo en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como forma de controlar las emisiones. Estas exigencias, de *lege data*, pueden asimismo deducirse (aunque no sean objeto específico de tal regulación) al tenor del Real Decreto 291/1992 de 27 de marzo sobre emisiones de valores (dado el tenor excesivamente genérico de los artículos 2.1 y 3 y del hecho de que tales títulos no puedan incluirse en las excepciones a la aplicación del citado RD, art. 2.1).

2) Los títulos valores sólo incorporan derechos de carácter personal, y en los casos excepcionales que se admiten títulos que incorporan derechos reales (títulos de tradición, artículos 195 y 708 del Código de Comercio), son relativos a bienes muebles (así los *warrants*). Son desconocidos en nuestro Ordenamiento títulos de tradición referidos a derechos inmobiliarios.

3) La transmisión del título (o mejor, del derecho incorporado al título) desconoce el sistema de transmisión de la propiedad en Derecho Español, que exige título y modo (tradición), al tenor del artículo 609 CC.

4) El principio de literalidad de los títulos valores, que impiden que sean oponibles a un titular los incumplimientos de sus transmitentes (vg: impago de gastos de comunidad...).

Por último, señalar que los emisores de tales títulos tratan de justificar este sistema de trasmisión basándose en presuntas analogías con el sistema inmobiliario australiano o sistema Torrens de trasmisión inmobiliaria, lo cual es absolutamente falso, dado que el sistema australiano descansa sobre un pilar, el Registro de la Propiedad, que es constitutivo, siendo el Registrador de la Propiedad quien expide el título, y no la Sociedad, como en nuestro caso.

(vi) Con la forma societaria solo se regulan las relaciones del socio con la sociedad, pero no de los socios entre sí, que son precisamente las más importantes en la MP. Estimo improcedente acudir a la autonomía de la voluntad para admitir tales normas, porque la autonomía de la voluntad en materia societaria tiene como límite los principios configuradores de la sociedad (y aquí, como se ha dicho, se excede de dichos principios configuradores).

(vii) Las Sociedades suelen imponer que la gestión de la misma corresponda a una empresa de servicios, no pudiendo o limitando la posibilidad de revocar tal nombramiento, lo cual infringe el principio democrático que ha de regir el funcionamiento societario.

(viii) Y la más importante a mi juicio, que es la que se deriva de la publicidad que se hace del producto, diciendo: «Hagase Vd. propietario...» cuando lo que se le hace es otra cosa distinta. Estamos claramente en un supuesto de publicidad engañosa, declarada ilícita por el artículo 3.b) de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Pero si todo lo dicho, común a cualquier tipo societario, no fuera suficiente, al analizar cada tipo de sociedad vemos que ningún tipo de los admitidos en nuestro Ordenamiento es apto para lograr el fin a conseguir:

SOCIEDAD CIVIL. En los últimos tiempos, se viene observando que esta es la vía más utilizada para configurar la entidad, tratándose de entidad constituida con arreglo a nuestro Ordenamiento:

1º Se crea una Sociedad civil, que ha de ser particular (1.678 CC), por referirse a bienes concretos. Se constituye por medio de escritura ante notario español, a la que se aporta el inmueble. En dicha escritura:

— se incorporan los Estatutos de la misma, en la que contienen las normas de funcionamiento de la MP (calendario, turnos, derechos y deberes de los multipropietarios, administración, mantenimiento...).

— el capital social está dividido en un determinado número de participaciones, de contenido y valor desigual (correspondiendo a cada uno de los turnos previstos). Dichos derechos suelen documentarse (por motivos comerciales) en títulos (pero que no son, *strictu sensu*, títulos valores, al no incorporar el derecho). Son meros «justificantes» de su adquisición.

2º La citada Sociedad civil (tras obtener el N.I.F.), no es objeto de inscripción en Registro alguno (lo que evita cualquier calificación global), y se presenta en el Registro de la Propiedad donde radica el inmueble, para la inscripción del mismo. Dada la inexistencia de calificación previa, ¿debe ser la citada Sociedad calificada por el Registrador de la Propiedad? Estimo que sí, dado que:

— el Registro de la Propiedad es un órgano de seguridad jurídica.

— el Registro de la Propiedad es el órgano idóneo para la publicidad de tales Sociedades civiles, mediante la inclusión en la inscripción de los Estatutos de la misma (así MANUEL HERNÁNDEZ MANCHA).

3º La transmisión ulterior de tales participaciones suele hacerse notarialmente (*ex. artículo 1280.6 CC*), como forma *ad probationem*, tomándose razón en el libro de socios.

La Sociedad civil presenta, no obstante, problemas a mi juicio insalvables, que impiden su uso para configurar la entidad de la MP asociativa:

1º Los generales ya analizados de falta de ánimo de lucro y de *affectio societatis*, que si bien es cierto que están más atenuados en la sociedad civil que en la mercantil, no se puede llegar a suprimirlos.

2º Cuando el objeto social es solo la tenencia de bienes, además de problemas de índole fiscal, la jurisprudencia se decanta mayoritariamente por considerarla como una comunidad de bienes (sin personalidad jurídica distinta de la de sus miembros).

3º Responsabilidad ilimitada de los socios con todo su patrimonio y con carácter MANCOMUNADO por deudas sociales, que es, obviamente, principio de orden público (1698 CC).

4º Problemas en el régimen de administración:

— el administrador nombrado en el acto constitutivo es irrevocable, sin causa legítima, al estimar el CC que afecta a la base del negocio (1692 CC). En tal sentido, la R. de 13 de julio de 1984 exige para tal cese el acuerdo unánime de todos los socios, salvo el cesado. Estimo, no obstante, que este precepto no es de orden público, siendo admisible el pacto que admite tal destitución por mayoría.

— para realizar cualquier novedad sobre bienes inmuebles, se exige unanimidad de todos los socios (1695.4 CC).

5º En cuanto a la transmisibilidad del interés: La transmisión de su participación por el socio de una sociedad civil exige el consentimiento de los demás socios (1.696 CC), lo cual es congruente con el *intuitu personae* que presupone la regulación legal de la sociedad civil. Suele preverse en la

constitución y en los Estatutos la libre transmisibilidad del derecho del socio, y el consentimiento anticipado a tal transmisión por los demás socios, pero, a mi juicio:

— el principio de libertad de transmisión excede del ámbito de la autonomía de la voluntad, por ser contrario a los principios configuradores de la sociedad. Esta aseveración, no obstante, dista de ser pacífica, pues un sector doctrinal admite la sociedad civil abierta, donde no rija el *intuitu personae* (CÁNDIDO PAZ-ARES).

— si lo consideramos como un consentimiento anticipado, este podría ser revocado en cualquier momento por cualquier socio.

6º. En cuanto a las causas de disolución:

— si se vendiera el inmueble, terminaría su objeto (1700.2 CC) y se extinguiría la sociedad.

— al constituirse previsiblemente por tiempo indefinido (pues, en otro caso, los derechos de los socios tendrán límite temporal, lo cual no es frecuente ni comercialmente interesante para tales entidades), cualquiera de ellos puede pedir la disolución (1705 CC), siempre que lo haga de buena fe y en tiempo oportuno. Esta denuncia producirá la disolución de la sociedad (y la apertura del periodo liquidatorio), a menos que se hubiera pactado la continuación entre los sobrevivientes (1700 4 CC), en cuyo caso solo procederá la disolución parcial.

Este derecho es de orden público (STS de 15 de marzo de 1989) y no puede limitarse exigiendo unas requisitos excesivamente restrictivos para su ejercicio.

SOCIEDAD MERCANTIL. La Sociedad mercantil tampoco ofrece el instrumento idóneo:

a) **SOCIEDADES PERSONALISTAS.** Dada la responsabilidad ilimitada del socio por deudas sociales, no parecen aptas para ello.

b) **SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES.** Se ha defendido que la entidad sea una sociedad comanditaria por acciones:

— el objeto estaría limitado a la tenencia del inmueble (con las objeciones vistas).

— existiría un socio colectivo, que es una sociedad con un capital amplio, y distinta (de hecho y de derecho) del promotor, que sería una especie de sociedad explotadora (y que ejercería además funciones de empresa de servicios) y que responde ilimitadamente de las deudas sociales, y que es el administrador.

— los socios comanditarios son los usuarios. Existirían acciones de diversas clases (cada una con un privilegio, que consistiría en el derecho de

uso del inmueble en un periodo prefijado) y a quienes se impondría, a título de prestaciones accesorias, la obligación de contribuir a los gastos de mantenimiento.

c) **SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:** Ofrece los siguientes problemas:

— No poderse incorporar el derecho del accionista a un título negociable. (art 5.2 de la nueva LSRL de 23 de marzo de 1995).

— Los derechos de cada uno de los accionistas serían diferentes (cada uno tendría un derecho sobre su propio elemento), lo que es contrario al artículo 5 LSRL, que impone la igualdad de derechos de los socios, sin más excepciones que las expresamente establecidas por la propia LSRL.

— La existencia de cláusulas restrictivas a la transmisibilidad de las participaciones. De los artículos 29.1 y 30.1 LSRL se deduce que se permite que en la escritura de constitución se contenga una regulación diferente a la legal, no admitiéndose la total supresión, al ser contraria a los principios configuradores de las SL.

En todo caso, la aplicación a la sociedad comanditaria por acciones de las normas de la SA, salvo lo que resulte incompatible con las disposiciones de esta Sección (152 C. de Co.) nos provocará las mismas objeciones que vamos a ver para las sociedades anónimas.

d) **SOCIEDADES ANONIMAS.** Cada acción otorgaría un derecho diferente, por lo que cada una constituiría una clase (art. 49). La enumeración de los derechos mínimos del accionista que hace el artículo 48 LSA se respetaría, añadiendo un derecho especial a cada acción (que le da derecho a disfrutar de su periodo).

El problema se plantea con la aportación: la única obligación del accionista es realizar su aportación inicial. Cabría configurarse tal obligación como una prestación accesoria periódica por el importe de los gastos de mantenimiento, al amparo del artículo 36.2 LSA.

Ello nos exigiría:

— establecer como causa de exclusión de la Sociedad el incumplimiento de la obligación accesoria, por vía de la autonomía de la voluntad (art. 10 LSA), lo que dista mucho de ser pacífico, habida cuenta que la LSA (a diferencia LSRL) no contempla la figura de exclusión del socio, una vez realizada su aportación, aunque a mi juicio tal derecho de exclusión es admisible.

— además nos encontraríamos con el problema de su transmisibilidad (art. 65 LSA). Exigir permiso de la Sociedad parece excesivo, pero de otra forma no podría asegurarse el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento.

Tampoco podría configurarse el derecho de uso del elemento como:

— ventajas de fundador (que, además de su concepto, tendrían limitación legal a diez años, art. 11 LSA)

— como bonos de disfrute, por problemas conceptuales (derivados de acciones amortizadas) o de contenido (solo dan derecho a participación en beneficios, art. 48.3 LSA)

d) COOPERATIVA: Se configuraría como Cooperativa de Viviendas, y debería ser de Responsabilidad Limitada.

También nos plantea problemas de difícil solución:

— La legislación cooperativa (tanto la estatal como la emanada de las Comunidades autónomas que tienen leyes propias en la materia) no prevé el supuesto de transmisión del derecho de socio. Hay que pedir la baja y, posteriormente, de forma simultánea, que el nuevo pida el alta (previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento de la Cooperativa).

— Régimen de fondos indisponibles, que no tendrían justificación en nuestro caso.

— La existencia de un derecho de adquisición de la Cooperativa en caso de transmisión en los cinco años siguientes a su construcción (art.132 Ley 3/1987 de 2 de abril, General de Cooperativas y normas análogas en las leyes autonómicas).

e) FORMAS ATÍPICAS DE SOCIEDAD MERCANTIL. El artículo 122 C. de Co señala que las sociedades mercantiles revestirán «por lo general» alguna de las formas que el propio precepto establece. ¿Supone que dicho precepto autoriza a crear una forma «ad hoc» para cumplir nuestras exigencias?

— el RRM parte de la idea del *numerus clausus* en cuanto los actos inscribibles (RR. 27 y 28 de diciembre de 1990), pero no puede utilizarse para impedir las sociedades atípicas, ya que el 81.b) recoge la inscribibilidad de todas las sociedades mercantiles.

— ahora bien, no obstante los esfuerzos doctrinales realizados para su admisión, es doctrina general que no obstante el tenor literal del 122 C. de Co., debe de mantenerse el *numerus clausus*, por entrar en juego los intereses de terceros y de seguridad y claridad en el tráfico jurídico.

— en consecuencia el 122 C. de Co. debe entenderse referido a las llamadas «sociedades especiales», no a las sociedades atípicas.

CONCLUSION. Por todo ello, hemos de desechar tajantemente la MP asociativa, pues nos lleva a lo que DE CASTRO llamaba «negocios jurídicos indirectos», o aquellos que persiguen un fin distinto al propio del negocio, y

que se encuentran con el obstáculo frontal e insalvable del concepto «causa», elemento esencial del negocio jurídico (1261.3 CC). Estamos ante un caso de abuso de la personalidad jurídica, con la plena aplicabilidad de lo que se ha dado en llamar « doctrina del levantamiento del velo », de gran predicamento doctrinal, y que ha sido recogida (quizá en exceso) por la jurisprudencia del STS (sobre todo la S. de 28 de mayo de 1984. *Vid.* también las SS. de 27 de noviembre de 1985, 9 de julio de 1987, 2 de diciembre de 1988 y 26 de diciembre de 1990). Según la S. primeramente citada, el artículo 6.4 CC justifica penetrar en el substrato de la personalidad jurídica para impedir que, al socaire de esa ficción, se pueda perjudicar intereses privados o públicos o bien sean utilizadas como camino del fraude.

Ahora bien, la realidad nos demuestra que dichas entidades existen y operan en el tráfico, y, en tanto no se produzca este «levantamiento del velo», se muestran como vehículos comercialmente eficaces para el logro de fines empresariales por parte de los comercializadores de la MP asociativa, con los riesgos y perjuicios que para el consumidor esto comporta.

ENTIDAD CONSTITUIDA CON ARREGLO A LEGISLACIONES EXTRANJERAS

Ya hemos visto cómo el Ordenamiento jurídico español carece de vías adecuadas para constituir válidamente la MP asociativa. Pero, ¿es válida si se constituye con arreglo a legislaciones extranjeras? En la práctica, toda la MP se articula a través de entidades creadas al amparo de leyes foráneas, generalmente británicas o de paraísos fiscales de su ámbito de influencia, aprovechando la extraordinaria flexibilidad de tales legislaciones, y la facilidad con la que tales leyes conceden personalidad jurídica propia. Esta vía, de gran difusión (prácticamente mayoritaria en el sector), se suele presentar como idónea, alegando un menor coste y una ausencia de fiscalidad.

En la práctica, la multipropiedad asociativa suele articularse a través de una multiplicidad de empresas:

— la titular del inmueble u «owning company», que tradicionalmente solía ser de un paraíso fiscal, pero que ahora, dado el especial tratamiento fiscal, suele ser de un país no paraíso. Es una mera tenedora del bien (sin que contraiga derechos y obligaciones, a los efectos de que el inmueble nunca pueda quedar vinculado a deudas con terceros). Suele ser una empresa creada expresamente al efecto por la que llamaremos empresa propietaria.

— dicha sociedad deposita sus participaciones a una entidad, en fideicomiso o *trustee* (figura característica del derecho anglosajón, de imposible

traslado a nuestro Ordenamiento), regulando sus relaciones por medio de un contrato (*Deed of Trustee*). Dicho *trustee* o comercializador suele ser una entidad de prestigio, y es quien se encarga de comercializar la MP, mediante la venta de participaciones. La figura del *trustee*, tan elogiada por empresarios, no es sino un instrumento de un sistema — el británico— que desconoce la propiedad perpetua en la propiedad por pisos, típica del derecho continental.

— Los adquirentes de participaciones constituyen o se integran en un Club, que es quien emite títulos o Certificados de pertenencia («*títulos holliday*»).

— dicha sociedad comercializadora u otra (ligada generalmente a ella) es la que se encarga de la gestión y dirección del edificio multipropietario, y de la gestión del club.

— como generalmente ofrecen un sistema de intercambio, la sociedad comercializadora suele tener suscritos convenios de intercambio con otras sociedades de *timesharing*, o con un Club Internacional de intercambio, integrada por diversas sociedades de *timesharing*.

Respecto a las entidades constituidas al amparo de la legislación foránea, hemos de tener en cuenta:

(i) La norma foránea ha de permitir la existencia de tales entidades, configuradas en forma apta para permitir su adecuado desenvolvimiento de la MP asociativa, y a las que dota con personalidad jurídica propia. En tal sentido, cabe apuntar la mayor flexibilidad de los sistemas anglosajones respecto de los continentales.

(ii) Que nuestro Ordenamiento reconoce plena capacidad jurídica y de obrar a las entidades constituidas en el extranjero, y que tengan plena capacidad según su ley personal (art. 27 CC y 15 CCo).

(iii) Que, no obstante lo expuesto, es contrario a derecho la utilización de una persona jurídica extranjera con la finalidad de eludir la aplicación de normas imperativas de derecho interno, y, en particular, de índole sustantivo y, fundamentalmente, fiscal (por aplicación de la doctrina del fraude de ley, 6.2 CC).

(iv) Que en ningún supuesto debe de admitirse indefensión en las pretensiones de los asociados frente a la entidad, en el caso de que se planteen conflictos en la interpretación o aplicación del asociativo o de adhesión a la asociación. Así tratándose de clubs domiciliados en paraísos fiscales, y teniendo en cuenta que la mayor parte de tales paraísos no permiten actuar a las entidades cobijadas bajo su nacionalidad dentro de su propio territorio, es probable que sus tribunales inadmitieran las citadas demandas, alegando que la adhesión al club se ha realizado fuera de su territorio. Como ello implicaría

la más absoluta indefensión, estimo que tratándose de socios españoles o de adquisiciones de la cualidad de socio suscritas en España, serían competentes los Tribunales españoles, por aplicación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que determina la competencia de los Tribunales españoles para conocer de las obligaciones que hayan nacido o hayan de cumplirse en España») y del principio de tutela efectiva que establece el artículo 24 de la Constitución, ya que como tiene señalado el TC, y en concreto:

— las normas procesales deben de interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho (así se deduce de las STC 43/84 de 29 de noviembre y 26/91 de 11 de febrero).

— el artículo 24 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial más conveniente siempre que sea procesalmente correcta (STC 90/85 de 22 de julio, 92/85 de 24 de julio, 160/91 de 18 de julio y 24/91 de 16 de diciembre).

— debe evitarse en todo caso la indefensión (STC 9/81 de 31 de marzo y 63/82 de 20 de octubre).

(v) Que, dado el carácter profesional, de la entidad trasmisora, y de consumidor del adquirente, estamos ante una RELACION DE CONSUMO, con las consecuencias inherentes a tal calificación.

En el Derecho comparado, observamos que, en la mayor parte de los Ordenamientos están excluidas las relaciones sociedad-socio (vid. en tal sentido el Considerando 10º de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993). Ahora bien, esta exclusión creo no debe ser aplicable a nuestro supuesto, por las especialidades propias de la multipropiedad asociativa.

En todo caso, la Ley 26/1984 de 19 de julio de 1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios no contempla tal excepción, por lo que estimamos su plena vigencia a nuestro caso.

(vi) Tratándose de adquirentes extranjeros, cualquiera sea la nacionalidad de la entidad, asociación o club, si el inmueble está en España debe de considerarse inversiones extranjeras en España, y le es de aplicación las normas del RD 671/1992 de 2 de Julio.

— el art. 12.1 la configura como inversión en bienes inmuebles (y no como inversión directa o de cartera), disponiendo «se entiende incluida en esta forma de inversión la adquisición por inversores no residentes de cuotas *pro indivisas* de un inmueble para su disfrute a tiempo parcial».

— dicha inversión está liberalizada, salvo que su importe sea superior a 500 millones de pesetas o provengan de uno de los países configurados como paraísos fiscales (art. 13 RIE).

— dicha inversión deberá formalizarse necesariamente ante fedatario español (art 17 RIE).

(vii) Que tratándose de adquisiciones de participaciones en clubs sitos en el extranjero, ha de tenerse en cuenta, siendo el adquirente residente en España, que es una inversión en el exterior, y es de aplicación las normas que sobre inversiones en el exterior establece el Real Decreto 672/1992 de 2 de julio, que podemos resumir en:

— no estamos ante lo que la citada norma llama inversiones directas o de cartera, sino dentro de «otras formas de inversión».

— exigen verificación administrativa previa si su importe excede de 250 millones de pesetas, por sí solas o en unión de las previamente existentes, o, cualquiera sea su cuantía, si tienen como destino los países considerados como paraísos fiscales contenidos en el Real Decreto 1080/1991 de 5 de julio.

— se han de cumplir las normas sobre pagos y cobros establecidas en el Real Decreto 1816/1991 (realizarse a través de entidad autorizada).

Por último dejar perfectamente claro como principios básicos de la cuestión:

1) Que la MP de los edificios sitos en España se ha de regir necesariamente por la ley española, como se deduce del artículo 10.1 CC, que determina que la «lex rei sitae» regulará la propiedad, la posesión y demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad.

Se ha pretendido atacar esta afirmación alegando que el artículo 10.1 se refiere a derechos reales, y que estamos en un derecho societario (que se rige por la ley a la que las partes se hayan sometido, art.10.5 CC), pero esta afirmación choca con la literalidad del precepto que habla de «derechos sobre bienes inmuebles», y es de aplicación tanto a los reales como a los personales:

— así, por ejemplo, en arrendamientos de bienes inmuebles, rústicos o urbanos, sitos en España (derechos personales), siempre será de aplicación la ley española.

— que es una manifestación del principio de soberanía del Estado, favorece la seguridad del tráfico y garantiza su efectividad (STS 17 de octubre de 1901 y 9 de noviembre de 1904).

Cuestión distinta son las cuestiones plantadas en la ejecución y cumplimiento del contrato, en relación con temas que no guarden conexión con el derecho del adquirente sobre la cosa, que se regirán por la ley a la que las partes se hayan sometido (siempre que guarde alguna conexión con el negocio de que se trata), y, a falta de ésta, la ley nacional común a las partes, ley de la residencia habitual y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato (10.5 CC).

2) Que en el AMBITO FISCAL, cabe significar como cuestiones de mayor interés, y sin ánimo exhaustivo:

a) La entidad propietaria (*owning company*) puede considerarse como una sociedad de mera tenencia de bienes (más próxima, en sentido técnico a la comunidad de bienes que a la sociedad), ya que la actividad empresarial propiamente dicha es llevada a cabo por otra entidad. En todo caso, tributará por OBLIGACION REAL, y debe tenerse en cuenta, en este punto, lo que resulta de los Convenios de doble imposición suscritos por España.

b) No obstante, no están sujetas al régimen de transparencia fiscal, por no darse los requisitos fijados para tal régimen.

c) La cuestión de mayor interés es determinar si la entidad tiene o no establecimiento permanente en España, a los efectos de tributación por el IS. A tal fin, debe de tenerse en cuenta (art. 7 a. LIS):

— si existe firmado por España tratado de doble imposición, deberá estarse a los términos del mismo.

— en todo caso: La LIS no define establecimiento permanente, sino que establece determinados supuestos concretos a modo de ejemplos de carácter enunciativo (sede de dirección, sucursales, oficinas, obras de construcción...), siendo suficiente una mera oficina de información (Consulta 13 de la OM de 17 de junio de 1981).

d) Estarán sujetas al Impuesto especial sobre bienes inmuebles establecido en la disposición adicional 6ª de la LIRPF, y cuyo tipo es el 5% del valor catastral (salvo que se trate de residentes en países con los que España tenga convenio para evitar doble imposición con cláusula de intercambio de información).

e) En tema de IVA debe de señalarse que, si bien la transmisión de acciones o títulos representativos de derechos de socio hechos por profesionales en el ejercicio de su actividad están exentos del tributo (art. 20.I.18 LIVA), este mismo precepto exceptúa los títulos que aseguren, de hecho o de derecho, la propiedad, uso o disfrute de la totalidad o parte de un inmueble (excepción que está pensando, lógicamente, en el sistema club de *timesharing*)

En cuanto al lugar de realización del hecho imponible, debe estimarse como tal el lugar en que radique el inmueble, en todo caso (art 70.1.1 LIVA).

En Canarias, téngase en cuenta el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC).

f) En materia del Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (aplicable a trasmisiones ulteriores) estamos, dado que más del 50% del activo social está constituido por inmuebles, en un

supuesto de elusión fiscal mediante sociedades, y tributará como transmisión de inmuebles al tipo del 6% (art. 108 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988).

g) Caso de no tener establecimiento permanente en España el artículo 19.1.b LIPF y 23.5 LIS impone, en caso de transmisión de inmuebles por no residentes, la obligación de retención del 10% del precio total acordado (salvo el los supuestos exceptuados) y quedando afectos los bienes transmitidos al ingreso de la retención. ¿Es aplicable esta disposición a la transmisión de derechos en la MP asociativa? En el caso de MP derecho real la cuestión no ofrece duda. Más discutible es en la multipropiedad asociativa, dado que lo que se transmite no es un inmueble, sino una acción. ¿Cabe exigir tal retención? Estimo que, sin perjuicio de que para determinados tributos se asimile la transmisión de la propiedad de la acción a la transmisión de inmuebles, ello no permite identificar en todo caso uno y otro caso, por lo que no sería de aplicación tal obligación de retención.

CONCLUSION. Por todo lo expuesto, cabe concluir que la MP con forma asociativa es una forma PATOLOGICA en nuestro sistema jurídico:

— Patología normativa, tratandose de entidades constituidas en España, por ser un abuso en la forma, debiendose proceder al levantamiento del velo.

— Patología de funcionamiento, tratandose de entidades extranjeras (al depender de la normativa del país de origen), al ser de plena aplicabilidad de las normas españolas y, en consecuencia, se han de cumplir las normas sobre transmisión (doctrina título y modo), fiscalidad, documentación (exigencia de documento público, 1280.1 CC) y publicidad (acceso al Registro de la Propiedad).

c) *Problemas derivados de la MP ya constituida*

El problema que ahora se plantea es distinto. Ya está constituida la MP en forma asociativa, y se nos presenta en el despacho un multipropietario con deseo de transmitir su derecho.

a) Si estuviera constituido a través de entidad de nacionalidad española, habríamos de cumplir las formas y requisitos que para transmitir se requiere, en función del tipo de entidad. En este caso, deberíamos advertir al adquirente del verdadero concepto de MP y de los problemas que pudieran derivarsele como consecuencia de una inadecuada formalización de la MP, dicho lo cual se procedería a otorgar el documento de transmisión (cumpliendo los requisitos exigidos para cada tipo social).

b) Si estuviera constituida en el extranjero.

— No plantearía problemas sustantivos su transmisión con arreglo a la ley reguladora de la Sociedad (11.1 CC).

— Si se quiere formalizar la transmisión con intervención de fedatario español, la cuestión ofrece más problemas. ¿Qué haríamos si se nos presentan los contratantes en el despacho con el título, con intención de transmitirlo, y del mismo resultara que estamos en un caso de MP asociativa?

Aunque el Notario vigila por la legalidad de los contratos, parece excesivo negar nuestra actuación, por lo que, a mi juicio, procedería:

— no veo obstáculo para otorgar escritura de transmisión del título, cuya forma se regirá por la ley española (*locus regit actum*, art. 11.1 CC).

— no se podría legitimar las firmas puestas al pie del título justificativas de la transmisión o endoso, pues, tratándose de derechos inmobiliarios, entraríamos dentro del artículo 1280 CC, lo que nos impide legitimar.

— sí cabría hacer una escritura pública de cesión de derechos, transmitiendo los derechos que se derivan del título, lo que cumpliría el 1.280 CC. Para evitar cualquier doble transmisión, debería incorporarse el título a la matriz o bien poner nota de transmisión en el mismo título.

— deberían cumplirse los requisitos administrativos precisos (verificación previa, en su caso, pago a través de entidad autorizada...).

B) MULTIPROPIEDAD COMO DERECHO REAL

A diferencia del supuesto anterior, el multipropietario no es el dueño de un título que de derecho de uso y disfrute de un periodo por tiempo indefinido, sino que es un verdadero TITULAR DEL DOMINIO PERPETUO Y POR PERIODOS del mismo.

No vamos a entrar en el tema de la conceptualización jurídica del derecho del multipropietario. Partamos de que el multipropietario es titular de un derecho real, y analicemos su configuración y régimen jurídico desde una perspectiva esencialmente notarial.

a) Configuración

La configuración de la MP derecho real puede hacerse:

1) COMO DERECHO REAL RESTRINGIDO: El derecho de cada multipropietario se caracteriza como un derecho real distinto del del dominio. Plantea un problema inmediato: al ser restringido (*nemini rei sua servit*

iure servitutes) debe existir un correlativo derecho real pleno. Este derecho suele atribuirse, bien a la promotora-constituyente del régimen, bien a la sociedad explotadora del edificio, lo que no deja de ser una articulación sumamente insatisfactoria.

Dichas configuraciones se han hecho:

a) Como SERVIDUMBRE PERSONAL (elaborado por la doctrina alemana): se atribuye al multipropietario, con eficacia real, de la utilización del apartamento perteneciente a propietario distinto y durante el periodo convenido. En nuestro Derecho se le ha tratado de encajar al amparo del artículo 531 CC y del principio de libertad de pacto del artículo 594 CC. Plantea las siguientes objeciones:

— carácter perpetuo. Aunque discutido doctrinalmente, ha sido admitido para otros casos de servidumbres personales por las SSTS de 30 de noviembre de 1908, 5 de diciembre de 1930 y 8 de mayo de 1947.

— transmisibilidad del derecho del titular de la servidumbre: La transmisibilidad de las servidumbres personales dista de ser pacífico, si bien cabe alegar un argumento de peso: el artículo 107.5 LH considera hipotecable los derechos de pastos y leñas, que son servidumbres personales, al amparo de los artículos 603 y 604 CC.

b) Como SERVIDUMBRE PREDIAL. Se califica como servidumbre real, voluntaria, discontinua y atípica, al amparo del artículo 594 CC, figurándose como una servidumbre sobre y a favor de cada uno de los periodos.

c) Es difícil configurarlo en base al DERECHO DE USUFRUCTO, USO o HABITACION dado el carácter vitalicio de tales derechos y el carácter intrasmisible de los dos últimos.

d) Como DERECHO DE SUPERFICIE: El último Borrador del Proyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991 (por influencia del vocal don MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS) lo configura como un DERECHO DE CARACTER SUPERFICIARIO, habida cuenta que trascurridos los treinta años de duración máxima del régimen, la propiedad revertiría a la entidad constituyente del régimen.

e) Como derecho real restringido nuevo: así habría que crear una nueva figura, en base al principio de *numerus apertus*, recogido en el art. 2.2 LH. En derecho portugués se habla de DERECHO DE HABITACION PERIODICA, como un derecho nuevo y distinto de los demás reales. Para trasplantarla a nuestro derecho haría falta configurar un derecho real atípico, lo que permite el sistema de *numerus apertus*, lo que no dejaría de plantear la misma pregunta que al principio ¿quién es el titular del derecho real pleno?

2) COMO DERECHO REAL PLENO. Muchas han sido las construcciones doctrinales (que no vamos a analizar *in extenso*), pero cabe agruparlas en:

a) Como una especie de COMUNIDAD DE BIENES:

1) Como COMUNIDAD *PRO DIVISO* (ROCA GUILLAMÓN, ROMA RIERA, LACRUZ BERDEJO): Cada uno de los aprovechamientos de un bien pertenecen a varias personas. Esta tesis ha sido criticada por PAU PEDRÓN, quien revela que la atribución de periodos de disfrute introduce una desnaturalización de la tradicional comunidad *pro diviso*

2) Como COMUNIDAD *PRO INDIVISO* (MARTÍNEZ-PIÑEIRO, MEZQUITA, PAU PEDRÓN...). Al amparo de la libertad de pacto (reconocida en el artículo 392 CC), los propietarios establecen un pacto acerca del uso (permitido por el artículo 394 CC): el uso solidario queda excluido al estar impedido por el uso de otro copartícipe con arreglo a su derecho. Al amparo de este destino (comunidad funcional), queda excluida la *actio communis dividundo* y el retracto de comuneros.

3) Como un TIPO ESPECIAL de COMUNIDAD: La existencia y admisibilidad de comunidades distintas de la comunidad romana regulada en el CC es indudable: así los supuestos de comunidad en mano común o germánico (montes vecinales, regulados por la Ley de 27 de julio de 1968), propiedad *pro diviso* (STS 7 de marzo de 1893, 9 de julio de 1903, 9 de mayo de 1922...), propiedad horizontal (Ley de 21 de julio de 1960), comunidad funcional (R.18 de mayo de 1983), comunidad especial (STS 4 de abril de 1990), comunidad temporal (STS de 16 de marzo de 1965), etc..., y así lo recoge la R. 4 de marzo de 1993. Estaríamos en una comunidad funcional (o caracterizada por su específica función). Por todo ello, no debe suponer escollo alguna la no aplicabilidad a la MP de determinados preceptos de la comunidad romana (*actio communis dividundo*, retracto de comuneros...). La configuración de la MP como derecho real pleno queda claramente incluida en el artículo 348 CC al disponer que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes (y entre ellas, los derechos de los demás multipropietarios).

b) Como un tipo NUEVO DE PROPIEDAD: Es lo que, con notable éxito, se ha llamado por LEYVA DE LEYVA la propiedad cuatridimensional (la cuarta dimensión sería el tiempo o periodo). En esta línea PRADA ALVAREZ-BUYLLA.

c) Como un NUEVO REGIMEN JURIDICO INMOBILIARIO (MUNAR BERNAT).

Sea cual fuere la postura adoptada, cabe afirmar:

— que será de aplicación en todo caso la ley española si se trata de inmuebles sitos en España (10.1 CC), sin que pueda, al amparo del artículo

10.5 CC (desarrollada por el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), someterse a norma distinta de la española.

— que es de aplicación la doctrina del título y el modo para transmitir el derecho dominical (artículo 609 CC).

— que para su transmisión se exige documento público (1280.1 CC), aunque no con eficacia *ad solemnitatem* (1.279 CC).

— que dicha titularidad ha de ser inscribible en el Registro de la Propiedad (605 CC y 1 LH).

Dicho derecho de MP se desenvuelve, siguiendo la terminología de la Ley de Propiedad Horizontal (art. 3 LPH):

— Como un derecho singular y exclusivo de carácter temporal periódico y perpetuo sobre el elemento en cuestión (perfectamente delimitado en el espacio, con los anejos, en su caso, y dotado de un mobiliario adecuado para su finalidad). Los conceptos temporal y perpetuo no son, en absoluto, incompatibles, y como mejor prueba las servidumbres discontinuas.

— un derecho de copropiedad sobre los demás elementos, instalaciones y servicios comunes.

b) Régimen jurídico de la MP

Vamos a resaltar aquellos que notarialmente presenten más interés, no pretendiéndose en absoluto un estudio completo de los derechos y deberes derivados del régimen.

Como se dijo al principio, carecemos de normativa sustantiva que regule la MP, y estamos a la espera de una regulación legal. Por tanto, siguiendo la hermenéutica del Código Civil, hemos de acudir:

— a la analogía que nos ofrece la Propiedad Horizontal (dado, por una parte, la identidad de razón, y por otra el hecho que la MP se asiente, generalmente, sobre un edificio o conjunto de edificios en régimen de propiedad horizontal).

— a las normas generales sobre derechos reales.

Jurisprudencialmente, desconozco sentencias del TS relativas a multipropiedad: de la llamada jurisprudencia registral, la única R. dictada sobre el tema es la R. 4 de marzo de 1993, de la que caben inferir numerosas conclusiones de gran interés, en tanto no entre en vigor la normativa proyectada.

1) Elementos de la MP

I) ELEMENTOS PERSONALES: Ha de haber pluralidad de propietarios (MULTIPROPIETARIOS), y que la propiedad de cada uno esté sujeta a periodo, que generalmente adquieren tales derechos del promovedor del régimen (generalmente un PROMOTOR PROFESIONAL).

Pero, como ya se dijo anteriormente, existe un tercer personaje de capital importancia: LA EMPRESA DE SERVICIOS, que es la que va a encargarse de proporcionar los servicios necesarios que permitan la plena satisfacción del derecho del multipropietario. Todos los proyectos (el BACI 1991 cuando el número de turnos exceda de cincuenta, el BALTC 1991, en todo caso y en BALAT 1994 cuando exceda de un número de turnos aun no precisado) se preocupan extraordinariamente de esta empresa, que es clave para el buen funcionamiento de la institución, y a tal fin:

(i) exigen todos los Borradores (salvo BALTC 1991, que solo exige que en título constitutivo del régimen se incorpore copia del contrato de administración) que en el título constitutivo de la MP comparezca además del propietario (generalmente, el promotor) la Sociedad de servicios con la que se ha celebrado dicho contrato, fijandose las condiciones del mismo (plazo de duración, precio...).

(ii) sometiendo a una serie de requisitos y cualificaciones que aseguren el cumplimiento de su función. Así el BALAT 1994 exige, en su artículo 52:

— Ha de revestir la forma de SA o de SL. No se exige la nacionalidad española, lo que hubiere sido conveniente para asegurar las labores de control administrativo, pero podía encontrarse con el obstáculo comunitario de limitar la competencia.

-capital mínimo de cincuenta millones de pesetas. Si no estuviese totalmente desembolsado, antes de iniciar la prestación de los servicios debe garantizar la efectividad de las responsabilidades que pudieran derivarse de su gestión, mediante un seguro de caución o contrato de garantía prestada por entidad de crédito por importe equivalente al de las retribuciones que puede cobrar en el año siguiente.

Además de la inscripción en el Registro Mercantil, dado su carácter de SA o SL, se exige el alta en un Registro Administrativo, y se le somete a un severo régimen de inspección y control por parte de la Administración Turística.

(iii) El contenido de la relación de servicios se concreta en:

a) La Sociedad ha de mantener los apartamentos y viviendas en condiciones adecuadas para su uso.

b) Ha de responder solidariamente con el constituyente de la ruina y defecto de las construcciones, y del saneamiento por evicción (incluso por gravámenes ocultos y de liberar hipotecas o cargas preferentes) o por vicios ocultos. Si las construcciones comunes no estuvieran terminadas, responden solidariamente con el promotor de su terminación.

c) Velar por los elementos e intereses comunes, respondiendo de los daños que se causen, realizando las reparaciones, aunque sean extraordinarias.

d) Asegurar la limpieza y funcionamiento de los elementos comunes.

e) Proporcionar, para el funcionamiento normal de los órganos comunitarios, material y personal auxiliar necesario y a satisfacer sus gastos.

f) Encargarse de pagar las contribuciones, seguros, amortizaciones, compañías suministradoras... previa provisión por la comunidad de los fondos pertinentes.

g) Realizar las demás prestaciones previstas en la ley o en el título constitutivo. Entre ellas:

- asumir las funciones y deberes del Administrador.
- exigir a cada partícipe el cumplimiento de sus deberes comunitarios.
- representar en juicio a la Comunidad.
- defender la posesión del conjunto y de cada uno de sus elementos.

(iv) Retribución: será la que se hubiera convenido, pudiendo convenirse que tenga el goce y explotación de determinados locales, elementos o instalaciones. Se le concede acción para reclamar su pago a cada partícipe.

(v) En caso de incumplimiento de sus obligaciones por la Sociedad, la comunidad (con mayoría cualificada) podrá escoger entre exigir su cumplimiento o resolver el contrato, exigiendo daños y perjuicios en ambos casos.

(vi) el contrato de adquisición puede ser resuelto por el adquirente, en caso de incumplimiento de la Sociedad de servicios, en determinados supuestos (art. 39.2 de la primera versión del BALAT 1994). Ello se basa en que tal incumplimiento frustra el fin económico del negocio. En la última redacción del Borrador desaparece esta facultad resolutoria del contrato, sin perjuicio del derecho individual de cada condueño (además de la acción de la Comunidad a tal fin) a exigir su cumplimiento (art. 49 BALAT 1994).

II) ELEMENTOS REALES: a) EL EDIFICIO: puede ser un edificio, un Conjunto Urbano o, incluso, una vivienda unifamiliar.

Generalmente la finalidad es turística o vivienda de temporada, pero nada obsta (de *lege data*) que sea uno destinado a cualquier finalidad. Ni

el BACI 1991 ni el BALAT 1994 lo limita exclusivamente al ámbito turístico. Por el contrario, el BALTC 1991 sí

En los diversos Proyectos se exige que la MP se constituya sobre la totalidad del edificio, y así parece conveniente. Ahora bien, en tanto no se apruebe la normativa, no veo obstáculos para que se pueda constituir HOY sobre partes de un edificio o Conjunto Urbanístico. Ahora bien, como registralmente implica el nacimiento de nuevas entidades y el reparto de cuotas, parece lógico, si el edificio está constituido en régimen de propiedad horizontal, la necesidad de aprobación de tal constitución por la Junta de Propietarios y por acuerdo unánime:

- por exigirlo así el artículo 8 LPH, por analogía.
- por implicar o poder implicar una sobreutilización de los elementos y servicios comunes.

A tal fin, creo que es válida la norma estatutaria que permita tal constitución, si bien entiendo que debe de referirse expresamente a MP, no bastando la de segregar, dividir, agregar..., por ser el supuesto distinto, habida cuenta la sobreutilización presumible.

No obstante esta interpretación discrepa con la mantenida en la R.4 de marzo de 1993 que, partiendo de que las limitaciones no se presumen y son de interpretación estricta, y dado que no existe limitación estatutaria, señala la no necesidad del consentimiento de la Comunidad.

b) Los diferentes APARTAMENTOS, PISOS o LOCALES: Puede recaer, como vimos, sobre vivienda unifamiliar, pero lo frecuente es que recaiga sobre los elementos de una propiedad horizontal.

Creo que es aplicable tanto a apartamentos, pisos, bungalows, duplex, locales, garajes, trasteros y cualquier otro susceptible de uso y aprovechamiento independiente (el BALAT exige su destino turístico, excluyéndose, en consecuencia, los locales comerciales).

Como especialidades propias de MP cabe señalar:

— CONFIGURACION FISICA: Todos los Borradores exigen que tengan acceso directo cada elemento por elemento común o a la vía pública, y así se exige también en el artículo 396 CC, por lo que creo que también será exigible de *lege data*, sin que sea admisible tener salida a elemento privado, aun cuando sobre el mismo se establezca la pertinente servidumbre de paso.

— MOBILIARIO: Generalmente en la MP los pisos, apartamentos o locales suelen contener diverso mobiliario y enseres o ropas de casa, necesarios para cumplir su destino propio, que suelen denominarse elementos comunes particulares a cada elemento, a diferencia de los elementos comu-

nes generales a todo el edificio o Conjunto Urbano y que, sin perjuicio de su posible descripción en el título constitutivo, suele contenerse en un INVENTARIO. En el artículo 9 BALAT 1994 se exige la constancia del mobiliario en inventario, no exigiéndose que forme parte de la escritura de transmisión, bastando que lo forme el promotor, quien lo deberá tener a disposición de cada propietario, y a quien deberá entregárselo al tiempo de celebrar el contrato, debiéndose proporcionar (se entiende que por la empresa de servicios) copias del mismo a medida que se actualicen.

— RESERVA. Uno de los problemas que más preocupa al legislador es el hecho de que un multipropietario vaya a su apartamento, y no pueda acceder a él, bien por razón de reparaciones, de problemas con los ocupantes....

Hoy en día, ninguna norma prevé este supuesto, que suele, en la práctica, por aplicación de la práctica hotelera sobre *overbooking*, resolverse ubicando al sujeto en otro elemento de análogas o mejores características, preferiblemente en el mismo Complejo o, no siendo posible, en otro ubicado en la localidad, y sin perjuicio de las reclamaciones que por daños y perjuicios puedan originarse.

Para evitar este problema y asegurar al multipropietario el disfrute de su derecho en el Complejo convenido, suele articularse:

(i) bien reservando un número concreto de elementos a este fin. Esto puede documentarse:

— bien configurándolo como un elemento común y, en consecuencia, no dando lugar al nacimiento de finca registral independiente.

— bien titulándolo a nombre de la Comunidad de Propietarios. Como, hoy por hoy, esta carece de personalidad jurídica (R. 1 de septiembre de 1981), la vía idónea sería configurarla como elemento PROCOMUNAL, es decir, describiéndola en la división horizontal, asignándole un número separado e independiente. abrir hoja registral, pero sin asignarle cuota, titulándola «ob rem» a favor de los que, en cada momento, sean titulares de los diversos elementos del Conjunto, y sin ser susceptible (mientras no cambie su carácter) de tráfico jurídico.

(ii) bien reservando un determinado número de turnos, de forma rotatoria entre los diversos elementos, que destinarían uno o varios turnos a tal fin (con lo que el número total de las cuotas no sumarían, en conjunto, al año natural).

Esta necesidad de reserva ha sido tenida en cuenta en los diversos Proyectos:

— tanto el BACI 1991 (5% de los elementos, con un mínimo de 1) como la primera versión del BALAT 1994 (3% de los elementos, con un mínimo de 1) reservan elementos concretos a tal fin.

— En la última versión del BALAT 1994 se opta por asignar turnos (art. 23.3: un turno de cada elemento, que no podrá ser inferior a siete días, reservado para reparaciones, limpiezas u otros fines comunes).

c) EL PERIODO DE TIEMPO. Este elemento es la gran novedad de la MP. Creo que es preciso que esté perfectamente predeterminado de una forma objetiva y que no plantee dudas su interpretación y comprensión (con expresión de día, semana o mes, y con expresión de hora de entrada y salida).

Sin perjuicio de que en el Proyecto se establezcan normas reguladoras (así el artículo 24.3 BALAT, que establece un mínimo de siete días, que deben de ser iguales —semanas, meses...—, aunque puedan ser distintos según sean viviendas o locales), creo que hoy la libertad de fijación es total:

— la fijación de la duración es absolutamente libre (días, semanas, meses, años...).

— puede ser igual para cada elemento, o distinto, y dentro de cada elemento, la duración de cada periodo puede ser diferente, siempre que el conjunto de todos complete el total tiempo.

— el periodo asignado va a determinar, dada la presumible estacionalidad de su uso, tanto su valor en venta como la cuota en la comunidad.

Es conveniente (y así suele hacerse) contener un calendario, bien de forma genérica (número de semana a contar desde el primer viernes del año), o concreta (incluyéndose calendarios para cinco, diez o cincuenta años). Este último sistema plantea el problema de que cuando termine, deberá hacerse otro, estando autorizado el promotor o quien este designe a elaborar otro, una vez terminado el acompañado, pacto que debe estimarse válido, siempre que se contengan las bases objetivas para su realización (así lo señala la R. 4 de marzo de 1993).

III) ELEMENTOS FORMALES: a) TITULO CONSTITUTIVO: Generalmente será la escritura pública (puede otorgarse en España o fuera de España, como ya dijimos, con arreglo al «locus regit actum», si bien el contenido y circunstancias de la misma se registrará en todo caso por la ley española, art. 11. 2 CC).

No obstante lo dicho, nada obsta que sea judicial, ya que no hay ningún precepto legal que establezca que la única forma sea la escritura. En este sentido, señalar la posibilidad de constituir la propiedad horizontal como consecuencia de un procedimiento judicial. Así, por ejemplo, por efecto de un expediente de dominio (R.18 de Junio de 1991). Así sería válida la constituida por documento judicial (Vg: por analogía a la

LPH, si transcurrido el plazo que se establecerá para adaptar Estatutos a la ley que se dicte, no se realizara voluntariamente por los multipropietarios y hubiera de hacerse judicialmente). No obstante, la práctica demuestra lo insólito de tales títulos judiciales, designándose comúnmente por el Juez (por turno de oficio) Notario, quien otorgará la escritura, suscrita por los interesados (o por el Juez, en caso de rebeldía de alguno de los interesados).

Refiriéndonos al caso de escritura pública (que será, obviamente, el más frecuente), se exige:

A) Que sea otorgada por el propietario único o por todos los propietarios del edificio.

El BALAT 1994 exige, además, que comparezca, además la Sociedad de servicios (que puede ser la misma promotora) exigiéndose, además, el que una entidad de crédito garantice solidariamente con el promotor las siguientes obligaciones (art. 24.2):

1º Liberar la finca de cargas y gravámenes, si las ventas se van a hacer en tal concepto.

2º Terminar las construcciones y completar el mobiliario prometido.

3º Abonar el precio en el caso de resolución del contrato por incumplimiento de la Sociedad de servicios.

B) Que la construcción esté concluida o al menos, comenzada (por analogía 8 LH). Tengase en cuenta, en tal punto, la doctrina expuesta en la R.5 de Noviembre de 1982.

Nuestro sistema de transmisión de propiedad, y el principio registral del tracto sucesivo, puede dar lugar a situaciones que conviene analizar en relación a la existencia de posibles adquirentes de elementos por medio de documentos privados:

— si el promotor ha vendido sobre el plano en documento privado, podrá el solo otorgar el título constitutivo, pues no se ha transmitido la propiedad al adquirente, que solo tiene título.

— si se ha terminado el edificio y ocupado un elemento, mediando solo documento privado, el tracto sucesivo exige que el título sea otorgado por el titular registral, aunque civilmente debería concurrir el adquirente. Ello determina, como ya ha dicho el TS en materia de propiedad horizontal (S. 16 de Abril de 1979) que el título otorgado por el titular registral sea declarado judicialmente nulo, por haber sido realizado prescindiendo del adquirente en documento privado.

C) El contenido del título constitutivo sería similar al de una vivienda en régimen de propiedad horizontal, teniendo en cuenta:

— se describirá el edificio en su conjunto, debiéndose incluir con la mayor precisión posible los diferentes elementos, instalaciones y servicios comunes.

— cada elemento debería ir acompañado de la fijación del periodo. Convendría hacer (y los Borradores así lo exigen) una descripción del mobiliario, enseres y ropas comunes de los multipropietarios del citado elemento, sin perjuicio de remitirse a inventario a acompañar en la escritura de trasmisión.

— cada elemento, junto con su periodo, sería finca registral separada e independiente, y tendría un número correlativo expresado en letra.

— cada elemento tendrá asignado un número (expresado en letra, como exige 8 LH) y una cuota, expresada en un tanto por ciento. La fijación de dicha cuota se hará (por analogía LPH) teniendo en cuenta el elemento en cuestión, su ubicación, el uso presumible que vaya a hacerse de los elementos y servicios comunes y presumiblemente, el valor asignado al periodo temporal.

— El título puede contener (y de suyo, lo normal y conveniente es que así lo haga, dada las específicas relaciones que surgen de la MP) los Estatutos que han de regir la MP, y que será objeto de examen posterior.

D) El BALTC 1991 y BALAT 1994 (caso de destinarse a finalidad turística o vacacional) exigen que el acto constitutivo se notifique a la Autoridad turística.

b) INSCRIPCIÓN REGISTRAL. Por analogía a la propiedad horizontal, a la inscripción de Conjuntos inmobiliarios complejos (R.2 de Abril de 1980) y la técnica registral de los garajes (68 LH), cabe deducir que se inscribirá:

1º la descripción del edificio en la hoja registral correspondiente al terreno. En dicha hoja se inscribirá la constitución del régimen de MP, así como los Estatutos.

2º se abrirá folio separado o finca registral independiente a cada elemento, de forma análoga a la propiedad horizontal, asignándole un número separado y especial, expresado en letra.

3º se abrirá folio separado a cada periodo de utilización dentro de cada uno de los elementos del inmueble, señalándose la cuota y el número correlativo que se le asigna (que es independiente del asignado a cada elemento) y que se expresará en letras. En dicho folio se contendrá la descripción del elemento y del mobiliario a él asignado (directamente o por referencia), periodo del año en que está atribuido el uso exclusivo, con precisión del día y hora iniciales y finales, y los demás derechos que tuviera (prestaciones especiales, anejos...).

Esta es la práctica común y es la que recoge la R. 4 de marzo de 1993, y es el sistema que siguen los Borradores. En la práctica suele inscribirse inicialmente el edificio y cada uno de sus elementos, junto con la inscripción extensa del régimen de MP, abriéndose el folio separado de cada uno de los periodos de utilización al tiempo de inscribirse su transmisión o gravamen.

Este sistema es recogido por el artículo 28 BALAT, quien además exige que conste en la inscripción:

— domicilio exacto y demás circunstancias del constituyente, quien habrá de comunicar al Registro cualquier variación de domicilio, la cual será reflejada en él por nota marginal.

— datos identificadores de la sociedad de servicios.

Con relación a las exigencias formales, y de forma análoga a la propiedad horizontal, cabe plantear diversas incógnitas:

(i) Qué pasa si otorgado e inscrito el título constitutivo, todavía no se ha transmitido a un tercero la propiedad de ningún elemento ¿ Existe MP? Parece evidente que no, al no haber el elemento fáctico que su existencia (análogamente al supuesto planteado en la propiedad horizontal, cuando todos los elementos pertenecen al constituyente del régimen). Estamos en una situación de pendencia, análoga, en cuanto a sus efectos, a la servidumbre de propietario (541 CC).

(ii) Más interés ofrece la llamada MP fáctica, es decir, aquella situación de MP en la que, existiendo los elementos fácticos, no se han cumplido los requisitos formales para su constitución.

El tema ya se planteó con la LPH, disponiendo la D. Transitoria 1ª (y que reproduce en su técnica jurídica la Disposición Transitoria 2ª BALAT) que la Ley sería de aplicación a todas las Comunidades, y así ha sido recogido por la jurisprudencia (vid. entre otras la S.19 de febrero de 1971), máxime dada la gran cantidad de normas imperativas contenidas en la ley, y lo fácil que sería burlar su aplicación con solo prescindir de las formas exigidas.

La solución debe ser la misma para la MP (y así lo recoge igualmente los diversos Borradores). El tema es de extraordinaria importancia, dado que habrá MP ya constituidas que no cumplirán las exigencias de adaptación, y sin perjuicio de que cualquier multipropietario pueda instar judicialmente tal adaptación.

2) Normas derivadas de la autonomía de la voluntad

Como ya dijimos, lo normal es que el título constitutivo contenga normas que traten de regular y disciplinar la Comunidad de multipropietarios, aunque son perfectamente separables uno de otras.

La LPH distingue:

a) Estatutos o normas que tratan de disciplinar la Comunidad y los derechos y deberes de los socios, que son válidos, siempre que no se opongan a las normas imperativas. Dichos Estatutos, para su aprobación o modificación, están sometidos a las mismas exigencias que el título constitutivo (aunque no sean parte de éste), y son inscribibles en el Registro de la Propiedad, lo que determina su oponibilidad a terceros.

b) Normas de Régimen Interior, que son acuerdos relativos al uso de los elementos comunes y reguladores de las normas de convivencia, que son aprobadas por acuerdo mayoritario de la Junta, no son oponibles a terceros y no son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Los diversos Proyectos no contemplan esta dualidad, pero estimo que, dado el principio de autonomía de la voluntad, nada impide que se mantenga, y es especialmente interesante (ya que las normas de Régimen Interior son más flexibles, tanto para implantarlas como para modificarlas,

De LEGE DATA, creo que esta dualidad es aplicable a la MP, siendo de gran importancia la redacción de las mismas, dados los mayores conflictos que pueden generarse en la MP y de la necesidad de asegurar a cada multipropietario que va a tener disponible su elemento en el momento debido.

Por último, debe de tenerse en cuenta la existencia de una Empresa de Servicios encargada de la prestación de los mismos. Como consecuencia de ello:

— los preceptos estatutarios no pueden ir en contra del contrato en vigor celebrado por la Empresa de Servicios, que implican un límite a su modificabilidad.

— cualquier modificación que afecte a los servicios a prestar, o implique un incremento de los mismos a prestarse por la citada Compañía requerirá su expreso consentimiento.

Ya refiriendonos en concreto a los Estatutos, vamos a hacer un repaso de aquellas cuestiones que, por su interés, deben de ser objeto de especial atención en su redacción:

a) Normas relativas al uso y disfrute de su elemento

1) Es importante resaltar el carácter de propietario del multipropietario, así como que su *ius utendi* está limitado al turno que le corresponda.

2) Es conveniente introducir normas que traten de asegurar que el total conjunto del edificio va a ser destinado a su finalidad propia (turismo, deporte...). Por tanto conviene limitar la utilización de cada elemento a su finalidad específica (local, vivienda...), así como introducir un catálogo de actividades prohibidas (incomódas, ruidosas, insalubres, peligrosas, inmorales...).

En caso de incumplimiento, puede:

— si así se pacta, privar temporalmente (a modo de sanción) del uso del elemento (posibilidad esta admitida por la R. 4 de marzo de 1993, apoyándolo en la autonomía de la voluntad y, por analogía, a la Ley 473 del Fuero Nuevo Navarro). Esta posibilidad es admitida por BALAT 1994, pero referido exclusivamente a la falta de pago de los gastos comunes (artículo 46.2).

— en todo caso, y siempre de forma judicial, puede instarse la privación del uso del elemento al incumplidor, de forma análoga al artículo 19 LPH.

3) Es importante asimismo introducir normas que prohíban o limiten la facultad de cada multipropietario de hacer modificaciones en los elementos específicos de su apartamento (mobiliario, instalaciones...), debiendo exigirse el acuerdo de los multipropietarios de dicho elemento.

— El BALAT 1.994 exige acuerdo de partícipes con derecho de aprovechamiento de dicho elemento, por mayoría de dos terceras partes de ellos que representen más de las dos terceras partes de las cuotas (art. 27).

— en tanto se apruebe la nueva legislación, por analogía a la LPH, será necesaria la UNANIMIDAD y UNIVERSALIDAD (que todos los partícipes voten a favor).

Asimismo deben introducirse normas que obliguen a cada propietario a reparar los daños producidos por su culpa o negligencia.

4) Normas relativas a reparaciones:

— en elemento común general o particular a cada elemento, deberán estar prohibidas, debiendo comunicar su necesidad al administrador y sin perjuicio de la adopción de medidas urgentes.

— las obras que se realicen en los elementos comunes (ya sean generales o particulares) exigen el acuerdo unánime de los propietarios, *ex. art. 16.1 LPH* (STS 2 mayo 1964, 9 diciembre 1966, 30 junio 1967, 23 abril 1970 y otras muchas posteriores).

— deberá asimismo permitir la entrada en su elemento a fin de permitir la realización de tales reparaciones.

5) Normas que prohíben o limiten la modificación objetiva del derecho, admitiéndose solo agregaciones, segregaciones, divisiones, en los siguientes casos:

— con acuerdo unánime de todos los multipropietarios afectados.

— y, además del anterior, con permiso expreso de la Junta, por acuerdo unánime (art. 8 LPH y RR. 22 de octubre de 1973 y 6 de febrero de 1980), salvo que no afecte para nada a las cuotas de los demás, en cuyo caso podría admitirse estatutariamente la autorización de tales actos (R. 26 de febrero de 1988).

6) La cuestión más importante es el establecimiento de normas que traten de asegurar la efectividad del derecho de cada multipropietario a disfrutar de su elemento en el periodo que le corresponde.

El BALAT 1994 además de contemplar la posibilidad de privar del uso del elemento al propietario que no estuviera al corriente de sus cuotas, obliga a la Sociedad a defender la posesión de cada elemento, y le permite que, terminado el periodo de gozo, puede abrir y entrar en los mismos, y desocupar los bienes muebles ajenos a la comunidad (art. 46.3).

LEGE DATA, tal concesión exige su consignación en los Estatutos que se aprueben. A tal fin, convendrá introducir:

a) Normas que establecen sanciones en caso de incumplimiento. Pueden ser

1) De carácter PECUNIARIO (dichas sanciones deberán ser establecidas expresamente, lo que permitiría el uso de la vía ejecutiva para su efectividad, sin perjuicio y además de asimilarlas a la obligación de contribución a los gastos comunes, a los efectos de afección del bien).

2) De PRIVACION TEMPORAL del uso de su elemento. ¿Es admisible el pacto estatutario?

— De *lege data* el tema es sumamente polémico, dado que la LPH, en su artículo 19 (declarado ajustado a la Constitución por STC 301/1993 de 21 de Octubre) sólo permite la privación temporal, y siempre por la vía judicial, en caso de incumplimiento del artículo 7.3 (cuando se lleven a cabo actividades dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres), pero no en caso de impago de los gastos comunes. No obstante lo cual, en el supuesto de MP, estimo admisible el pacto estatutario que permita esta privación temporal que habrá de ser acordada necesariamente por la autoridad judicial.

— en el 47 2 BALAT 1994, como se ha visto, se admite el pacto de condicionar el uso del apartamento al estar al corriente del cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias.

b) DERECHO DE DESALOJO. La cuestión ahora es plantear si es admisible contemplar estatutariamente un derecho de DESALOJO para el caso de que el multipropietario no abandonara el apartamento al finalizar su turno.

(i) Admisibilidad: Su utilidad y necesidad práctica es evidente, habida cuenta los periodos cortos de utilización y la práctica imposibilidad de acudir a la vía judicial de una manera efectiva y que satisfaga el derecho del siguiente multipropietario.

Lege data, y por las mismas razones aducidas en el apartado anterior, estimo admisible el pacto estatutario que permita este desalojo, pero siempre por la vía judicial.

El BALAT 1994 solo contempla este derecho de desalojo para los bienes muebles ajenos a la comunidad, pero ¿puede extenderse a las personas? El derecho de desalojo presenta objeciones de gran importancia:

a) De orden constitucional. Dos objeciones cabría alegar:

— Nuestra Constitución reconoce en el artículo 18 la inviolabilidad del domicilio. El concepto de domicilio, en la Constitución, excede del concepto civil y administrativo del citado término, y se extiende a cualquier lugar privado que ocupe una persona, ya sea física o jurídica (así STS 22/84 de 17 de febrero), y tiene como único límite, contra la voluntad de su ocupante, el delito flagrante o la autorización judicial (orden judicial expresada de ingreso en el domicilio, o la genérica de desalojo). Así lo señalan y desarrollan las SSTC 22/84 de 17 de febrero, 199/87 de 16 de diciembre y 160/91 de 18 de julio). En consecuencia, el elemento en multipropiedad estaría protegido por el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

— Infracción del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 Const).

b) De orden civil: Resultante básicamente del art. 445 CC.

En consecuencia:

— interesa en los Estatutos contener la autorización expresa de ingreso en el elemento, y del consentimiento al uso del derecho de desalojo, consentimiento que sería conveniente reiterar en la escritura de venta. Esta sería la vía para ejercitar el derecho de desalojo.

— dicho consentimiento, anticipadamente prestado, podría ser revocado en cualquier tiempo.

— El consignar este derecho de desalojo en la propia normativa legal podría plantear problemas de constitucionalidad, al no revestir la norma el

carácter de Ley Orgánica. En todo caso, si de verdad se quiere hacer efectiva la MP, no cabe otra solución que su admisión, sometida, en todo caso, a la posible revisión por la autoridad judicial.

(ii) Titularidad: No parece plantear problemas el configurar este derecho de desalojo a favor de la Comunidad de Propietarios. Pero es indudable que la efectividad de este derecho aconseja que sea ejercitada por la Sociedad de Servicios (caso de existir) quien deberá comunicarlo al administrador de la Comunidad.

De los argumentos de la R.4 de marzo de 1993 (que lo reservaba al promotor) parece derivarse su imposibilidad legal (señalando que tal reserva carece de justificación adecuada y perturba el régimen de jurídico de las relaciones comunitarias), pero estimo que debe superarse esta interpretación, causada por una inadecuada trasposición de las normas de la propiedad horizontal, sin tener en cuenta las especiales características de la MP y careciendo, en consecuencia, de identidad de razón. En todo caso,

— debe previamente intimarse al ocupante del apartamento, advirtiéndole que de no abandonar el mismo, será responsable de los daños y perjuicios irrogados.

— la Comunidad debe poder oponerse al ejercicio del derecho de desalojo. Es una forma, imperfecta, de controlar el posible abuso por la empresa de servicios.

— debe dejarse a salvo la posible revisión del acto por la autoridad judicial.

c) ESTABLECIENDO UN SISTEMA DE SEGURO, contratado por la empresa de administración (tomador del seguro), que garantice al titular del derecho (beneficiado), caso de no poder usar de su elemento, que se le pague una indemnización compensadora (bien pecuniaria, bien en otro elemento de análogas o mejores condiciones).

b) Normas relativas al uso y disfrute de su elemento

1) Normas que permitan transmitir libremente, *inter vivos* o *mortis causa*, el derecho del multipropietario, excluyéndose cualquier tipo de derechos de preferente adquisición.

El BALAT 1994 (art. 26) exige que la transmisión se haga conforme a Derecho español y se notifique a la administración de la finca.

2) Facultad de ceder el uso y disfrute a otra persona (con carácter real o personal), sin perjuicio de la responsabilidad del titular para con la comunidad, y sin perjuicio del derecho de esta a instar el lanzamiento del

ocupante, caso de incumplir sus obligaciones, si, requerido el titular, este no lo hace.

3) Posibilidad de gravar la propiedad. Dado su carácter real e inmobiliario, es susceptible de hipoteca. No obstante, la Disposición Adicional 3ª BALAT 1994 modifica el artículo 107.11 de la Ley Hipotecaria, admitiendo tal hipoteca.

4) Imposibilidad del ejercicio de la *actio communi dividundo*.

Lege data, de todo lo anteriormente dicho, no plantea problema su no aplicación, dado el carácter de la MP como una comunidad funcional, caracterizada por su destino, en la que la jurisprudencia registral tiene señalada la no aplicación de la *actio communia dividundo* (RR. 18 y 27 de mayo de 1983)

Los diversos Borradores (artículo 25 BALAT 1994) tratan de asegurar tales derechos, disponiendo la imposibilidad de establecer limitaciones, derechos de tanteo y retracto, rescate, redención, comiso y demás gravámenes a favor del promotor, así como cualesquiera otros que traten de limitar el derecho del multipropietario (salvo la posibilidad de pactar la resolución expresa por causa de incumplimiento de la obligación de pago al promotor).

c) Normas de carácter económico

El multipropietario debe contribuir al pago de los gastos comunes derivados de la MP (9.5 LPH). A tal fin suelen distinguirse:

— gastos comunes generales (que se fijan de forma análoga a la propiedad horizontal, es decir, con arreglo a su cuota en la Comunidad). Tienen este carácter, asimismo, aquellos gastos derivados de servicios o elementos comunes que, por no ser utilizados por todos los elementos, su importe se reparte entre aquellos que lo usan, por expresa disposición estatutaria.

— gastos comunes a un elemento, que se reparten entre ellos, en función al valor asignado a su fracción temporal.

En uno u otro caso, las cantidades que resulten a pagar por ambos conceptos son inseparables, y tanto se incumple si se deja pagar una u otra, estando sujetas al mismo régimen de preferencias legales, garantías (afección del bien al pago de gastos comunes) y vías judiciales para su exigibilidad.

El BALAT 1994 dispone (artículo 47):

— la Sociedad tiene derecho a exigir a cada partícipe la cuota de retribución global estipulada, al menos, tres meses antes de la iniciación del periodo respectivo.

— el obligado al pago será el titular. No obstante, en caso de transmisión, respondan solidariamente:

1º El antiguo partícipe por las cuotas vencidas después de la transmisión y antes de que tenga conocimiento de ella la Sociedad de servicios.

2º El nuevo partícipe, hasta donde alcance la participación, por cuotas vencidas en los dos años anteriores.

Por vía estatutaria puede introducirse válidamente:

— exigibilidad judicial sin necesidad de previo requerimiento de pago (por analogía al artículo 20 LPH).

— establecimiento de sanciones económicas en caso de mora: recargos, intereses..., incluso privación de uso. Dichas sanciones, en todo caso, tienen carácter de cláusula penal, lo que permite que, en caso de cumplimiento parcial o defectuoso, o pueda ser moderado por los Tribunales (1.154 CC).

— posibilidad de que, en caso de impago, pueda privarse del uso del apartamento, para con su explotación por la empresa de servicios, pueda resarcirse la comunidad (derecho este previsto —art. 47 BALAT 1994—). Este derecho es una especie de comiso extrajudicial, afectado a un destino (solamente el pago de los elementos comunes), que trata de hacer efectiva la obligación de pago, y sin perjuicio del dueño del elemento a acudir a la autoridad judicial en caso de disconformidad (como manifestación del principio constitucional de tutela judicial efectiva).

En todos los casos antes indicados, LEGE DATA, estimo de aplicación a nuestro caso:

— la afección de la finca al pago de los gastos comunes del último año y a la anualidad corriente (por analogía 9.5 LPH), así como la vía procesal para su exigibilidad, al amparo del artículo 20 LPH, siendo suficiente el Certificado de la Junta aprobatorio de la liquidación de la deuda, sin necesidad de requerimiento previo (salvo que los Estatutos así lo exigieran), debidamente notificado al deudor. A tal fin, instado el procedimiento judicial por la Comunidad, está podrá obtener el embargo de la finca, embargo que se anotará en el Registro, no a nombre de la Comunidad (que carece, como hemos visto, de personalidad jurídica) sino de los diversos propietarios del edificio (R. 27 y 30 de junio de 1986).

— en la escritura de transmisión, deberá hacerse constar por el trasmittente que la finca está al corriente de los gastos de comunidad, o, en su caso, expresar los que adeudare (9.5. párrafo 3 LPH), si bien la DGRN tiene señalado que la constancia de tales extremos no es defecto que impida su inscripción (R.10 de enero de 1991).

d) Normas de organización

El BALAT 1994 dedica el capítulo IV del Título II (artículos 29 a 45) a los Organos de la multipropiedad, regulando los mismos con gran detalle, señalando que son órganos de gobierno de la MP:

- La Junta de Partícipes, general o especiales.
- Presidente de la Comunidad.
- Administrador, que habrá de ser Sociedad de Servicios, con los requisitos y cualificaciones que exige la ley.
- Secretario.

Dos normas generales contiene, además:

- en los Estatutos podrán establecerse otros órganos de gobierno.
- los actos de los órganos de gobierno son vinculantes para todos los partícipes, aunque hayan adquirido su derecho con posterioridad.

a) JUNTA DE PARTICIPES. Hemos de distinguir:

1) Junta GENERAL de partícipes: Compuesta por todos los titulares multipropietarios. El BALAT 1994 señala que no es necesario hacer una Junta para cada elemento a fin de elegir un representante que asista a la Junta General, bastando una sola Junta a tales efectos, siendo esta consideración aplicable *lege data*.

Cada propietario tendría voto en función a su cuota en la comunidad.

El BALAT 1994 contiene una regulación detallada de tales Juntas: convocatoria, derecho de información, derecho de asistencia, derecho de voto, régimen de mayorías, documentación, ineficacia de los acuerdos, impugnación de acuerdos. .

REGIMEN DE MAYORIAS: El artículo 35 BALAT trata de superar el régimen de mayorías que establece la vigente Ley de Propiedad Horizontal, distinguiendo:

a) Régimen general: mayoría de partícipes asistentes y representandos, siempre que representen más de la mitad del montante de las cuotas presentes y representadas.

b) Mayoría cualificada: Voto de la mayoría de todos los partícipes siempre que represente más de la mitad del montante de todas las cuotas, para los siguientes acuerdos:

- 1º Cuando así lo exiga la ley.
- 2º Establecer o modificar los Estatutos (salvo cambio de domicilio).
- 3º Concertar la prestación de servicios con Sociedad idónea, o para prorrogar el concierto

4º Para crear o mejorar instalaciones o servicios comunes, cuando exijan que algún partícipe haya de sufrir servidumbres de carácter permanente.

5º Para modificar elementos de aprovechamiento común.

c) Mayoría cualificadísima: acuerdos que tengan por objeto desafectar, gravar o enajenar elementos comunes y, en su caso, señalar cuota al nuevo elemento.

— unanimidad: si no han transcurrido quince años desde la constitución de la MP.

— transcurridos quince años: Voto favorable de dos tercios de todos los partícipes, siempre que representen más de dos terceras partes del montante de todas las cuotas.

LEGE DATA, el régimen de acuerdos habría de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 16 LPH, distinguiéndose:

— acuerdos unánimes de todos los multipropietarios, si afectan al título constitutivo (párrafo 1 del artículo 16 LPH). Este precepto es imperativo (STS 2 de junio de 1970, 21 de mayo de 1976 y 4 de julio de 1980 y R. 15 de julio de 1973), si bien la doctrina es favorable a introducir una mayor flexibilización, interpretación esta que no es ajena al TS (vid S. 31 de enero de 1992), basándose para ello en el principio general de la buena fe que ha de presidir el ejercicio de todo derecho (art. 7.1 CC) y de represión del abuso de derecho por parte de un propietario disconforme (art. 7.2 CC).

— acuerdo unánime (con la misma salvedad anterior en cuanto a la necesidad de flexibilizar el rígido sistema de unanimidad) de los multipropietarios de un elemento, para hacer modificaciones que afecten sólo al elemento en cuestión.

— acuerdos que exigen mayoría (entendiéndose por tal mayoría de propietarios asistentes, presentes o representados, que representen mayoría de cuotas asistentes), por analogía del párrafo 2º del artículo 16 LPH.

2) JUNTAS ESPECIALES: Reunión de multipropietarios afectados, y es de aplicación (art. 40 BALAT 1994):

— para aquellos supuestos que afecten solo a elementos, instalaciones y servicios cuyos gastos han de repartirse, según el título, conforme a módulos distintos de los ordinarios.

— cuando se refieren a un solo apartamento, vivienda o local.

En estas Juntas especiales se nombrará Presidente entre sus miembros, y son de aplicación analógica las normas de la Junta General.

b) PRESIDENTE. El BALAT 1994 dispone:

- que necesariamente habría de ser multipropietario.
- el nombramiento será por un año, y quedará tácitamente reelegido por solo por otro año podrá ser reelegido, así como removido en todo momento. Si el cargo no es aceptado, se prevé un sistema rotatorio de nombramiento.
- la Junta puede proveer la existencia de un suplente del Presidente.
- el Presidente representará a la comunidad, y su representación se extenderá a todos los actos de administración ORDINARIA. Para los que exceden de dicho carácter ordinario, se exige autorización de la Junta.

LEGE DATA, será aplicable al Presidente lo dispuesto para dicho cargo por la Ley de Propiedad Horizontal. En cuanto a la exigencia de ser propietario, cabría, tratándose de un bien ganancial, reproducir lo dicho por la doctrina para el caso de propiedad horizontal: si ambos conyuges son titulares, ambos podrán ser elegidos Presidente (idem. que en cualquier situación de comunidad). Si el bien es adquirido por uno solo de los cónyuges, solo podrá serlo el titular (y no su cónyuge, no obstante el carácter ganancial de la adquisición).

c) EL ADMINISTRADOR. Tiene como misión la gestión de los intereses comunes, ateniéndose a las instrucciones de la Junta y del Presidente.

Las funciones del Administrador son asumidas por la Sociedad de servicios, salvo que la Comunidad estime oportuno que exista el cargo separado, y a costa de la Comunidad. El nombramiento, en este caso, se hace por la Junta, por plazo de un año, prorrogable tácitamente por otro año, pudiéndose designar titular y suplente, y puede ser removido en todo momento por la Junta.

En caso de urgencia, el Presidente puede nombrar, con carácter provisional, administrador, debiendo convocar inmediatamente Junta para el nombramiento definitivo.

LEGE DATA es de aplicación lo dispuesto para dicho cargo por la Ley de Propiedad Horizontal. Generalmente se encomienda la administración a quien designe la empresa de servicios que se encarga de gestionar y organizar el uso y servicios del edificio. La labor del administrador es más amplia y compleja, pues no solo administra elementos comunes sino también privativos, y dadas las especiales relaciones y cuestiones que se derivan de la MP.

Se ha planteado por la doctrina si tal reserva de designación de Administrador es válida:

— ROCA GUILLAMÓN señala su inadmisibilidad, dado el tenor de la LPH.

— MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES se decanta por su validez, sin perjuicio de la siempre posible revocación por la Junta. En tal caso, quien se reservó su nombramiento deberá hacer el nombramiento.

En todo caso, señalar:

— que, caso de no ser propietario, creo no ser necesario que pertenezca al Colegio de Administradores de Fincas, dado que su función es mucho más amplia que un simple administrador, y sin perjuicio de que, en el futuro, pudiera establecerse un Colegio especializado para este tipo de administradores.

— creo que no es admisible el pacto que impida destituir al Administrador, o que exiga una mayoría tan cualificada que lo haga, de hecho, imposible, pues iría en contra del principio democrático configurador de la MP. En BALAT 1994, al estar sus funciones integradas en la sociedad de servicios, habrán de cumplirse los requisitos para la resolución de dicho contrato (o en término o conclusión del mismo).

d) EL SECRETARIO. EL BALAT 1994, siguiendo el precedente de la LPH, regula la figura del Secretario, disponiendo que le incumbe la función de conservar la documentación de la comunidad, levantar acta de las Juntas, hacer las notificaciones procedentes y expedir certificaciones.

El BALTC 1991 permite que dicha función pueda ser asumida por un no multipropietario que resida en la provincia donde radique el Conjunto. El BALAT 1994, en su primera redacción, disponía que dichas funciones serían asumidas directamente por la Sociedad de servicios, dentro de sus funciones propias, a menos que la Junta designe otro, y a costa de la Comunidad.

La última redacción del BALAT 1994 vuelve al sistema tradicional de considerarlo como cargo autónomo, designado por la Junta, siendo de aplicación lo dicho respecto de nombramiento y plazos para el caso del administrador nombrado por la Junta.

LEGE DATA será de aplicación al Secretario lo consignado para dicho cargo por la Ley de Propiedad Horizontal.

NORMAS COMPLEMENTARIAS. El BALAT 1994, al tratar de órganos, contiene otras normas de gran interés:

— Los libros de la Comunidad serán diligenciados por el Registrador de la Propiedad del lugar donde radique el inmueble.

— además de los libros de actas, se llevará un libro de domicilios, donde se consignarán los cambios de titularidad de cada participación y los domicilios en España fijados por los partícipes para la práctica de requerimientos y notificaciones, entendiéndose que, a falta de tal designación, será válida la notificación hecha en el mismo inmueble.

Hubiera sido conveniente, a mi juicio, que en cada uno de los contratos de transmisión se estableciera la obligación para el adquirente de fijar un domicilio en España para la práctica de requerimientos y notificaciones, y que pudiera ser variado en cualquier momento por el interesado, mediante instancia dirigida al Registrador y firmado en su presencia o con las firmas legitimadas notarialmente, haciéndose constar en el Registro por medio de nota marginal (por analogía con las normas sobre domicilios en los procedimientos de ejecución hipotecaria). Ello evitaría la llevanza del citado libro de domicilios.

— los libros y documentación se pondrán de manifiesto al partícipe que lo solicite. Cualquier persona con interés legítimo podrá pedir certificaciones abonando los gastos causados.

— para otorgar ante Notario e inscribir en el Registro de la Propiedad actos en representación de la Sociedad, los acuerdos podrán acreditarse mediante exhibición al Notario del libro, debidamente diligenciado, del que el Notario deducirá el testimonio correspondiente. El término PODRAN indica que no excluye otros medios, siendo el más común la certificación expedida por el Secretario (con el Visto Bueno del Presidente), que se incorporará al documento correspondiente.

e) Facultad de modificación unilateral

En muchos Estatutos o en los títulos de transmisión se introduce una facultad del promotor o de la empresa de servicios a modificar unilateralmente el título constitutivo o en los Estatutos, para, con ello, mejor adaptar los mismos al fin de la MP.

LEGE FERENDA dicha reserva no es admisible, dado los términos del BALAT 1994, al exigir que toda modificación estatutaria se haga por la Junta de partícipes, con mayorías cualificadas.

LEGE DATA la admisibilidad es discutible. La R. 4 de marzo de 1993 plantea la cuestión, si bien no entra en el fondo de la misma, declarando improcedente, por el momento, su inscripción, sin perjuicio de que se califique su admisibilidad al tiempo de hacerse uso de dicha cláusula.

Entrando en la cuestión de fondo, la cuestión tiene diversos aspectos:

— en el ámbito puramente civil considero que es inadmisibile por aplicación del principio general del artículo 1256 CC, y además porque infringe el principio del artículo 16.1 LPH, pudiendo considerarse, como máximo, que se trata de un supuesto de consentimiento anticipado, que sería oponible a los que lo suscribieron (por la vía de los actos propios), pero nunca sería oponible a quien adquiriera con posterioridad.

— en el ámbito de las relaciones de consumo, estimo que entra dentro del artículo 10.1.2 LGCU, lo que determina su nulidad al amparo del artículo 10. 4 LGCU.

— en la Directiva sobre Cláusulas abusivas de 5 de abril de 1993, que incluye una relación de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas en el Anexo, cayendo nuestro caso dentro del apartado J).

— si el contrato se ha hecho con arreglo a condiciones generales, el artículo 9 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1991 también proclama la nulidad.

f) Cláusula de sometimiento a arbitraje

También es frecuente que en los Estatutos se contenga cláusula en la que los propietarios se someten, en caso de discrepancia, a procedimiento arbitral. Con ello se pretende agilizar y abaratar las contiendas que pudieran derivarse entre los multipropietarios, y de éstos con la empresa de servicios, especialmente importante en esta materia, dado lo breve del periodo de disfrute.

Hoy en día y al amparo de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje, estimo válida esta cláusula, salvo en lo referente al procedimiento de impugnación de acuerdos de la Comunidad, cuya competencia es, en todo caso, judicial (al configurarse la regulación de los citados procedimientos como de orden público).

El BALAT 1994, de forma criticable, a mi juicio, no ve con buenos ojos el arbitraje, disponiendo en el artículo 4.1 la nulidad del pacto de sometimiento a arbitraje, salvo si se conciertan una vez haya surgido la cuestión discutida, o son de sometimiento al sistema arbitral de consumo (regulado en el Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo).

Dicha limitación carece de fundamento, y puede suponer judicializar todos los conflictos, no solamente entre el promotor y el adquirente, sino las de los partícipes entre sí.

3) Pactos anejos a la MP

a) Facultad de arrepentimiento

Es bien conocida la existencia de técnicas agresivas de marketing y de venta en este producto. Por ello, como compensación a tales prácticas, es frecuente que los ordenamientos que tienen normativa adecuada al *time sharing* conceden al adquirente del promotor o constituyente del régimen un

derecho unilateral de resolver el contrato durante un periodo de tiempo, a contar desde su adquisición.

Este derecho está reconocido en la Directiva Comunitaria y en el BALAT 1994, que incorpora dicha normativa a nuestro Derecho interno.

LEGE DATA, este pacto hoy en día no es frecuente introducirlo en el contrato (vía autonomía de la voluntad), aunque ya lo han admitido diversas Compañías dedicadas a la venta en régimen de MP en el llamado «Código Deontológico de la ANETC» (Asociación Nacional de Empresas de Tiempo Compartido) aprobado por las mismas, a iniciativa de las Organizaciones de Consumidores, y a las que muchas voluntariamente se han adherido. En dicho Código se contienen dos normas de interés:

- derecho de desistimiento en los siete días siguientes a la formalización del contrato, con devolución de todos los gastos (salvo los gastos de administración y por servicios realizados).
- sometimiento a un convenio de adhesión para someter las disputas al Sistema Arbitral de Consumo.

NATURALEZA JURIDICA: Se discute por la doctrina su conceptualización jurídica:

a) Como un contrato sujeto a condición resolutoria *ex lege*. Tesis criticable, ya que al ser puramente potestativa, iría en contra de los artículos 1.115 y 1.256 CC.

b) Teoría de la formación sucesiva del contrato: La formación del contrato dista de ser puntual (concurso de oferta y aceptación), siendo, en nuestro caso, sucesiva (contratos de perfección diferida).

c) Configurandola como una facultad de desistimiento de origen legal. Es un derecho de REVOCACION UNILATERAL. Recuérdese que el origen de las obligaciones, además del contrato, puede ser la ley (1089 CC).

En todo caso, debe de señalarse:

— que es un derecho puramente facultativo del adquirente (sin tener que expresar los motivos).

— es un derecho irrenunciable, y así expresamente lo contemplan los diversos Proyectos. Admitir la renunciabilidad podría abrir la ineficacia práctica de este derecho, dirigido a proteger al consumidor.

— que debe de comunicarse a la entidad vendedora, no exigiendose requisitos formales, al bastar cualquier procedimiento que asegure la recepción y fecha. A mi juicio, la regulación debería haber sido más rigurosa: debe asegurarse, además, la identidad del revocante (si son varios, deben de revocar todos). El procedimiento idóneo debería haber sido la notificación notarial o judicial.

— no debe de haber sanciones ni penalización alguna por el ejercicio de este derecho.

— si la financiación de la adquisición se ha hecho mediante préstamo hipotecario, la facultad de revocación debe alcanzar al préstamo, sin gastos por parte del adquirente (y así lo contemplan los Borradores).

JUICIO CRITICO. A nuestro juicio, la llamada cláusula de arrepentimiento merece un juicio diverso:

— como elemento **POSITIVO**, al ser un derecho potestativo que se da como protección a la parte más débil (consumidor), como compensación a la agresiva publicidad del vendedor.

— pero no deja de ofrecer aspectos claramente **NEGATIVOS** que, a mi juicio, exceden con mucho los positivos:

(i) Que el fundamento de la existencia del derecho de arrepentimiento (como se ha dicho) es la existencia de técnicas agresivas de publicidad. Lo que hay que hacer es reprimir éstas, no establecer un derecho que, como se verá, es distorsionador y parte de la idea de que todos los vendedores son iguales.

(ii) Parece partir de la idea de un consumidor irresponsable, que es, cuanto menos, discutible. Toda persona mayor de edad, ha de ser responsable de sus actos.

(iii) Que podría, por igual motivos que para la MP, aplicarse a cualquier otro supuesto de adquisición de la propiedad o de un derecho real.

(iv) Que considero incompatible este derecho de arrepentimiento (o de revocación unilateral) con el hecho del otorgamiento de la escritura pública. Si es una reacción frente a técnicas agresivas de venta, debe de circunscribirse a contratos privados, pero no a escrituras públicas, dado que la intervención del notario asegura la erradicación de la irreflexión (por el tiempo que media entre el acuerdo y la formalización de la escritura, por la actividad informativa del notario en cuanto al estado de cargas y por la propia labor asesora y de asistencia jurídica del Notario). Debería pues, a mi juicio, excluirse dicho derecho de arrepentimiento en el caso de otorgamiento de escritura pública. En esta misma línea puede encuadrarse la Ley 26/1991 de 11 de noviembre sobre Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (que incorpora la Directiva comunitaria 85/577 de 20 de diciembre) que establece un derecho de revocación unilateral análogo al establecido en MP (art. 5), pero excluye de su ámbito de aplicación los contratos documentados notarialmente (art. 2.5), y cuya exclusión se justifica por las mismas razones antes expuestas, y que creo deben de ser tenidas en cuenta en caso de MP.

(v) Que introduce un elemento claramente distorsionador a la actividad económica del vendedor, que puede ver revocados los contratos celebrados, con los efectos que ello conlleva.

(vi) Que puede suponer obstáculos al propio comprador a la hora de obtener financiación o crédito para adquirir inmuebles en régimen de MP.

(vii) Por su trascendencia, debería de establecerse algún procedimiento que garantizara la certeza de la fecha, ya que, en otro caso, podría dar lugar a abusos por parte de las empresas comercializadoras, obligando al comprador a firmar un contrato antedatando su fecha.

(viii) Porque, en nuestro sistema jurídico, a diferencia de otros (Francia, Italia, Bélgica), no es frecuente utilizar la fórmula del precontrato, como previo al contrato definitivo.

En nuestro sistema, lo usual es celebrar un contrato privado previo, y, en este caso, parece lógico que el plazo para el arrepentimiento empiece a contar desde la válida firma del mismo, si reúne todos los requisitos exigidos por la ley. Al hacerse la escritura (que conviene, por razones de coste, hacerla una vez transcurrido el periodo de arrepentimiento) deberá hacerse constar la existencia del citado contrato, así como haber transcurrido el periodo de arrepentimiento, sin que el comprador haya hecho uso del mismo.

b) Facultades de intercambio

En la mayor parte de la propaganda de empresas destinadas a comercializar la MP se ofrece como reclamo para atraer clientes, la posibilidad de intercambio, de forma tal que el comprador compra más atendiendo al intercambio (que generalmente le lleva a zonas exóticas) que atendiendo al verdadero objeto de su adquisición. Esto se manifiesta claramente en las encuestas realizadas por las empresas dedicadas a la comercialización de MP, donde el 85'7% de los adquirentes hicieron su inversión atendiendo a la posibilidad de intercambio (fuente: encuesta de RCI).

Esta facultad puede articularse.

— fijando un derecho de MP con objeto o periodo variable, que es difícilmente encajable dentro de la MP como derecho real.

— estableciendo directamente la posibilidad de intercambio, que suele hacerse mediante la integración en un Club de Intercambio. A tal fin, la empresa promotora, con carácter previo a la venta, ha procedido a integrar el total conjunto en el Club de intercambio (lo cual suele suponer, de común, una inspección minuciosa de sus instalaciones). Una vez realizada la adquisición, el comprador puede integrarse como miembro de dicho club (integración que es, en todo caso, voluntaria).

En la actualidad, existen dos Clubs internacionales de intercambio, que concentran más del 70% de los intercambios mundiales: la RCI (Resort Condominiums International) y Interval International (II), ambas con sede en Estados Unidos. Dichos Clubs distinguen tres periodos; temporada alta (rojo), temporada media (blanco) y temporada baja (azul), asegurándose prácticamente la posibilidad de intercambio si se pide un periodo igual o inferior al poseído, pero no en los demás casos.

El pacto de intercambio no está regulado ni en la Directiva comunitaria ni en los proyectos internos, y, a mi juicio, debe de completarse tal omisión, dado lo importante que es para el comprador de MP. La posibilidad de introducir como cláusula añadida, la posibilidad de intercambio es, obviamente posible (dado el principio de la autonomía de la voluntad), y se articula:

— en la práctica, como la posibilidad de integrarse en un Club de intercambio. El promotor asegura y responde de dicha integración, pero no, lógicamente, la existencia real de intercambios (al quedar fuera de su control).

— en otro caso, como una cesión de uso del propio elemento a cambio del disfrute de otro elemento (permuta de uso temporal).

En todo caso, debe de puntualizarse:

(i) Generalmente se configura como un derecho ACCESORIO al principal (adquisición en régimen de MP). Ahora bien, en muchos casos, el móvil principal del adquirente es este derecho de intercambio, y por tanto quedaría frustrado el fin del negocio si después éste no respondiera a lo convenido. Es decir, lo PRINCIPAL es el pacto de intercambio, y lo ACCESORIO es la adquisición en régimen de MP.

(ii) Que este pacto debe formar parte de la escritura de transmisión, como cláusula añadida, no siendo suficiente la mera integración en un club de usuarios o en un documento privado anexo.

(iii) PROBLEMATICA CIVIL:

— si es un pacto ACCESORIO, pero que de no existir, no hubiera comprado, caso de no ser este posible, o de no responder a lo pactado, debe regir la regla del artículo 1479 CC, que le permitiría optar por una reducción del precio o una resolución del contrato.

— si es la prestación PRINCIPAL, el contrato sería NULO por IMPOSIBILIDAD de la prestación (falta de objeto, 1261.2).

(iv) Que independientemente de ello, supone un incumplimiento, lo cual implica:

— la posibilidad de resolver el contrato, o exigir la correspondiente indemnización *ex. art.* 1124 CC.

— es interesante saber si cabe someter el contrato a una condición resolutoria explícita, que permitiera al comprador, caso de no ser conforme a lo convenido, resolver extrajudicialmente el contrato (vía 1504 CC).

El sistema resolutorio extrajudicial del 1504 CC es excepcional en nuestro ordenamiento, y apoyado solo en la falta de pago del precio. Si bien es cierto que se ha ampliado su ámbito de vigencia a supuestos distintos del precio (vg: permuta, contrato vitalicio), no por ello creo que sea admisible en nuestro caso:

— porque la obligación de intercambiar puede no estar sujeta a plazo, lo que dejaría la condición perpetuamente pendiente, lo que no es admisible. Claro es que podría resolverse fijando un plazo.

— porque el carácter extrajudicial se justifica en lo verificable que es el no pago del precio, cosa que no ocurre en nuestro caso.

— porque es doctrina general en la jurisprudencia que la condición resolutoria solo garantiza el pago del precio, pero no otras obligaciones.

(v) En todo caso el pacto de intercambio no es inscribible, dada su naturaleza personal.

4) Transmisión de derechos de MP ya constituida

A diferencia del caso de la MP societaria, la transmisión de derechos no nos ofrece problemas, siendo necesario el documento público y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Así lo contempla tanto el BACI 1991 y BALAT 1994.

En todo caso, debe de tenerse en cuenta:

a) que la transmisión se rige, en todo caso, por la ley española.

b) que cabe hacerse por medio de documento público otorgado fuera de España, con arreglo al «*locus regit actum*», siempre que el contenido del mismo se rija por las normas españolas (art. 11.2 CC y 36 RH). Por excepción, si tal acto de transmisión supone una inversión extranjera (por ser el adquirente no residente), será necesario que, en todo caso, se otorgue ante fedatario español, por exigirlo así el art 17 RIE (R. 4 de enero de 1993).

c) Tanto la Directiva como los diversos Proyectos, y, en especial, el BALAT 1994 establece, además, diversas normas, con el fin de proteger a los compradores:

— Necesidad de que antes del contrato, se proporcione al posible comprador una información suficiente para conocer el alcance del proyectado negocio, en la línea del RD 515/1989 de 21 de Abril.

— contenido mínimo del contrato.

— Necesidad de incorporar inventario de los muebles, enseres y ropas.

— Prohibición de pagos anticipados.

— Garantías adicionales para el caso de que no esté terminada la construcción, responsabilidad solidaria de entidad de crédito, seguro, facultad de revocación....

d) Parece conveniente acompañar un ejemplar de los Estatutos a las copias del documento de trasmisión.

CUESTION PRACTICA de gran interés actual (no cuando esté aprobada la regulación legal de la MP) es determinar si puede otorgarse un contrato de compraventa de MP sin estar debidamente constituido dicho régimen. La R. 4 de marzo de 1994 aborda la cuestión concluyendo:

— el contrato de compraventa de MP puede formalizarse aunque no esté constituida la MP, por el principio de libertad contractual

— ahora bien, tal acto no tendrá acceso al Registro de la Propiedad, mientras no esté constituido el régimen de MP. Los derechos y deberes que surgen en dicho régimen no constan en la escritura de trasmisión, sino en el título constitutivo.

e) En el ámbito fiscal, no ofrece especialidades respecto de otras transmisiones inmobiliarias. Si la entidad promotora es extranjera, cabe señalar:

— Es aplicable lo dicho respecto al establecimiento permanente.

— Caso de no tener establecimiento permanente, existe obligación de retención del 10% del importe de la trasmisión.

V) CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

Uno de los problemas más arduos al que va a tener que enfrentarse la nueva legislación es el tema del Derecho Transitorio.

El BALAT 1994 es sumamente parco al regular estas situaciones transitorias, ya que solo contiene cuatro normas:

Por la Disposición Transitoria 1ª se dice que las comunidades en régimen de multipropiedad y las de aprovechamiento por turno ya existentes se regirán por lo dispuesto en la ley, no pudiendo aplicarse los Estatutos de las mismas en contradicción con lo dispuesto por la ley. Sólo se exceptúa la aplicación a las mismas de las normas de la ley sobre duración del régimen de multipropiedad o de aprovechamiento por turno, salvo que así se acuerde

por la Junta (basta para ello el voto favorable de dos terceras partes de los partícipes que representen más de dos terceras partes de las cuotas). Por contradicción a los preceptos de la nueva ley deben de entenderse las disposiciones IMPERATIVAS, no las dispositivas.

Por la Disposición Transitoria 2ª se da un plazo de dos años (a partir de la entrada en vigor) para que los Estatutos de las comunidades en régimen de multipropiedad y de aprovechamiento por turnos se adapten a lo dispuesto por la presente ley (bastando para ello mayoría de propietarios que represente más de la mitad de las cuotas). Nada se dice para el caso de que trascurra el plazo y no se proceda a tal adaptación. La Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, en su D. Transitoria 1ª *fine* disponía que, caso de no llevarse a cabo la adaptación en el plazo fijado, podía por cualquier propietario instarse judicialmente la citada adaptación por el procedimiento del artículo 16.2, procedimiento que creo debería introducirse en la norma reguladora de la MP.

Por la Disposición Transitoria tercera se dispone que los contratos celebrados al amparo de lo dispuesto en la legislación anterior, y a salvo de lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias anteriores, serán válidos y se regirán por lo dispuesto en ella, salvo la percepción de cantidades anticipadas y la prestación de servicios, que se regirá por lo dispuesto en la presente ley. Este artículo no es un modelo de claridad. A mi juicio, debería de distinguirse:

a) Contratos relativos a regímenes contemplados en la ley (multipropiedad, aprovechamiento por turnos o cualquier otro): El contrato será válido y se regirá por lo dispuesto en la ley anterior, sin perjuicio de la aplicación desde ya a los Estatutos de las normas imperativas de la presente ley (D. Transitoria 1ª) y de la obligación de adaptar sus Estatutos en el plazo fijado (Disposición Transitoria 2ª).

b) Contratos relativos a regímenes no admitidos por la ley (por ejemplo, una MP asociativa): no puede interpretarse la Disposición Transitoria 3ª en el sentido de la plena aplicabilidad de la normativa anterior (que como se ha dicho es inexistente), no siendo de aplicación a este caso lo dispuesto en la Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª (dado que no regulan tal forma de MP). Estimo que la interpretación correcta sería la de considerar aplicable desde ya la regulación imperativa de la ley, debiéndose adaptar o mejor «reconvertir» la misma a alguna de las formas admitidas por la ley. Ahora bien, sería conveniente introducir una norma específica en tal sentido.

— disponiendo la obligación de reconvertirse en el plazo de dos años a alguna de las formas establecidas por la ley.

— señalando la exigencia de mayorías simples para adoptar el acuerdo de reconversión, y cuya ejecución correspondería al órgano competente de

la entidad creada (sería impensable pedir la comparecencia de todos los asociados, dado su número).

— disponiendo la disolución *ex lege* de las entidades asociativas que en el plazo fijado no se han reconvertido, aplicandose para la liquidación, las normas previstas para el tipo en cuestión, y, en su defecto, las de la sociedad civil.

— regulandose la posibilidad de ejercitar acción judicial por cualquier propietario con el fin de obtener tal reconversión, caso de que no se adopte en el plazo que se señale.

Esta sería la única forma eficaz de proteger el derecho del multipropietario asociativo. En efecto, suponiendo que se inicie contra la entidad asociativa cualquier procedimiento de ejecución, ya sea general (quiebra, suspensión de pagos...) o particular (embargo...), parece claro que el multipropietario no estaría legitimado para interponer una tercería de dominio para tratar de salvar su adquisición, al no ser verdadero dueño. Pues bien, en tal supuesto, cualquier multipropietario podría instar judicialmente tal adaptación, y una vez realizada ésta, proceder a interponer las acciones que a su derecho convenga.

Por la Disposición Transitoria 4ª se da un plazo de dos años a las sociedades de administración que prestaren sus servicios en virtud de contratos celebrados al amparo de la legislación anterior, deberán ajustar los requisitos a los de la presente ley en el plazo de dos años.

CUARTO.—PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

De todo lo expuesto hasta aquí, es de gran importancia hacer hincapié en la protección de los consumidores en materia de multipropiedad, y que dicha protección debe ser el norte de la regulación legal (así, el fundamento de la Directiva comunitaria está en el artículo 100.A del Tratado Constitutivo de la CEE, que dispone como objetivo de la Comunidad un elevado nivel de protección de los consumidores) y, por otro lado, el éxito de la institución dependerá, en gran parte, de la confianza que ofrezca a los posibles destinatarios (máxime la conciencia social generalizada de la gran cantidad de fraudes que se han cometido en la MP).

La protección de los consumidores es especialmente importante en materia de MP, debido a:

— la escasa trascendencia económica relativa de los contratos de adquisición en régimen de MP (de menor cuantía que la compra de una vivienda), lo que provoca una relajación de las mínimas precauciones que

debe de tomar un prudente comprador de cualquier derecho inmobiliario, tendiendo el comprador a prescindir de un asesoramiento profesional (dado su coste).

— lo atractivo de la adquisición, al estar directamente conectada al ocio del comprador.

— a la agresiva publicidad y técnicas de marketing utilizadas por los promotores y vendedores de MP, conocedores de las especiales circunstancias que concurren al caso.

A) PRINCIPALES PROBLEMAS OBSERVADOS

La Inspección de la Subdirección General de Protección a los Consumidores de la Consejería de Economía de la Comunidad Autónoma de Madrid presentó un Informe al II Congreso Internacional sobre Multipropiedad (1994), poniendo de manifiesto las cuestiones más denunciadas por los consumidores y puestas de manifiesto por la citada Inspección:

a) Inestabilidad de las empresas dedicadas a comercializar MP en sus diversas formas: de 13 empresas inspeccionadas en 1993, solo subsisten 2 en 1994, lo cual es desconcertante para el consumidor.

b) Publicidad engañosa: Falta de discordancia entre lo ofertado y lo publicitado:

— en relación al derecho transmitido: se habla de propiedad cuando se ofrece MP asociativa.

— en relación a la finca: falta descripción de los muebles y servicios de que dispone el Conjunto.

— en relación al intercambio, haciendo creer al comprador que es mucho más fácil de lo que realmente es.

c) Falta de información y de entrega de documentos complementarios (acerca del cumplimiento de los requisitos urbanísticos y turísticos, falta de declaración de obra nueva, Estatutos de la Comunidad creada...).

d) Inclusión de cláusulas y condiciones generales no ajustadas a Derecho (artículo 10 de la LGCU):

— falta presupuesto de gastos.

— imposición de Notario.

— cargar al comprador de gastos que corresponden al promotor.

— imposición de renunciaciones.

— pactos de excluyen el justo equilibrio de prestaciones (inversión carga de la prueba, facultad de resolver por incumplimiento solo del comprador, imposición de administrador).

B) CUESTIONES A TENER EN CUENTA EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR

1) SENTIDO COMÚN

El primer consejo que debe darse al consumidor es utilizar el SENTIDO COMUN, que, como se ha dicho, es, a veces, el menos común de los sentidos. Nadie da duros a peseta, y cuando esto se da, debe de sospechar, que hay «truco». Esto es especialmente importante en relación a la FACULTAD DE INTERCAMBIO (no puede pretenderse adquirir una semana en enero y cambiarla sin más por una de agosto, en iguales condiciones que un adquirente de dicho mes).

2) IMPORTANCIA DE LA ADECUADA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

La mejor forma de proteger al consumidor es asegurarle una información suficiente. En este tema, hemos de tener en cuenta:

a) La importancia de la publicidad registral como instrumento informativo, de la máxima importancia en la MP derecho real (publicidad-noticia, en términos propios de los hipotecaristas), pero no en la MP asociativa que opera al margen del Registro.

b) Las NORMAS QUE SOBRE INFORMACION a proporcionar al consumidor contienen los diferentes Borradores. A este respecto hemos de tener en cuenta la plena aplicabilidad del artículo 10 y 13 LGCU y el RD 515/1989 de 21 de Abril sobre información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

c) NORMAS SOBRE PUBLICIDAD. La realidad nos dice que la MP se vende con técnicas de agresiva publicidad y fuera de establecimientos mercantiles. Sobre estas cuestiones cabe siquiera apuntar:

i) El artículo 8.3 LGCU, que determina que la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa será perseguida y sancionada como fraude, lo que da lugar, incluso, a responsabilidad penal.

ii) Que la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 (que incorpora al derecho interno la Directiva sobre publicidad engañosa de 10 de septiembre de 1984) declara ilícita la publicidad engañosa (art.3.b).

iii) Que además de la acción de cesación que contempla el art. 25 y ss. Ley de Publicidad, la publicidad engañosa tiene efectos civiles al afectar al consentimiento contractual, elemento esencial del contrato (1261.1 CC). Así, siguiendo a LEÓN ARCE cabe relacionar:

— información falsa, con el concepto de dolo (1269 CC), que la STS 28 de noviembre de 1989 lo conecta con la falta del deber de información,

cuando un contratante está obligado a ello con arreglo a ley o al principio general de la buena fe.

— información errónea, con el concepto de error-vicio (1266 CC).

iv) Le es de plena aplicación lo dispuesto en el art. 8.1 de la LGCU (caso de que el contrato contenga cláusulas más beneficiosas que las anunciadas) y el 1124 CC (facultad de resolver las obligaciones bilaterales).

v) Aunque se hubiera celebrado fuera de establecimiento mercantil, no le es aplicable la Ley de 21 de noviembre de 1991, por la exclusión del artículo 2.2.

d) **NORMAS SOBRE SORTEOS Y PREMIOS.** Es bien conocida que en la propaganda de los vendedores de MP se ofrecen sorteos y viajes gratis para ver los apartamentos que se pretenden vender (siempre, claro es, que se acabe comprando).

Ese estudio de los efectos de tales premios debe de conectarse con el tema más general de la publicidad y del derecho a una información veraz. El artículo 9 LGCU señala que la utilización de concursos, sorteos, regalos, viajes o similares, como métodos vinculados a la oferta, serán objeto de regulación específica, que por el momento no se ha dictado, y que su importancia no es preciso resaltar.

Por todo lo dicho, la infracción de las normas de la Ley sobre publicidad y oferta, de obligación de información a los adquirentes a las organizaciones de consumidores, de las obligaciones de contratar seguros y garantías, de las normas sobre documentación y condiciones de venta y sobre naturaleza y calidad de los servicios, es calificada por el artículo 53 BALAT 1994 como **INFRACCION EN MATERIA DE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES**, a los efectos prevenidos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en el Real Decreto 1945/1983 de 22 de junio.

e) **OTRAS LINEAS DE ACTUACION.** En el II Congreso Internacional sobre Multipropiedad (1994), se proponen, además de lo dicho, otra serie de actuaciones y propuestas:

— Llevar a cabo campañas de información fomentadas y apoyadas desde las administraciones competentes, los empresarios del sector y las asociaciones de consumidores.

— denuncia social periódica de las infracciones.

— auditorías de calidad para controlar a los operadores del sector y publicación periódica de los resultados en forma de índices de calidad.

— implicación activa de las principales agencias de intercambio en el control y denuncia de las empresas infractoras.

— profesionalización del sector, mediante el establecimiento de sistemas de autoregulación surgidos de su propia iniciativa y del dialogo con las asociaciones de consumidores.

— creación de registros administrativos de empresas que operan en el campo de la MP.

— facilitar el asesoramiento jurídico a través de la formación de juristas especializados en Derecho de Consumo.

3) IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS CONCEDIDOS A LOS MULTIPROPIETARIOS

Ya recogida por el art. 10.1.10 LGCU, es asimismo contemplada tanto en la Directiva (artículo 8) como los diversos Borradores (artículo 4.3 BALAT 1994), que prohíben la renuncia anticipada a los derechos concedidos por las mismas. Esta exclusión de la renuncia ha de encontrar su fundamento en el interés público (art. 6.2 CC).

4) IMPORTANCIA DE DESTERRAR POSIBLES CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE MP

Aunque, razonablemente, la autonomía de la voluntad va a quedar muy limitada, debe de recordarse que, dado que se trata de una RELACION DE CONSUMO, determinadas cláusulas son abusivas, y como tal nulas, por aplicación del artículo 10 LGCU (y de la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas, una vez haya sido incorporada al derecho interno). Dentro de la rica variedad de las mismas, quizá las que ofrezcan más interés sean la facultad de desistimiento unilateral por parte de la empresa de servicios, la facultad de cobrar por servicios no solicitados por el cliente o la facultad de modificación unilateral de la normativa reguladora de la MP, de los turnos...

En esta línea hemos de señalar la aprobación de un Código Deontológico por la ANETC, al que se han adherido las empresas más importantes de MP.

No quiero dejar de pasar la importancia que, a tal fin, pueden y deben tener las Organizaciones de Consumidores y la plena aplicabilidad del RD 515/1989 de 21 de abril.

5) Importancia de la función asesora

Como señala ALICIA DE LEÓN ARCE la función del Notario, en esta materia, privilegiada, no sólo como órgano de legalidad, sino, sobre todo,

por la labor de asesoramiento a las partes y de asistencia jurídica a la parte más necesitada de protección (147 RNot). Lo que la sociedad nos demanda es que no seamos meros testigos pasivos de los negocios de quienes reclaman nuestros servicios, sino una verdadera asistencia jurídica plena, medio efficacísimo para evitar ilegalidades, abusos y fraudes.

6) INTERVENCIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

Asimismo debemos señalar la gran importancia que, en materia de represión de fraudes, tienen las Asociaciones de Consumidores, cuya existencia y legitimación para intervenir y denunciar ha sido regulada en la LGCU y desarrollado en el Real Decreto 825/1990 de 22 de junio, y los diversos Borradores en elaboración reconocen y refuerzan dicha intervención (en especial, BALAT 1994). En el artículo 17 BALAT 1994 se dispone que las organizaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tendrán derecho a recibir, a costa del promotor, copia de toda la documentación que en cumplimiento de las normas de la ley haya elaborado el promotor, con el objeto de verificar si éstas han sido observadas. A tal efecto, sus representantes, debidamente acreditados, podrán visitar las oficinas del promotor y, en su caso, de la entidad comercializadora, así como solicitar del personal responsable de las mismas la información y documentación correspondiente.

En el II Congreso Internacional sobre Multipropiedad (1994) se solicita, en relación con la intervención de las Asociaciones de Consumidores

- legitimar a las Asociaciones de Consumidores para que puedan interponer acciones legales y personarse e intervenir en todo tipo de procesos en defensa de los consumidores.

- concesión del beneficio de justicia gratuita a tales Asociaciones en litigios sobre intereses colectivos.

- apoyo a las Asociaciones de Consumidores para que realicen campañas de formación e información.

- creación de Comités Activos transnacionales que faciliten a los Consumidores, a través de sus Asociaciones, a acceder a la justicia en la solución de sus conflictos.

- crear Tribunales Arbitrales de Consumo en el ámbito Comunitario, que faciliten la resolución rápida y gratuita de los conflictos.

QUINTO.—CONCLUSIONES DE TODO LO EXPUESTO A MODO DE RECAPITULACION

No quisiera acabar mi exposición sin realizar unas consideraciones finales a modo de conclusiones:

1) El *timesharing* es una forma de inversión perfectamente lícita y admisible, que debe de ser fomentada por el Estado como forma de conseguir un turismo estable. Deben erradicarse las prácticas viciosas, que pueden provocar una mala imagen de la institución, con los perjuicios sociales y económicos que de ello se derivan.

2) El comprador debe evaluar, como presupuesto ESENCIAL, las especiales características de la empresa gestora del régimen. Para que el interés del adquirente quede satisfecho, además de consideraciones de carácter jurídico, debe tener en cuenta primordialmente consideraciones de carácter económico (relevancia de empresa, garantías que le ofrece de que va a prestar adecuadamente los servicios ofrecidos...). Con ello quiero resaltar que antes de entrar en consideraciones jurídicas debe de atenderse a criterios económicos que hagan atractiva la inversión. Si no hay una buena empresa gestora, la inversión será un desastre (y de ahí la importancia de la función inspectora de la administración turística).

3) El llamado *timesharing* puede válidamente configurarse, de *lege data*, tanto como derecho personal, como derecho real temporal o como derecho real pleno, ya sea en forma asociativa como en forma real, como manifestaciones del principio de libertad de empresa y de autonomía de la voluntad. No así LEGE FERENDA, al no admitirse la MP asociativa.

4) Que se ha criticado en sectores empresariales la erradicación de la MP asociativa, afirmandose que puede suponer el fin del sector del tiempo compartido, cuyo interés en conservarlo somos los primeros en defender.

— Es cierto que el BALAT 1994 ha sido radical a la hora de excluir la MP asociativa.

— Pero nada impide articular la realidad del negocio a través de figurar del tipo hotelero u otro de carácter obligacional: lo que no se puede es ofrecer la venta de lo que no es (dominio), por mucho que en otros países funcione así. Y respecto del extranjero, suele aducirse:

a) un problema de comercialización (al extranjero le gusta comprar propiedad, según se afirma, pero curiosamente no se le ofrece la MP derecho real),

b) un problema de coste, si bien no está nada claro que la MP derecho real sea más cara que la MP asociativa (como se suele afirmar, si bien la práctica demuestra que no es así).

c) un problema de agilidad burocrática, que tampoco es real, o no debe serlo.

Todo se remite a un problema de educación, no solo del español sino, sobre todo, del extranjero, (de acostumbrarse a que siga las formas del país destinatario), pues, de otro modo, deberíamos dar entrada a todas las figuras contempladas y reguladas en las leyes foráneas.

5) Que la MP asociativa no puede configurarse con una finalidad de elusión de las normas nacionales de carácter imperativo (fiscales, administrativas, civiles...) ni como un instrumento que, al dejar efectivamente desprovisto de protección al multipropietario, legitime una verdadera «pate de corso» al empresario constituyente del régimen.

6) Que ambas fórmulas, adecuadamente configuradas, ofrecen las mismas garantías en orden a exigir de los multipropietarios el cumplimiento de sus obligaciones, sin que pueda admitirse la *communis opinio* de que la asociativa permite mejor gestión del inmueble.

7) Que el derecho del multipropietario real queda mejor protegido que el del multipropietario societario, lo cual no es sino una consecuencia del carácter más fuerte y de la mayor protección del derecho real sobre el derecho personal.

8) Unas últimas palabras, para hacer hincapié la importancia de la protección de los consumidores en materia de multipropiedad, que se concreta:

— que los adquirentes han de saber lo que realmente adquieren, debiendo desterrarse formas patológicas de MP y advirtiéndole de su situación en tal caso.

— porque lo que adquieren ha de ser aquello que se les ha ofrecido por vía publicitaria (si se les ha ofrecido propiedad, debe darsele propiedad).

— que el título debe contener todas las estipulaciones del negocio (en particular, el pacto de intercambio, obligación de prestación de los servicios convenidos...), así como detallar los servicios de que consta el elemento adquirido.

— se les debe extremar la importancia de ver físicamente su adquisición y comprobar si tiene los elementos convenidos, de advertirle de especial importancia de los Estatutos, de preguntarle acerca de si se le ha informado de los gastos comunes, y de la conveniencia de comprobar la situación registral.

— Debe prestarse asistencia en todo lo relativo al contenido de la escritura de transmisión, explicando las cláusulas más importantes. Caso de existir declaración de obra nueva en construcción y división horizontal, sin otorgamiento de acta de finalización de obras (supuesto bastante frecuente en la práctica, por desgracia), se le advertirá expresamente.

— Debe de advertirsele de las obligaciones fiscales y de los actos posteriores a realizar, hasta obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad, que es lo que hará inatacable su situación.

De esta manera conseguiremos dificultar la labor de todos aquellos que, con su actitud, han provocado que se mire la MP con recelo, cuando es un medio especialmente apto para acceder a una segunda residencia por parte de economías que no pueden acceder a la propiedad por la vía ordinaria.

BIBLIOGRAFIA

No pretendo hacer una enumeración exhaustiva de la ya abundante doctrina (tanto nacional o extranjera) sobre el fenómeno de la multipropiedad o *time sharing*, sino una selección de las más significativas (a mi juicio).

A) PARA CUESTIONES DE DERECHO COMPARADO. Como ya he dicho, el mejor estudio, a mi juicio es el de PEDRO A. MUNAR BERNAT: *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho Comparado*, Madrid, 1991.

B) EN EL AMBITO TRIBUTARIO. Es fundamental el estudio de MAGDALENA ALVAREZ ARZA y LUIS ALLENDESALAZAR ORMAECHEA: *El Timesharing. Su configuración jurídico tributario en España*, Madrid 1987 (hay una 2ª Edición de 1989).

C) ESTUDIOS GENERALES: Relativos a autores españoles, por orden alfabético:

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Conjuntos Inmobiliarios y Multipropiedad*, Barcelona, 1993 (en especial, el trabajo de PEDRO DE PABLO CONTRERAS).

AZAÛSTRE TORRECILLA, TEODORO: «Multipropiedad. Propiedad por Turnos», *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 3, marzo de 1981, págs. 597 a 603.

HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ: *Multipropiedad*, Madrid, 1988.

ISAC I AGUILAR, ANTONI: «Aspectos registrales de la Multipropiedad y de las Urbanizaciones», en *Materials IV Jornades de Dret Català a Tossa. Règim de la propiedad urbana colectiva a Catalunya*, 1988, págs. 139-158.

LEÓN ARCE, ALICIA: «De la multipropiedad al timeshare. Propositiones comunitarias y proyectos de Derecho interno español», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 5, enero-marzo de 1993, págs. 139 a 219.

- LEYVA DE LEYVA, JUAN ANTONIO: «La propiedad cuatridimensional. Un estudio sobre multipropiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 139, enero-febrero 1985, págs. 29-107.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO: «La Multipropiedad», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 139, enero-marzo de 1988, págs. 125 a 182.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, EDUARDO: *Soluciones notariales al fenómeno de la multipropiedad o propiedad a tiempo compartido* II Jornada Notarial Iberoamericana de Palma de Mallorca de 1987. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1987.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La multipropiedad inmobiliaria*, Madrid, 1988.
- MUNAR BERNAT, PEDRO A.: *Presente y futuro de la Multipropiedad*, Madrid, 1992.
- O'CALLAGHAM MUÑOZ, XAVIER:
- *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad (timesharing)*, Madrid, 1987.
 - «Multipropiedad», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, págs. 663 y ss.
 - «Naturaleza jurídica de la multipropiedad», *Anales de la Academia Madrileña del Notariado*, Tomo 39, 1988 pág. 77.
- ORTEGA MARTÍNEZ, E.: *La multipropiedad vacacional El impacto del sector turístico inmobiliario español*, Madrid, 1991.
- PAU PEDRÓN, ANTONIO: «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 584, enero-febrero 1988, págs. 9 a 290.
- ROCA GUILLAMÓN, JUAN: «Consideraciones sobre la llamada Multipropiedad», *Revista de Derecho Notarial*, núms. 117-118, julio-diciembre de 1982, págs. 293-343.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, JOSÉ y DÍAZ FLORES, JOSÉ ANTONIO: *La Multipropiedad (Timesharing)*, 1992.
- ROMA RIERA, JOSÉ ANTONIO: «La Multipropiedad», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 135, enero-marzo de 1987, págs. 313-346.
- SÁNCHEZ MARÍN, PEDRO, y MARTÍNEZ CASTO, PEDRO: «La propiedad horizontal concretada a periodo de tiempo», *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 106, octubre de 1975, págs. 729-739.

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN
Notario de Madrid Registrador
de la Propiedad y Mercantil (Excedente)

DICTAMENES Y NOTAS



Reflexiones sobre la naturaleza de la interpretación jurídica: entre Betti y Gadamer

*En el momento
en que el filósofo sorprende
una nueva verdad,
es una bestia completa.*

CÉSAR VALLEJO

¿Cuál es la naturaleza de la interpretación jurídica? Esta pregunta, que se sugiere al entendimiento como una pregunta eminentemente abstracta, se dirige de forma irreversible a cuestionar nuestras presuposiciones sobre el sentido a atribuirse a una proposición, sea esta jurídica o no-jurídica. Tal cuestionamiento tiene como su inevitable conclusión el poner en tela de juicio la posibilidad misma del sentido. Argüiblemente el jurista que mejor ha trazado los contornos de esta pregunta ha sido el italiano EMILIO BETTI. Las reflexiones a continuación pretenden someter algunas de las ideas de BETTI a un juicio crítico, particularmente a la luz de algunos de los planteamientos adelantados por el filósofo alemán HANS-GEORG GADAMER y por el debate contemporáneo sobre la naturaleza de la textualidad. No pretenden, en cambio, ofrecer una discusión sistemática sobre las teorías de ambos pensadores. Para ello ya tenemos sus obras.

I

Al distinguir la naturaleza de la interpretación jurídica de la interpretación filológica, VÁZQUEZ BOTE señala que la primera «consiste siempre en un repensar lo ya pensado, en un conocimiento de lo ya conocido

(en expresión de ВОРЕН)» (1). A lo cual añado que la interpretación jurídica busca el sentido objetivo del texto. Es decir, aquel sentido incorporado a la norma misma. En cambio, y limitándose a la interpretación jurídica, el sentido subjetivo de la misma, o el pensamiento de las personas que intervinieron en su creación, carece de valor normativo y, por tanto, es irrelevante para propósitos de determinar el alcance del sentido del texto.

Tal descripción de la naturaleza de la interpretación jurídica y su alejada diferencia de la interpretación filológica, sin embargo, da por sentado toda una línea de argumentación sobre cómo es que el texto jurídico adviene a tener ese «sentido objetivo» que se le atribuye. ¿Por qué «repensar» lo «ya pensado»? ¿Qué relación hay entre lo «repensado» y lo «ya pensado»? ¿Es una plena identidad? Y si no, ¿qué diferencias puede haber entre ellas? ¿Cómo altera esa diferencia, de haberla, la naturaleza misma de la interpretación? Ciertamente, no es mucho decir que los textos jurídicos —al igual que los no jurídicos— no se explican a sí mismos y que necesitan, por tanto, ser interpretados. El sentido del texto está siempre mediado por la actividad interpretativa. Queda por ver, sin embargo, si tal mediación es constitutiva del sentido del texto o, en cambio, si ésta se limita a captar un sentido ya plasmado, objetivado.

De postular que el sentido del texto está constituido por la mediación misma —entiéndase el intérprete— se corre el riesgo de reducir la interpretación a un ejercicio de voluntad. A lo cual hay que añadir que la pregunta sobre la naturaleza de la interpretación jurídica es, a fin de cuentas, una pregunta sobre la naturaleza del sentido y del poder. Es decir, sobre quién ostenta el poder de fijar el sentido de las cosas. La interpretación no es meramente un ejercicio racional que ocurre en un vacío mismo, sino, todo lo contrario, una actividad que ocurre dentro de una constelación de relaciones históricas, económicas, políticas, sociales y culturales que constituyen el horizonte de toda actividad interpretativa. Horizonte, sobra decir, que a su vez está en constante fluctuación y que dependerá en gran medida de las relaciones de poder y las prácticas discursivas que constituyan dicha constelación. Esto al menos nos ha recordado oportunamente, entre otros, los trabajos de MICHEL FOUCAULT (2). En otras palabras, el sentido a atribuir-

(1) VÁZQUEZ BOTE, E., *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado*, tomo IV, *La interpretación de los negocios jurídicos*, pág. 319. Butterworth Legal Publishers Oxford, New Hampshire (1992).

(2) De MICHEL FOUCAULT, y en lo referente a temas jurídicos, véase: *Vigilar y castigar el nacimiento de la prisión*, traducción de AURELIO GARZÓN DEL CAMINO, Siglo XXI, México (1980); *La verdad y las formas jurídicas*, traducción de ENRIQUE LYNCH, Gedisa, México (1983); *Yo, Pierre Rivere habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano un caso de parricidio del siglo XIX*, presentado por M. FOUCAULT, Tusquets, Barcelona (1980).

se a un texto nunca alcanza la totalidad del sentido del mismo. O, como diría el filósofo alemán HANS-GEORG GADAMER, el sentido de un texto siempre excede nuestro entendimiento, y lo más que puede aspirar tal entendimiento es a captar su sentido de forma diferente (3). En el ámbito de lo jurídico tal postura tendría como su consecuencia lógica y formal la desarticulación del ordenamiento y la imposibilidad de formular normas fundamentadas sobre algún principio trascendental (4). O sea, la anarquía conceptual. En otras palabras, el sentido del texto jurídico estaría siempre condicionado por la relativa fuerza del intérprete (5), toda vez que éste sería quien a través del ejercicio de su voluntad determinaría el sentido del texto. Sería, pues, una variante del viejo argumento de TRASÍMACO de que la Justicia es lo que diga el más fuerte. La *petitio principii* de este argumento, claro está, es que descansa en la sinonimia sentido/voluntad.

(3) De HANS-GEORG GADAMER véanse, entre otros *Truth and Method* (1960), traducido al inglés por G. BARDEN y J. CUMMING. Crossroads Publishing Co. (1985), en adelante las referencias a la obra de GADAMER provendrán de esta edición salvo indicación de lo contrario, *Philosophical Hermeneutics*, editado y traducido por DAVID LINGE. Univ. of California Press (1976), *Dialogue and Deconstruction. The Gadamer-Derrida Encounter*, editado por D. MICHELFELDER y R. PALMER. SUNY Press, New York (1989).

(4) En cierta forma esta ha sido la postura adoptada por algunos de los llamados «postmodernistas». Entre ellos la obra de J. F. LYOTARD es representativa. En su texto *La condición postmoderna*. Ediciones Cátedra, Madrid (1987), LYOTARD identifica la crisis de los meta relatos como la nota definitoria de los tiempos presentes. Sobre la posición de LYOTARD hay que decir, en general, que: 1) Su informe sobre el estado del conocimiento es, a fin de cuentas, otro meta relato del cual —si hemos de ser consecuentes con su posición— debemos sospechar, y 2) Asume una visión homogénea de la temporalidad histórica, y por tanto universalista, que niega la condición que pretende diagnosticar. En su artículo «The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for The Worse?» 41 *Stanford Law Review* 871 (1989). MICHAEL S. MOORE intenta demostrar, con cierto grado de éxito a mi entender, que la pretensión de algunos neo-pragmatistas —como RICHARD RORTY y STANLEY FISH— de dejar atrás toda especulación sobre los fundamentos de la tarea interpretativa es, a su vez, una variante de la metafísica que rechazan. Claro, en el debate filosófico-jurídico contemporáneo el término «metafísica» juega el papel del pillo de la película. Los argumentos de MOORE, me parece, pueden ser dirigidos sin mucha dificultad contra LYOTARD y otros.

(5) Para un análisis de este punto abordado desde la perspectiva sociológica véanse los trabajos del francés PIERRE BOURDIEU. Específicamente véase su ensayo *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 *Hastings Law Journal* 811 (1987), traducción de R. TERDIMAN. A título de ejemplo, y en lo pertinente a nuestra discusión, merecen citarse las siguientes expresiones de BOURDIEU en lo referente a la división del trabajo en el campo jurídico «The juridical field is the site of a competition for monopoly of the right to determine the law. Within this field there occurs a confrontation among actors possessing a technical competence which is inevitably social and which consists essentially in the socially recognized capacity to interpret a corpus of texts sanctifying a correct or legitimized vision of the social world», *supra*, pág. 817 (énfasis suplido). La naturaleza de la actividad interpretativa, sea cual fuera ésta, se encuentra de entrada dentro de una red de las relaciones de poder que en mayor o menor grado matiza toda interpretación. No hay interpretación, ni reglas de la interpretación, que sea inocente.

De postular que el sentido del texto jurídico está ya constituido y que la actividad interpretativa se limita a descifrar su verdadero sentido, se corre el riesgo de caer en el espacio embrujado del positivismo (6). A saber, el creer-se que el sentido de los textos está dado de forma inalterable; y que la función del intérprete se limita a entender lo ya dicho o escrito. A lo cual hay que decir que el reconocimiento de la historicidad del entendimiento (reconocimiento que nos viene desde VICO, HEGEL y DILTHEY, el cual incluye —obviamente— la construcción jurídica de la realidad) le cierra el paso a cualquier pretensión de erigir una ciencia humana (*Geisteswissenschaften*) (7) que se modele a las ciencias naturales (8). Como bien observara WALTER BENJAMIN, la historia de un texto es parte integral de su contenido, de su sentido (9). Lo

(6) La bibliografía en torno al positivismo jurídico es extensa. Los principales exponentes de esta corriente, y sin pretender ser exhaustivos, son: Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado* (1931), traducción de E. GARCÍA MAYNEZ, Universidad Nacional Autónoma de México, México (1969); HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford (1961), AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Robert Campbell ed., 5th ed., London, John Murray (1885). Para un interesante debate contemporáneo sobre el positivismo jurídico y su aplicabilidad a la interpretación constitucional norteamericana véase SCHAUER, F., *Constitutional Positivism*, 25 Connecticut Law Review 797 (1993) y comentarios subsiguientes.

(7) El término *Geisteswissenschaften* proviene de una traducción al alemán de la obra del filósofo utilitarista inglés J. S. MILL, *Logic*, en donde este filósofo considera las posibilidades de aplicar la lógica inductiva a las llamadas «human sciences» o ciencias humanas. BETTI traduce el término alemán como *scienze morali*. Estas observaciones filológicas son meritorias en tanto que la idea misma de una ciencia humana —en oposición a la llamada ciencia natural— se origina bajo el palo del método inductivo, básica para cualquier ciencia experimental. Para efectos de la interpretación, tal concepción de las llamadas ciencias humanas hace imposible el entendimiento histórico toda vez que pretende ver en cada fenómeno una instancia de alguna regla general.

(8) Y este no es lugar para entablar una crítica histórico-filosófica de las ciencias naturales. Para ello véase el debate originado por los trabajos de KHUN, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago (1962), FEYERABEND, P., *Against Method*, NLB, London (1975); POPPER, K., *The Logic of Scientific Discovery*, Harper Row, 2ed., New York (1968). No obstante, merece señalarse, y anticipándonos un poco a lo discutido posteriormente en este trabajo, que EMILIO BETTI se adhiere a la dicotomía epistemológica y metodológica que pretende separar a las ciencias del espíritu de las ciencias naturales. A estos extremos, dirá BETTI: «[...] tenemos la obligación de llamar la atención hasta qué punto resulta impropio hablar de “interpretación” cuando se trata de fenómenos naturales que se sujetan a las leyes de la naturaleza y se explican con la categoría de la causalidad; por eso no debe hablarse de interpretación ciertamente, sino de diagnóstico causal». *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1975), pág. 31 (las citas posteriores de BETTI provienen de esta edición). Claro, la rígida separación en el orden del conocimiento de las ciencias naturales de las ciencias del espíritu descansa, a su vez, en una interpretación de la realidad que necesita explicarse. Tal discusión, sin embargo, nos alejaría del tema que nos ocupa.

(9) En su trabajo sobre el concepto de la Historia, publicado póstumamente, WALTER BENJAMIN articuló esta idea a los efectos de que no hay historia de la civilización que no sea simultáneamente la historia de la barbarie, y que dicha barbarie tiñe la forma

mismo, claro está, es aplicable a las proposiciones jurídicas. Es precisamente el intento de navegar entre el Escila del relativismo y el Caribdis del positivismo el que informa las observaciones antes citadas de VÁZQUEZ BOTE. Sin embargo, es a la obra del jurista italiano EMILIO BETTI, y el cual VÁZQUEZ BOTE cita con aprobación, a la que hay que recurrir para delinear los argumentos centrales de su posición.

II

En una significativa nota al alcance de la segunda edición de *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (10), BETTI señala que HEIDEGGER, al igual que BULTMANN y GADAMER, invierten el orden lógico de la actividad interpretativa al postular un entendimiento preliminar como presupuesto de la misma. Para BETTI el acto cognoscitivo del proceso interpretativo responde al problema epistemológico del entendimiento. Es decir, la interpretación es aquella acción cuyo ejercicio resulta en el entendimiento. A lo cual se podría señalar a BETTI que la interpretación misma presupone algún entendimiento previo; de otro modo, ¿cómo interpretar? Pero como bien ha señalado el tratadista COUZENS HOY (11), BETTI distingue entre tres momentos distintos en el proceso interpretativo: 1) El acto cognoscitivo de entendimiento inicial, el cual ubica al intérprete en su contexto correspondiente al momento de abordar el significado del texto; 2) El ejercicio de la interpretación normativa o dogmática del texto, y 3) El entendimiento del sentido del texto bajo consideración y su aplicación a una situación particular. Estos tres momentos son operaciones distintas y cualquier intento por colapsar uno en el otro conlleva a una relativización del sentido. Precisamente es este el problema de las teorías subjetivistas de la interpretación según BETTI, toda vez que al reducir el fenómeno del entendimiento a la interpretación abdican la posibilidad de un sentido objetivo de los textos. En todo caso, el propósito de la interpretación es capturar la verdadera intención del texto, y no la intención subjetiva del autor, la cual es irrelevante para propósitos jurídicos e inaccesible para propósitos filosóficos, sino la intención según sea socialmente reconocible. Presume, sin embargo, que hay tal cosa como una verdadera intención y que el intérprete es capaz de acceder a ella. Allí donde el relativista establece una sinonimia entre el

en que tal historia es transmitida de una generación a otra. Véase BENJAMIN, W., *Thesis on the Philosophy of History*, recogido en *Illuminations*, ed. por H. Arendt, traducción de H. ZOHN, Schocken Books, New York (1969), págs. 253-264

(10) *Supra*, nota 8, pág. 71

(11) *Interpreting the Law Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives*, 58 Southern California Law Review 136, 137 (1985).

sentido y la voluntad, BETTI la establece entre el sentido y la intención (12). Claro, no una intención individual sino supraindividual.

En las primeras páginas de su *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* BETTI rechaza cualquier concepción subjetivista de la interpretación. Así, en primer lugar, rechaza aquella idea de la interpretación que sea meramente «una explicación subjetiva de la vida y el mundo propuesta por un pensador, filósofo o poeta» (13), en tanto que tal concepción es especulativa y queda abandonada a la intuición personal del que la propone. En segundo lugar rechaza la idea de la interpretación como la búsqueda de la *indicia voluntatis* del autor del texto precisamente por razón de que se presta a distorsiones y deformaciones por parte del intérprete. La realidad psicológica interna del autor de un texto estándole velada al intérprete (14). Y apunta BETTI que sólo lo socialmente reconocible es de interés para el intérprete. A lo cual hay que preguntarse sobre cómo es que el intérprete ha de determinar lo que es socialmente reconocible, toda vez que dicho reconocimiento estará matizado por el trasfondo sociohistórico del intérprete. Lo socialmente reconocible es, a fin de cuentas, un juicio valorativo. Concluye BETTI diciendo:

«[...] Sólo en la medida en la que se trate de verdadera interpretación teniendo un objeto identificable se podrá decir que la observancia de ciertos criterios metodológicos garantiza el control y la objetividad del entender. Y sólo entonces puede el intérprete sentir, por así decirlo, de tener bajo sus pies un terreno firme, es decir, de orientarse hacia un objeto que obedece a una propia ley autónoma» (15).

(12) En este sentido el trabajo de BETTI ha sido comparado al trabajo del norteamericano E. HIRSCH. De HIRSCH véase *Validity in Interpretation*. Yale Univ. Press, New Haven (1967). Para una defensa de la doctrina intencionalista de la interpretación véase también MCINTOSH, S., *Legal Hermeneutics A Philosophical Critique*. 35 Oklahoma Law Review 1 (1982)

(13) *Supra*, pág. 70.

(14) Dentro de este contexto, y a título de ejemplo para resaltar las implicaciones prácticas del problema de la naturaleza de la interpretación, merece tenerse en mente el debate constitucional norteamericano en cuanto a la posibilidad de captar el verdadero sentido de la Constitución según fue expuesta por sus redactores. A saber, el debate suscitado por los partidarios del llamado «originalism» y su variante «original intent». Véase BORK, R., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. 47 Indiana Law Journal 1 (1971). Para una crítica de dicha doctrina véase BREST, P., *The Misconceived Quest for Original Understanding*, 60 Boston University Law Review 204 (1980). BALL, T., *Constitutional Interpretation and Conceptual Change*, recogido en *Legal Hermeneutics*, ed. por Gregory Leyh, Univ. of California Press (1992), pág. 129.

(15) *Supra*, pág. 71

De igual modo dirá VÁZQUEZ BOTE que la interpretación jurídica es «una actividad encaminada a indagar y a reconstruir el significado que debe atribuirse a una declaración o a un comportamiento en el ámbito social en que el mismo se expresa» (16).

Es precisamente el propósito de BETTI, en el texto citado, desarrollar tales criterios metodológicos. Sin embargo, y planteando el problema de forma kantiana, previo a cualquier discusión sobre dichos criterios es necesario asentar las condiciones para su posibilidad. O sea, para BETTI, para poder ofrecer un método es necesario ofrecer previamente, y por preliminar que sea, una epistemología. Así, dirá BETTI:

«Como hecho de conocimiento el proceso interpretativo responde al problema epistemológico. Utilizando aquí una distinción familiar a los juristas, aquella entre acto y hecho, podemos caracterizar la interpretación como acción que tiene por objeto el entender. Para captar la esencia del proceso interpretativo y comprender su unidad es preciso acudir al fenómeno elemental del entender que se opera a través del lenguaje» (17).

Pero ¿qué entiende BETTI por «lenguaje»? Salvo una expresión que otra, BETTI no acecha el problema filosófico de la naturaleza del lenguaje. Aparenta, no obstante, adoptar una concepción funcionalista o instrumental del lenguaje. Así, el lenguaje para BETTI es un vehículo o herramienta que sirve para transmitir ideas, conceptos, etc. Lo cual implica, claro está, una idealización del lenguaje, el cual supone que es capaz de trasladar inequívocamente el sentido de las ideas. Es decir, BETTI presupone que el lenguaje es transparente (18).

(16) *Supra*, nota 1, pág. 318.

(17) *Supra*, nota 8, pág. 71.

(18) A estos extremos creo pertinente señalar los trabajos realizados por JACQUES DERRIDA y MAURICE BLANCHOT en lo referente a la «naturaleza» del lenguaje. En el caso de DERRIDA, éste ha pretendido en su trayectoria filosófica —desde *Writing and Difference*, traducción al inglés de A. BASS, Univ. Chicago Press, Chicago (1978), hasta su más reciente *Specters of Marx*, traducción al inglés de P. KAMUF, Routhledge, New York (1994)— destacar la inestabilidad e indecidibilidad de la razón, del lenguaje y, por tanto, del sentido. Desde la deconstrucción, si es que hay tal cosa, no hay lenguaje sin distorsión. Más aún: la distorsión es lo que hace posible al lenguaje como tal. Claro, tal postura hace imposible fijar un sentido definitivo a un texto. En lo referente al derecho véase su ensayo *Force of Law*, traducción de M. QUITANCE, 11 *Cardozo Law Review* 942 (1990). De BLANCHOT —quien ha influenciado de forma significativa la obra de DERRIDA— véase *De Kafka a Kafka*, traducción al español de J. FERREIRO, Fondo de Cultura Económica, México (1991), *Writing of the Disaster*, traducción al inglés de A. SMOCK, Univ. Nebraska Press, Lincoln (1986). Como es de esperarse, las reflexiones de DERRIDA no han sido universalmente aceptadas, tanto desde las orillas de la tradición analítica (KRIPKE, PUTNAM et al.) como de la tradición crítica continental (HABERMAS,

Procede entonces a desarrollar una configuración triádica para explicar el proceso del entendimiento. A un lado plantea la presencia del intérprete; al otro lado el objeto a ser interpretado, o dicho en su lenguaje hegeliano, «una espiritualidad que se ha objetivado en forma representativa». Estos dos, sin embargo, no entran en contacto por cuenta propia, sino que, y valga citar nuevamente las palabras de BETTI:

«[...] se encuentran a través de la mediación que llevan a cabo las **formas representativas**, en las cuales la espiritualidad, que en ellas se ha objetivado, se halla frente al sujeto interpretante como algo ajeno e independiente de sí mismo, como una objetividad inamovible» (19).

La epistemología de BETTI es, en sentido técnico, una fenomenología hegeliana en donde el arte o ciencia de la hermenéutica se limita a ser un proceso dialéctico entre la subjetividad y la objetividad, el primero estando obligado a reproducir o repensar (y ahora estamos en posición de entender la frase de VÁZQUEZ BOTE a los efectos de la interpretación jurídica consiste en un repensar lo ya pensado) de forma objetiva al texto, el segundo siendo actualizado a través de la capacidad del primero de hacer suyo el objeto. Es a partir de esta epistemología que BETTI podrá aseverar que la ciencia de la hermenéutica brota de la antinomia entre la subjetividad del entender y la objetividad del sentido a atribuirse, y de la antinomia entre la actualidad del sujeto y la alteridad del objeto.

Al rechazar la definición subjetivista de la interpretación, y la cual ya indicaremos anteriormente, BETTI señala que en la interpretación propiamente dicha «el curso y los resultados de éstas son controlables, en cuanto a su exactitud, por la obligatoriedad de atenerse a ciertos cánones hermenéuticos que deben observarse [...]» (20). Pero ¿cuáles son estos cánones?, ¿de dónde surge su obligatoriedad? Según BETTI, la tradición civilista del derecho ha «descubierto» (21) una serie de cánones hermenéuticos que él

APEL et al.) El debate contemporáneo sobre la naturaleza del lenguaje muestra la imposibilidad de aceptar sin más una concepción funcionalista del lenguaje según adoptada por BETTI. Véase, además, *After Philosophy End or Transformation?*, Ed. K. Baynes, J. Bohman, T. McCarthy, MIT Press, Cambridge (1987).

(19) *Supra*, pág. 72. Elipsis nuestro

(20) *Supra*, pág. 70.

(21) *Supra*, pág. 32. El uso del término «descubrir» ya dice mucho sobre la posición de BETTI en cuanto a la naturaleza de los cánones hermenéuticos. Lo descubierto, en oposición a lo inventado, presupone de una realidad previa al proceso cognoscitivo. Es decir, se descubre lo ya dado. Ahora bien, en tanto que los cánones hermenéuticos son, propiamente dicho, construcciones de la razón, queda por ver el alcance que BETTI quiere darle al término. A mi entender, este uso del término, más que un *lapsus linguae*, apunta hacia una concepción naturalista del entendimiento, lo cual plantea una contra-

entiende son idóneos para gobernar la actividad interpretativa, ya sean éstos aplicables al sujeto o al objeto de la interpretación.

En cuanto al objeto de la interpretación adelanta como primera regla la autonomía hermenéutica o la immanencia del criterio hermenéutico (22). Por ello quiere decir BETTI que al objeto de la interpretación, o sea el texto jurídico, hay que reconocerle su autonomía. Dice BETTI:

«[...] Con ello pretendemos decir que la forma representativa debe ser entendida en su autonomía según su propia ley de formación conforme a su interior necesidad, coherencia y racionalidad; debe ser, por tanto, apreciada en la proporción o medida inmanente de la exigencia según la que la obra debe responder por el autor del acto de la creación; no ya según su idoneidad para servir este o aquel fin extrínseco que al intérprete puede parecer más próximo, o según un deber o valor objetivo, sino siempre preferido *ab extra* con el que aquél pueda abstractamente ponerse en confrontación y que será, generalmente, una medida de valoración accidental y de carácter heterónimo» (23).

No obstante, BETTI no argumenta sobre cómo es que esa forma representativa adquiere ese valor inmanente. Lo toma por dado. Hasta qué punto, pues, podría decirse que BETTI hace un ejercicio de voluntad, a modo de un *epoché* husserliano, al otorgarle a la forma representativa ese valor sin tomar en consideración aquellos factores extrínsecos que establecen las condiciones para la posibilidad de postular a las formas representativas como autónomas. Pero esto no quiere decir que BETTI no reconozca el papel fundamental que juegan esas razones extrínsecas en la captación de sentido de las formas representativas. Todo lo contrario, BETTI es el primero en otorgarle valor al entendimiento histórico para poder captar el sentido del texto (24). Sin embargo, en tanto que BETTI pretende trazar un mapa del método hermenéutico jurídico que esté por encima de las contiendas del sentido, el propio método no puede reclamar para sí un lugar privilegiado, una óptica que se revista con el aura de la científicidad (25).

dicción con su concepción histórica del entendimiento. La «historia», no debemos olvidar, es una construcción de la razón.

(22) *Supra.* pág. 32.

(23) *Supra.* pág. 33.

(24) A estos extremos véanse los comentarios de BETTI sobre la importancia que tienen en la formación del jurista el conocimiento del elemento histórico. O como dice él, «el encuentro del intérprete con el texto legal no es nunca un contacto "directo" que prescinda de la mediación de anillos intermedios». *Supra.* pág. 77.

(25) Para ser justos con BETTI, él mismo reconoce al principio de su obra que la verdad no puede ser objeto de una posesión definitiva sino mera aspiración. *Supra.*

El segundo canon hermenéutico, según BETTI, y siguiendo la máxima de CELSO «*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*», es el canon de la totalidad y coherencia de la consideración hermenéutica, y el cual también se refiere al objeto. En otras palabras, que el sentido de un texto no puede desligarse de su contexto. Dice BETTI:

«[...] Con él se hace presente la correlación existente entre las partes constitutivas del discurso, como de toda manifestación del pensamiento, y su común referencia al todo del que forman parte: correlación y referencia que hacen posible la recíproca iluminación de significado entre el todo y sus elementos constitutivos» (26).

Sin embargo, ¿qué significa totalidad? BETTI alude sin más al sistema jurídico (el cual incluye el ordenamiento, la jurisprudencia y la dogmática jurídica) que opera como marco de referencia en todo proceso interpretativo. Así, por ejemplo, no sería lícito interpretar un texto jurídico particular sin hacer referencia a la forma en que el sistema jurídico, en todos sus aspectos, lo ha interpretado, tanto en el pasado como en el presente. Es precisamente con referencia a este canon hermenéutico que BETTI hace la distinción entre lo que él llama la «interpretación histórica del jurista» y la «interpretación en función normativa o directiva de la conducta» (27). Qué tan sólida es tal distinción está todavía por verse. De acuerdo a BETTI:

«El punto más sobresaliente de la diferencia entre una y otra interpretaciones a las que es llamado el jurista es que en la histórica se trata únicamente de reconstruir en su originaria coherencia, de integrar en su autónoma realidad, el sentido —en sí concluido— de la norma o de la institución, la valoración que en él, en su estructura, se hace evidente; en cambio, en la interpretación de un ordenamiento jurídico en vigor no puede uno quedarse en la evocación del sentido originario de la norma: porque está lejos de agotarse en su primitiva formulación, tiene vigor actual en unidad con el ordenamiento del que forma parte integrante y viene destinada a actuar y trascender en la vida social, a cuya disciplina debe servir. Por ello, el intérprete no ha acabado todavía de cum-

pág. 24. Por ello entiendo que BETTI no pretende adelantar una idea sustantiva de la verdad, aunque sí metodológica. Precisamente es tal dicotomía la que me parece sospechosa y fraguada de graves problemas filosóficos. El reclamo de pureza metodológica, reclamo que BETTI manifiesta a lo largo de su obra, reposa (y valga el aparente contradictorio) en una conceptualización esencialista del método.

(26) *Supra*, pág. 34.

(27) *Supra*, pág. 76

plir su tarea cuando ha reconstruido la idea originaria de la fórmula legislativa —cosa que, desde luego, debe llevar a cabo—, pero debe también, inmediatamente después, poner de acuerdo la idea con la realidad presente, infundiéndole la vida de ésta, porque precisamente es en el presente y no en el pasado donde debe de hacerse la valoración normativa en cuestión» (28).

En el caso de ambos se exige la interpretación del texto jurídico y la captación de su sentido originario; pero en el caso de la interpretación normativa o directiva el intérprete tiene que adecuar su interpretación a las realidades del presente. Tal adecuación presupone que el intérprete tenga pleno conocimiento de las realidades del presente, sean cuales fueren. En este sentido, pues, y como bien ha señalado el tratadista GEORGE WRIGHT (29), BETTI se sirve de la clasificación hermenéutica tradicional de la *subtilitas intellegendi* (entendimiento), *subtilitas explicandi* (interpretación) y *subtilitas applicandi* (aplicación), y la cual ya mencionáramos al distinguir los tres momentos en el proceso interpretativo. GADAMER ha criticado, acertadamente a mi entender, este aspecto de la teoría de BETTI en tanto que parte de la presunción de que el entendimiento (en general) es un acto previo a la interpretación. Para GADAMER, y a su vez partiendo de la analítica existencial heideggeriana del *Dasein* (30), el fenómeno del entendimiento es concomitante al fenómeno de la interpretación. Así, dirá GADAMER sobre la distinción que hace BETTI entre la actividad interpretativa del historiador y del jurista contemporáneo:

«En el transcurso del tiempo ha surgido claramente que esto es una ficción legalmente insostenible. [...] Es cierto que el jurista siempre se concierne con la ley como tal, pero su contenido normativo será determinado con referencia al caso particular al cual será aplicado. Para poder saber esto de forma exacta será necesario poseer el conocimiento histórico del sentido original. Pero no puede permitir, por ejemplo, que el recuento de unos procedimientos parlamentarios le maniaten en cuanto a la intención de aquellos que formularon la ley originariamente. En vez, debe tomar en consideración los cambios en circunstancias que redefinen la función normativa de la ley. Es distinto con el jurista historiador. Este, aparentemente, se concierne sólo con el sentido original de

(28) *Supra*, pág. 76

(29) *On a General Theory of Interpretation: The Betti-Gadamer Dispute in Legal Hermeneutics*, 32 *The American Journal of Jurisprudence* 191, 208 (1987).

(30) Véase HEIDEGGER, M., *Being and Time* (1927), traducción al inglés de J. MACQUARRIE y E. ROBINSON, Harper & Row, New York (1962).

la ley y su validez al momento de ser promulgada. Pero ¿cómo puede saber esto? ¿Puede saberlo sin estar consciente de los cambios en las circunstancias que separan su tiempo presente del tiempo pasado? ¿Acaso no deberá hacer exactamente como hace el Juez, es decir, distinguir entre el sentido original del texto de la ley y el sentido legal que automáticamente acepta ahora en el presente? La situación hermenéutica del historiador, como la del jurista, me parecen ser la misma en tanto que cuando se enfrentan con cualquier texto tenemos una inmediata expectativa de sentido. No puede haber tal cosa como una aproximación directa al objeto histórico que objetivamente revele su valor histórico. El historiador tiene que someterse a la misma tarea de reflexión que el jurista» (31).

El canon hermenéutico de la totalidad, pues, no puede plantearse como si éste fuere un principio autónomo que se alza sobre el presente. La íntima relación entre el pasado y el presente, entre el sistema y el intérprete, muestran que no es posible acceder a una totalidad como si ésta fuera un supraobjeto. Todo acercamiento a esa totalidad está mediatizada por la particularidad del intérprete. Más aún: esa mediación traza los contornos de la totalidad. En cierto grado BETTI reconoce esta observación. Así, cuando arguye en contra de la delimitación de competencias y de la necesidad de trascender los límites de la dogmática, BETTI señala que el encuentro del intérprete con las formas representativas tiene como presupuesto que éste sea miembro de una comunidad inmersa en la tradición que interroga (32). Sin embargo, BETTI limita este señalamiento al jurista-historiador y no lo extiende al proceso del entendimiento como tal (33).

El tercer canon hermenéutico de BETTI, y el cual tiene como referente al sujeto (o intérprete), es lo que él llama la actualidad del entender:

«[...] por el cual el intérprete es llamado a recorrer por sí mismo el proceso creativo y, de este modo, a revivir por dentro y a resolver, en todo caso, en la propia actualidad un pensamiento, una experiencia de vida que pertenece al pasado, es decir, a proponérselo como hecho de experiencia propia a través de una especie de transposición en el círculo de la propia vida espiritual, en virtud de la misma síntesis con que le reconoce y reconstruye» (34).

(31) *Supra*, nota 3, págs. 291-292. Traducción del inglés al español nuestra

(32) *Supra*, pág. 77.

(33) *Supra*, págs. 42-49

(34) *Supra*, pág. 38

A lo cual hay que preguntarse sobre las garantías metodológicas para que el intérprete recorra por sí ese proceso creativo que pretende recrear. Es decir, aun cuando BETTI niega la teoría subjetivista de la interpretación, con este canon aparenta reintroducir el elemento volitivo de la interpretación, dándole al intérprete la responsabilidad de articular el sentido del texto. Bien podría argumentarse que para BETTI este canon no puede ser entendido de forma aislada, sino que hay que ubicarlo en yuxtaposición a los cánones referentes al objeto. De tal forma, se argüía, el factor subjetivo estaría condicionado o limitado por la naturaleza del objeto. Así, dirá BETTI que:

«[...] Se trata únicamente de reconocer la espontaneidad del sujeto que interpreta su historicidad y, digamos también, su totalidad espiritual, estando bien conscientes de la esencial contribución que aporta y debe aportar al proceso interpretativo, **sin perjuicio de la autonomía del objeto, la espiritualidad viviente y las categorías mentales del sujeto**. Sólo así se explican las mudables vicisitudes históricas de las concepciones interpretativas de un mismo objeto» (35).

No obstante, la mera afirmación de las áreas de competencia de los distintos cánones hermenéuticos no basta para asentar su validez. En tanto que BETTI reconoce las mutaciones históricas en la interpretación de un mismo objeto, o sea, que un mismo objeto es interpretado de diversas formas en diferentes tiempos pero sin alterar el objeto como tal, surge la inquietante interrogante sobre la validez de una interpretación *versus* otra. Más aún: si tales interpretaciones no constituyen de algún modo la «naturaleza» del objeto. Indudablemente que BETTI rechazaría este argumento, calificándolo de subjetivista y propenso a la especulación poética o filosófica. Sin embargo, tenemos que preguntarnos sobre la naturaleza de este tercer canon y cómo el mismo en su relación con los otros modifica o altera sus alcances. Inclusive, el mero hecho de postular la existencia de unos cánones hermenéuticos se abre a la posibilidad de que el intérprete individual tiene que recorrer por sí mismo ese mismo proceso creativo, metodológico. Y en tanto que ese recorrer será la explicación de sus mutaciones a través de las vicisitudes históricas, no habrá ninguna garantía de que los propios cánones sean entendidos de la misma forma. En otras palabras, los propios cánones están, en última instancia, sujetos a la voluntad individual del intérprete. No es difícil el apreciar la intención de BETTI al postular este canon. Por un lado, desea asentar su hermenéutica sobre bases firmes,

(35) *Supra*, pág. 40. Énfasis suplido.

objetivas, no sujetas a la voluntad individual, y, por el otro lado, reconocer la necesidad de otorgarle algún valor al elemento volitivo dentro de su sistema para así poder explicar la naturaleza histórica —y por tanto cambiante— de la interpretación.

Con el cuarto canon la adecuación del entender o correspondencia o consonancia hermenéutica, BETTI pretende reconciliar la voluntad individual con el sentido objetivo del texto mediante:

«[...] por el cual el intérprete debe esforzarse en poner la propia actualidad en íntima adhesión y **armonía** con la incitación —según la exacta imagen de HUMBOLDT— que llega del objeto, de modo que una y otro vibren en perfecto unísono» (36).

Interesante por demás es observar cómo BETTI se aferra a la doctrina clásica de la verdad, como *aedequatio intellectus et rem*, para defender la validez de la interpretación del intérprete. No obstante, al descansar su argumento sobre la categoría de la intuición, BETTI se abre a la crítica voluntarista.

La marcha de este proceso dialéctico de la interpretación descansa, en fin, sobre la «capacidad del intérprete de situarse en un grado de tal lucidez que sea adecuado a la interpretación» (37). En otras palabras, descansa en la intuición del intérprete. Como bien indicara WRIGHT (38), el conocimiento es entendido en última instancia por BETTI como intuición (39), como un estar en la presencia de lo dado a la percepción sin distorsión. Pero a diferencia de las ciencias naturales en donde el objeto dado a la percepción pertenece al mundo de lo empírico, en las ciencias del espíritu el objeto es dado en el lenguaje, en el habla, en la conducta y en los textos como objeto de interpretación. Para BETTI, entonces, es a través de las formas objetivas del lenguaje que el intérprete es capaz de articular el verdadero sentido del texto. Claro, tras esta concepción de la naturaleza del lenguaje existe la presunción filosófica de que el sentido dado en el lenguaje es autónomo, que consiste de una presencia objetiva que el intérprete es capaz de captar inmediatamente. Es decir, sin mediación. Sin embargo, el intérprete sólo es capaz de captar el sentido del texto en la medida en que el autor original haya plasmado su idea de forma clara y precisa en la forma representativa (40). Por lo tanto, será parte esencial de la actividad inter-

(36) *Supra*, pág. 41.

(37) *Supra*, pág. 73.

(38) *Supra*, nota 29, pág. 205

(39) No obstante la cita de BETTI que incluye VÁZQUEZ BOTE en su texto, el cual lee: «[.] Por esta consideración del ambiente social y por su destino a los fines de una diagnosis jurídica, la interpretación que interesa al Derecho difiere notablemente de aquella “hermenéutica de expresiones pura, principalmente de las obras de arte o pen-

pretativa auscultar la intención del autor. Ciertamente, no la intención subjetiva, individual, pero intención al fin. Precisamente ésta es una de las debilidades del argumento de BETTI en tanto que no indica cómo ni cuándo hemos de identificar el sentido dado en las formas representativas como dados de forma clara y precisa. BETTI aquí aparenta recurrir al argumento cartesiano en cuanto al poder del *res cogitans* (41) para descifrar el sentido del mundo y el cual presupone, a su vez, de un rígido dualismo filosófico entre el sujeto y el objeto (42). De tal forma, pues, puede remitirse sin más a la buena voluntad del intérprete, quien en su quehacer ha de tomar las providencias necesarias para asegurarse de que su interpretación sea la correcta. Ciertamente, y no obstante todas las salvaguardas que BETTI ofrece con sus cánones hermenéuticos, tal posición no se diferencia en mucho de la especulación filosófica o poética de la interpretación subjetivista que tanto critica.

samiento, que tienden a reconstruir, con su valor estético o teórico, la intuición o el pensamiento del autor desde su expresión artística o científica". *Supra*, pág. 318. El intérprete jurídico, al igual que el intérprete filológico, ejerce su función a partir de la intuición. La reconstrucción de la intuición presupone a su vez de la intuición del intérprete. La circularidad de este planteamiento no es difícil de advertir. A saber, se privilegia la intuición porque así lo intuye el intérprete. En tanto que el jurista como el filólogo ambos necesitan de la intuición para captar el «verdadero» sentido de un texto, no me parece que exista diferencia entre la actividad interpretativa de uno y el otro.

(40) Bien lo ha resumido G. WRIGHT. «Implicit in interpretation according to BETTI is the possibility of determining both what the experience was that has been given enduring form and the success with which the representation of that experience has been made [...] A key interpretive category for BETTI is thus the state of mind of the creator of the representative form to be interpreted, and a central inquiry is how well the creator has expressed his thought in the object he has produced». *Supra*, pág. 206.

(41) Vale recordar los señalamientos introductorios de DESCARTES en su *Discurso del método* cuando plantea que no aceptará ninguna idea que no se le dé a la razón de forma clara y distinta. Claro, DESCARTES nunca elabora —más allá de la intuición— esta categoría del pensamiento.

(42) En su ensayo *On a General Theory of Interpretation* (*supra*, nota 29), WRIGHT opone a la figura de DESCARTES la figura de VICO. DESCARTES, plantea WRIGHT, es el filósofo de la certeza, modelando sus meditaciones filosóficas a las matemáticas. En cambio, VICO en su *Scienza Nova* es el filósofo de lo contingente, de lo histórico. La especulación filosófica sobre la historia, al igual que el Derecho, no puede pretender lograr la certeza reclamada por las matemáticas. El argumento de VICO es curioso; es posible demostrar la verdad de las matemáticas porque las creamos, si pudiéramos demostrar la verdad del mundo natural lo estaríamos creando. Ciertamente un argumento idealista inverso *avant la lettre*. BETTI responde al patrimonio intelectual de VICO y —por inferencia— no al de DESCARTES, dice WRIGHT. No obstante, la oposición textual DESCARTES/VICO encubre lo que ambos tienen en común. A saber, un racionalismo ilustrado que deposita su confianza, ya sea en el *res cogitans*, ya sea en la imaginación, para intuir la realidad a plenitud. BETTI, en este sentido, es heredero no tan sólo de VICO, sino también de DESCARTES.

III

A fin de cuentas, los cánones hermenéuticos de BETTI, los cuales pretenden fijar los fundamentos para la posibilidad de la actividad interpretativa, descansan sobre la premisa inarticulada de la existencia de una comunidad interpretativa que establece sus parámetros. Es decir, solamente en tanto haya una comunidad de intérpretes que acepte como bueno toda una serie de reglas y procedimientos para la interpretación será posible afirmar que una interpretación particular goza, si no de validez, al menos de aceptabilidad (43). Inclusive, y como dijéramos anteriormente, la propia existencia de unos cánones hermenéuticos está condicionada por la existencia de la comunidad jurídica, la cual le reconoce u otorga validez. Precisamente ha sido esta comunidad la que, según BETTI, ha descubierto dichos cánones. Aquí el concepto de comunidad jurídica no es meramente un concepto sociológico mediante el cual se pretende explicar la formación y desarrollo de alguna idea en particular. Sobre todo el concepto de comunidad jurídica es introducido como el *deus ex machina* (o la mano invisible, si se prefiere) del sentido y, por tanto, de la interpretación. Ahora bien, en tanto que la idea de una comunidad —jurídica o no jurídica— como factor decisivo para poder determinar el sentido que se le ha de otorgar a un texto no puede darse en un espacio ficticio, ideal, surge la necesidad de postular a la historia de dicha comunidad como su factor determinante. O sea, la tradición. Así, dirá BETTI al discutir en contra de la división del trabajo intelectual y la necesidad del jurista de adentrarse en la «cuestión histórica»:

«El encuentro presupone en el intérprete, como en los miembros de la comunidad, una educación adecuada y se opera a través de la tradición de la jurisprudencia, que contribuye a promover en los juristas la necesaria formación mental. Más aún: teniendo en cuenta que las instituciones y la forma de expresarse jurídicamente tienen el estilo de un lenguaje técnico, es más necesaria una preparación histórica en el que es llamado a entenderlas. Precisamente viviendo en la tradición de la jurisprudencia pueden los juristas realizar la continuidad de la vida del Derecho, fundir en armónica coherencia los datos de la tradición con las nuevas adquisiciones, advertir los nexos que ligan la letra de la ley al pensamiento que

(43) En cuanto al tema de la comunidad de intérpretes como criterio rector para determinar el sentido a atribuirse a un texto particular, véase: DWORKIN, R., *Law's Empire*. Harvard Univ. Press, Cambridge (1986), particularmente págs. 45-86; FISH, S., *Is There a Text in This Class?*, Harvard Univ. Press, Cambridge (1980); ECO, U., RORTY, R., y CULLER, J., *Interpretation and Overinterpretation*. Cambridge Univ. Press, Cambridge (1992).

traducen. Por eso el lenguaje de una ley en vigor no puede ser rectamente entendido cuando se separa de sus precedentes históricos por considerarla en cualquier modo autosuficiente en función de la materia disciplinada. La letra de la ley no es más que un entramado destinado a reanimarse y a iluminarse, de un lado, al contacto con la vida social; de otro, con la luz de la tradición [...]» (44).

Sobre este punto GADAMER coincide con BETTI en otorgarle a la tradición un valor central para delinear los contornos del sentido de un texto. Sin embargo, difieren precisamente en la función de dicha tradición dentro de sus respectivos esquemas hermenéuticos. La diferencia radica en la concepción que tiene cada uno de la tarea de la hermenéutica. BETTI, como ya hemos visto, propone una hermenéutica metodológica mediante la cual pretende acceder al sentido de un texto jurídico particular. Es decir, aún se adhiere a la posibilidad de determinar y fijar un sentido inequívoco al texto. GADAMER, en cambio, no pretende ofrecer una teoría general de la interpretación, sino que aspira a descubrir el común denominador del fenómeno del entendimiento como tal y mostrar cómo tal entendimiento nunca es el comportamiento subjetivo hacia un objeto particular y sí hacia su historia efectiva (45). En otras palabras, GADAMER persigue esclarecer cómo el entendimiento se encuentra siempre arrojado dentro de un marco histórico de las cuales le es imposible trascender (46). Así, para GADAMER, la tarea de la hermenéutica es la de hacer patente esta condición. Ciertamente, y como se le ha criticado, la postura de GADAMER hace imposible la determinación del verdadero (esto último dicho en su acepción trascendental) sentido de un texto en tanto que el propio sentido estaría siempre condicionado por la relativa posición del intérprete (47). Por su parte, GADAMER ha criticado

(44) *Supra*, pág. 77.

(45) *Supra*, nota 3, pág. XIX

(46) Véase *Text and Interpretation*, recogido en *The Gadamer-Derrida Encounter*, *supra*, nota 3, pág. 22

(47) Existe una tensión conceptual en la posición de GADAMER toda vez que, por un lado, afirma que toda interpretación está mediatizada por la tradición en que se encuentra y, por tanto, la razón es incapaz de ofrecer la interpretación definitiva (cfr. *supra*, pág. 2148); mientras que, por el otro lado, afirma la universalidad de la experiencia hermenéutica caracterizada por la búsqueda del común denominador al fenómeno del entendimiento. Véase *The Universality of The Hermeneutical Problem* (1966). *On the Scope and Function of Hermeneutical Reflection* (1967), recogido en *Philosophical Hermeneutics*, *supra*, nota 3. El reclamo de universalidad de la experiencia hermenéutica choca contra su también reclamada finitud. Véase DALLMAYR, F. R., *Hermeneutics and Deconstruction Gadamer and Derrida in Dialogue*, recogido en *Dialogue and Deconstruction*, *supra*, nota 3, págs. 75-92

la postura de BETTI en tanto que su teoría, aun cuando reconoce la centralidad del acto interpretativo, todavía responde a un sicologismo decimonónico. Es decir, que aún le otorga al intérprete la responsabilidad de reconstruir el sentido del texto, su *mens auctoris*, mediante la objetificación del mismo (48).

En cuanto al valor de la tradición como tal, GADAMER no le atribuye un valor absoluto toda vez que ella, a su vez, está mediatizada por la posición particular del intérprete (49). No obstante, tanto GADAMER como BETTI no contemplan el problema de la constitución misma de la tradición —ya sea la jurídica o la no-jurídica— como el supracontexto de toda interpretación (50). Es decir, ¿cómo es que la tradición adviene a tener tal valor? En tanto que es a la tradición a la que se le atribuye el valor de fijar los parámetros de la interpretación, y por tanto de la validez o invalidez de una interpretación particular, no debe pasarse por alto los mecanismos de poder (y por tanto de coerción) que consolidan a una tradición particular como *la tradición*. Sobre este aspecto el filósofo alemán JURGEN HABERMAS ha criticado acertadamente la posición de GADAMER (y por implicación a BETTI) toda vez que su filosofía hermenéutica no es capaz de proveer una *Ideologiekritik* de la tradición que proviene (51) y por tanto sacrifica el interés emancipatorio de la especie. GADAMER, a su vez, ha defendido su tesis arguyendo que HABERMAS y la *Ideologiekritik* no le presta suficiente atención al hecho de que toda crítica ideológica se encuentra enmarcado por su condición histórico-hermenéutica (52), razón por la cual le es imposible ofrecer un análisis crítico-social que no esté sujeto a las determinaciones del horizonte de la tradición (53).

Si en efecto, y como dijera VÁZQUEZ BOTE, la naturaleza de la interpretación jurídica «consiste siempre en un repensar lo ya pensado», y a la luz

(48) *Supra*, nota 3, Supplement I, «Hermeneutics and Historicism», págs. 460-491

(49) *Supra*, nota 3, págs. XXI-XXII.

(50) *Supra*, nota 3, pág. XXIII.

(51) Para un sucinto resumen del debate entre GADAMER y HABERMAS véase MCCARTHY, T., *The Critical Theory of Jurgen Habermas*. MIT Press Cambridge (1978), págs 162-192. En cuanto a la posición de HABERMAS frente a los llamados postmodernos, véase *The Philosophic Discourse of Modernity*, traducción de F. LAWRENCE, MIT Press, Cambridge (1987)

(52) Véase GADAMER, H.-G., *On the Origin of Philosophical Hermeneutics*, recogido en *Philosophical Apprenticeships*, traducción de R. R. SULLIVAN, MIT Press, Cambridge (1985), págs. 177-193.

(53) En una entrevista celebrada en 1986 GADAMER asegura que su idea de un horizonte de tradición que constituye el trasfondo de toda reflexión y cambio social no significa que defiende una tradición particular sobre otra. Véase «Interview: The 1920s, 1930s, and the Present, National Socialism, German History, and German Culture», recogido en *Hans-Georg Gadamer on Education, Poetry and History*. Ed D. Misgled & G. Nicholson, traducción de L. SCHMIDT y M. REUSS, SUNY Press, New York (1992).

de lo discutido anteriormente, hay que concluir que ésta será incapaz de ofrecer una interpretación que logre lo que se propone. En tanto que todo «repensar» no es idéntico a lo «ya pensado», el intérprete jurídico estará siempre introduciendo sus prejuicios en el proceso interpretativo. La introducción de esos prejuicios en el proceso interpretativo, no obstante, no necesariamente es motivo de condena. Como bien observara GADAMER, el prejuicio contra los prejuicios es una de las notas definitivas de la Ilustración (54). Sobre todo el reconocimiento del papel que juegan nuestros prejuicios en la formación del entendimiento es un reconocimiento implícito de nuestra historicidad. Así, ninguna interpretación puede reclamar ser la interpretación definitiva. Con lo cual no quiero sugerir, *contrario sensu*, que cualquier interpretación de un texto —jurídico o no-jurídico— es admisible. En este contexto las reflexiones de BETTI y GADAMER sobre el valor de la tradición para la actividad interpretativa son decisivas. Sin embargo, reconocer que la actividad interpretativa se encuentra, de entrada, arrojada dentro de una constelación de relaciones históricas, económicas, políticas, sociales y culturales nos dirige irrevocablemente a aceptar la relatividad del sentido. Aceptación que nos obliga a hacer la perenne y subversiva pregunta: ¿y qué de la justicia?

ANDRÉS L. CÓRDOBA

Profesor de Filosofía, Universidad Interamericana
de Puerto Rico, Recinto de Fajardo.

(54) *Supra*, nota 3, págs. 239-240.

Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente (*)

La sensibilización que en los últimos tiempos se ha producido respecto a los temas ambientales y su paso a primer plano de la actualidad parece poner de manifiesto (como ha dicho un autor) que la sociedad después de abordar un proceso de industrialización intensivo «ha comenzado a tener miedo de sí misma» y, en consecuencia, ve prioritaria la necesidad de buscar mecanismos adecuados, tanto en el campo económico como el jurídico, para que el desarrollo económico y el aumento de nivel de vida se hagan compatibles con la conservación del medio ambiente.

Conciliar desarrollo y protección ambiental es así tarea de nuestro tiempo.

Desde esta perspectiva surge la polémica: «desarrollo *versus* conservación de nuestro entorno natural». Desechadas las posturas extremas, se propugna, desde todos los ámbitos, un planteamiento equilibrado, en el sentido de entender que la conservación de la naturaleza no puede alcanzarse sin un suficiente grado de *desarrollo sostenido*, entendiendo por éste el capaz de satisfacer las necesidades de la generación presente sin comprometer la posibilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

Esta tesis formulada en el artículo 130.r) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea tras la reforma del mismo por el Acta Unica (1986), que dio así un paso sustancial en el tratamiento de la problemática del ambiente al convertir el mismo en una política comunitaria, política que se

(*) De todas estas cuestiones trato en mi libro *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, 1994.

ha visto reforzada notablemente con el nuevo Tratado aprobado en Maastricht (1991), que, abundando en la misma idea, señala que: «... la Comunidad tendrá por misión promover... un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad y un crecimiento sostenible que respete el medio ambiente».

También nuestro texto constitucional refleja claramente las tensiones entre desarrollo económico y protección al medio ambiente. Y así la Constitución, sin renunciar al crecimiento y desarrollo económico que sigue siendo un objetivo básico de la sociedad (como se deduce de los arts. 38, 40, 128 y 130), considera que dicho crecimiento económico ha de compaginarse con otros objetivos, como la elevación de la calidad de vida y el especial reconocimiento del derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado que contiene el artículo 45.

En consecuencia, la Constitución no resuelve esta tensión en favor de ninguno de los dos términos, sino que canaliza la misma hacia una fórmula de síntesis, de equilibrio. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 4 de noviembre de 1982. Declaraciones semejantes se han formulado por la jurisdicción civil y por la contenciosa. Por lo demás, la dialéctica industria-medio ambiente subyace en todos los conflictos por inmisiones excesivas y armonizar esa pugna entre los valores de la productividad e industrialización (con el consiguiente progreso económico-social y reducción del paro) con los derechos al ambiente, a la salud, a la intimidad y al descanso humano es tarea de los Tribunales, que no dudan buscando el equilibrio que la Constitución señala en preservar los derechos de los particulares cuando la actividad industrial los lesiona con inmisiones excesivas.

Del conjunto de normas que existen en tema de medio ambiente, acotaré para esta exposición las existentes en el campo civil. Sin embargo, será preciso manifestar que al estar conformado el medio ambiente como un bien colectivo, desde el punto de vista de la titularidad de su disfrute, su defensa será, de entrada, primordialmente, de naturaleza pública. De una parte, por la amplísima normativa administrativa, tanto de carácter preventivo como sancionador, y de otra, por las normas de Derecho penal, en especial el delito ecológico, que se introduce en la reforma parcial y urgente del Código Penal en 1983 en cumplimiento de la exigencia constitucional expresada en el artículo 45.3 CE, según consta en la propia Exposición de Motivos. A pesar de los buenos propósitos del legislador, el precepto que tipifica el delito ecológico ha sido calificado de especialmente insatisfactorio y duramente criticado por la doctrina, principalmente por la técnica de ley penal en blanco que utiliza, sin que se haya procedido a crear previamente una ley general del medio ambiente.

También es opinión generalizada que la política administrativa en materia ambiental, a pesar de su amplia normativa, sufre de una eficacia e

incuria manifiestas a la hora de velar por la protección del medio ambiente y de aplicar las correspondientes sanciones. Motivado, en parte, por la inexistencia de una legislación unificada y coherente y porque las competencias en materia de gestión y protección del medio ambiente están repartidos en diversos organismos de la Administración estatal, autonómica y local, lo que conduce a una descoordinación de la misma, coadyuvando a su ineficacia. Ineficacia que también pone de manifiesto el hecho, no infrecuente, de que la pretensión en vía civil vaya precedida de una serie de denuncias infructuosas realizadas ante la Administración, como se observa analizando la jurisprudencia.

Ahora bien, aun considerando la trascendencia del Derecho Público en el ámbito medioambiental, no cabe negar el papel que en el mismo puede desempeñar el Derecho Privado, si bien los civilistas tenemos que ser conscientes de que las instituciones de Derecho Privado juegan hoy un papel más bien secundario en la lucha contra la degradación del medio ambiente, por lo que resultaría engañoso un enfoque exclusivamente iusprivaticista del problema, pero también es cierto que algunas cuestiones medioambientales pueden ser resueltas acudiendo a instituciones tradicionalmente pertenecientes al ámbito del Derecho Privado. Instituciones que están evolucionando o deben evolucionar, como es el caso del abuso del derecho, la responsabilidad civil y las relaciones de vecindad, que empiezan a ser analizadas con una óptica nueva de acuerdo con el llamado Derecho vecinal industrial. Es así que, dentro de la función cooperadora del ordenamiento jurídico para conservar el medio ambiente, el Derecho Público tiene cometidos preferentes, pero no excluyentes.

Al respecto conviene hacer una precisión conceptual, y es que cuando hablamos, desde la óptica civil, de acciones de responsabilidad por deterioro del medio ambiente, aunque se hable de daño ecológico, las acciones civiles de responsabilidad no están encaminadas a la defensa general del medio ambiente, sino que son acciones que persiguen la reparación o evitación de daños, causados por inmisiones contaminantes, a las personas y sus bienes. Son así daños ambientales porque surgen a consecuencia de inmisiones que contaminan el aire, el agua o el suelo, con el perjuicio concreto y consiguiente para personas y cosas (daño ecológico, en puridad, es cuando lo que se produce es una degradación de los elementos naturales). Es por eso que en las resoluciones civiles no aparece contemplado el daño ecológico, el daño al medio ambiente como tal y, en consecuencia, en las mismas no se condena al agente causante a que restablezca el equilibrio ecológico roto con su actuación contaminante, sino solamente a reparar el daño concreto que en su persona y bienes ha sufrido el reclamante (a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción penal y en la contencioso-administrativa).

Esta es una de las razones que explican la preocupación doctrinal por el problema de la legitimación procesal en los supuestos de atentados al medio ambiente por cuanto dentro del marco ideológico liberal del Código Civil dirigido a la protección de derechos subjetivos la protección del medio ambiente parece encontrar el obstáculo de que no encajan claramente los conceptos de titularidad y legitimación, ni incluso las situaciones tutelables son previamente delimitables sin una clara referencia a un concreto derecho subjetivo lesionado.

Es por eso que la doctrina civilista intenta configurar jurídicamente el medio ambiente y valorar el derecho a disfrutarlo, reconociendo el derecho de cada individuo a defender su medio ambiente. Sin embargo, creo que por la vía civil sólo de modo indirecto se protege el medio ambiente dada la dificultad de concebir hoy día el ambiente como objeto jurídico de un propio derecho subjetivo, teniendo en cuenta especialmente la carencia de acción específica para demandar su efectividad desde el punto de vista individual (arts. 45 y 56.3 CE).

Sin embargo, la posibilidad de obtener el apoyo de los Tribunales ordinarios para conseguir el resarcimiento de daños ambientales que incidan en patrimonios individuales o en bienes personales de un sujeto individualizado ha sido plenamente asumida por la jurisprudencia civil, aun cuando las actividades industriales que originaron los perjuicios apareciesen respaldadas por las correspondientes autorizaciones y licencias y observasen la normativa administrativa.

Esta postura de los Tribunales ordinarios, tan de alabar, no siempre es observada cuando se trata de reclamar, no ya la reparación del daño ya causado, sino la adopción de medidas de prevención ante el daño previsible por cuanto, en estos casos, los Tribunales civiles parecen centrarse en la existencia de licencia, como si ésta fuera una barrera que le impidiera el libre enjuiciamiento de los hechos, lo cual, a mi modo de ver, en modo alguno puede estimarse plausible.

Es por eso que una de las principales objeciones que se hacen a la tutela civil del medio ambiente es su escasa virtualidad preventiva. Así, se ve con escepticismo la eficacia de los medios de protección que el Derecho Civil pueda ofrecer para la prevención del daño a las personas o las cosas, entendiendo que protege solamente frente al daño ya causado, reparable a través de la tutela aquiliana. Sin embargo, la doctrina civilista es unánime al considerar que debe ser a nivel preventivo donde el Derecho Privado despliegue su eficacia. En efecto, el aspecto más importante, a mi entender, del tema de las inmisiones no es el de reparar el daño, sino evitar que se produzca, y esto únicamente se consigue si el afectado por la inmisión puede exigir frente a quien la causa que ejercite su derecho dentro de unos límites.

Curiosamente, analistas económicos del Derecho explican esta postura de más fácil admisibilidad de acciones de reparación que de acciones de cesación como una manera de proteger a la industria por parte del sistema jurídico.

Expuesto muy generalmente el tema, analizaremos ahora el conjunto normativo existente en el ámbito civil, viendo las posibilidades que ofrece en la actualidad para dar solución a los problemas medioambientales.

Si bien se puede desarrollar en tal sentido el instituto de las relaciones de vecindad, la responsabilidad extracontractual y el abuso del derecho, expondré ahora solamente lo concerniente a relaciones de vecindad en el Código Civil, no solamente porque creo que los daños ambientales de naturaleza privada se producen normalmente en el contexto de las relaciones de vecindad implicando deterioros patrimoniales o perjuicios a la salud, sino también en cuanto estimo que una potenciación de las mismas va a permitir que el Derecho Privado asuma ese papel preventivo que he señalado como primordial en el ámbito medioambiental. A más de estar menos elaboradas por la doctrina en este ámbito.

Como es sabido el Código Civil dedica al tema dos importantes preceptos, los artículos 590 y 1.908, sobre los cuales la doctrina ha construido el tema clásico de las relaciones de vecindad con el fin de configurar una teoría general que responda a la cuestión de: hasta qué punto está obligado el propietario o poseedor de una finca a soportar una forma de utilización o aprovechamiento del predio ajeno que cause molestias o produzca daños a las personas o bien que desvalore de cualquier forma su propiedad. Lo que significaría, desde el punto de vista del empresario, poder determinar hasta qué punto o límite puede desarrollar su actividad cuando ésta cause molestias a las personas o desvalore de cualquier forma las propiedades vecinas.

No voy a exponer los criterios que se han seguido a lo largo de la historia para establecer el régimen de las mismas ni las causas que han motivado el cambio operado en su concepción, así como tampoco la carencia en nuestro Código Civil de un precepto general que las regule con la consiguiente falta de sistematización. Diré solamente lo necesario para marcar mi posición en el tema.

Entiendo, y es mayoritaria la doctrina en este punto, que los artículos 590 y 1.908, aun fundamentando ambos las relaciones de vecindad, tienen muy diverso alcance y naturaleza, lo que va a traer como consecuencia, entre otras cuestiones, la diversidad de supuestos de hecho, de acciones y de sujetos legitimados para ejercerlas. Y así además de su aplicación conjunta admiten aplicación independiente.

El artículo 590 en cuanto regula relaciones de vecindad con efectos jurídicos reales, y el 1.908 hace referencia a relaciones de vecindad de

efectos jurídicos obligacionales. Por medio del primer artículo se van a imponer limitaciones al dominio conexiónadas con circunstancias de hecho determinadas por la situación de fincas, y por el segundo, se regulan, limitándolos, los actos del titular de la actividad para que no causen perjuicios injustificados a otros sujetos de derecho. Con lo que el marco sustantivo queda definido por dos principios: el derecho a la integridad patrimonial y el derecho a la indemnidad personal.

De acuerdo con esto expondré por separado el estudio de estos artículos, analizando finalmente la aplicación conjunta de los mismos.

Tenemos que el artículo 590 prohíbe (nadie podrá) construir cerca de una pared ajena o medianera... fábricas que por sí o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias (reglamentos y usos) a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos.

Los límites que el artículo 590 contempla hacen referencia tanto a las *distancias* como a *mecanismos de resguardo y protección*. Ambos límites tienen como *finalidad evitar* la peligrosidad o los efectos nocivos que sobre el vecino pueden provocar determinadas construcciones o instalaciones. Es por esto que la doctrina ha destacado que el interés tutelado por este precepto es el *medio ambiente*. Afirmación lógica si se piensa que, en principio, una buena parte de los problemas de contaminación tienen su origen en la inadecuada localización de actividades o en un deficiente crecimiento de las poblaciones. Pero, junto a las distancias, el artículo también prescribe *la forma de efectuar la construcción* de «fábricas que por sí y por sus productos sean peligrosas o nocivas», es decir, fábricas que desde el punto de vista de su naturaleza o por su función pueden resultar peligrosas o nocivas.

En consecuencia, tenemos que el artículo 590 no se limita a exigir que se observen unas distancias desde «la pared ajena o medianera» para hacer edificaciones o excavaciones peligrosas o lesivas por sí o por sus productos, sino que prevé la adopción de medidas *conducentes a evitar el daño*.

La remisión que este artículo hace a los reglamentos y usos del lugar y que lo convierten en una norma en blanco, aparte de ser una acertada medida en cuanto permite actualizar su ámbito de aplicación y conservar su vigencia, ha provocado el equívoco de creer que las relaciones de vecindad, en su aspecto de vida vecinal-industrial, es materia propia del Derecho Administrativo. Ciertamente que a éste le interesa, pero independientemente hay una cuestión de coordinación de derechos subjetivos privados que es propia del Derecho Civil. Y así el alcance de la relación entre los reglamentos a que este artículo se remite y las propias limitaciones de la propiedad en él contenidas está claramente determinado en la doctrina científica, considerando (H. GIL y T. R. RODRÍGUEZ) que el *artículo 590 proporciona*

el marco general y los reglamentos son llamados expresamente por él para completar, por vía de remisión, su propio esquema normativo.

De forma que las infracciones previstas en el artículo 590 se tipifican al contravenir los reglamentos y usos, a los cuales se remite. Contravención que se tendrá en cuenta respecto a los dos extremos que el artículo 590 señala: *a)* si la instalación industrial se ha realizado sin guardar las distancias, y *b)* si se ha realizado en condiciones distintas a lo prescrito por la reglamentación administrativa.

Si el criterio de la distancia que sigue el artículo 590, por sí solo y desde el punto de vista de la protección al medio ambiente, no es determinante (dada la carencia de norma paralela que prohíba el acercamiento para viviendas, a más que el criterio de la preinstalación parece no estimarse ya por los Tribunales como causa de eximir de responsabilidad). La obligación que el mismo artículo impone en orden a la observancia de medidas correctoras alcanza la mayor importancia. Respecto a ellas, también tenemos que en base a la remisión que el artículo hace habremos de estar, para conocer cuál sean, a lo preceptuado en la reglamentación correspondiente y a los usos del lugar. Si bien a falta de ellos o si resultan insuficientes, el mencionado artículo permite exigir la adopción de las *precauciones* que previo dictamen pericial se juzguen necesarias *para evitar daños a las heredades o edificios vecinos.*

Ahora bien, la relación de actividades que hace este artículo, anacrónica y expresiva, ¿es taxativa? y, por otra parte, ¿exige contigüidad?

La doctrina, tanto científica como jurisprudencial, es acorde en admitir que la relación de actividades que este artículo contempla está hecha *demonstrationis causa* y, también, que la expresión «cerca de una pared ajena o medianera» no exige contigüidad en la finca objeto de protección, sino que es suficiente que exista una relación directa entre los fundos, una vecindad; es decir, que para su aplicación se atiende no a la colindancia, sino a la proximidad en función de la influencia que se ejerza. Y ello en base a la propia finalidad del precepto y también por el criterio interpretativo de adaptación de la norma a la realidad social del tiempo en que debe aplicarse.

Teniendo en cuenta esta generalización, junto con el carácter ordenatorio y preventivo del mismo —ya que en ningún momento exige la causación de un daño para poder fundamentar una reclamación en orden a evitar un riesgo, sino que, por el contrario, el precepto se limita a imponer el deber exigible de guardar unas distancias y ejecutar las obras de resguardo necesarias «*a fin de evitar todo daño*»— nos encontramos con que este artículo posibilita en vía civil la *defensa preventiva del medio ambiente.*

En efecto, entiendo que si hay una transgresión del artículo 590 puede exigirse la acomodación de las instalaciones al emplazamiento y a las

condiciones requeridas por la reglamentación administrativa, pues habrá una transgresión de un específico deber de comportamiento. Y ésta es la trascendencia jurídica de la contravención del artículo 590 en el terreno civil: la obligación de hacer cesar esa situación de riesgo (se haya materializado en daños o no): o distancia adecuada, u obras de resguardo, o precauciones necesarias.

En consecuencia, la instalación de una industria sin guardar las distancias prescritas o, guardándolas o no si la misma carece de los dispositivos y recursos para prevenir y evitar daños o siniestros, faculta, en base a este artículo, para pedir ante la jurisdicción ordinaria la imposición de medidas correctoras que se estimen procedentes a fin de evitar el riesgo y peligro creado y, en último extremo, posibilita la clausura de la misma.

El supuesto de hecho que contempla este artículo es así autónomo y distinto del tomado en cuenta en el artículo 1.908, precepto este típico de responsabilidad extracontractual que exige para su aplicación la existencia de un daño indemnizable.

Al decir, igualmente responderá el propietario: 2.º Por los humos excesivos que sean nocivos a las personas y a las propiedades.

4.º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes construidas sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuvieren.

Vemos así que, en virtud de este artículo, el titular de una industria va a responder por los daños causados por la actividad ejercida —destino que se le diere— o por el uso a que se hallaren destinados los edificios —malas condiciones del mismo—. El único efecto, pues, que deriva de este artículo es el indemnizatorio que viene determinado por el daño producido.

Tenemos así que este artículo representa un aspecto distinto del asignado al artículo 590, pues si en éste veíamos que tenía un carácter ordenatorio y preventivo, el artículo 1.908 tiene un carácter netamente represivo o reparatorio, es decir, va a actuar cuando el daño ya se ha producido. Consagra, pues, un principio tradicional del Derecho de daños según el cual el que causa un daño está obligado a repararlo, encarnando en el ámbito de daños medioambientales el presentado como novedoso principio «el que contamina paga».

Este artículo, aun fundamentando las relaciones de vecindad, consideramos que admite una interpretación diferenciadora (no obstante su beneficiosa integración con el art. 590), ya que constituye lo que un sector doctrinal denomina efecto obligacional de las relaciones de vecindad, tesis que comparto; y aunque en su base hay una relación de vecindad y por ésta vienen determinadas, la vecindad tiene en ellas un alcance muy distinto al observado en las llamadas relaciones de vecindad con significación real. Por cuanto la vecindad aquí exigida no se concreta en una relación entre fincas limitativa de los correspondientes derechos de propiedad, sino que, merced

a él, se va a ampliar el campo de las mismas en la medida de que ya no se va a exigir, respecto al perjudicado, que sea titular de un derecho real de uso y disfrute sobre la finca vecina, sino que la concurrencia de derechos que aquí se va a resolver va a estar enmarcada en el plano general del ejercicio de los derechos. Y así, aunque previsiblemente el o los perjudicados van a pertenecer al círculo o conjunto que forman los vecinos (dado que las inmisiones de sustancias nocivas, humos, vibraciones, ruidos, etc., tienen un alto grado de posibilidad que no se da si la distancia es considerable), no cuentan tan sólo los propietarios o los titulares de los derechos reales, por cuanto el interés protegido en estos casos en lugar de ser el de propiedad es, de modo más inmediato, el de las personas.

En efecto, el carácter obligacional de la norma de vecindad plasmada en el artículo 1.908 se pone de manifiesto en la generalización que se observa en él respecto a las posibles personas perjudicadas por cuanto para determinarlas sólo menciona «las personas y las propiedades», por lo que cualquier persona perjudicada por inmisiones no tolerables puede pedir, en base a este artículo, el resarcimiento del daño sufrido. Y así, aunque entiendo que esta persona perjudicada tendrá siempre una cierta relación de vecindad, ésta, al no venir determinada por la titularidad de un derecho real, bien puede ser meramente circunstancial: huésped de hotel, transeúnte, arrendatario, etc.

Así este artículo, al estar, por un lado, encuadrado en las relaciones de vecindad, y por otro, posibilitar la indemnización del daño que cualquier perjudicado por inmisiones pueda sufrir, entiendo que viene a resolver la cuestión presentada por la doctrina de la necesidad de encuadrar las relaciones de vecindad, más que entre propietarios, entre vecinos, pues al tomarse en cuenta la utilización de los bienes resulta que los derechos, ya sean reales u obligacionales, pueden quedar afectados por el derecho de vecindad, entendiéndolo éste en el sentido amplio que hemos expuesto.

También respecto al sujeto responsable observamos una ampliación en virtud de este artículo por cuanto éste si cumpliendo la normativa que prescribe y a la que remite el artículo 590 estaría a salvo de cualquier reclamación en base del artículo 590, no lo estaría en el supuesto de que con su actividad cause daño a las personas o a las cosas ya que respondería en base al artículo 1.908, aun, insistimos, cumpliendo la normativa del artículo 590.

El análisis del precepto y la conceptualización de relaciones de vecindad con significación obligacional nos permitirá, por un lado, fundamentar las afirmaciones anteriores, y por otro, integrar este artículo en relaciones de vecindad.

El primer punto: sujeto responsable. Comparto la posición doctrinal que estima que la responsabilidad de la propiedad que el artículo 1.908 CC

establece debe reconducirse al titular de la actividad generadora del daño, sea propietario o simple arrendatario del local donde la actividad dañosa se lleve a cabo. En definitiva, a todo aquel que en virtud de cualquier título explote el negocio en cuestión. «Empresario en el ejercicio de su empresa» y no al propietario del inmueble como la dicción literal del precepto establece.

En cuanto a las causas que enumera el mentado artículo 1.908, creo que hay que entender, por la *ratio* del mismo y más allá de las insuficiencias expresivas, que el precepto tiene un alcance general tanto en lo que se refiere a daños como en lo que respecta a las causas del mismo y a las actividades susceptibles de producirlos. Por lo cual mediante la conveniente generalización puede ser aplicado a todo riesgo industrial y en general a las llamadas actividades peligrosas, siendo posible en consecuencia aplicar el artículo 1.908 a otras hipótesis que no se encuentren especialmente comprendidas en él, sin necesidad de reconducir las no especialmente contempladas al artículo 1.902. Y así, como se ha afirmado (SANTOS BRIZ y DE ANGEL), dentro del ámbito que abarca este artículo (1.908, 1.º, 2.º, 4.º) se ha de cobijar la llamada responsabilidad por contaminación del medio ambiente.

Siguiendo con el estudio del artículo 1.908, cabe preguntarse cuál sea el motivo que ha inducido al legislador a individualizar los supuestos de daños ocasionados por determinados tipos de cosas, siendo así que el artículo 1.902 CC es de tal amplitud en sus términos que en él tienen cabida todos los comportamientos ilícitos y dañosos que imaginarse puedan. ¿Obedece así la responsabilidad declarada en el artículo 1.908 a distinto fundamento que el general consagrado en el artículo 902?

La doctrina coincide en asignar a los supuestos del artículo 1.908 una fundamentación diferente a la atribuida a los casos típicos de responsabilidad civil, esto es, a la llamada responsabilidad por hecho del hombre. Y así tenemos que la postura doctrinal mayoritaria, en lo que respecta al menos al apartado 2.º de este artículo, es de que la responsabilidad que en él se establece es una responsabilidad objetiva o por riesgo, por lo que la obligación de resarcir el daño producido va a nacer del hecho en sí, sin necesidad de que en su causación intervenga una conducta negligente o culposa por parte del empresario.

En cuanto al apartado 4.º del mismo artículo, algún sector doctrinal relaciona la responsabilidad en él establecida con el artículo 590, con lo que parece plantearse el problema de si el efecto indemnizatorio del mismo queda subordinado a que las emanaciones sean procedentes de instalaciones no emplazadas ni construidas de la forma prevista en el mismo, adquiriendo así la responsabilidad un matiz de subjetividad. Al respecto, creo que en esta postura doctrinal más que exigencia de culpa en sentido estricto se

considera que en el supuesto 4.º del artículo 1.908 deben concurrir y ser probadas unas determinadas circunstancias, y si esto ocurre habrá lugar a la responsabilidad. Supuesto que no es exactamente de responsabilidad subjetiva dado que el Juez en este caso no indagará cuál fue el estado subjetivo del individuo al que las mismas se imputan. Y así entiendo que aunque no sea la sola producción del daño lo que determina en este caso la responsabilidad, sí ocurre que probada la concurrencia de las circunstancias que normalmente lo originan el presunto responsable habrá de demostrar que no tuvo culpa, pero teniendo en cuenta que si bien esta prueba se le admitiría, juega en contra de ella la propia consecuencia dañosa.

Ante esto podemos preguntarnos: ¿esos elementos o circunstancias que han de probarse o de desvirtuarse (depende desde qué lado consideremos la relación procesal) son las reglas de la distancia y de las obras de resguardo a que se refiere el artículo 590? Creo que es más que eso. El artículo 1.908.4.º se refiere a «precauciones adecuadas al lugar», y puede ocurrir que aunque la distancia se observe y se hayan hecho las obras de resguardo preceptuadas (piénsese en supuestos de industrias en las que su actividad esté totalmente de acuerdo a la normativa administrativa y del art. 590), puede estimarse que faltan las «precauciones adecuadas» al haberse producido un daño en las personas o bienes.

Es decir, que, en mi parecer, el apartado 4.º del artículo 1.908 exige un deber de diligencia superior al simple cumplimiento de la normativa y que lo que ha de prevalecer es la reparación del daño, porque la simple causalidad de él evidencia que no se adoptaron las precauciones necesarias aunque se hayan cumplido las disposiciones administrativas al respecto.

En definitiva, la conclusión a que puede llegarse estudiando la doctrina científica y jurisprudencial es que éstas, aun con variantes y matices, coinciden en que en el artículo 1.908 se instaura un principio de responsabilidad específicamente aplicable al desarrollo de actividades industriales en el que se sigue un criterio diferente del establecido en la regla general de responsabilidad concretada en el artículo 1.902. Al menos *ab initio*, por cuanto si observamos la jurisprudencia en la interpretación del artículo 1.902, y en concreto de la generalizada invocación de la inversión de la carga de la prueba, de la teoría del riesgo y de la aplicación del artículo 1.104 CC, van aproximándose los criterios que sirven de fundamentación a uno y otro.

He señalado el carácter indemnizatorio de este artículo, mas ¿el criterio a seguir en daño indemnizable (*ex art. 1.908*) es el mismo que opera por la aplicación general del artículo 1.902? Al respecto creo que para que la norma tenga la especificación propia del derecho de vecindad hay que operar con el *criterio de la tolerancia*, y esto por dos razones: a) porque en caso contrario tendríamos que el artículo 1.908 es exclusivamente una

secuela o especificación del artículo 1.902 al que nada añade, dado que a la reparación del daño, por sí solo, es de aplicación general el artículo 1.902. Y *b)* porque en las relaciones de vecindad incomodidades y molestias las hay siempre.

Así no cualquier inmisión es suficiente para generar responsabilidad (*ex art.* 1.908), operando como criterio que nos marca la línea divisoria entre inmisión indemnizable o no sujeta a indemnización la tolerancia marcada por el *dato social de la normalidad del uso*. O con palabras del profesor LACRUZ, «la actividad del empresario no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o los circundantes, teniendo al efecto en cuenta la naturaleza de la finca, de las vecinas y del entorno». En consecuencia, no todo daño causado en relaciones de vecindad es indemnizable, sino sólo cuando se sobrepasan determinados niveles, bien porque la inmisión exceda de la que sería consecuencia de un uso normal de bienes o bien porque sobrepase aquello que sea normalmente tolerable por la generalidad según las circunstancias de tiempo y de lugar. El criterio de *tolerabilidad* y la normalidad del uso, valorada esa normalidad desde una perspectiva social, será el que nos servirá para delimitar tanto el ejercicio de los derechos de uno como el derecho de exclusión del otro, ya que la norma vecinal debe delimitar, por un lado, la libre actividad, pero debe, por otro, limitar la libertad de exclusión.

Este criterio rector y la propia dicción del artículo 1.908 CC que hemos señalado, en cuanto exige observar las precauciones adecuadas al lugar, es lo que explica que la normativa administrativa sólo opera de pauta orientadora para los Tribunales civiles, pero no marca el límite ni es criterio diferenciador entre la inmisión soportable y la indemnizable, aun admitiendo que las infracciones administrativas están en un buen número de casos en la base de la inmisión intolerable, como se pone de manifiesto al estudiar la jurisprudencia.

Si el cumplimiento de la normativa administrativa no marca el límite para deducir responsabilidad (*ex art.* 1.908) y en consecuencia el empresario que actúe acorde a la licencia otorgada por la Administración va a ser responsable de los daños que con esa actividad origine en las personas o cosas, será necesario analizar, por un lado, el carácter y naturaleza de esa licencia, y por otro, no sólo la posibilidad de revisión de la misma, sino qué jurisdicción (contenciosa o civil) es competente en orden a esta exigencia.

Al respecto, cabe decir que el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de noviembre de 1961 (normativa general de vigencia para las Comunidades Autónomas que no tienen regulación propia, completado por Orden 15-3-1963 que contiene las instrucciones para dicho Reglamento) establece la necesidad de *licencia* administrativa para la apertura e instalación de toda la industria que potencialmente

sea contaminante y por lo tanto se considere incurso en esta clasificación (dado que el nomenclator anexo al Reglamento tiene simple carácter orientativo).

Sin embargo, como pone de manifiesto la doctrina administrativista, el mentado Reglamento no precisa la naturaleza ni el régimen jurídico de las licencias de apertura y funcionamiento, lo que ha traído como consecuencia el nacimiento de peligrosos equívocos, entre ellos uno que nos interesa especialmente para el tema que estamos tratando, como es el *ámbito específico en que la licencia debe moverse*. También en lo que se refiere a las medidas correctoras, por cuanto el citado Reglamento solamente contempla el momento inicial de la instalación olvidando la necesidad de introducir modificaciones posteriores en las mismas para adaptar las instalaciones autorizadas a las nuevas circunstancias y a las nuevas exigencias que pueden surgir con posterioridad a la instalación primera de la industria.

Esta deficiencia ha sido suplida por la doctrina científica y jurisprudencial, las cuales, respecto a la primera cuestión consideran que «las licencias administrativas son simples instrumentos autorizatorios que no enriquecen con un plus de derechos el patrimonio del autorizado, sino que se limitan a permitir el ejercicio de un derecho preexistente de éste, salvo el derecho de propiedad y *sin perjuicio de tercero*».

Toda la virtualidad de esta cláusula tradicional «salvo *iure tertii*» que acompaña siempre a concesiones y licencias, aunque no haya sido expresamente incluida en los actos que las otorgan, es justamente lo que explica sobradamente que el empresario no quede a resguardo de posibles reclamaciones aunque su actuar esté dentro de los límites marcados por la licencia administrativa. Así pues, el ámbito específico en que la licencia está obligada a moverse es un ámbito delimitado por la cláusula citada (que, por otra parte, consagra el art. 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. El propio Reglamento, en su art. 10, subraya este dato al disponer que los actos de las Corporaciones Locales por los que se intervenga la acción de los administrados producirán efectos entre la Corporación y el sujeto a cuya actividad se refieran, pero no alterarán las situaciones jurídicas privadas entre éste y las demás personas).

En consecuencia tenemos que los particulares que se vean perjudicados en su persona o bienes por la actividad de una empresa, actuando ésta dentro de la cobertura que le otorgan las correspondientes autorizaciones y licencias administrativas, podrá reclamar ante la *jurisdicción civil* la reparación de los daños irrogados. Numerosas Sentencias avalan esta afirmación y en todas se hacen afirmaciones del tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 16 de enero de 1989:

«El acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados

o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquéllos contemplan intereses públicos sociales, ésta resguarda el interés privado exigiendo en todo caso el resarcimiento del daño». «Las consecuencias dañosas derivadas de la explotación no pueden quedar sustraídas al Derecho Privado y a la tutela jurisdiccional ordinaria, la cual tiene absoluta independencia respecto al acto administrativo que autoriza la puesta en marcha de la empresa».

Una vez delimitado el ámbito de las licencias administrativas habrá de examinarse la segunda objeción señalada al Reglamento de 1961, pues ella incide en aspectos importantes que conciernen a la materia que estudiamos y es el tema relativo a la posibilidad de si una vez concedida la licencia cabe introducir modificaciones en las mismas (para así adaptar las instalaciones anteriormente autorizadas a nuevas circunstancias que pudieran surgir, bien afecten éstas a la estructura interna o a circunstancias extrínsecas).

El punto conflictivo para nosotros en este tema es doble: por un lado, mirar si cabe la posibilidad de establecer dichas medidas correctoras una vez concedida la licencia, y por otro, si los Tribunales civiles pueden ordenarlas, y si es así en base a qué. Respecto al primer punto y de acuerdo con la doctrina administrativa, «la licencia de apertura no se agota con la simple construcción de las instalaciones, no nace sólo para eso: nace para disciplinar el funcionamiento hacia el futuro de las instalaciones en cuestión y tiene por ello un tracto continuo». Con lo cual está clara la posibilidad e incluso necesidad para la Administración autorizante de imponer medidas correctoras. Ya que las licencias funcionan, pues, como simples presunciones *iuris tantum*, como mecanismos de seguridad que valen en tanto aseguran la total inocuidad de la instalación y que dejan de valer desde el momento en que la realidad demuestra su ineficacia aseguradora.

Como ha declarado la jurisprudencia contencioso-administrativa en numerosas Sentencias, «de las licencias de apertura y funcionamiento no nacen derechos adquiridos ni al mantenimiento de las mismas ni a su inmutabilidad porque nadie puede adquirir legítimamente, y menos a través de un simple instrumento autorizatorio, el derecho a dañar a otro o a crear situaciones permanentes de riesgo para terceros». A la vista de estas ideas vemos que la *ratio* de todo el sistema radica en la necesidad de evitar todo daño o peligro a las personas y a las cosas.

La jurisdicción ordinaria en orden a la imposición de esas medidas correctoras tiene perfectamente asumida su competencia cuando conoce de reclamaciones en las que se trata de resarcir daños patrimoniales o personales, aun cuando las actividades industriales que originaron los mismos aparezcan respaldadas por las correspondientes autorizaciones y licencias y observen la normativa administrativa; y así, entiende que debe valorar por

sí misma las circunstancias sin sentirse en absoluto ligados por ellas, «sin perjuicio de que la validez formal de la licencia se mantenga en tanto no sea anulada en la vía contencioso-administrativa».

En cambio, cuando se trata de supuestos en que se insta no ya la reparación de un daño, sino la adopción de medidas para prevenirlo, los Tribunales civiles se abstienen de conocer argumentando falta de competencia y parecen centrarse en la existencia de licencia, como si ésta fuera una barrera que le impidiera el libre enjuiciamiento de los hechos.

En mi opinión, es precisamente el artículo 590 el que, en un caso y en otro, fundamenta para adotarlas (si bien considero que ante daños probados también el art. 7.2 CC las fundamenta).

Vamos así a ver esta afirmación con el estudio conjunto de los dos artículos y, también, con las acciones que éstos posibilitan.

Venimos señalando que los artículos 590 y 1.908 del CC aun teniendo distinto alcance y naturaleza y permitir por tanto su aplicación independiente se integran posibilitando su aplicación conjunta y, así, sustentando ambos las relaciones de vecindad, forman éstas un conjunto coordinado de técnicas jurídicas que aportan su imprescindible ayuda a la protección del medio ambiente desde la óptica del ordenamiento jurídico privado.

Por un lado, en cuanto el artículo 590, dado su carácter ordenador y preventivo, va a permitir la evitación del daño. Por otro, por cuanto el artículo 908 —actuando cuando el daño ya está producido— nos va a permitir la reparación de ese daño.

Del artículo 590 nacen acciones de cesación que van a permitir «evitar que el daño se produzca», y así fundamenta la posibilidad, para los Tribunales civiles, de imponer medidas correctoras tanto en orden a distancias como en mecanismos de resguardo y protección. Posibilitando en consecuencia el ejercicio de la acción negatoria y acciones interdictales. Para cuyo ejercicio estarán legitimados activamente los que ostenten un derecho real sobre la finca vecina perjudicada, ya sean propietarios o titulares de derechos reales de uso y disfrute.

Del artículo 1.908 nace una acción de reparación por el daño irrogado, es decir, tiene un efecto indemnizatorio y la legitimación activa corresponderá a todo perjudicado en su persona y bienes.

Por último, la aplicación conjunta de ambos artículos posibilitaría la reparación del daño sufrido y la imposición de medidas correctoras.

Es así que si hay daño indemnizable a personas o cosas el artículo aplicable es el 1.908, se haya infringido o no el artículo 590, y si *además* se ha infringido éste cabría, *además* de la indemnización del daño, la imposición de medidas correctoras.

Así lo ha entendido la jurisprudencia civil en Sentencias de 12 de diciembre de 1980, 23 de septiembre de 1988 y 16 de enero de 1989, que en supuestos de inmisiones dañosas fundamenta la indemnización y las medidas correctoras en estos dos artículos, matizando la última de ellas «que aun sin cita expresa del artículo 590.2 CC, es este artículo el que fundamenta la imposición de tales medidas.

Sin embargo, lo más frecuente es que el Tribunal Supremo llegue a esta solución con la sola aplicación del artículo 1.902, argumentando la imposición de tales medidas en base a considerar que sería ilógico imponer la indemnización de un daño y permitir que éste siga produciéndose. De esta manera la acción negatoria aparece implícitamente ejercitada junto a la acción de indemnización.

La jurisprudencia civil parece poco proclive al conocimiento de acciones (*ex art. 590*), es decir, cuando la actividad potencialmente contaminante no ha causado todavía un daño real y efectivo en las personas o cosas, retrayéndose en estos casos del consiguiente conocimiento y aplicación de la normativa administrativa y ello en base a estimar falta de competencia (Sentencia de 18 de marzo de 1992).

Es decir, que para el Tribunal Supremo la existencia del daño opera como un *prius* en orden a estimar su competencia al respecto, con lo que la acción de cesación, derivada del incumplimiento de la normativa de vecindad, no se configura de manera autónoma, sino que aparece ligada a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

Sin embargo, estimo que los Tribunales civiles sí podrían y deberían conocer de tal pretensión por cuanto, y en base al artículo 590, tienen facultad y creo el deber de aplicar la legislación a la que el mismo se remite; y aunque, como dijimos antes, no puedan declarar la invalidez formal de la licencia —aspecto reservado a la jurisdicción contencioso-administrativa y en consecuencia no puedan hacer declaración respecto a si está bien o mal otorgada—, sí pueden imponer a la empresa demandada el cumplimiento de la legalidad administrativa por imperativo del artículo 590, en cuanto el mismo ordena para tipificar la contravención del mismo atenerse a las reglamentaciones y usos en los dos puntos a que el mismo se contrae. Esta posibilidad viene reforzada, a mi juicio, por el artículo 305 de la vigente Ley del Suelo, que complementa el Código Civil en el sentido de establecer las consecuencias normativas del artículo 590 al consagrar, junto a técnicas administrativas de protección representadas por su remisión a los artículos 266 y 304, la compatibilidad de las técnicas de protección civil.

Una vía esperanzadora se observa, no obstante, en la llamada jurisprudencia menor, que parece estar adoptando en este tema una postura abierta; y así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de

León de 29 de octubre de 1992, en la que aun sin estimar probados daños concretos condena con medidas correctoras a una industria contaminante. Esto mismo ocurre en Sentencias de acciones interdictales, que si bien en número aún escaso vienen a avalar la posición de que los propietarios de fincas vecinas tienen el derecho de prohibir las instalaciones que permitan prever la producción de inmisiones peligrosas o nocivas.

M.^a DEL CARMEN SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ
 Profesora Titular de Derecho Civil.
 Universidad de Zaragoza

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO PÉREZ, M.: «Las relaciones de vecindad», *ADC*. 1983, II, núm. 10; «La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas», *AC*, núm. 22.
- AMAT: «La regulación de las inversiones en el Código Civil», en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990.
- BONFANTE, P.: *Las relaciones de vecindad*. Traducción, prólogo, concordancias y apéndice de A. GARCÍA VALDECASAS, Madrid, 1932.
- CARRASCO PERERA A.: *Ius aedificandi y accesión*, Montecorvo, 1986; «Comentario a la STS de 1 de octubre de 1984», en *CCJC*, septiembre-diciembre 1984, págs. 1999 y sigs.
- COCA PAYERAS, M.: «Comentario al artículo 590 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 1993.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Ed. IEAL, 1973.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*.
- GONZÁLEZ ALEGRE BERNARDO, M.: *Relaciones de vecindad*, Barcelona, 1967.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: *Las relaciones de vecindad en el Código Civil* *Obra completa*, tomo IV.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos del Derecho Civil*. Bosch.
- MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, 1991.
- PARRA LUCÁN, M. A.: *La protección del medio ambiente. Orientaciones de la jurisprudencia civil*, 1992.
- PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *En sus anotaciones al Tratado de Derecho Civil*, de Ennecerus, Kipp y Wolff, tomo III, vol. 1.º, 1971.

ROCA JUAN, J.: «Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho Civil y Medioambiental)», *ADC*, III.

ROGEL VIDE, C.: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Civitas, 1976.

SALVADOR CODERCH, P., y SANTDIUMERGE FARRE, J.: «La acción negatoria», en *Poder Judicial*, núm. 10.

Notas sobre la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda surgidos con posterioridad a la LAU de 1994 (*)

SUMARIO. 1. AMBITO NORMATIVO.—2 LA DURACION DEL CONTRATO.
2.1. LA PREVALENCIA, MÁS APARENTE QUE REAL, DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MOMENTO DE FIJAR LA DURACIÓN DEL CONTRATO. 2.2. LA INEXISTENCIA DE UN PLAZO DE DURACIÓN MÍNIMA LEGALMENTE PREVISTO. 2.3. LAS PRÓRROGAS ANUALES FORZOSAS.—3. LA PRORROGA DEL CONTRATO INICIAL: 3.1. ¿PRÓRROGA O TÁCITA RECONDUCCIÓN? 3.2. ¿A QUÉ CONTRATOS PUEDE SER DE APLICACIÓN ESTA PRÓRROGA DEL ARTÍCULO 10? 3.3. PLAZO DE PRÓRROGA DEL CONTRATO. 3.4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO PRORROGADO. 3.5. EL JUEGO DE LA TÁCITA RECONDUCCIÓN.—4. EL DESISTIMIENTO DEL CONTRATO.—5. LA AMPLIACIÓN SUBJETIVA DE LAS FACULTADES DE INSTAR LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO O DE EVITAR LA EXTINCIÓN DEL MISMO POR EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESISTIR: 5.1. LA EQUIPARACIÓN MATRIMONIO-PAREJA «MORE UXORIO». 5.2. CONTRATOS A LOS QUE AFECTA. 5.3. MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE DESISTIMIENTO O DE NO RENOVACIÓN. 5.4. ABANDONO DE LA VIVIENDA POR EL TITULAR

Esta exposición tiene por objeto el estudio de diferentes cuestiones que se suscitan al hilo del análisis de algunos de los preceptos que componen el capítulo II del tomo II de la LAU de 25 de noviembre de 1994 y que se encuadran bajo la rúbrica legal «de la duración del contrato» y que acoge los artículos 9-16.

(*) Estas reflexiones tienen su origen en una conferencia pronunciada en el marco del Seminario sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, organizado dentro del Plan Territorial de Formación de Jueces y Magistrados, celebrado en Palma de Mallorca los días 4 y 5 de mayo de 1995. Para su publicación se ha llevado a cabo una labor de contraste bibliográfico con los diferentes Comentarios de la nueva Ley que se han ido publicando a partir de esas fechas.

Yo me referiré concretamente a la problemática que plantean los artículos 9-12, es decir, aquellos que hacen especial referencia a la duración del contrato y a sus posibles vicisitudes: la prórroga —forzosa o no— en la duración del mismo o el desistimiento del contrato antes de llegar a su término final, haciendo una especial referencia a la problemática suscitada en orden a estos eventos respecto de la vivienda arrendada que se configure como vivienda habitual de un matrimonio o pareja.

1. AMBITO NORMATIVO

En este sentido, cabe recordar que son preceptos aplicables con carácter imperativo a los arrendamientos de vivienda, los cuales vienen definidos por el artículo 2 y a los que se dedica el Título II de la Ley. Ese carácter imperativo de las normas se puede deducir del artículo 6 cuando declara nula cualquier cláusula que modifique lo previsto por la Ley en perjuicio del arrendatario.

Aun dentro de ese ámbito objetivo —arrendamiento de vivienda—, no podemos olvidar que el artículo 4.2, párrafo 2.º, establece el carácter dispositivo de ese Título II para los supuestos de viviendas con superficie superior a 350 metros o cuya renta inicial supera 5,5 veces el SMI, es decir, para las que analógicamente podríamos encuadrar bajo la denominación «viviendas suntuarias» del artículo 6.2 de la LAU de 1964; término que ha hecho fortuna doctrinalmente (1). La justificación, seguramente, reside en que se trata de arrendamientos de viviendas cuya superficie o renta supera con mucho las necesidades básicas de vivienda, que presuponen en cierta medida una posición de mayor equilibrio entre arrendador y arrendatario, y de ahí que el legislador se muestre menos preocupado por la protección del inquilino.

Por último, los arrendamientos para uso distinto de vivienda quedan completamente sometidos al libre acuerdo entre las partes y, subsidiariamente, a las normas del Código Civil, por cuanto en el Título III no existe remisión expresa a ninguno de los preceptos que conforman la problemática que vamos a abordar. El legislador se limita a plantear una serie de normas

(1) Así se refieren a este supuesto muchos de los comentaristas a la nueva LAU: VALLADARES RASCÓN, E.: «Artículo 4.2. Régimen aplicable», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (COORD.): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona, 1995, pág. 82; CLEMENTE MEORO, M.: «Artículo 4 Régimen aplicable», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.º R. (COORD.): *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia, 1994, pág. 63; DÁVILA GONZÁLEZ, J.: «Artículo 4 (apartados 1, 2 y 4)», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (DIR.): *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid, 1994, pág. 37; ALBACAR LÓPEZ, J. L.: *Ley de Arrendamientos Urbanos Comentario a la nueva Ley y legislación vigente*. Madrid, 1994, pág. 50.

que tienen un carácter dispositivo, es decir, que vendrán en aplicación en defecto de acuerdo entre las partes y antes de que jueguen las normas que a tal efecto pueda prever el CC.

Esta aplicación directa e inmediata deriva del carácter tuitivo de la LAU respecto de los arrendamientos de vivienda. Se entiende que el principio de igualdad entre las partes contratante, idea liberal de la que parte el CC y que tiene su plasmación en la regulación de los artículos 1.254 y siguientes, se encuentra mediatizado por la necesidad del inquilino de hallar una vivienda donde habitar, necesidad que debe ser amparada al ser la manifestación del principio rector de la política social y económica reconocido constitucionalmente por el artículo 47 CE.

2. LA DURACION DEL CONTRATO

El artículo 9 es el destinado a determinar la duración del contrato. Se trata de una norma que ha sufrido una multitud de variaciones a lo largo del proceso *iter* legislativo y respecto del cual se suscitan diversas cuestiones.

2.1. LA PREVALENCIA, MÁS APARENTE QUE REAL, DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MOMENTO DE FIJAR LA DURACIÓN DEL CONTRATO

Hay que recordar que tanto el Proyecto de 1992 como el de 1994 establecían un plazo mínimo de cuatro años e, incluso, en supuestos de duración inferior o indeterminada se entendían hechos por cuatro años —salvo algunas aunque muy contadas excepciones—. Junto a esta previsión legal se reconocía en favor del arrendatario una facultad de desistir del contrato a partir del primer año de vigencia del mismo y con un preaviso de cuatro meses.

Se aceptó en el Senado una enmienda del PP en virtud de la cual:

- El plazo es libremente pactado por las partes.
- Sin embargo, se prorroga automáticamente por períodos de un año, hasta un total de cinco años, salvo que el arrendatario con un preaviso de treinta días manifieste su voluntad de no renovación.
- Cuando las partes no fijen la duración o ésta sea indeterminada, se entenderá concertado por un año, con las prórrogas legalmente previstas.

Con ello se intenta:

- Por una parte, permitir que existan contratos por plazos inferiores al mínimo legalmente establecido en atención a circunstancias concretas,

como pueden ser los alquileres concertados por estudiantes, trabajadores que son temporalmente trasladados, adquirentes de vivienda que hasta la entrega de la casa deben vivir en alquiler.

◦ Por otra, establecer un mecanismo menos rígido que protege al arrendatario igualmente durante cinco años y a la vez dejar a las partes un mayor margen de libertad para adecuar el contrato a sus necesidades (2).

A primera vista y por la redacción del artículo 9.1, se podría pensar que, efectivamente, el pacto entre las partes ha de ser el primero de los elementos a tener en cuenta para determinar la duración del contrato. Pero esa primera idea debe ser descartada de inmediato:

— Si las partes fijan un plazo de duración indeterminado, el artículo 9.2 entiende que se ha establecido una vigencia de un año, norma que no tiene carácter dispositivo —a falta de disposición contraria de las partes—, sino imperativo.

— Si las partes no estipulan el plazo de duración, el artículo 9.2 vuelve a aparecer para considerar celebrado el contrato por un plazo de un año.

— Si las partes estipulan una duración inferior a cinco años *ex lege*, se entiende prorrogados por plazos anuales hasta alcanzar la fecha que la Ley considera como mínimo exigible, puesto que, en palabras del legislador en el Preámbulo de la Ley, «permite una cierta estabilidad para las unidades familiares que les posibilita contemplar al arrendamiento como una alternativa válida a la propiedad»; y, a la vez, «no es un plazo excesivo que pudiera constituir un freno para que tanto los propietarios privados como los promotores empresariales sitúen viviendas en este mercado».

Se puede evitar la prórroga por ambas partes:

◦ El arrendador, siempre y cuando lo prevea en el mismo contrato de forma expresa, hace constar la necesidad de ocupar la vivienda para sí antes de los cinco años.

◦ El arrendatario, cuando manifieste su voluntad contraria a la prórroga anual con un preaviso de treinta días a la fecha fijada para la terminación.

En estos casos se puede plantear el contrato de arrendamiento como tendencialmente quinquenal, pero dejando al arbitrio del arrendatario la posibilidad de su reducción.

(2) Un detallado análisis del *iter* parlamentario aparece en GUILARTE: *Ob cit.*, págs 77-79, y en MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Artículo 9. Plazo mínimo», en BERCOVITZ: *Ob cit.*, págs. 182-184.

La conclusión por tanto será que las partes libremente sólo podrán fijar el plazo que deseen para el contrato cuando éste sea superior a cinco años.

2.2. LA INEXISTENCIA DE UN PLAZO DE DURACIÓN MÍNIMA LEGALMENTE PREVISTO

Como antes he subrayado, uno de los principales argumentos en favor de la aceptación de la enmienda del Grupo Popular que ha dado lugar al actual artículo 9 fue evitar que quedaran al margen de la protección de las normas tuitivas del arrendamiento de vivienda los supuestos de alquileres de duración breve, como pueden ser los de estudiantes, trabajadores sin vocación de permanencia, arrendatarios a la espera de la entrega de su propia vivienda...

Es decir, se intenta dejar fuera del ámbito del arrendamiento de temporada a tales supuestos, lo cual, evidentemente, parece que se consigue; pero por contra abre otra brecha: ¿es susceptible de quedar amparado bajo la protección de las normas de los artículos 6 y siguientes un contrato en que expresamente se pacte un término de duración, por ejemplo, de cuatro meses?

Se podrá decir que ello dependerá del destino que se dé al inmueble. Efectivamente, el artículo 3 al definir los arrendamientos para uso distinto de vivienda, en su número 2 especialmente cataloga como tal «el arrendamiento de finca urbana celebrado por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra», pudiendo entender quizá que se trata de arriendos que tienden a satisfacer un interés vacacional o de esparcimiento. Abunda en este entendimiento la idea que mueve a rechazar una de las enmiendas de CiU, la que pretendía incorporar dentro del concepto de arrendamiento de temporada a todos los «celebrados con la finalidad de ocupación temporal, ya sea por motivos vacacionales, de estudios, laborales o cualquier otro».

Pero también es cierto que no se fija duración máxima del arrendamiento de temporada, cosa que sí se pretendió respecto del Proyecto de 1992 por parte del PP que lo quería limitar a diez meses.

Ello puede conducir a situaciones chocantes y que pugnan con el sentido común: se concierta un arrendamiento por cuatro meses a la espera de la entrega de la vivienda adquirida por el arrendatario. A la finalización del período pactado, y una vez ya entregada la propia, parece que el arrendatario tendrá derecho a mantenerse en el arriendo mediante la prórroga forzosa hasta cinco años, por ejemplo, en el supuesto de que le resulte más interesante mantenerse en el alquiler y, a su vez, arrendar la adquirida en propiedad, toda vez que no podrá ser lanzado en virtud de la resolución del contrato, ya que el artículo 27 no incorpora una causa paralela al artículo 62.5 LAU 1964, que permitía denegar la prórroga por tener el inquilino a su disposición una vivienda.

Se apunta como posible vía de solución la de aplicar el plazo de un año, hacia el cual tiende el legislador en el apartado 2 de este artículo 9 cuando nos hallamos ante contratos de duración indeterminada. Y así, decir que no es posible entender sometido al especial régimen tuitivo del arrendamiento de vivienda todos aquellos contratos establecidos por tiempo inferior al año (3).

2.3. LAS PRÓRROGAS ANUALES FORZOSAS

A) *Perspectiva del arrendador*

El arrendador que suscribe un contrato por un plazo inferior a cinco años sabe que se encuentra abocado, tendencialmente, a tener comprometida la vivienda durante ese período.

No sólo verá comprometida la ocupación de la vivienda por ese período, sino que además en las mismas condiciones que pactó al realizar el contrato. En este sentido, hay que entender que esta prórroga obligatoria no supone la extinción del contrato originario y nacimiento de otro ulterior, sino la continuación del ya existente, puesto que simplemente supondrá una ampliación de su plazo de vigencia (4). Precisamente por ello se mantiene inalterado todo el régimen de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de las partes, siendo manifestación de ello el artículo 36 cuando establece que la fianza establecida al iniciarse el contrato no está sujeta a actualización en los cinco primeros años de duración del contrato (5), ya sea por ser éste el plazo pactado o siendo inferior hasta que se complete por sucesivas prórrogas; siendo así que la referencia a la posibilidad de actualización en los supuestos de prórroga del contrato debe entenderse hecha al supuesto del artículo 10 —hasta tres años, tras haber transcurrido los cinco— o en cualquier caso en que las partes lo hayan acordado si es arrendamiento para uso distinto de vivienda.

El único medio que tiene el arrendador para impedir la actuación de la prórroga es incluir de forma expresa en el momento del contrato una cláusula mediante la cual se contemple la necesidad por parte exclusivamente del mismo arrendador de ocupar la vivienda.

Si se compara esta hipótesis con el elenco de causas de denegación de la prórroga que incluía el artículo 62 del texto de 1964 hay que poner de relieve una serie de detalles:

(3) Cfr. GUILARTE: *Ob. cit.*, págs 85-86

(4) Cfr. PRATS ALBENTOSA, L.: «Artículo 9. Plazo mínimo», en VALPUESTA: *Ob. cit.*, págs. 101-102; MARÍN: *Ob. cit.*, págs 191-192.

(5) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 102

1. El distinto supuesto sobre el que operan las causas del artículo 62 y del artículo 9.3.

Mientras en 1964 se parte de un contrato de duración *ad infinitum*, en 1994 nos enfrentamos a un contrato con una vocación temporal incuestionable, que *ex lege* sólo se entiende necesario que alcance los cinco años.

2. La reducción a la unidad de las posibles causas de denegación.

Ello seguramente se explica por el diferente alcance de la prórroga en un texto y en el otro. Así como en 1964 la prórroga tiene carácter indefinido, en 1994 sólo llega a cinco años, con lo cual sólo una circunstancia tremendamente acuciante como es la necesidad de ocupar la vivienda el propio arrendador permite que no juegue.

3. Así como la necesidad de ocupación se podía predicar en 1964 no sólo del arrendador, sino también de sus descendientes o ascendientes, en 1994 se restringe al propio arrendador.

En este sentido la redacción definitiva ha sido tormentosa por cuanto sólo la aprobación definitiva por el Congreso ha permitido la redacción final, ya que el Senado había aceptado una enmienda que suponía incorporar a los descendientes entre los sujetos necesitados de la vivienda. Se ha dicho que esa limitación obedece al carácter temporal de la prórroga como máximo hasta los cinco años, con lo cual la consecuencia no es excesivamente gravosa para los familiares del arrendador (6). Ello, como casi siempre, dependerá de las circunstancias de la familia.

4. Así como en 1964 la necesidad de ocupación de la vivienda era sobrevenida a la existencia del contrato, en 1994 se establece la necesidad de su previsión en el momento de la perfección del mismo.

Nuevamente, el distinto supuesto sobre el que opera puede explicar esa diferencia. En aquellos casos, como se podía prolongar en el tiempo de manera insospechada, se puede comprender que surja con posterioridad la necesidad de la ocupación. En 1994, como estamos ante un contrato que en principio tiene una duración de cinco años, se puede prever con cierta perspectiva si en ese plazo se necesitará el mismo.

No obstante, se ha visto un peligro en esa necesidad de plasmación de esa causa de denegación de la prórroga en el mismo contrato. Así, se ha puesto de manifiesto que puede inducir a que se acabe convirtiendo en una cláusula de estilo de los contratos para el supuesto en que sea necesario su juego (7). Para el supuesto en que no opere la necesidad, pues simplemente se prorrogará el contrato sin más; por contra, si a lo largo de los años surge la necesidad se tendrá de antemano el medio para impedir la prórroga. Un ejemplo ilustrativo podría ser el siguiente: como la necesidad sobrevenida

(6) Cfr. GUILARTE *Ob. cit.*, pág. 96.

(7) Cfr. PRATS *Ob. cit.*, pág. 103; MARIN: *Ob. cit.*, pág. 202.

no puede ser causa de denegación (supuesto de declaración de ruina del inmueble en que habita el arrendador), lo más aconsejable será que en el contrato se incluya una cláusula por la cual el arrendador manifieste tener la necesidad de ocupar la vivienda al final del plazo pactado y que antes de la llegada de la fecha final del contrato comunique no precisarla para que así juegue la prórroga legal, sin consecuencias perjudiciales para él (8).

5. La prueba de la necesidad.

El Texto Refundido de 1964 exigía la prueba de esa necesidad, facilitándola en cierta medida a través del juego de las presunciones del artículo 63.2. El actual artículo 9.3, párrafo 2.º, no exige en modo alguno la acreditación de esa necesidad. Seguramente ello deriva de entender que la mera expresión en el contrato de la necesidad futura opera como justificación suficiente, sin que parezca exigible un acto ulterior de comunicación por el arrendador.

Probablemente este puede ser uno de los grandes motivos de disputa entre arrendadores y arrendatarios: si éste se niega a abandonar la vivienda y solicita su derecho a permanecer merced a la prórroga legal al entender que no hay causa de necesidad, nos veremos abocados a un juicio declarativo con la correspondiente demora. Además, será difícil poder aplicar los criterios jurisprudenciales construidos a partir del artículo 63 de 1964, precisamente porque ahora se ha abandonado el juego de las presunciones sobre la necesidad que allá se incorporaban.

6. La exigencia de ocupación en plazo determinado.

Tanto el artículo 68.1 como el actual 9.3, párrafo 2.º, fijan un plazo de tres meses para el que ha recuperado la vivienda pase a ocuparla.

A este aspecto, y dado que el artículo 7 entiende que no se pierde el carácter de arrendamiento de vivienda por el hecho de que el arrendatario no tenga su vivienda permanente, siempre que habiten en ella su cónyuge o sus hijos dependientes, quizá podría entenderse que la ocupación por el cónyuge e hijos dependientes del arrendador son suficientes para entender cumplido ese requisito de ocupación. De todas formas, dado el azaroso proceso de redacción del precepto que de forma tan radical ha impedido la inclusión de la necesidad de los descendientes del arrendador, seguramente cobra sentido una interpretación absolutamente literal de la norma, lo cual conduce a impedir la aplicación de ese artículo 7 a ese caso. Dicho precepto efectivamente nos sirve para delimitar el concepto de arrendamiento de vivienda, pero no puede aplicarse analógicamente para explicar el contenido subjetivo de la necesidad de este artículo 9.

Otra importante diferencia entre la norma de 1964 y la de 1994 se encuentra en la exigencia o no de un período mínimo de ocupación por el

(8) Cfr. PRATS' *Ob. cit.*, pág. 103

arrendador o su familiar —en aquella—. Efectivamente, en 1964 se exigía que una vez ocupada se mantuviera en ella durante tres años, puesto que su arrendamiento o cesión del goce en ese período permitía al inquilino instar su recuperación. Por contra, en 1994 no hay referencia alguna a este aspecto, con lo cual puede ocurrir que el arrendador ocupe la vivienda y al cabo de un mes la vuelva a arrendar (9), sin que en este supuesto tenga el antiguo arrendatario arma legal específica alguna para atacar la actuación del arrendador (10).

7. La sanción ante la utilización fraudulenta de esta causa que impide el juego de la prórroga legal.

El artículo 68 establecía la recuperación de la vivienda por el inquilino, la subsistencia del contrato primitivo, la posibilidad de solicitar una indemnización de daños y perjuicios y la imposibilidad de volver a solicitar la devolución de la vivienda en un plazo de tres años.

El artículo 9.3.2.º establece una obligación alternativa en cabeza del arrendador con *ius eligendi* en favor del arrendatario:

a) Reposición al arrendatario en el uso y disfrute por un período de hasta cinco años más —con posibilidad de que el arrendatario decida no continuar en cada período anual—. Esa posibilidad nuevamente pone de relieve que en la mente del legislador sigue estando presente la idea de que el contrato debe durar cinco años, a voluntad del arrendatario. Si ello no se produce por el fraude realizado por el arrendador, a pesar del mismo se mantendrá el contrato por esa duración.

— Indemnización de «los gastos de desalojo». Se pueden suscitar dudas sobre el contenido de esta indemnización:

• Solamente los gastos de mudanza, pero no incluye el abono de las rentas pagadas en la otra vivienda que ha debido ocupar o la diferencia entre las rentas iniciales y que ha debido desembolsar en la otra vivienda; por cuanto se entiende que se trata de una indemnización de carácter complementario al beneficio que obtiene el inquilino de poder volver a la vivienda arrendada en las mismas condiciones iniciales (11).

(9) MARÍN *Ob cit*, págs 209-210, se muestra partidario de evaluar en cada caso concreto si sobre la vivienda recuperada satisfizo o no durante un tiempo razonable una real necesidad de vivienda permanente para sí. GUILARTE *Ob cit.*, pág. 102, se muestra partidario de emplear el plazo anual que el legislador utiliza como medida integradora de los contratos como umbral temporal mínimo que debe respetar el arrendador.

(10) Siempre se podrá recurrir a cauces genéricos para atacar esa conducta, tales como la acción de enriquecimiento, el fraude de ley o, incluso algo más forzado, el abuso del derecho.

(11) Cfr. GUILARTE. *Ob cit*, pág. 100

• Todos los desembolsos que le ha supuesto el tener que abandonar la vivienda, incluyendo —entiendo— también las rentas desembolsadas durante el período de no ocupación para satisfacer su necesidad de vivienda, en el bien entendido de que sólo surgen precisamente por la actuación fraudulenta del arrendatario. Por tanto, se trata de unos gastos que tienen una relación directa e inmediata con esa acción. Y no se puede emplear ese argumento de que no es más que un complemento a la vuelta al contrato inicial, porque ese contrato no cubrirá ese período de desocupación, sino desde la vuelta a la vivienda en adelante. Además, la propia dicción literal del precepto abona la tesis que se defiende: «los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación» (12).

b) Indemnización cuyo contenido sea una cantidad igual al importe de la renta por los años que faltan para completar los cinco años preceptivos.

B) *Perspectiva del arrendatario*

Como ya hemos subrayado la duración mínima de cinco años es siempre en beneficio del arrendatario, por lo cual el artículo 9.1 establece la posibilidad de que llegado el término de vencimiento fijado de común acuerdo por ambas partes, el contrato no se prorogue automáticamente, sino que se extinga, a voluntad del arrendatario.

Ahora bien, esa facultad de renuncia a la prórroga no puede ser ejercitada en cualquier momento, sino que debe actuarse en momento temporalmente determinado: un mínimo de treinta días de antelación a la fecha de terminación del contrato o de la prórroga, referidos por tanto a la fecha de celebración del contrato o de comienzo de la prórroga.

Si no hace la declaración con ese preaviso pierde la posibilidad de desvincularse libremente del contrato, quedando obligado a permanecer sujeto a él por un año más, momento en el que volverá a surgir la posibilidad de renunciar. Es así, porque no debemos olvidar que el artículo 11 sólo otorga al arrendatario la facultad de desistir cuando se trate de contratos de duración superior a cinco años, situación en la que por definición no se encuentra el caso que analizamos. Si esto es así, la facultad establecida para favorecer al arrendatario se puede volver en su contra. Algunas voces han sugerido una interpretación correctora de la norma, entendiendo que sería suficiente el desalojo de la vivienda arrendada cumplido el término del contrato para que cese la operatividad de la prórroga forzosa por ser una

(12) En el mismo sentido, FUENTES LOJO J. V.: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 (BOE del 25)*, Barcelona, 1995, pág. 52; MARÍN: *Ob cit.*, pág. 208.

tácita demostración de la renuncia a la misma por parte del inquilino (13). Otros, por contra, entienden que a pesar de que puedan resultar unas consecuencias inequitativas para el arrendatario, la LAU no ofrece ninguna regla que permita atenuar el automatismo de la regla (14).

También puede plantearse otra cuestión de interés respecto a esa renuncia. ¿Hay que considerar válida la renuncia si ésta es coetánea a la perfección del contrato aunque se postdate la firma de la misma? Seguramente estamos ante un fraude a la Ley, pues estamos utilizando el tenor de la Ley para burlar su carácter tuitivo protector del arrendatario. La única solución será aplicar el artículo 6.4 CC y tener por no hecha esa renuncia (15). Otra opción, apuntada ya doctrinalmente, es entender que se trata de una auténtica renuncia a la prórroga anual, que es nula (*ex art. 6 LAU*) (16).

3. LA PRORROGA DEL CONTRATO INICIAL

3.1. ¿PRÓRROGA O TÁCITA RECONDUCCIÓN?

La principal cuestión que cabe debatir respecto a la previsión legal de este precepto tiene por objeto analizar ante qué figura jurídica nos encontramos, si se trata de una tácita reconducción o de una prórroga del contrato.

La solución al problema no es intrascendente, puesto que el régimen jurídico de una u otra opción varía sustancialmente. Recuérdese que la tácita reconducción nos enfrenta a un nuevo arrendamiento sobre la misma cosa por consentimiento presunto de ambas partes que se estima existente por el hecho de la aquiescencia de ambas en la continuación en el disfrute al terminar el arriendo; por contra, la prórroga supone la subsistencia del mismo contrato con iguales condiciones y por el plazo previsto por la Ley salvo que se pacte una duración distinta (17).

Pues bien, la propia rúbrica del precepto nos pone sobre la pista de que estamos ante una hipótesis de prórroga e incluso más aún si tenemos en

(13) Cfr. GUILARTE: *Ob cit.*, pág. 88

(14) Cfr. MARÍN: *Ob cit.*, págs. 198-199: «Cualquier otra alternativa (por ejemplo, entender que el preaviso realizado con un pequeño retraso evita la prórroga, aunque coloca al arrendatario en la obligación de indemnizar los daños causados al arrendador como consecuencia de su conducta) carece del necesario respaldo en la LAU».

(15) Con carácter general, es evidente que la renuncia a la prórroga conforme a Derecho efectuada y que ya ha llegado al arrendador no puede ser revocable porque sería contraria a la doctrina de los propios actos. Así se manifiestan GUILARTE: *Ob cit.*, pág. 89, y FUENTES LOJO, J. V. *Ob cit.*, pág. 54

(16) Cfr. MARÍN: *Ob cit.*, pág. 197

(17) Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario al artículo 1.566», en *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, pág. 1125

cuenta que el texto proyectado en 1992 hacía referencia a la tácita reconducción. Además, como argumento todavía más aplastante milita el 2.º párrafo de este precepto, que al determinar el régimen jurídico del contrato prorrogado nos dice que será el mismo legal y convencional al que estuviera sometido anteriormente (18).

Además, la tácita reconducción que aparece prevista por el artículo 1.566 CC está previendo una situación de hecho diferente a la que se dibuja en este artículo 10: allá nos enfrentamos al supuesto en que, una vez concluido el contrato, se mantiene el arrendatario durante quince días en el disfrute de la cosa; por contra, aquí estamos ante una hipótesis diversa: que en un plazo de un mes antes de la finalización del contrato ninguna de las partes haya manifestado su voluntad de no continuar en la relación contractual. Es decir, estamos ante una prórroga que se plantea antes de que haya terminado el contrato; mientras que la tácita reconducción establece el régimen de contrato una vez éste ha concluido y se mantiene la situación de hecho que configura el contrato.

Solucionado este primer problema, hay que intentar explicar el porqué de esta segunda prórroga si tenemos en cuenta que el artículo 9, como hemos analizado, establece una prórroga legal —forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario— hasta cinco años. Pues bien, ya desde el texto proyectado el legislador parece haber pensado en un contrato ideal de duración de ocho años: cuatro de todo punto obligatorios y otros cuatro, salvo voluntad en contra. En la actualidad se amplía a cinco años el término mínimo, salvo voluntad contraria del arrendatario, y se le abre la posibilidad, aunque a merced de la voluntad del arrendador, de permanecer por tres períodos anuales, salvo que al final de cada uno de ellos quiera salirse de la relación contractual. Es decir, nos encontramos ante una segunda posible prórroga (19).

3.2. ¿A QUÉ CONTRATOS PUEDE SER DE APLICACIÓN ESTA PRÓRROGA DEL ARTÍCULO 10?

A) Contratos de duración inferior a cinco años que por el juego del artículo 9 han llegado a ese plazo. Tiene sentido pleno respecto de ellos por

(18) Se muestran partidarios de este entendimiento: GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 106, PRATS: *Ob. cit.*, págs. 109-110; MARÍN: *Ob. cit.*, págs. 220-222, ALBACAR: *Ob. cit.*, pág. 69; FUENTES: *Ob. cit.*, págs. 55-56. Son partidarios, por contra de configurarlo como supuesto de tácita reconducción. LEÓN-CASTRO, J., y COSSÍO, M.: *Arrendamientos urbanos La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Granada, 1995, pág. 69.

(19) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 108

la idea de que el contrato tendencialmente está llamado a durar ocho años, aunque el margen de protección para el arrendatario es distinto: hasta cinco años depende exclusivamente de su voluntad el mantenimiento del contrato; a partir de ese momento habrá que contar con la aquiescencia del arrendador derivada de su silencio (20).

B) Contratos de duración de cinco años. Se entiende que a ellos está dirigido este precepto de forma directa e inmediata por ese argumento ya esgrimido del esquema perfecto del contrato de duración de ocho años.

C) Contratos de duración inicial pactada superior a cinco años. Respecto de los mismos aparecen dos posiciones doctrinales enfrentadas:

a) Quienes aunque la literalidad del precepto no puede ser más concluyente: «una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquel», han cuestionado la aplicabilidad de la prórroga a tales contratos. El argumento empleado tiene como fundamento el ámbito de la protección que dispensa la LAU. Si tendencialmente el legislador pretende, salvo voluntad en contrario, que dure ocho años, cuando estemos ante un contrato cuya duración inicial es superior a cinco, resultaría que la prórroga por tres más llevaría a que la duración protegida no sería ya de ocho años, sino de más, sin que se vea motivo alguno para ese peculiar régimen protector (21).

b) Los que sostienen que la prórroga es susceptible de ser aplicada a contratos de duración inicial pactada superior a cinco años. La justificación la encuentran en el carácter supletorio del Código Civil en orden a la reglamentación de los contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, que lleva a considerar que sólo se puede apelar al Código Civil cuando en la legislación especial no existe una previsión suficiente; situación ésta que no se produce en el caso objeto de análisis puesto que la propia dicción literal de este artículo 10 previene la expiración del contrato más allá de los cinco años de duración (22).

3.3. PLAZO DE PRÓRROGA DEL CONTRATO

A este respecto hay que analizar la problemática tanto desde la perspectiva del arrendador como del arrendatario:

(20) Cfr. GUILARTE. *Ob cit.* pág. 110.

(21) Cfr. GUILARTE: *Ob cit.*, págs. 110-111

(22) Cfr. MARÍN. *Ob cit.*, págs. 223-224, donde además rebate la tesis anterior «semejante tesis pasa por encima de la letra del precepto y, lo que es más decisivo, olvida que la sobreprotección al inquilino no viene dada en estos casos por la aplicación de la LAU, sino por la concorde voluntad del arrendador y del arrendatario de atribuir a su contrato una duración inicial pactada de más de cinco años; en suma, por un hecho propio del arrendador.»

— Para el arrendador, su silencio cuando han transcurrido los cinco años le supone tener que soportar la prórroga del contrato por otros tres años, quedando maniatado para poder intentar apartarse del contrato constante ese plazo.

— Para el arrendatario, su silencio sumado al del arrendador tras los cinco años determina la prórroga del contrato, pero para él por un máximo de tres años, ya que anualmente —sólo en el momento en que venza la correspondiente anualidad— podrá manifestar su voluntad contraria a la prórroga por otro año.

Es decir, no quedan amparados en la misma medida ambas partes contratantes, volviendo a aparecer la idea tantas veces aludida del carácter protector de las normas de los arrendamientos de vivienda en beneficio del arrendatario.

3.4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO PRORROGADO

Esta cuestión a primera vista parece solucionada por el párrafo 2.º del artículo, cuando nos dice que le sigue siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviere sometido.

A este respecto, no obstante, se deben apuntar una serie de reflexiones:

1. Si estamos ante un contrato prorrogado por definición, se deberá seguir rigiendo por las mismas normas que lo conforman al perfeccionarse. Es decir, los pactos que las partes establecieron mantienen su vigencia, incluso a pesar de que el legislador no lo hubiera dicho.

2. No obstante, si se repasa el articulado de la Ley nos damos cuenta que si bien el régimen convencional —que no hay que olvidar que es ley entre las partes— sí subsiste, por contra existen normas legales que pueden hacer que el contrato tome derroteros diversos. Analícense si no preceptos tales como los artículos 13 (tras los cinco años el contrato queda excluido del régimen de protección del derecho del arrendatario en los casos de resolución del derecho del arrendador), 18 (a partir de los cinco años la actualización de la renta queda a merced de lo estipulado por las partes), 19 (tras cinco años puede el arrendador elevar las rentas por haber realizado obras de mejora) y 20.2 (permite al arrendador, una vez transcurridos cinco años, incrementar más de una vez al año los gastos a satisfacer por el inquilino por el mantenimiento del inmueble, incremento que puede ser más del doble del permitido respecto de la renta en atención al artículo 18.1) (23).

(23) Cfr. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 110.

Ese detalle nos podría llevar a pensar que estamos ante una especie de *tertium genus*: no es un supuesto de tácita resolución, pues no estamos ante un nuevo contrato; y si bien parece que nos hallamos ante el mismo contrato inicial, con todas las previsiones pactadas, resulta que existen toda una serie de normas que siendo aplicables al contrato en el primer período de duración, más tarde fenecen y son alteradas por propio deseo del legislador.

3.5. *El juego de la tácita reconducción*

Si hemos concluido que no estamos ante un supuesto de tácita reconducción, habrá que plantearse si, a pesar de ello, cabe la posibilidad de que un contrato de arrendamiento sometido a la LAU sea susceptible de ser tácitamente reconducido.

Efectivamente, ninguna norma manifiesta una frontal oposición a tal posibilidad, por lo cual podremos entender que con independencia de las posibilidades de prórroga previstas en los artículos 9 y 10, cualquier contrato de arrendamiento quedará sujeto a tácita reconducción si se dan los requisitos que el Código Civil y la jurisprudencia interpretadora de los artículos 1.566 y 1.567 establecen.

En tal situación, nos enfrentaremos a un nuevo contrato que se regirá por las previsiones contractuales anteriores, excepto por lo que se refiere a la duración del mismo. Lo más relevante (*ex art. 1.567*) es que se extinguirán cualesquiera obligaciones accesorias que circunden el contrato, entre las que destacarán las posibles garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes del arrendatario.

Hay que decir que esta hipótesis de tácita reconducción sólo cobrará sentido en algunas hipótesis:

— En aquellos contratos cuya duración sea superior a cinco años, para quienes sostienen que no cabe el juego de la prórroga en este caso (24).

— Una vez ha transcurrido el plazo de cinco años de duración del contrato y resulta improcedente la prórroga por mediar pacto entre las partes.

— Para aquellos de duración igual o inferior a dicho término una vez agotado el plazo de tres años de prórroga que plantea el precepto, porque no se puede pretender una nueva prórroga por la propia literalidad del precepto: «hasta un máximo de tres años» (25).

(24) Cfr. GUILARTE: *Ob cit*, págs 123-125.

(25) En este sentido parece existir unanimidad doctrinal: MARÍN, pág. 229, GUILARTE, pág 117; FUENTES, pág 57.

— En otras hipótesis, la protección que los artículos 9 y 10 ofrecen al arrendatario hacen que resulte carente de interés la figura de la tácita reconducción. Quizá, cabe la hipótesis de que, en aras a dejar carentes de contenido las garantías accesorias al contrato inicial el arrendatario manifieste su renuncia a la prórroga, y que por el hecho de permanecer quince días más en el disfrute de la vivienda se pueda entender tácitamente reconducido el contrato. Parece carente de lógica por parte del arrendador permitir esa situación puesto que verá perjudicados sus intereses, y en situación normal o bien instará el desahucio por llegada del término final del contrato o bien, advirtiendo la argucia del arrendatario, interrumpirá el plazo e instará la celebración de un nuevo contrato por la duración que pacten y con las garantías que le resulten más adecuadas (26).

4. EL DESISTIMIENTO DEL CONTRATO

La hipótesis que ahora vamos a analizar tiene un marco de actuación perfectamente establecido: los contratos de arrendamiento que tengan una duración inicial superior a cinco años. Tiene sentido esta limitación del ámbito en que se reconoce la posibilidad de ejercitar esa facultad por cuanto en los de duración igual o inferior a dicho plazo se reconoce la facultad al arrendatario de manifestar su voluntad de no continuar al término de cada uno de los plazos anuales. Ahora bien, así como en aquéllos esa manifestación de voluntad contraria a la prórroga tiene un plazo preclusivo específico de ejercicio, la facultad de este artículo 11, por contra, podrá ejercitarla en todo momento.

En tales supuestos el legislador, en aras siempre a la protección de la parte que entiende más débil de la relación arrendaticia, otorga al inquilino la facultad de desistir del contrato en vigor, sin necesidad de alegar justa causa alguna. Es decir, está dejando al arbitrio de una de las partes el mantenimiento del contrato, rompiendo con el principio que con carácter general establece el artículo 1.256 en sede de teoría general de los contratos.

Esa facultad de desistir que se encuentra acogida con desigual denominación en distintos contratos en particular, parte de la idea de que cuando nos encontramos ante una relación de carácter duradero pueden surgir cuestiones que lleven a que una de las partes entienda más favorable para sus intereses apartarse de esa vinculación. Claro está que ello puede suponer un detrimento para la otra parte del contrato.

(26) Evidentemente, si el arrendador resulta poco diligente, nada hay que objetar a que en esta hipótesis se deba entender que nos hallamos ante una tácita reconducción. En el mismo sentido MARÍN, pág. 229.

Para satisfacer los perjuicios que le puede causar a éste esa finalización anterior a lo previsto en el contrato, el legislador alude en ocasiones a la exigencia de aportar una justa causa, la necesidad de comunicar con un preaviso suficiente la intención de apartarse o, incluso, la obligación de compensar en alguna medida los detrimentos económicos que esta situación haya podido generar.

En sede de arrendamientos con el TR de la LAU existía una norma parecida en el artículo 56 aunque con unos requisitos de carácter objetivo distintos a los que plantea el actual artículo 11. Allá se reconocía esa facultad de desistir, con la exigencia de comunicación por escrito en un plazo no inferior a treinta días y con la necesidad de indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a la renta que quedaba por percibir.

Veamos cuál es la situación que se prevé en la actualidad:

— Legitimado para ejercitarla sólo está el arrendatario, sin que ninguna norma prevea facultad paralela en cabeza del arrendador; siendo así que tampoco nos enfrentamos a un contrato de duración indefinida, figura respecto de la que con carácter general se predica ese desistimiento: el contrato de arrendamiento por definición tiene un plazo prefijado y, caso de no tenerlo, se entiende concluido por un año.

— Una vez han transcurrido por lo menos los cinco primeros años del contrato, en cualquier momento y siempre que exista un preaviso de dos meses, podrá el arrendatario manifestar su voluntad de separarse del contrato.

Con ello, como antes he adelantado, se manifiesta una peculiaridad de esta situación frente a la posibilidad de no prorrogar los contratos de duración inferior. Es decir, resulta que el arrendatario con contrato de duración superior a cinco años es de mejor condición que el que ha celebrado un contrato de duración inferior, puesto que éste tiene sólo un momento temporalmente adecuado para manifestar su voluntad de no prorrogar, con el agravante de que puede hallarse a lo largo del año en una situación en la que cobra especial sentido la facultad de desistir (por ejemplo, traslado forzoso de la empresa que le destina a otra localidad) y donde se verá abocado a mantener el contrato por cuanto el legislador le veda la posibilidad de ejercitar legítimamente la facultad de desistir.

Ese preaviso, al igual que sucede con las comunicaciones de los artículos 9 y 10, no presenta una exigencia formal de ninguna clase, con lo cual será suficiente con que llegue al ámbito del conocimiento del arrendador, aunque sin duda a efectos probatorios siempre será conveniente la utilización de mecanismos que aseguren la recepción por éste.

Hay que señalar que el plazo de preaviso se ha visto acortado, pues en el texto proyectado se prevenía uno de cuatro meses. Seguramente habrá que

considerar plausible esa reducción por cuanto de lo contrario se podía vaciar de contenido esa facultad, ya que en la mayoría de ocasiones es difícil para el arrendatario poder prever con tanta antelación la circunstancia que le lleva a desistir.

El segundo párrafo del precepto establece cuáles pueden ser los efectos del ejercicio de esa facultad de desistimiento.

El efecto previsto es la satisfacción por parte del arrendatario de una indemnización con la que atemperar los perjuicios que puede causar su decisión en las expectativas que se había podido crear el arrendador.

Ante todo hay que considerar que el precepto no establece la obligatoriedad de esta indemnización («podrán pactar»), sino que lo deja a la libre determinación de las partes. Ahora bien, caso de que se pacte dicha indemnización, doctrinalmente se considera que la previsión legal tiene un contenido imperativo en tanto está fijando el máximo que pueden las partes establecer. Se toma como fundamento para tal consideración el carácter tuitivo de las normas de este capítulo que tienden acusadamente a proteger a la parte más débil del contrato que es el arrendatario. Dicho de otro modo:

— Las partes se pueden abstener de pactar la indemnización, con lo cual el arrendatario podrá desistir del contrato sin coste alguno.

— Pueden pactar el pago de una indemnización inferior o igual a una mensualidad de renta por año que reste por cumplir.

— Lo que no se puede admitir es la inclusión de aquella cláusula que cifre el *quantum* indemnizatorio más allá de la previsión del artículo 11.2, cláusula que deberá tenerse por no puesta (27).

Ese debe ser el entendimiento en atención al artículo 6 que considera nulas las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario los contenidos del Título II, cuyo capítulo II estamos nosotros estudiando.

Por otra parte, el párrafo 2.º *in fine* está poniendo de relieve que así como hemos visto que la manifestación de la voluntad de no querer prorrogar debe hacerse exclusivamente en un momento determinado del año, justo antes de la llegada del término del contrato, la facultad de desistir del contrato de más de cinco años —en cambio— puede ser ejercida en cual-

(27) En el mismo sentido GUILARTE: *Ob. cit.*, pág. 132; ALBACAR: *Ob. cit.*, pág. 70; FUENTES: *Ob. cit.*, pág. 59; LEÓN-CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 71; CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», en BERCOVITZ: *Ob. cit.*, pág. 249. PRATS: *Ob. cit.*, pág. 114, se muestra favorable al entendimiento de que se trata de una norma dispositiva y que por tanto cabe el acuerdo sobre una indemnización de entidad superior a la prevista por la norma.

quier momento temporal y por ello se establece cuál será el *quantum* indemnizatorio a satisfacer por los períodos inferiores al año (28).

5. LA AMPLIACION SUBJETIVA DE LAS FACULTADES DE INSTAR LA RENOVACION DEL CONTRATO O DE EVITAR LA EXTINCION DEL MISMO POR EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESISTIR

Sabemos que el contrato es ley entre las partes y que, como tal, obliga a las partes y a sus herederos a su cumplimiento.

Por ello, sin duda, el contrato de arrendamiento afecta, como no podía ser de otro modo, a arrendador y arrendatario.

Pero ese principio general inamovible y absoluto comienza a presentar sus grietas en España a partir de la previsión por el artículo 1.320, entre las normas generales del régimen económico matrimonial, de la exigencia del consentimiento de los cónyuges para la disposición de los derechos que se ostentan por alguno de ellos sobre la vivienda que se ha configurado como hogar o vivienda familiar.

La atribución a una determinada vivienda del carácter de hogar de la familia, centro neurálgico en que se desarrolla la convivencia de los integrantes de la misma, matiza en cierta medida el contenido de la facultad dispositiva del cónyuge titular del derecho que se ostenta sobre la misma. Situación ésta que el artículo 1.320 predica no sólo del derecho real de propiedad, sino de cualquiera otro limitado o incluso un derecho personal u obligacional que da lugar al disfrute de la vivienda. En este último apartado, evidentemente, habrá que incluir el supuesto de arrendamiento (29).

Pues bien, el artículo 12 LAU, en atención a estas ideas, plantea las posibles consecuencias del ejercicio de la facultad de no renovar o desistir el contrato por el cónyuge titular en la esfera jurídica del otro cónyuge.

5.1. LA EQUIPARACIÓN MATRIMONIO-PAREJA «MORE UXORIO»

El primer detalle a tener en cuenta y que se explica en el número 4 del artículo es que todo el régimen jurídico que previene es predicable de distintas situaciones personales:

— Al matrimonio, con independencia de que existan hijos y sin necesidad de acreditar la duración de la convivencia.

(28) Es de parecer semejante PRATS: *Ob. cit.*, pág. 114; CARRASCO: *Ob. cit.*, pág. 245.

(29) También, como es evidente, podrán tener cabida otras figuras como el precatario o la cesión familiar gratuita o el «comodato» del inmueble.

- A las parejas de hecho heterosexuales que convivan y tengan hijos.
- A las parejas de hecho homosexuales y a las heterosexuales, sin hijos, siempre y cuando acrediten una convivencia de dos años.

Es evidente que la previsión legal de situaciones análogas a la relación matrimonial e incluso la contemplación de la pareja homosexual atemperará la polémica que ha llegado y tenido que ser resuelta por el TC sobre la equiparación o no de derechos entre los sujetos de estas relaciones en comparación a la pareja matrimonial.

Uno de los problemas que se pueden plantear es el de la prueba de la convivencia. No debe olvidarse que el artículo 12 exige, salvo que exista descendencia, en cuyo caso la vivienda no tiende a satisfacer tanto las expectativas del convivente como las necesidades de los hijos, la acreditación de la convivencia durante dos años. Se me ocurre que quizá los Registros municipales que ahora se están popularizando podrían cumplir dicha misión ya que en ellos se realiza una manifestación por parte de los conviventes de constituir una pareja *more uxorio*; por contra, a la hipótesis de un simple certificado de empadronamiento en el mismo domicilio, que, evidentemente, no puede demostrar cuál sea la relación de afectividad que existe entre esas personas (30). De todas formas, tampoco se me escapa que la consideración de ese certificado podría plantear problemas de índole constitucional: ¿No atenta contra la protección al derecho de intimidad la exigencia de manifestar las inclinaciones sexuales del individuo? ¿Han de ser tratados de forma desigual aquellos que sostengan esa relación de afectividad pero que, simplemente, no deseen hacerla pública?

Por otra parte, la exigencia de esa convivencia inmediatamente antes del desistimiento o renuncia a la prórroga impedirá que puedan solicitar la aplicación de este régimen jurídico otras personas con las que anteriormente se hubiera hallado en situación análoga, caso de existir, ya que el precepto limita específicamente el supuesto de hecho. Con ello, quizá se quiere poner freno a aquel peligro que ya había subrayado el TC de la situación de inseguridad que supone la relación *more uxorio* frente a la matrimonial, pues en este caso se deben dar unas coordenadas y unos requisitos que hacen imposible solapar dos situaciones matrimoniales, mientras que la relación *more uxorio* puede irse variando sin necesidad de ninguna comunicación o actuación jurídica, lo que puede hacer difícil la prueba del final de una y el comienzo de la otra (31).

(30) LEÓN-CASTRO y COSSÍO. *Ob. cit.* pág. 73. abogan por una modificación de la vigente LRC que permita la toma de razón de esas situaciones e, incluso, la creación de un Libro de Familia al respecto.

(31) Sobre esta materia no es cuestión en esta sede de hacer grandes disquisiciones. Lo mejor, sin duda, es remitir al pormenorizado análisis de estas cuestiones y la crítica al tenor del precepto que realiza CARRASCO *Ob. cit.* págs. 275-278.

Sin ánimo de querer profundizar, sólo dejar apuntada una reflexión: si se ha querido asimilar a la relación matrimonial cualquiera otra de afectividad análoga en virtud del principio de no discriminación, ¿por qué no hacerla extensiva también a otras relaciones de convivencia, como puede ser la fraternal o la de simple amistad, que sin tener un componente sexual puede resultar de mayor contenido afectivo? Seguramente el legislador en aras a presentar un tenor progresista del texto legal ha olvidado esas otras situaciones que no se ve porqué han de ser de peor condición.

5.2. CONTRATOS A LOS QUE AFECTA

La norma que prevé tiene por objeto:

— Los contratos celebrados por un sujeto que ulteriormente contrae matrimonio y fija el hogar familiar en la vivienda.

— Los contratos de arrendamiento suscritos por uno de los cónyuges, celebrado constante matrimonio sobre la vivienda que se configura como hogar familiar.

— Los contratos celebrados por una persona que, una vez suscrito el contrato, inicia una relación de pareja con otra de igual o distinto sexo, *more uxorio*

— El contrato celebrado por uno de los miembros de una pareja que convive *more uxorio*, constante la convivencia.

En todos estos casos, si quien suscribe el contrato se coloca en alguna de las situaciones que previene este artículo 12, se ponen en marcha los mecanismos que establece (32).

5.3. MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE DESISTIMIENTO O DE NO RENOVACIÓN

En este sentido, respecto de la relación matrimonial habría que entender que exclusivamente, en virtud de los artículos 1.320 y 1.322, esos actos de disposición sobre su derecho arrendaticio serían anulables al no ser realizados con el consentimiento del cónyuge.

Y decimos que son actos de disposición sobre elementos que forman parte de su activo patrimonial: recuérdese que se desiste de un contrato en vigor y se manifiesta la voluntad de no renovar un contrato cuando la Ley le reconoce la posibilidad de que dure hasta cinco años.

(32) En el mismo sentido PRATS, págs 117-118

Por contra, para las relaciones de hecho sí que era necesario que se planteara una norma en estos términos porque era la única vía para poder proteger las expectativas de los mismos dado que los preceptos del Código Civil no son aplicables a tales supuestos de hecho.

La consecuencia jurídica que prevé la norma es la siguiente:

— En lugar de declarar anulable esa manifestación de voluntad del arrendatario reconoce en favor del cónyuge o compañero la posibilidad de que se produzca la prórroga del contrato (*ex arts. 9-10*) o se mantenga la vigencia del mismo a pesar del desistimiento del arrendatario.

En estos supuestos sale de la posición arrendaticia el cónyuge o compañero que manifestó su voluntad, pero se reconoce el derecho del otro miembro de la pareja a incorporarse como parte en la relación contractual. Es decir, el efecto que se produce es la subrogación en la posición arrendaticia (33).

Claro está, esa subrogación necesitará de la acreditación de la voluntad de la pareja de mantenerse en la posición contractual. Por ello:

— El arrendador, si quiere, puede requerir al no titular para que manifieste su voluntad. En esta hipótesis se marca un plazo perentorio de quince días para que manifieste el no titular su voluntad. Si no contesta, se entenderá extinguido el contrato merced a la negativa del titular y al silencio del no titular. Y como sanción establece que el no titular que no manifiesta su intención deberá pagar la renta hasta la extinción del contrato.

— El arrendador, si no lo considera necesario, no requerirá al no titular y puede mantenerse esa situación fáctica. En tal caso, existe una presunción de mantenimiento de la relación arrendaticia hasta el momento de extinción del contrato, quedando constituida así la relación contractual entre el arrendador y el que históricamente era no titular del arrendamiento.

5.4. ABANDONO DE LA VIVIENDA POR EL TITULAR

Nos enfrentamos ante una situación que el legislador ha definido con muy poca fortuna.

Sabemos que jurídicamente el abandono o derelictio supone la desaprehensión material de un objeto que determina la pérdida o extinción del derecho real o de la posesión que sobre el mismo se ostentaba.

(33) Es unánime la opinión doctrinal sobre el particular: PRATS *Ob cit*, pág. 117; FUENTES: *Ob. cit*, pág. 62; CARRASCO: *Ob cit*, págs. 272-273.

El derecho de arrendamiento no puede ser abandonado ya que no es un derecho real, sino que, simplemente, se puede desistir de él. Y no concurren los requisitos que el artículo 11 establece para poder ejercitar esa facultad de desistimiento (34).

Otros son menos extremos en su consideración de la norma legal, interpretando que la cuestión no reside tanto en el abandono material de la vivienda como en el del abandono de la familia (35), siendo lógico que se otorgue al abandonado la posibilidad de mantenerse en el hogar.

Por otra parte, el abandono de la vivienda, si se mantienen en ella su cónyuge e hijos no implica incurrir en la causa de desahucio del artículo 27.f), por cuanto que el artículo 7 entiende que subsiste la situación de arrendamiento de la vivienda.

Seguramente el legislador lo que ha pretendido es completar la protección del cónyuge que permanece en el supuesto del abandono del hogar familiar en los supuestos que plantea el artículo 105 CC en los casos de separación de hecho consentida por ambos o impuesta por el abandonante, o incluso en la situación de abandono malicioso tipificado por el artículo 487.1 CP. En estas situaciones y ante la posibilidad de que el cónyuge titular del contrato sea quien abandona y deja de pagar la renta, lo cual daría pie al ejercicio de la acción de desahucio, prefiere la Ley prever desde un principio la eventualidad (36).

En esta hipótesis, entiende el legislador que debe mantenerse la situación contractual, protegiendo a través de la subrogación legal al cónyuge que sigue habitando la vivienda.

Ahora bien, exige una actividad por parte del cónyuge no titular que desee subrogarse: debe, en el plazo de un mes desde el abandono, comunicar por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse en la posición de arrendatario. De no hacer efectiva esa comunicación, el legislador presume que no está interesado en mantener la relación contractual y, por ello, entiende extinguido el contrato; con el agravante de sancionar a este no titular con la carga de pagar la renta de ese período de un mes que se mantuvo latente el contrato, esté o no utilizando efectivamente la vivienda (37).

PEDRO A. MUNAR BERNAT
 Profesor Titular de Derecho Civil
 de la Universidad de las Islas Baleares

(34) Cfr. PRATS *Ob cit.* pág. 119. De todas formas, lo que no se puede olvidar es que es posible el abandono de la posesión en concepto de arrendamiento que implica la titularidad contractual.

(35) Cfr. LEÓN-CASTRO: *Ob cit.* pág. 75.

(36) Cfr. PRATS *Ob cit.* pág. 119

(37) La situación creada por la norma ha sido objeto de duras críticas de los comentaristas: GUILARTE, pág. 153; LEÓN-CASTRO, pág. 75

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Acuerdos internacionales

1. *Acuerdo con la Santa Sede.*—En el *BOE* del 28 de julio pasado se publica el acuerdo hecho en Madrid el 21 de diciembre de 1994 entre España y la Santa Sede sobre asuntos de interés común en Tierra Santa.

2. *Convenio sobre adopción.*—En el *BOE* del día 1 de agosto se publica el Instrumento de ratificación del Convenio hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional.

3. *Modificación del Convenio con Austria en materia fiscal.*—En el *BOE* del día 2 de octubre se publica el Instrumento de ratificación del Protocolo de 24 de febrero de 1995, por el que se modifica el Convenio entre España y Austria para evitar la doble imposición en los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio.

B) Legislación nacional

1. *Propiedad intelectual.*—En el *BOE* del día 13 de octubre se publica la Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

2. *Derecho de autor en radiodifusión.*—En el *BOE* del mismo día se publica la Ley 28/1995, de 11 de octubre, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 93/83 CEE del Consejo sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

C) Normativa autonómica

Madrid.—Ley de 16 de octubre de 1995 por la que se modifica la Ley 16/1991, de 18 de diciembre, del recargo de la Comunidad de Madrid en el Impuesto de Actividades Económicas.

II. Información de actividades

1. *Jornadas sobre arrendamientos urbanos*.—La Cámara de Comercio e Industria de Madrid ha organizado estas Jornadas sobre arrendamientos urbanos de establecimientos comerciales, según la nueva regulación de la Ley 29/1994, de 4 de noviembre.

Se expusieron las siguientes ponencias:

- «Tratamiento de los nuevos arrendamientos de los locales de negocios», por don JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo.
- «Tratamiento de los antiguos arrendamientos de locales de negocios», por don DANIEL LOSCERTALES FUERTES, Abogado.

2. *Curso sobre operaciones bancarias*.—Organizado por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios ha tenido lugar en el salón de actos de la Bolsa de Madrid, en los días 18 a 21 de septiembre, este curso impartido por don Emiliano Arribas sobre temas relacionados con estas operaciones. En particular sobre conceptos matemáticos elementales, capitalización simple y compuesta, amortización de préstamos y análisis de malas prácticas bancarias.

3. *V Congreso Nacional de Derecho Agrario*.—En la Universidad de Vigo ha tenido lugar, durante los días 27 a 29 de septiembre este Congreso, presidido personalmente por don MANUEL FRAGA IRIBARNE, Presidente de la Junta de Galicia, y en el que se han estudiado los temas de «Recursos naturales renovables» y «Montes vecinales en mano común y otras instituciones del Derecho gallego». Desarrollaron ponencias el doctor VICENTE CASANOVA, de la Universidad de Los Andes de Venezuela, y por parte española don AGUSTÍN LUNA SERRANO, don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, don JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, el Magistrado señor GARCÍA CARIDAD, don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, don JUAN JOSÉ SANZ JARAQUE y don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL.

4. *Jornadas sobre contratación y derecho de los consumidores*.—En el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España han tenido lugar estas Jornadas en los días 2 y 3 de octubre, con el siguiente programa:

- «La protección del sistema registral español dentro del Derecho comparado», por don ANTONIO GORDILLO CAÑAS, Catedrático de Derecho Civil.
- «La trasposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas abusivas». Análisis general por don JUSTINO FLORENCIO DUQUE DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Mercantil. Aplicación registral por don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

- «Créditos al consumo». Análisis general por don ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Mercantil. Aplicación registral por don JOAQUÍN BEUNZA VÁZQUEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Ley de Venta de Bienes Muebles a plazos y el Registro de Bienes Muebles», por don JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

5. *Jornadas sobre ejecución hipotecaria*.—Se han celebrado durante los días 25 a 27 de octubre en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (Escuela Judicial), en Madrid, con las siguientes ponencias:

- «Notificaciones y requerimientos en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por doña MARÍA JOSÉ MOURE LORENZO (Secretaría Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid).
- «Especialidades de la subasta en el procedimiento hipotecario», por don ANTONIO ROBLEDÓ VILLAR (Secretario Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lérida).
- «La garantía hipotecaria en la práctica de la liquidación de interés y costa», por doña CARMEN CALVO VELASCO (Secretaría Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid).
- «La calificación registral», por don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS (Registrador de la Propiedad de Madrid).
- «Incidencias del contrato de arrendamiento y otros negocios jurídicos en la toma de posesión de los bienes subastados en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por don ENRIQUE MARÍN LÓPEZ (Magistrado Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Málaga).
- «Distribución del sobrante dentro del procedimiento especial del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por don PEDRO MACÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (Juez Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vélez-Málaga).
- «La ejecución hipotecaria y sus diferencias con la ejecución inmobiliaria en la vía de apremio. Especial referencia al problema del principio de especialidad referido a la anotación preventiva de embargo», por don JUAN UCEDA OJEDA (Magistrado Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid).

6. *Conferencias en la Academia Matritense del Notariado*.—En el Colegio Notarial de Madrid ha comenzado el día 26 de octubre un ciclo de conferencias en homenaje a don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, con varias actuaciones a lo largo del curso, hasta el 9 de mayo del año próximo.

La primera conferencia ha estado a cargo del Notario de Madrid don JUAN BOLÁS ALFONSO, sobre el tema «La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada».

7. *Jornada de Estudio de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias*.—Organizada por el Colegio Notarial de Albacete y el Centro de Estudios Registrales de Castilla-La Mancha, se ha celebrado en Ciudad Real el día 31 de octubre, con el siguiente programa:

- Tema 1.º: «Introducción a la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias». Ponente: Don CARLOS TIÓ SARALEGUI, Secretario General de Desarrollo Rural y Conservación de la Naturaleza (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid).
- Tema 2.º: «Novedades en materia de arrendamientos rústicos». Ponente: Don FERNANDO SECO GIL, Abogado del Ilustre Colegio de Ciudad Real, Letrado del IRYDA.
- Tema 3.º: «Consideraciones en materia sucesoria y de sociedades». Ponente: Don IGNACIO MALDONADO RAMOS, Notario de Puertollano (Ciudad Real).
- Tema 4.º: «Orientaciones generales de la nueva Ley». Ponente: Don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid y Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario.
- Tema 5.º: «Conservación de las unidades agrarias». Ponente: Don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad de Madrid y Secretario de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.
- Tema 6.º: «Aspectos fiscales de la reforma». Ponente: Don IÑIGO FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, Notario de Cazalla de la Sierra.
- Tema 7.º: «Conclusiones en torno a la reforma». Ponente: Don CÉSAR LUMBRERAS LUENGO, Periodista.

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 4 de julio de 1995.—NOTIFICACIONES DE LA REGLA 5.^a DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.—Su práctica cuando no consta el domicilio en el Registro—Sala 1.^a—Ponente: Sr. Jiménez de Parga (Suplemento *BOE* 3 agosto).

Antecedentes —1 Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo, relevantes para la resolución del caso, son, en síntesis, los siguientes:

a) Los demandantes de amparo promovieron en Sevilla el conjunto inmobiliario «Residencial Oriente» y vendieron a los cónyuges don Ricardo Aguilar Cortés y doña María del Carmen Soria Iglesias uno de los pisos-vivienda en que se dividió horizontalmente la construcción, con una condición resolutoria explícita en garantía del precio aplazado, que acordaron posponer a efectos registrales a la inscripción de la hipoteca que los compradores iban a constituir como cobertura de un préstamo concedido por la Caja de Ahorros de San Fernando de Sevilla para financiación de la compraventa citada.

b) Los compradores no atendieron el pago del préstamo y la citada Caja de Ahorros promovió el procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sevilla (Auto 1100/86).

En este procedimiento, al figurar en la certificación remitida por el Registrador de la Propiedad, entre otros extremos, la condición resolutoria explícita pactada a favor de los vendedores de la finca hipotecada, el Juzgado ordenó la notificación de la existencia del procedimiento a los ahora demandantes del amparo, conforme a lo dispuesto en el artículo 131.5.^a LH. Pero al no constar su domicilio en la inscripción registral y afirmar la acreedora hipotecaria que era desconocido, la notificación se practicó mediante edictos publicados en el *Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla* el 11 de agosto de 1987. En la misma forma, el día 17 de noviembre de 1988 se publicó el edicto comunicando el señalamiento de las subastas

c) Tiempo después de terminado el procedimiento con la adjudicación de la vivienda a un tercero, los ahora demandantes tuvieron conocimiento de su existencia y promovieron el juicio de menor cuantía 649/89, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sevilla, en solicitud de que se declarara la nulidad de las actuaciones seguidas con posterioridad a la aportación de la

certificación registral del artículo 131 5.ª LH. Alegaron la indefensión de los demandantes, con las consecuencias que se especificaban en la demanda.

d) El Juzgado dictó Sentencia el 27 de julio de 1992 en la que se desestimó la demanda Interpuesto recurso de apelación, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla (rollo 1621/92) dictó Sentencia confirmatoria de la apelada el 11 de junio de 1993 Fue notificada esta última el 29 de junio de 1993.

3 La demanda funda la queja de amparo en que el Juzgado, al acudir directamente a la notificación edictal de la existencia del procedimiento de ejecución hipotecaria, apoyándose para ello sólo en la manifestación de la entidad acreedora del desconocimiento del domicilio de los ahora demandantes, sin intentar antes la indagación del verdadero domicilio que hubiera posibilitado su notificación personal y efectiva, les ha causado la indefensión proscrita en el artículo 24.1 CE y ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y la doctrina constitucional que declara que las notificaciones y actos de comunicación procesal realizados mediante edictos tienen siempre carácter subsidiario y excepcional.

Fallo· Se deniega el amparo solicitado, razonándolo en los siguientes

Fundamentos jurídicos —1. Se nos solicita un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las notificaciones realizadas por el Juzgado en la tramitación de un procedimiento sumario del artículo 131 LH. Hemos de decidir si, como sostienen los peticionarios de amparo, se produjo para ellos una indefensión real (art. 24.1 CE) o si, por el contrario, conforme a lo expuesto por el Ministerio Fiscal, el Juzgado actuó correctamente aplicando las normas legales establecidas al efecto, de forma que el perjuicio que pudo causarse a los ahora recurrentes fue fruto de su comportamiento negligente.

Y precisamos así la tarea que nos corresponde porque si bien el recurso se dirige contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Sevilla que, confirmando la de primera instancia, desestimó la demanda del juicio de menor cuantía promovido por los recurrentes en solicitud de que se declarara la nulidad del procedimiento judicial sumario 1100/86, seguido a instancia de la Caja de Ahorros Provincial San Fernando de Sevilla, en cuanto este juicio declarativo se formuló con apoyo legal en el artículo 132 LH, el objeto del presente proceso constitucional de amparo consiste en determinar si en el citado procedimiento de ejecución hipotecaria el Juzgado, al acordar la notificación prevista en la regla 5.ª del artículo 131 LH a los ahora demandantes del amparo, mediante edicto que se publicó en el *Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla*, sin intentar otros medios de notificación personal y directa que asegurasen un efectivo conocimiento del procedimiento judicial por los afectados, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, produciendo a los actores indefensión.

2. Este Tribunal ha declarado reiteradamente la trascendencia que para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva tienen los actos de comunicación procesal con el fin de garantizar que todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por lo acordado en un procedimiento judicial tengan la oportunidad de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oídas y de ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia

en la realización de las citaciones y notificaciones procesales que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así ocasión de defenderse (SSTC 167/1992, 103/1993, 316/1993, 317/1993, 334/1993 y 108/1994).

Para lograr esta plena efectividad del derecho de defensa hemos afirmado también que el artículo 24.1 CE impone a los órganos judiciales la obligación de efectuar el emplazamiento, citación o notificación personal de los interesados, siempre que sea factible, asegurando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus derechos (SSTC 9/1981 y 37/1984), por lo que la utilización de los edictos, al constituir un remedio último para los actos de comunicación procesal, de carácter supletorio y excepcional, requiere el agotamiento previo de los medios de comunicación ordinarios, que ofrecen mayores garantías y seguridad de recepción para el destinatario, y la convicción del órgano judicial de que al ser desconocido el domicilio o ignorado el paradero del interesado resultan inviables o inútiles los otros medios de comunicación procesal (SSTC 156/1985, 36/1987, 157/1987, 171/1987, 141/1989, 242/1991, 312/1993 y 108/1994).

3. En el presente caso, conforme a la regla 5.ª, párrafo 2.º, del artículo 131 LH, la notificación de la existencia del procedimiento de ejecución hipotecaria a los demandantes del amparo era obligada al resultar de la certificación registral prevista en la regla 4.ª de dicho artículo que tenían inscrita a su favor una condición resolutoria explícita contra los compradores y deudores hipotecarios de la finca gravada, que se pospuso a la inscripción de la hipoteca.

Hemos de examinar, por tanto, si el Juzgado vulneró el artículo 24 CE al acordar la práctica de esta notificación mediante el edicto que se publicó en el correspondiente periódico oficial.

A) El primer dato que debe destacarse al respecto es que los demandantes del amparo no hicieron constar en el Registro de la Propiedad ningún domicilio donde practicar la notificación prevista en el párrafo 2.º del artículo 131.5.ª LH, sin que a estos efectos pudiera servir el domicilio contemplado en los artículos 130 y 131.3.º LH no aplicables a ellos, razón por la cual la notificación debía realizarse en el domicilio real de estos titulares registrales, conforme a las reglas generales de la LEC.

Sin embargo, al no poder deducirse de los datos obrantes en los autos cuál era el domicilio y haber solicitado la Caja de Ahorros instante del procedimiento hipotecario que se procediera a la notificación mediante edicto publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla*, por desconocerse el domicilio de las personas referidas en la inscripción registral, la decisión del Juzgado de realizar la notificación por medio de la fórmula edictal solicitada en nada vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

En primer lugar, se estaba en el supuesto del artículo 269 LEC que se aplicó adecuadamente habida cuenta de la falta de constancia registral de un domicilio a efectos de notificaciones, de la manifestación de la acreedora hipotecaria de que le era desconocido el domicilio de los titulares registrales de la condición resolutoria explícita y de la ausencia en las actuaciones de elementos de juicio que permitieran conocer directamente el domicilio de los ahora recurrentes. A lo que hay que añadir el número de las personas que, según la certificación registral, deberían ser notificadas, las cuales ascendían entre titulares y sus cónyuges a diecisiete, lo que hubiera dificultado extraordinariamente la localización de cada domicilio personal. La simple lectura de los poderes casuísticos aportados por los recurrentes en el presente proceso

constitucional revela la pluralidad y diversidad geográfica de sus domicilios.

Como ya dijimos en otro asunto del procedimiento sumario del artículo 131 LH, «corresponde a las partes intervinientes en un 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 la diligencia razonablemente exigible» (STC 217/1993, FJ 3.º).

B) Las alegaciones de los recurrentes relativas a que existió una conducta fraudulenta o maliciosa de la acreedora hipotecaria, que ocultó al Juzgado —dicen— el domicilio de los actores cuando en realidad lo conocía, no pueden ser acogidas por este Tribunal al no ser posible imputar este comportamiento al órgano judicial, como exige el artículo 33.1.b) LOTC. Nada había en las actuaciones que permitiera al Juzgado detectar este presunto obrar fraudulento o malicioso de la Caja de Ahorros San Fernando de Sevilla, por lo que ninguna lesión del derecho a la tutela efectiva atribuible al órgano judicial cabe deducir de él. De existir el supuesto comportamiento fraudulento, que este Tribunal no enjuicia por corresponder su determinación exclusivamente a la jurisdicción ordinaria (art 117.3 CE), los recurrentes disponían para remediar el perjuicio sufrido, como se indicaba en la Sentencia de instancia, de la oportuna acción de responsabilidad contra la acreedora hipotecaria por su condición dolosa, o culpable, en el ocultamiento al Juzgado del domicilio de los demandantes del amparo.

En atención a todo ello, no cabe afirmar que el Juzgado incumpliese el deber de diligencia que le incumbía en la realización de los actos de comunicación procesal. No se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva ni ha habido la indefensión constitucionalmente erradicada de nuestro ordenamiento. Procede, en suma, la desestimación del amparo solicitado.

Resoluciones de la Dirección General

POR JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA
Registrador Mercantil de Guipúzcoa

RENUNCIA DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES —INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DE DICHAS RENUNCIAS. (RESOLUCIONES DE 26 Y 27 DE MAYO DE 1982, 8 Y 9 DE JUNIO DE 1993, 24 DE MARZO, 22 Y 23 DE JUNIO DE 1994.)

Hechos.—I. El día 4 de enero de 1991, don Onofre Monzó Monzó, don Javier Martínez Monleón y don Julián Aguilar Rubio requirieron ante Notario de Quart de Poblet, doña Carmen Morader Tomás, para que se persone en el domicilio de la entidad «Miquel Requena, Sociedad Anónima», y haga entrega a algún representante legal o socio de la entidad de tres cartas de renuncia al cargo del vocal del Consejo de Administración de dicha sociedad, firmadas, respectivamente, por cada uno de los socios citados. En la correspondiente acta de requerimiento consta la siguiente diligencia: «Siendo las trece horas y quince minutos del día 27 de septiembre del año en curso, me persono en el domicilio indicado en requerimiento; en esos momentos no encuentro a ningún representante legal o socio de la entidad requerida, y a quien dice llamarse Juana María Nacher Monzó y ser empleada de la misma. Tras identificarme y explicar el objeto de mi presencia, le entrego las tres cartas a que hace referencia la presente acta, manifestando que las entregará a algún socio de la empresa en cuanto vuelva, cumpliendo así la obligación legal que le he advertido tiene. De todo lo contenido en esta diligencia, extiendo en mi despacho, a continuación del acta inicial, y que sigue en el presente, yo la Notaria, doy fe».

II. Presentado el anterior documento en el Registro Mercantil de Valencia fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento que ha sido presentado el día 28 de diciembre de 1990, bajo el asiento 934 del diario 90, por el siguiente defecto insubsanable: la sociedad queda sin órgano de administración, es decir, sin persona o personas concretas que ostenten la representación de la sociedad, en contra de lo exigido por los artículos 94 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil. No procede anotación preventiva dado el carácter insubsanable del defecto alegado. Valencia a 4 de enero de 1991 —La Registradora.—Firmado. *María Belén Martínez Gutiérrez*».

III. Don Onofre Monzó Monzó, don Javier Martínez Monleón y don Julián Aguilar Rubio interpusieron por separado recurso de reforma contra la anterior calificación y alegaron: Que lo único que se trata de hacer es ejercer el derecho individual de renunciar a un cargo que ya no se quiere seguir desempeñando, derecho que no sólo está reconocido en la legislación ordinaria específica, sino que viene consignado como fundamental en la Constitución. Que se considera que la argumentación de la señora Registradora no se ajusta a derecho, puesto que el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil no es de aplicación al supuesto que se contempla. Que se han cumplido todos los requisitos y formalidades dispuestas en el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil y, por tanto, debe inscribirse su renuncia; y otra cuestión es la situación legal en que queda la sociedad anónima, situación que es responsabilidad de la Junta general por no nombrar a otros Consejeros, y la responsabilidad hay que exigírsela a dicha Junta con los medios que la legislación pone al alcance del Registro Mercantil. Que se considera una discriminación puesto que si se tratara de un Consejo de Administración de más de tres miembros sí se admitiría la renuncia.

IV. La Registradora acordó mantener la nota de calificación, e informó: Que la calificación no es contraria a la letra y espíritu de la legislación mercantil, ya que el legislador ha pretendido evitar que puedan existir sociedades sin representación y administración, lo que haría inviable la sociedad. Que si es necesario que cuando una sociedad nace tenga una cabeza visible, un representante, incluso en el óbito de la sociedad, al disolverse y nombrarse liquidador, también es necesario la existencia de ese representante durante la vida de la sociedad (arts. 8.º y 9.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil). Que la sociedad para su vida de relación interna y externa necesita valerse de un órgano ejecutivo y representativo, lo cual hace que el órgano de administración sea necesario y permanente; por tanto, lo procedente en el caso debatido era haber convocado el Consejo de Administración, Junta general con los requisitos legales y en ella presentar la dimisión y procederse a la designación de nuevo órgano de administración, por lo que la representación social no queda en momento alguno interrumpida. Que el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, relativo a la dimisión y cese de administradores, regula el título inscribible en dichos casos. Que es principio admitido en Derecho que en caso de conflicto entre Ley y Reglamento debe prevalecer aquélla por jerarquía normativa. Que el número mínimo de Consejeros es de tres por imperativo legal [arts. 9.º*h*) y 123 de la Ley de Sociedades Anónimas, 124 1.*d*) del Reglamento del Registro Mercantil y art. 16 de los Estatutos sociales], lo que hace inviable admitir la renuncia de Consejeros cuando lo dejan por debajo de ese número mínimo legal. Que no puede trasladarse a la Junta general la responsabilidad de no designar órgano de administración, por las siguientes razones: 1.ª Porque el órgano de administración existente no ha realizado la actuación tendente a convocar Junta general extraordinaria; 2.ª Porque la Junta general sin representante no puede actuar. Que se considera que el Registro Mercantil no es el organismo autorizado para exigir responsabilidad a la Junta general. Que, por último, se considera que la sociedad no puede quedar sin órgano de administración en base a los artículos 8.º*f*) y 9.º*h*) de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, reforzada esta tesis para las sociedades limitadas en el artículo 7.º, número 8, de la Ley y en el artículo 174, número 15, del Reglamento citado.

V Los recurrentes se alzaron por separado contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadieron. Que el acuerdo impugnado insiste en los mismos argumentos legales aducidos en la nota de calificación, sin analizar ni tratar de desvirtuar los aducidos en el recurso de reforma. Que el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil permite también utilizar la forma de dimisión empleada por los recurrentes. Que no se considera exista conflicto entre la Ley y el Reglamento.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.732 y 1.737 del Código Civil; 122, 133, 138 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y 147 del Reglamento del Registro Mercantil

1. En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil la renuncia formulada por los tres únicos miembros del Consejo de Administración de determinada sociedad anónima cuando consta haber sido notificada por vía notarial a la misma sociedad.

2. Sin prejuzgar ahora sobre la facultad que corresponde a los administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y aceptado por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (véanse arts. 1.732 del Código Civil, 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y 147 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo cuando todos renunciaron simultáneamente, y en consecuencia no se puede proceder a los nuevos nombramientos por cooptación que prevé el artículo 138 de la misma Ley, obliga a los administradores renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (véanse arts. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.737 del Código Civil), lo que en el caso debatido impone subordinar la inscripción de las renunciaciones cuestionadas hasta que haya sido constituida la Junta general —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda proveerse al nombramiento de nuevos administradores, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial, de la que aquéllos habrían de responder (véanse arts. 121.1.º y 133.1.º de la Ley de Sociedades Anónimas).

Ello armoniza además con el contenido del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando presupone la necesidad de aceptación de la renuncia por el órgano competente para proveer la vacante, por más que se trate de una aceptación obligada y meramente formularia.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando el acuerdo y la nota de la Registradora.

Madrid, 26 de mayo de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sra. Registradora Mercantil de Valencia.

Resolución de 27 de mayo de 1992, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Francisco Alarcón Pérez, como administrador dimisionario de la entidad mercantil «Francisco Alarcón Lavarias, Sociedad Limitada», contra la negativa de la Registradora Mercantil de Valencia a inscribir unas actas de dimisión

En el recurso gubernativo interpuesto por don Francisco Alarcón Pérez, como administrador dimisionario de la entidad mercantil «Francisco Alarcón

Lavarias, Sociedad Limitada», contra la negativa de la Registradora Mercantil de Valencia a inscribir unas actas de dimisión.

Hecho.—I. El 24 de mayo de 1990 don Francisco Mariano Alarcón Pérez, Director-Gerente, Administrador único de la sociedad «Francisco Alarcón Lavarias, Sociedad Limitada», compareció ante el Notario de Requena don Alicia Rivera Sola y le requirió para que comunicase a la citada sociedad su dimisión de dicho cargo, cuyo nombramiento fue formalizado mediante escritura de 16 de abril de 1982, autorizada por el Notario de Valencia don Eduardo Llagaria Pla.

En la correspondiente acta de 24 de mayo de 1990, se hace constar la siguiente diligencia: «Para hacer constar yo, el Notario autorizante del requerimiento inicial que precede, que siendo las dieciocho horas quince minutos del mismo día del requerimiento, me he constituido en el domicilio indicado por el señor requirente, carretera Madrid-Valencia, kilómetro 283, y encontrando a un señor, en la oficina del mismo, que no da su nombre, previo advertirle de mi condición y actuación como Notario, y de informarle del objeto de la notificación, manifiesta que no se hace cargo de la cédula al efecto expedida, según nota que precede, y que en la actualidad está instalado en el mismo la sociedad «Dormitorios Alarcón, Sociedad Limitada» Advertido del derecho a contestar y de personarse en mi despacho sobre el contenido de esta diligencia, de regreso a mi despacho extendiendo la presente, de cuyo contenido yo, el Notario doy fe Signado y sellado: *Alicio Rivera Solá* (rubricado)».

II Presentado el anterior documento en el Registro Mercantil de Valencia fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento que ha sido presentado bajo el asiento 99 del diario 84, el día 12 de noviembre de 1990, retirado el día 16 de noviembre y devuelto el día 18 del actual, por el siguiente defecto insubsanable: La sociedad queda sin órgano de administración, es decir, sin persona o personas concretas que hayan de ejercer la administración y la representación de la sociedad, en contra de lo exigido por los artículos 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, y 174, número 15, del Reglamento del Registro Mercantil de 1989. No procede anotación preventiva dado el carácter insubsanable del defecto alegado Valencia, 21 de diciembre de 1990 —La Registradora —Firma: *María Belén Martínez Gutiérrez*»

III. Don Francisco Mariano Alarcón Pérez, como Administrador dimisionario de la entidad mercantil «Francisco Alarcón Lavarias, Sociedad Limitada», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó. Que la letra y espíritu de la legislación mercantil específica es contrario al criterio mantenido en la calificación. Que los preceptos mencionados como único fundamento legal por la Registradora en la nota se refieren concreta y específicamente a la escritura de constitución de las sociedades de responsabilidad limitada. Que concluir que dichos preceptos impiden el cese de los administradores e imponen a quien ya lo sea a permanecer en su cargo hasta que se logre conseguir un nuevo Administrador es un salto analógico de interpretación de las normas legales de todo punto inadmisibles, y no puede ampliarse su contenido escueto y concreto en los términos que se pretende en la calificación. Que, por otra parte, el sentido de la nueva legislación mercantil de sociedades es diametralmente opuesto al criterio mantenido por la Registradora Mercantil. Los preceptos del Reglamento relativos a anónimas, aplicable a las sociedades limitadas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 177 del propio Reglamento, así

lo demuestran (arts 145 y 147 del citado Reglamento). Que en este caso concreto se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, puesto que el acta notarial es un documento público, mediante la que se formalizó la renuncia y ésta fue notificada en la misma, que fue notificada en el domicilio social, cuestión que no ha sido ni siquiera abordada en la nota de calificación. Que, por último, frente a la postura de garantizar la perpetuidad en el cargo, en la Ley de Sociedades Anónimas se adopta la contraria (art. 126) Que se considera que la calificación es contraria a Derecho.

IV. El Registrador dictó resolución manteniendo la calificación en todos sus extremos, e informó: Que la calificación no es contraria a la letra y espíritu de la legislación mercantil, ya que el legislador ha pretendido evitar que puedan existir sociedades sin representación ni administración, ya que una sociedad sin Administrador no puede realizar actuación alguna. Que así se exige en los artículos 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 174, número 15, del Reglamento del Registro Mercantil. Que la sociedad para su vida de relación interna y externa necesita valerse de un órgano ejecutivo y representativo, y lo precedente en el caso debatido en este recurso era haber convocado el Administrador único Junta general con los requisitos legales y en ella presentar la dimisión y procederse a la designación de nuevo órgano de administración, con lo que la representatividad social no quede en momento alguno interrumpida. Que no es aplicable al caso presente el artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que no se trata de ninguna caducidad. Que el artículo 147 del citado Reglamento regula la dimisión o renuncia de los Administradores. Que es principio de nuestro Derecho que en caso de conflicto entre la Ley y el Reglamento ha de prevalecer la Ley. Que en el caso presente no se trata de resolver si el artículo 147 del Reglamento es contradictorio con el artículo 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino si una sociedad puede quedar descabezada por la renuncia del único Administrador. Que no es aplicable el artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que en este caso sería aplicable el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que el legislador mercantil apoya la tesis mantenida en este informe de que la sociedad no puede quedar sin órgano de administración en base a los artículos 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 15 del Reglamento del Registro Mercantil, reforzada dicha tesis por los artículos 8.f) y 9 h) de la Ley de Sociedades Anónimas.

V El recurrente se alzó contra la anterior resolución, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió Que el criterio del Registro se centra en la firme consideración de que una sociedad no puede quedar sin persona que ocupe el cargo de órgano de administración de la misma, convirtiéndose así el supuesto casi en una cuestión de orden público. Que no se ajusta a Derecho la interpretación extensiva que la Registradora hace de los artículos 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 174, número 15, del Reglamento del Registro Mercantil. Dichos preceptos se refieren a los actos constitutivos de la sociedad y a las menciones o extremos que han de hacerse constar en la constitución al crear una entidad mercantil. Que se ha pasado por alto la aplicación del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil en virtud de lo establecido en los artículos 177 de dicho Reglamento y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que al alegar en el escrito del recurso los artículos 145 del Reglamento del Registro Mercantil y 126 de la Ley de Sociedades Anónimas se quiere hacer ver que el legislador mercantil limita la duración de los nombramientos de Administrador en el ámbito tem-

poral e impone la caducidad de los nombramientos por el simple transcurso del tiempo. Esta opinión se apoya también en el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que podrían verse vulnerados los artículos 10, 14, 17 y 53 1 de la Constitución Española si prospera la tesis de la irrenunciabilidad de cargos sociales.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.732 y 1.737 del Código Civil; 122, 123, 133, 138 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas; 7, números 8 y 11, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil

1 En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil la renuncia formulada por el Administrador único de determinada sociedad de responsabilidad limitada.

2. Sin prejuzgar ahora sobre la facultad que corresponde a los Administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y aceptado por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (véanse arts. 1.732 del Código Civil; 141 de la Ley de Sociedades Anónimas; 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo cuando todos renunciaron simultáneamente (que impide proceder a los nuevos nombramientos por cooptación que prevé el art. 138 de la misma Ley) obliga a los Administradores renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (véanse arts. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.737 del Código), lo que en el caso debatido impone subordinar la inscripción de las renunciaciones cuestionadas hasta que haya sido constituida la Junta general —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda proveerse al nombramiento de nuevos Administradores, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial, de la que aquéllos habrían de responder (véanse arts. 127 1.º y 133.1.º de la Ley de Sociedades Anónimas).

Ello armoniza además con el contenido del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando presupone la necesidad de aceptación de la renuncia por el órgano competente para proveer la vacante, por más que se trate de una aceptación obligada y meramente formularia.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.

Madrid, 27 de mayo de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*

Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

(BOE 10 julio.)

Resolución de 8 de junio de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Carmen Estrada Fernández, como Administradora única de «Residencia Retiro, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil número 6 de Madrid a inscribir una escritura de renuncia de cargo.

En el recurso interpuesto por doña Carmen Estrada Fernández, como Administradora única de «Residencia Retiro, Sociedad Anónima», contra la

negativa del Registrador Mercantil número 6 de Madrid a inscribir una escritura de renuncia de cargo

Hechos.—I El día 29 de noviembre de 1989, mediante escritura pública otorgada ante don Ramón Fernández Purón, Notario de Madrid, doña Carmen Estrada Fernández fue nombrada Administradora única, por un plazo de cinco años, de la compañía «Residencia Retiro, Sociedad Anónima». El día 30 de mayo de 1992, mediante escritura pública otorgada ante don Alfredo Girbal Hernanz, la señora Estrada renunció al cargo de Administradora única de la citada sociedad y requirió al Notario para que notificara la renuncia a los accionistas, notificación que llevó a cabo el día 30 de septiembre de 1982

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil número 6 de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Defectos. No se acredita la notificación fehaciente a que se refiere el artículo 147 RRM con la dimisión de la Administradora única la sociedad queda en una situación de carencia del órgano de administración y por tanto acéfala. Lo procedente es que la Administradora convoque Junta general de accionistas (Resolución de 7 de mayo de 1992). En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 21 de agosto de 1992.—El Registrador». Nuevamente presentada la escritura en el citado Registro fue objeto de la siguiente nota de calificación. «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Defectos. Subsiste el defecto observado en la nota de fecha 21 de agosto de 1992 en cuanto a la renuncia de la compareciente por quedar la sociedad acéfala (Resolución de 7 de mayo de 1992). En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 11 de noviembre de 1992 —El Registrador.—Firmado. *Carlos García Rodríguez*»

III Doña Carmen Estrada Fernández, como Administradora única de «Residencia Retiro, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: A) Que la Resolución que se cita en la nota de calificación es de 27 de mayo de 1992 y no de 7 de mayo del mismo año, y que no es de aplicación, pues aquélla resolvía una renuncia de cargo en una sociedad de responsabilidad limitada y aquí se trata de una sociedad anónima. Por tanto, no pueden afectar a este caso los artículos 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 175, número 15, del Reglamento del Registro Mercantil, en la que basó su razonamiento el Registrador que denegó la inscripción que dio origen a la Resolución que se ha hecho referencia B) Que se han cumplido los supuestos que se establecen en el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil C) Que hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 145 del mismo Reglamento y 126 de Sociedades Anónimas D) Que en lo referente a la renuncia de los derechos hay que tener en cuenta el párrafo segundo del artículo 6 del Código Civil y la Sentencia del

Tribunal Supremo de 2 de abril de 1949. De lo que se deduce que todos los presupuestos exigidos por la Ley, la doctrina y la jurisprudencia se dan en este caso; y si los accionistas de la sociedad no desean que la misma quede sin órgano de administración, son ellos los que tienen que tener la debida diligencia para defender sus intereses. E) Que si prospera la tesis de irrenunciabilidad del cargo se verían vulnerados los artículos 10, 14, 17 y 53.1 de la Constitución Española. F) Que la recurrente ha puesto todos los medios a su alcance para que la sociedad no se quede acéfala. Y que de no prosperar este recurso, la recurrente se encontraría indefensa, pues sobre ella recaerían las molestias, multas y responsabilidades dimanantes de la Ley de Sociedades Anónimas.

IV. El Registrador Mercantil acordó no admitir el recurso interpuesto por «Residencia Retiro, Sociedad Anónima», contra la calificación de la escritura autorizada por el Notario de Madrid don Alfredo Girbal Hernanz por haber sido interpuesto fuera del plazo establecido por el artículo 69 del Reglamento del Registro Mercantil, puesto que la nota tiene fecha 21 de agosto de 1992 y el recurso se interpone el día 5 de enero de 1993 y, por tanto, ha transcurrido con exceso el plazo de dos meses. Que no puede alegarse que el recurso se interpone contra la segunda de las notas que constan en el documento, puesto que no constituye calificación propiamente dicha, sino simple justificación de por qué se devuelve el documento sin practicar operación alguna.

V. La recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que la interposición del recurso se hace dentro del plazo y la exponente está legitimada para hacerlo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.732 y 1.737 del Código Civil, 122, 133, 138 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas; 144 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil, y Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992.

1. En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil la renuncia formulada por el Administrador único de determinada sociedad anónima.

2. Sin prejuzgar ahora sobre la facultad que corresponde a los administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y aceptado, por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (véanse arts. 1.732 del Código Civil, 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo cuando todos renunciaron simultáneamente (que impide proceder a los nuevos nombramientos por cooperación que prevé el artículo 138 de la misma Ley) obliga a los Administradores renunciantes, pese a su decisión a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (véanse arts. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.737 del Código Civil), lo que en el caso debatido impone subordinar la inscripción de las renunciaciones cuestionadas hasta que haya sido constituida la Junta general —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda proveerse al nombramiento de nuevos Administradores, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial, de la que aquéllos habrían de responder (véanse arts. 127.1.º y 133 1.º de la Ley de Sociedades Anónimas).

Ello armoniza además con el contenido del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando presupone la necesidad de aceptación de la renuncia por el órgano competente para proveer la vacante, por más que se trate de una aceptación obligada y meramente formularia.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.

Madrid, 8 de junio de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sr Registrador Mercantil de Madrid.

(BOE 9 julio.)

Resolución de 9 de junio de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don Juan Manuel Sánchez Sánchez, en nombre de don Pedro López Fernández, contra la negativa del Registrador número 6 de Madrid a inscribir una escritura de renuncia de cargos.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don Juan Manuel Sánchez Sánchez, en nombre de don Pedro López Fernández, contra la negativa del Registrador número 6 de Madrid a inscribir una escritura de renuncia de cargos

Hechos —I. El día 25 de junio de 1992, mediante escritura pública otorgada ante don José Antonio Torrente Secorún, Notario de Madrid, don Pedro López Fernández, doña Carolina Durán Llauro y doña Carolina Lourdes López Durán, a pesar de tener los cargos caducados por el transcurso del tiempo, renuncian a sus cargos de Consejeros que todos ellos tienen en la sociedad «Arthogar, Sociedad Anónima», que fueron nombrados en la escritura de constitución de dicha sociedad, otorgada ante el mismo Notario el día 15 de enero de 1986. Asimismo los comparecientes requieren al referido Notario para que notifique la renuncia de la sociedad citada, en su domicilio, mediante envío de copia literal de la escritura, por correo certificado y con acuse de recibo.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil número 6 de los de Madrid fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento procedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Defectos El órgano de administración de la sociedad no puede renunciar, dejando por tanto acéfala la sociedad, sin convocar Junta general para el nombramiento de otro nuevo órgano de administración (Resolución de la DGRN de 7 de mayo de 1992). En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 5 de diciembre de 1992.—El Registrador.—Firmado. *Carlos García Rodríguez*».

III. El Letrado don Juan Manuel Sánchez Sánchez, en nombre de don Pedro López Fernández, interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que la Resolución que el Registrador cita en la nota de calificación se considera que debe ser de fecha 27 de mayo de 1992. La Dirección General en dicha Resolución y en otra del día anterior (26 de mayo) desestimó sendos recursos, interpuestos en caso similar al presente, estableciendo que se impone subordinar toda inscripción de renunciaciones a cargos de

administración sociales en bloque hasta que haya sido constituida la Junta general que los renunciantes deben convocar para evitar así la paralización de la vida social 2.º Que se estima que el criterio administrativo es erróneo por las siguientes razones: a) De la correcta interpretación de los artículos 1732.2 y 1737 del Código Civil ha de sentarse la conclusión de que el señor López es muy libre de renunciar al mandato (en virtud del principio de autonomía de la voluntad) y que nadie, y mucho menos un órgano administrativo, puede obligarle a lo contrario, si bien podía ser responsable de no continuar la gestión en virtud de lo que dispone el segundo precepto citado; b) El artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, c) Que ningún precepto de la Ley sustantiva asevera el criterio que se mantiene en la nota de calificación, entendiéndose en consecuencia que lo que hace el Registrador no es más que una interpretación extensiva o analógica de preceptos que le está vedada. Así que la Ley de Sociedades Anónimas en el artículo 101 prevé la posibilidad de convocatoria judicial, y el 260, número 3, establece la posibilidad de disolución de la sociedad por la paralización de los órganos sociales. Que en base de lo anterior, la vigente Ley de Sociedades Anónimas es tan rica en preceptos para solventar cualquier decisión de los Administradores, que no es necesario que un tercero (el Registrador) interprete ésta de forma subjetiva. 3.º Que por lo alegado y en virtud del principio de autonomía de la voluntad, el recurrente puede renunciar a su cargo, sin que la sociedad pueda oponerse a ello y sin que, en virtud de tal renuncia, esté obligado a convocatoria de Junta alguna, ya que los socios pueden acudir a la vía judicial para efectuar tal convocatoria; con independencia de que el Administrador renunciante sea responsable ante la propia sociedad, socios o terceros de los daños o perjuicios que hubiere podido causar su actitud.

IV. El Registrador Mercantil acordó mantener los defectos que resultan de la nota recurrida, e informó: Que la calificación se basa en una doctrina sentada expresamente por la Dirección General de Registros y del Notariado en las Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992, que por error material se expresó mal la fecha de la Resolución en la nota de calificación. Que aunque la Resolución, en principio, afecta únicamente al supuesto debatido, constituye práctica indubitada en los Registros, según la doctrina establecida por la Dirección General en Resoluciones para supuestos análogos, y en tanto dicha doctrina no sea modificada o alterada por la propia Dirección General se estima de aplicación.

V. El recurrente interpuso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en las alegaciones que se recogen en el escrito del recurso de reforma.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 1.732 y 1.737 del Código Civil; 122, 133, 138 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas; 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil, y Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992.

1. En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil la renuncia formulada por todos los titulares del órgano de administración de determinada sociedad anónima.

2. Sin prejuzgar ahora sobre la facultad que corresponde a los Administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y aceptado por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (véanse arts. 1.732 del Código Civil, 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe desconocer que el mínimo deber

de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo cuando todos renunciaron simultáneamente (que impide proceder a los nuevos nombramientos por cooptación que prevé el art. 138 de la misma Ley), obliga a los Administradores renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (véanse arts. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.737 del Código Civil), lo que en el caso debatido impone subordinar la inscripción de las renunciaciones cuestionadas hasta que haya sido constituida la Junta general —que los renunciados deben convocar— para que en ella pueda proveerse al nombramiento de nuevos Administradores, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial, de la que aquéllos habrían de responder (véanse arts. 127.1.º y 133.1.º de la Ley de Sociedades Anónimas).

Ello armoniza además con el contenido del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando presupone la necesidad de aceptación de la renuncia por el órgano competente para proveer la vacante, por más que se trate de una aceptación obligada y meramente formularia.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador

Madrid, 9 de junio de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

(BOE 9 julio)

Resolución de 24 de marzo de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María Angeles Magriñá Ros, como Apoderada de la compañía mercantil «Mavi Centro, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria a inscribir el acuerdo social por el que se acepta la renuncia del Administrador único de la misma.

En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Angeles Magriñá Ros, como Apoderada de la compañía mercantil «Mavi Centro, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria a inscribir el acuerdo social por el que se acepta la renuncia del Administrador único de la misma.

Hechos.—I En escritura pública otorgada por Apoderado facultado para ello y autorizada el 31 de marzo de 1993 por el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Juan Alfonso Cabello Cascajo, se elevaron a públicos los acuerdos tomados por la Junta general extraordinaria de accionistas de «Mavi Centro, Sociedad Anónima», celebrada el 30 del mismo mes, y en la que se acordó aceptar la renuncia al cargo de Administrador único presentada por el hasta entonces titular del mismo, a la vez que, habida cuenta de la imposibilidad de encontrar persona idónea que aceptase el nombramiento para dicho cargo, declararlo vacante

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el siguiente defecto insubsanable: No poder inscribirse la renuncia de cargo de Administrador único sin proveerse simultáneamente su vacante, de conformidad con lo dispuesto en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 26

y 28 de mayo de 1992 o, en defecto de tal provisión, no proceder a la disolución de la sociedad por incurrir en la causa que establece el apartado 3.º del número 1 del artículo 260 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas. Las Palmas de Gran Canaria, 5 de abril de 1993 —El Registrador Mercantil.—Hay una firma ilegible».

III. Contra dicha nota interpuso doña María Angeles Magriñá Ros recurso gubernativo en solicitud de reforma de la misma en base a las siguientes alegaciones. 1.ª Que se ha infringido el principio de legalidad y jerarquía normativa al no mencionarse en la nota ninguna disposición legal en que fundar la negativa a la inscripción, incumpliendo, por el contrario, el mandato del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil que en modo alguno condiciona la inscripción de la dimisión de los Administradores al hecho de una simultánea provisión de la vacante; que aun cuando se alega en la nota la doctrina de esta Dirección General sobre la inscripción de la renuncia de los Administradores, basada en los deberes que a los mismos incumben y la responsabilidad en que pueden incurrir, no aparece ni legal ni reglamentariamente determinada qué otra actuación puede competir al Registrador que no sea la de dejar constancia pública de cuándo y cómo se ha producido la dimisión, siendo exigibles aquellos deberes y responsabilidades por quien esté legitimado para ello, pero sin que compete al Registrador depurar sus responsabilidades; que ni siquiera se vislumbra a quién va a beneficiar el divorcio entre la realidad jurídica del cese y la falta de su constancia registral, siendo fácil colegir, por el contrario, las graves perturbaciones que tal disfunción puede ocasionar. 2.ª Que la doctrina invocada en la nota subordinaba la inscripción de la renuncia de los Administradores a la previa convocatoria y constitución de la Junta que pudiera proveer las vacantes producidas por la renuncia, condicionamientos ambos cumplidos por «Mavi Centro, Sociedad Anónima», desde el momento en que fue debidamente convocada aquélla, con inclusión del nombramiento de Administrador en su orden del día, y celebrada en forma legal; que las resoluciones invocadas en la nota no exigen una simultaneidad entre la inscripción de la renuncia y la del nuevo nombramiento 3.ª Que la referencia añadida, y que cabría entender como segundo defecto, de no proceder, a falta de provisión del cargo, a la disolución de la sociedad por incurrir en la causa prevista del apartado 3.º del artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas, no es tan simple por cuanto ni dicho extremo figuraba en el orden del día de la convocatoria de la Junta ni puede encontrarse en las resoluciones invocadas referencias a su necesidad. Que la causa de disolución invocada se subdivide en tres, de las que las dos primeras —conclusión de la empresa que constituya el objeto e imposibilidad manifiesta de realizar el fin social—, obviamente, han de descartarse en este caso, y la tercera —paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento ha sido unánimemente referida por la doctrina y jurisprudencia a la ingobernabilidad de la sociedad derivada de la oposición irreductible entre dos sectores accionariales empatados en votos, de suerte que impida la adopción de acuerdos por falta de mayoría en las Juntas, lo que incluso encuentra resistencia a su aplicación. Que nada de ello ocurre en el presente caso en que los acuerdos de la Junta se tomaron por unanimidad y la diligencia del Administrador dimisionario otorgando poderes actualmente vigentes a través de los cuales puede seguir operando la sociedad. Que en todo caso queda la posibilidad de que la Junta general acuerde en el futuro lo conveniente para la vida social, sea la disolución o el nombramiento de nuevo Administrador, pues nada im-

pide la celebración de Junta universal o la convocatoria judicial de la misma. El principio de conservación de los entes y entes jurídicos impide considerar forzosa la opción de disolución, que en el presente caso tan sólo puede ser voluntaria. Finalmente, que con la denegación de la inscripción se viola el principio de libertad individual del Administrador dimisionario que ampara el primer párrafo del Preámbulo de la Constitución y cuya tutela corresponde a los poderes públicos según su artículo 9.2.

IV. El Registrador resolvió mantener su nota de calificación en base a los siguientes argumentos: Que la doctrina de las resoluciones citadas en la nota y otras varias deja sentado que no puede dejarse a la sociedad un solo instante sin órgano de administración que la represente, de ahí que subordine la inscripción de la renuncia de dicho órgano no sólo a la constitución de la Junta para proveer a un nuevo nombramiento, sino a que efectivamente el mismo tenga lugar, debiendo en otro caso procederse a la disolución de la misma; que ello es plenamente congruente con el espíritu de la reforma mercantil a exigir que ya desde el momento de la constitución queden perfectamente identificadas y designadas las personas que han de ejercer la administración y representación de la sociedad, que de lo contrario nos encontraríamos ante una situación de imposible acceso al Registro como sería la inscripción de la declaración de cargo vacante; y aun cuando los Apoderados vigentes pueden proveer determinadas actuaciones, hay otras —convocatoria de Junta, formulación de cuentas, etc.— que les están vedadas, aparte de la diferencia existente entre la representación orgánica y la voluntaria, por lo que por muchos Apoderados que tenga la sociedad siempre es necesaria e imprescindible la existencia de órgano de administración. Con respecto a la disolución de la sociedad, cuya necesidad se señala en la nota con carácter subsidiario, es obvio que se da a la vista del artículo 260.3.1 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando habla de la paralización de los órganos sociales en plural, y está claro que el órgano de administración es un órgano social, de suerte que la renuncia o dimisión del mismo sin proveer su vacante es causa de paralización del mismo y, por tanto, causa de disolución de la sociedad; que el hecho de que tal extremo no estuviera contemplado en el orden del día de la Junta no es obstáculo para acordarlo a través de una nueva convocatoria a tal fin por parte del Administrador que aún continúa al frente de la gestión social pese a su renuncia; que no se discute en ningún momento el derecho del Administrador a renunciar, sino que se exige la necesaria provisión de la vacante producida, lo que no afecta a la libertad de aquél, pues su ejercicio, al igual que el de cualquier otro derecho, viene mediado por las obligaciones y responsabilidades contraídas, que en el caso del Administrador que acepta el cargo se establecen en los artículos 127 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, y que en el caso de dimisión o renuncia implican la necesidad de continuar al frente de su gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para poner fin a tal situación.

V. La recurrente se alzó a la decisión del Registrador reiterando sus argumentos iniciales y haciendo una serie de nuevas consideraciones, en especial la asimilación de las situaciones creadas por cese del Administrador en caso de renuncia y que se produce en caso de defunción, ambas contempladas a efectos de su inscripción por el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil sin sujetarlas a otros requisitos que los que la propia norma establece, así como al distinto régimen de responsabilidad del Administrador durante el ejercicio del cargo que después de cesado en el mismo, con la confusión que puede sembrar la falta de constancia registral de la dimisión que pudiera

hacer extensiva aquella responsabilidad al dimisionario por actos o hechos posteriores a su renuncia

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1 732 del Código Civil; 141, 260.1.º y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas; 147 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de este Centro de 26 y 27 de mayo de 1992 y 8 y 9 de junio de 1993.

1 La nota de calificación que ha dado lugar al presente recurso deniega la inscripción de la renuncia a seguir desempeñando el cargo por parte del Administrador único de determinada sociedad, pese a haber sido aceptada, sobre la base de que ello no es posible sin que simultáneamente se provea su vacante o, en su defecto, se proceda a la disolución de la sociedad

Es doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992 y 8 y 9 de junio de 1993), y en ella se apoya la nota recurrida, que sin prejuzgar la facultad que corresponde a los Administradores de desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y han aceptado, por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (arts. 1 732 del Código Civil y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas), no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo cuando como consecuencia de su renuncia quede el mismo totalmente vacante o, sin que ello llegue a producirse, devenga inoperante —renuncia de un Administrador mancomunado o un número de Administradores que impida la válida constitución del Consejo de Administración—, obliga a los renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (arts. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1 737 del Código Civil).

Ahora bien, en el presente caso el Administrador dimisionario ha convocado una Junta general extraordinaria, en cuyo orden del día hizo figurar expresamente, como primero de los puntos sobre los que tratar y deliberar, el «nombramiento de un nuevo Administrador por la renuncia al cargo del anterior». Ha llevado, pues, hasta donde las atribuciones de su cargo le imponían aquel deber de diligencia que le era exigible, no pudiendo, a partir de entonces, entenderse que su facultad de dimitir quede condicionada a contingencias que, como la falta de válida constitución de la Junta o, tal y como ha ocurrido, la ausencia de acuerdo sobre el nuevo nombramiento quedan totalmente al margen de su voluntad y posibilidades de actuación. Ante tal situación, máxime habida cuenta de la aceptación de la renuncia, no hay obstáculo que impida la inscripción pretendida, de igual modo que no lo habría en el supuesto de que habiéndose procedido a proveer el cargo vacante resultase la persona elegida incapaz o incurso en alguna incompatibilidad legal. Todo ello sin entrar a considerar, al no haberse planteado en el recurso (art. 68 del Reglamento del Registro Mercantil), si subsiste en el Administrador cesado la facultad de certificar de las actas y acuerdos de la Junta general tal y como ha hecho.

2. Tampoco cabe admitir, como señala en la nota, que la falta de provisión de la vacante producida tan sólo viabilice la disolución de la sociedad, de suerte tal que la inscripción del cese deba de ser simultánea a la de tal acuerdo. Cierto es que la ausencia temporal de órgano de administración, que bien pudiera producirse por causas ajenas a la voluntad del mismo y de la propia Junta general, como sería el fallecimiento del Administrador único o de uno de los mancomunados —y a cuyo reflejo registral no cabe oponer reparo alguno (art. 147 del Reglamento del Registro Mercantil)—, aboca a la sociedad a una situación de inoperancia que, de prolongarse, determinará la paralización de

su funcionamiento. Pero habrá de ser la voluntad soberana de los socios la que a través de la Junta general, siempre susceptible de convocatoria (cfr. arts. 99 y 101 de la Ley de Sociedades Anónimas), decida poner fin a tal situación, bien proveyendo el cargo vacante, bien aceptando que su propia imposibilidad para lograrlo deriva en una causa legal de disolución (art. 262, en relación con el 260.1 3.º de la misma Ley), situación esta última que, además, puede ser apreciada judicialmente a solicitud de cualquier interesado (apartado 3 del citado art. 262). Todo ello determina el que no pueda considerarse un obstáculo para la inscripción pretendida el hecho de que se cree una situación anómala que, como queda dicho, ha de ser necesariamente transitoria a la espera de los acuerdos que le pongan fin y que, llegado su momento, causarán las inscripciones oportunas.

Esta Dirección General acuerda admitir el recurso revocando la nota y decisión del Registrador

Madrid, 24 de marzo de 1994.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria

(BOE 14 abril.)

Resolución de 22 de junio de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Santiago Agustín Hernández contra la negativa del Registrador Mercantil número VIII de los de Madrid a inscribir una renuncia al cargo de Administrador social.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Santiago Agustín Hernández contra la negativa del Registrador Mercantil número VIII de los de Madrid a inscribir una renuncia al cargo de Administrador social.

Hechos.—I. Don Santiago Agustín Hernández requirió el 24 de junio de 1993 al Notario de Madrid don Federico Paredero del Bosque para que procediese a notificar a la sociedad «Kertox, Sociedad Limitada», la renuncia del requirente al cargo de Administrador único de la misma. Aceptado el requerimiento procedió el Notario a autorizar acta en la que hizo constar, por diligencia extendida al día siguiente, la practicada de la notificación interesada por entrega personal en el domicilio social de la copia simple de la propia acta, como cédula de notificación, a quien dijo ser el Conserje y hacerse cargo de la misma.

II. Presentada nota de dicha acta en el Registro Mercantil de Madrid fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Defectos: Al dimitir en su cargo de Administrador único, la sociedad queda carente de órgano de administración y por tanto acéfala, por lo que deberá convocarse Junta para el nombramiento de un nuevo órgano de administración. Resolución de 27 de mayo de 1992. En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil Madrid, 14 de septiembre de 1993.—El Registrador.—Hay una firma ilegible».

III. Don Santiago Agustín Hernández interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación en base a las siguientes alegaciones. 1.^ª Que el supeditar la dimisión a la convocatoria de Junta, y habida cuenta de la doctrina del fundamento de derecho segundo de la resolución invocada, cabe entender que ha de esperar a la constitución de la Junta para ver aquella dimisión inscrita cuando ni el Registrador ni el recurrente pueden saber si la misma se ha reunido ya o no, si ha nombrado nuevo Administrador pese a no figurar inscrito o incluso ha iniciado alguna acción de responsabilidad. De existir ya un nuevo Administrador la actuación que se le reclama no sólo sería ilegal, sino quizá penalmente punible, pues tal convocatoria tendría que hacerla como Administrador de la sociedad, lo que ya puede ser totalmente falso. 2.^ª Que la doctrina que acoge la nota supone una intromisión ilegítima del Registrador en la vida societaria y en decisiones personalísimas de los socios que bien pueden no querer constituirse en Junta. 3.^ª Que la negativa del Registrador puede causarle gravísimos perjuicios como pudiera ocurrir si se decreta la quiebra de la sociedad por deudas contraídas por otro Administrador nombrado y con cargo no inscrito. 4.^ª Que la doctrina que refuta parte de la base falsa de que el legislador no quiere sociedades acéfalas cuando no es así, pues la muerte, ausencia legal, incapacitación, etc., pueden dejar a una sociedad acéfala, teniendo los socios dos caminos: Reunirse en Junta general universal o solicitar al Juez la convocatoria judicial de la misma. 5.^ª Finalmente, que el Registrador no tiene ningún derecho a exigirle que actúe con el mínimo deber de diligencia exigible en el ejercicio del cargo, pues ello supone entrometerse en si actúa con diligencia o sin ella, cuestión que puede afectar a socios, acreedores, fiscalía o judicatura, pero no al Registrador. Invoca como argumentos jurídicos los artículos 1.732.2 del Código Civil, 125 de la Ley de Sociedades Anónimas *a contrario sensu* —si el nombramiento surte efectos desde la aceptación la renuncia debe surtirlos desde su formulación—, los 141 y 127 de la misma Ley en relación con la posibilidad de renunciaciones independientes de todos los miembros del Consejo de Administración y el cumplimiento con el deber de diligencias precisamente dimitiendo del cargo, y el 78 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, que si bien exige que en la escritura constitutiva se designen los Administradores iniciales no condiciona esa designación a la aceptación.

IV. El Registrador decidió mantener su norma en base a la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 25 y 27 de mayo de 1992. El superior rango del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas sobre el 147 del Reglamento del Registro Mercantil, con la consiguiente necesidad de aceptación de la renuncia por más que ello sea obligado y puramente formulario, la necesidad de dar cumplimiento por el renunciante al mínimo deber de diligencia que le imponen los artículos 127 de aquella Ley y 1.737 del Código Civil que implica continuar al frente de la gestión de la sociedad hasta que ésta haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación.

V. Se alzó el recurrente frente a la decisión del Registrador insistiendo en sus argumentos sobre la incompetencia del Registrador para exigir a los Administradores sociales los deberes de diligencia propios de su cargo, la incongruencia que supone exigirle la convocatoria de una Junta si su dimisión es eficaz con tan solo cumplir el deber de notificarla, dejando así de ser Administrador y existiendo la posibilidad de que la sociedad haya nombrado ya un nuevo Administrador pese a no haberse solicitado su inscripción, lo cual deja irresuelto el tema de hasta cuándo sigue el renunciante siendo

Administrador, pues si ya dejó de serlo debe inscribirse el cese, y si no, determinar en qué concreto momento se produce. Finalmente, a través de un otrosí, se plantea las dificultades prácticas que surgen para someter a revisión jurisdiccional las Resoluciones de esta Dirección General resolutorias de recursos gubernativos —*nomen horribilis* a su juicio— tanto desde el punto de vista de la jurisdicción competente como del procedimiento adecuado, por lo que suplica que al notificársele la presente resolución, cualquiera que sea su contenido, se exprese el recurso o vía procedente para solicitar su revisión jurisdiccional y obtener así el amparo judicial efectivo del artículo 24 de la Constitución.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.732 y 1.737 del Código Civil; 127.1, 133.1 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas; 11 y 15 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada; 66 de la Ley Hipotecaria; 59, 66.2, 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil, 101 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de esta Dirección General de 27 de mayo de 1992 y 8 y 9 de junio de 1993

1 La única cuestión planteada en el presente recurso, la inscripción de la renuncia del Administrador único de una sociedad mercantil, ha sido abordada ya en las resoluciones de este Centro Directivo que se acaban de citar.

2 Se sentó allí la doctrina, que ahora combate el recurrente, de que sin prejuzgar la facultad que corresponde a los Administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y han aceptado por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (arts. 1.732 del Código Civil, 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y 177 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia a que están sujetos en el ejercicio de este cargo obliga a los renunciantes, cuando su decisión pueda traducirse en la vacante total o inoperancia del órgano de administración, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (arts. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.737 del Código Civil), lo que impone subordinar la inscripción de tales renuncias hasta que haya podido celebrarse Junta general —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda resolverse la situación planteada, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial de la que ellos habrían de responder (arts. 127.1.º y 133.1.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

3. Es por ello que si bien la renuncia o dimisión —que no es sino la contrapartida de la facultad de libre separación por la Junta general (art. 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)— es una facultad de denuncia unilateral de la relación jurídica establecida con el nombramiento y su aceptación que requiere de una declaración de voluntad unilateral y recepticia que vincula a su destinatario, la sociedad, sus efectos se producirán en unos casos de forma inmediata y en otros retardada. Serán sus efectos inmediatos, tan pronto llegue a conocimiento de su destinatario, si pese a ella subsiste la posibilidad de actuación del órgano de administración y la puesta en marcha por éste de los mecanismos tendentes a cubrir la vacante producida —sea ejercitando el derecho de cooptación (art. 138 de la Ley de Sociedades Anónimas), sea convocando Junta general (art. 100 de la misma Ley)—. Se retrasarán, por el contrario, cuando la renuncia deje a la sociedad sin órgano de administración y en tanto hayan podido entrar en juego los mecanismos legales o estatutarios llamados a cubrirlos, pues pese a que falte

en nuestro Derecho societario una norma como la del Derecho italiano que expresamente lo establezca, ofrece suficiente base para ello la obligación general de diligencia que a los Administradores sociales impone el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas —y por remisión el 11 de la de Responsabilidad Limitada— y el de continuidad de la gestión hasta que se hayan podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esa falta del 1.737 del Código Civil.

Y es en un caso como el presente, en que la administración social aparece configurada unipersonalmente, donde con mayor razón se ha de entender demorada la eficacia de la renuncia, pues es el renunciante, como titular único del órgano de administración, al que legalmente le viene impuesta la obligación de iniciar el proceso para suplir su decisión unilateral de desvincularse del cargo que en su día aceptó (art. 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), por lo que ha de entenderse que sigue legitimado para convocar la Junta que provea a dar solución a la situación por él creada. Porque de aceptarse la tesis del recurrente de la eficacia inmediata de su renuncia, resultaría que aunque a la necesidad de aceptación de que habla el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas —única forma legal que la contempla— no se le diera un alcance superior al de una mera recepción de la declaración del renunciante, identificando así conocimiento con aceptación, esa recepción cognoscitiva tan sólo puede reputarse eficaz cuando lo es por el órgano social competente, que evidentemente no lo es el Conserje recepcionista de la misma, y que en el caso presente, en que renuncia a su cargo el Administrador único, ha de entenderse que lo es la Junta general, de suerte que en tanto la misma no se haya reunido o haya transcurrido la fecha para la que fue debidamente convocada, con independencia de que efectivamente se haya reunido o no y cuales hayan sido sus acuerdos, no cabe entender que la sociedad haya sido notificada de la renuncia de su Administrador y consumada ésta.

4 Finalmente, y vista la solicitud expresa de que se señalen los recursos que en su caso procedería frente a la presente resolución, ha de tenerse en cuenta que la calificación registral y los recursos que se imponen frente a ella en la llamada vía gubernativa se entienden limitados, tal y como establece el artículo 59 del Reglamento del Registro Mercantil, a los efectos de extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado, razón por la que no excluyen el derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de justicia para litigar entre sí acerca de la validez de los títulos calificados (cfr. art. 66.2 del mismo Reglamento), siendo vinculante para el Registrador, como es natural, y por tanto inscribible la ejecutoria que recayere, cuya eficacia puede garantizarse solicitando anotación preventiva de la demanda (cfr. arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 101 de su Reglamento). Es por ello que las resoluciones de este Centro no determinan, y tampoco va a hacerlo en el presente caso, qué concretas acciones, ante qué jurisdicción y en qué plazo se puede ejercitar, pues es al interesado al que compete a la vista de la naturaleza del acto, de su autor y de su forma elegir la que a su juicio sea procedente o más adecuada.

Esta Dirección General acuerda desestimar el recurso confirmando la nota y decisión del Registrador.

Madrid, 22 de junio de 1994 —El Director general, *Julio Burdiel Hernández*

Resolución de 23 de junio de 1994, de la Dirección General de Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Enrique Salcedo Villaoslada contra la negativa del Registrador Mercantil número V de los de Madrid a inscribir su cese como Administrador social.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Enrique Salcedo Villaoslada contra la negativa del Registrador Mercantil número V de los de Madrid a inscribir su cese como Administrador social.

Hechos.—I. La Junta general universal de «Silboni, Sociedad Limitada», reunida el 15 de noviembre de 1993, acordó por unanimidad aceptar la dimisión de don Enrique Salcedo Villaoslada como Administrador de la sociedad.

II. Presentada en el Registro Mercantil de Madrid certificación del acta correspondiente, expedida el mismo día por don Marcel Olescu como Administrador de la sociedad y en la que también aparece la firma de don Enrique Salcedo Villaoslada, ambas legitimadas notarialmente, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Defectos: Al dimitir en su cargo uno de los Administradores mancomunados la sociedad queda carente de órgano de administración social y por tanto acéfala, por lo que deberá convocarse Junta para el nombramiento de un nuevo órgano de administración. Resolución de 27 de mayo de 1992 Al regirse la sociedad por dos Administradores mancomunados, la certificación deberá ir expedida por los dos. Artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil. En el plazo de dos meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso gubernativo, de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 2 de diciembre de 1993 —El Registrador.—Hay una firma ilegible».

III. Don Enrique Salcedo Villaoslada interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación en base a las siguientes alegaciones: 1.ª Que se supedita la inscripción de la dimisión a la convocatoria de Junta apoyándose en la doctrina del fundamento de Derecho segundo de la resolución invocada, imponiendo al recurrente la obligación de convocar, junto con el otro Administrador, Junta general con la finalidad de nombrar nuevo Administrador, sin considerar la posibilidad de que la misma haya sido ya convocada y haya procedido a tal nombramiento 2.ª Que de existir ya un nuevo Administrador (la actuación que se le reclama no sólo sería ilegal, sino quizá penalmente punible, pues tal convocatoria tendría que hacerla como Administrador de la sociedad, lo que ya puede ser totalmente falso 3.ª Que la doctrina que se acoge en la nota supone una intromisión ilegítima del Registrador en la vida social y en las decisiones personalísimas de los socios que bien pudieran decidir no constituirse en Junta ya que ninguna obligación tienen de hacerlo. 4.ª Que la doctrina que refuta parte de la base falsa de que el legislador no quiere sociedades acéfalas cuando no es así, pues la muerte, ausencia legal, incapacitación, etc., pueden dejar a una sociedad acéfala, teniendo los socios dos caminos: Reunirse en Junta general universal o solicitar al Juez la convocatoria judicial de la misma Invoca como argumentos jurídicos: El artículo 1.732.2 del Código Civil como causa de extinción del mandato que no resulta afectado por lo dispuesto en el 1.737 cuyo incumplimiento lo único que podría determinar

sería una acción contra el mandante (*sic*), nunca un efecto *erga omnes* como es el mantener viva una inscripción en el Registro, el 125 de la Ley de Sociedades Anónimas a *sensu contrario* —si el nombramiento surte efectos desde la aceptación, la renuncia debe surtirlos desde su formulación—; los 141 y 127 de la misma Ley en relación con la posibilidad de renunciaciones independientes de todos los miembros del Consejo de Administración y la mayor o menor diligencia en su presentación a inscribir por lo que al primero se refiere y el cumplimiento con el deber de diligencia sancionado en el segundo al que puede darse mejor cumplimiento, precisamente, dimitiendo sin pérdida de tiempo

IV. El Registrador, don Javier Navia-Osorio, decidió mantener su nota en base a los siguientes fundamentos 1) Que el órgano de administración en nuestro sistema legal societario, en especial por lo que a las sociedades de capital se refiere, es esencial y clave, al punto de que si no pudiera constituirse la sociedad tendría que disolverse por imposibilidad manifiesta de cumplir el fin social. Y en un órgano de administración constituido por dos Administradores mancomunados que han de actuar conjuntamente, el cese de uno de ellos no permite atribuir todas las funciones al otro, pues los Estatutos sociales, inscritos y oponibles frente y por los terceros, publican lo contrario. 2) Que no cabe configurar al Administrador social como un simple mandatario, sino como órgano social que desempeña una función con una serie de deberes y responsabilidades frente a la sociedad y los terceros, al que es exigible como mínima diligencia que, sin perjuicio de la absoluta posibilidad de desvincularse de su cargo, no puede con ello ocasionar daños a la entidad que en él había depositado su confianza. 3) Que es cierto que junto con la posibilidad apuntada en la nota de calificación, convocatoria de Junta para proveer el cargo, caben otras: acudir a la autoridad judicial, disolver la sociedad o modificar sus Estatutos en orden al régimen de administración. Pero es lo cierto que el cesante no ha optado por ninguna de ellas, limitándose a optar por la más dañina para la sociedad. 4) Que aunque, ciertamente, cabe la posibilidad de que ya se haya procedido a un nuevo nombramiento, de ser así debe presentarse a inscripción juntamente con el cese, pero mientras no ocurra el Registrador debe limitarse a calificar los documentos que tiene a la vista conforme establece el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil. 5) Que la responsabilidad establecida en el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas no lo es sólo frente a la sociedad, sino también ante los acreedores sociales y, desde luego, la paralización que supone la dimisión de un Administrador mancomunado ocasionará, si no se subsana, daños patrimoniales que pueden llevar a la disolución de la sociedad; 6) Que la segunda parte de la nota es consecuencia de la anterior: si no se admite el cese la facultad de certificar recae en ambos Administradores conjuntamente, conforme dispone el artículo 109 c) del Reglamento del Registro Mercantil 7) Y que el supuesto planteado ha sido definitivamente resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 27 de mayo y 11 de junio de 1992.

V. El recurrente se alzó ante esta Dirección General frente a la decisión del Registrador insistiendo en sus argumentos sobre la incompetencia del Registrador para exigir a los Administradores sociales los deberes de diligencia propios de su cargo, la incongruencia que supone exigirle la convocatoria de una Junta si su dimisión es eficaz con tan sólo cumplir el deber de notificarla, dejando así de ser Administrador pese a no haber solicitado la inscripción de ese nuevo nombramiento. Finalmente, a través de un otrosí, se plan-

tean las dificultades prácticas que surgen para someter a revisión jurisdiccional las Resoluciones de la Dirección General resolutorias de recursos gubernativos, tanto desde el punto de vista de la jurisdicción competente como del procedimiento adecuado, por lo que suplica que al notificársele la presente Resolución, cualquiera que sea su contenido, se exprese el recurso o vía procedente para solicitar su revisión jurisdiccional y obtener así el amparo judicial efectivo del artículo 24 de la Constitución.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 141 de la Ley de Sociedades Anónimas; 11 de la de Régimen Jurídico de las de Responsabilidad Limitada, 66 de la Ley Hipotecaria, 101 de su Reglamento; 59, 66.2, 109 c), 111, 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de esta Dirección General de 26 y 27 de mayo de 1992, 8 y 9 de junio de 1993 y 24 de marzo de 1994.

1. Plantea el primero de los defectos de la nota recurrida una cuestión, la inscripción de la renuncia de los Administradores sociales cuando como consecuencia de ella queda inoperante el órgano de administración, que ha sido abordada en diversas Resoluciones por este Centro Directivo, como son las de 26 y 27 de mayo de 1992 y 8 y 9 de junio de 1993.

2. Sentaron las mismas la doctrina de que sin prejuzgar la facultad que corresponde a los Administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y han aceptado por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (arts 1.732 del Código Civil, 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia a que están sujetos en el ejercicio de ese cargo obliga a los renunciantes, cuando su decisión pueda traducirse en la vacante total o inoperancia del órgano de administración, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (arts. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.737 del Código Civil), lo que impone subordinar la inscripción de tales renunciaciones hasta que haya podido celebrarse Junta general —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda resolverse la situación planteada, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial, de la que ellos habrían de responder (arts 127 1.º y 133 1.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

En congruencia con esa exigencia, tuvo ocasión de decir la Resolución de 24 de marzo del corriente año, que convocada Junta general para tomar conocimiento de la renuncia presentada y adoptar las medidas oportunas para suplirla, ha llevado ya el renunciante, hasta donde las atribuciones de su cargo le imponían, aquel deber de diligencia que le era exigible, no pudiendo, a partir de entonces, entenderse que su facultad de dimitir quede condicionada a contingencias que, como la válida constitución de la Junta, la ausencia de acuerdo sobre un nuevo nombramiento, la aceptación del nombrado, su incapacidad o cualquier otra, quedan ya al margen de su voluntad y posibilidades de actuación.

En el presente caso, reunida la Junta General y aceptada la renuncia presentada por uno de los Administradores mancomunados, ningún obstáculo existe para su inscripción, siendo un problema totalmente al margen de esa

posibilidad el que pueda plantear la inoperancia del órgano de administración si por la propia Junta no se toman las medidas que puedan solucionarlo.

3. Figura en la nota recurrida un segundo defecto, el no estar expedida la certificación del acta presentada a inscripción por ambos Administradores mancomunados, tal y como exige el artículo 109.c) del Reglamento del Registro Mercantil.

Recurrida la nota en su conjunto, aun cuando sobre este particular no contenga argumento alguno el escrito del recurrente, y aceptado así por el Registrador en su decisión, resulta obligado entrar a analizarlo.

La facultad de certificar implica la atribución de una función, la de exteriorizar el contenido de las actas y acuerdos de los órganos sociales colegiados, que aquella norma reglamentaria reserva a quienes son depositarios de la confianza de los socios en virtud de su nombramiento como Administradores. Si aquella confianza se ha depositado en dos Administradores mancomunados, a ambos conjuntamente corresponde aquella facultad como cualquier otra de gestión, de donde resulta evidente una dificultad más de entre las que puede encontrar la actividad futura de la sociedad si, aceptada la renuncia de uno de ellos, no provee a un nuevo nombramiento o a modificar la estructura del órgano de administración. No obstante, este caso concreto plantea especiales singularidades: De una parte, resulta que la certificación aparece suscrita también por el Administrador dimisionario y su firma legitimada, aunque sin especificar en qué concepto, pues es evidente que presentada y aceptada su renuncia como Administrador ya no podía actuar como tal, pero en todo caso sirve tanto para corroborar la realidad de aquella renuncia, como de prevención frente a posibles falsedades de la certificación, cumpliendo con ello la exigencia del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil; de otra, ha de tenerse en cuenta que la aceptación de la renuncia ha sido calificada por la doctrina de este Centro Directivo como acto formal y obligado, como expresión de un simple conocimiento de la declaración de voluntad unilateral que implica parte de la sociedad, lo que patentiza suficientemente el documento presentado a inscripción al estar suscrito por el Administrador que continúa en el cargo junto con el que ha dimitido del mismo; y, finalmente, que de igual forma que la actitud pasiva de la Junta al no proceder al nombramiento de un nuevo Administrador que sustituya al dimitido no puede considerarse un obstáculo que impida la inscripción de la renuncia, esa misma actitud no puede elevarse a la categoría de obstáculo meramente formal al mismo fin.

4 Finalmente, y vista la solicitud del recurrente de que se le señalen los recursos que en su caso procederían frente a la presente Resolución, ha de tenerse en cuenta que la calificación registral y los recursos que se interponen frente a ella en la llamada vía gubernativa se entienden limitados, tal y como establece el artículo 59 del Reglamento del Registro Mercantil, a los efectos de extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado, razón por la que no excluyen el derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para litigar entre sí acerca de la validez de los títulos calificados (cfr. art. 66.2 del mismo Reglamento), siendo vinculante para el Registrador e inscribible, como es natural, la ejecutoria que recayere, cuya eficacia puede garantizarse solicitando anotación preventiva de la demanda (cfr. arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 101 de su Reglamento). Es por ello que las Resoluciones de este Centro no determinan, y tampoco va a hacerlo en el presente caso, qué concretas acciones, ante qué jurisdicción y en qué plazo pueden ejercitarse, pues

es al interesado al que compete a la vista de la naturaleza del acto, de su autor y de su forma elegir la que a su juicio sea procedente o la más adecuada

Esta Dirección General acuerda estimar el recurso revocando la nota y decisión del Registrador.

Madrid, 23 de junio de 1994.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

(BOE 21 julio.)

COMENTARIO

Estas Resoluciones tratan del problema de la renuncia de los Administradores de sociedades mercantiles o, mejor dicho, de la inscripción registral de tales renunciaciones.

Desde un punto de vista teórico, el problema ha sido escasamente tratado por la doctrina. GARRIGUES (1), en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, decía que como contrapartida a la facultad de libre separación que tiene la Junta General, se permite al Administrador que dimita del cargo cuando así lo estime conveniente. Puesto que no se trata de un contrato de servicio, no se puede obligar a ningún administrador a que siga prestando su colaboración en una sociedad cuyas operaciones juzga perniciosas o equivocadas, o cuando está en desacuerdo con otros miembros del Consejo.

El artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 alude a la dimisión de los consejeros, encomendando al Consejo la facultad de aceptar esta dimisión. Ahora bien, decía GARRIGUES, ello no quiere decir que la dimisión del consejero sólo surta efectos si es aceptada por el Consejo o por la Junta General. Tal aceptación tiene sólo por consecuencia exonerar al dimisionario de responsabilidad en el caso de dimisión intempestiva o hecha de mala fe. Pero la declaración de dimisión surte efecto desde que llega a conocimiento de la sociedad representada por su Consejo de Administración, en el caso de que exista éste.

Esta opinión era reflejo del criterio mantenido por la doctrina francesa. RIPERT y ROBLOT (2), sin embargo, reconocían la dificultad de crear una construcción doctrinal que justificase la posibilidad de renuncia del Administrador, una vez superada la doctrina que veía en el Administrador un mandatario de la sociedad.

La Ley de 1951 no exigía ningún requisito especial de forma para la renuncia del Administrador, a diferencia de otras legislaciones que, como la italiana, imponen la comunicación escrita al Consejo de Administración y admiten los efectos inmediatos de la renuncia si continúan en el cargo la mayoría de los Consejeros, aplazando en otro caso los efectos hasta el momento en que la mayoría ha quedado reconstituida por virtud de la aceptación de los nuevos administradores. Pero es evidente —decía GARRIGUES— que la dimisión deberá ser comunicada por escrito y que no bastará una manifestación de voluntad tácita del Administrador en el sentido de no querer continuar ejerciendo su cargo

(1) JOAQUÍN GARRIGUES Y RODRIGO URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976

(2) GEORGES RIPERT Y RENÉ ROBLOT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, LGDJ, París, 1986

Una cuestión que no debe confundirse con la facultad que tiene el Administrador de dimitir en todo momento es la posibilidad que asiste a la sociedad de exigir responsabilidad al Administrador que renuncia intempestivamente al cargo o de mala fe. Y un tercer problema, que GARRIGUES planteaba sólo marginalmente, es el de en qué situación queda la sociedad cuando renuncian varios Administradores y los que continúan no reúnen el quorum suficiente para constituir el Consejo válidamente. Según este autor, los Consejeros restantes están facultados para deliberar sobre la sustitución de las vacantes, aunque no lleguen al quorum mínimo que exige la Ley. Ahora bien —seguía diciendo—, si el Consejo no hace uso de esta facultad de cooptación, es el Consejo el que decreta su propia paralización al no completar el número mínimo de Consejeros para poder constituirse válidamente. Pero la solución patrocinada por este autor resultaba escasamente satisfactoria y a todas luces insuficiente para resolver los problemas causados por la renuncia del Administrador único o de todos los solidarios o mancomunados, casos en los que no queda un residuo en el órgano de administración capaz de recomponerlo.

Es forzoso reconocer que toda esta construcción doctrinal se apoyaba en un artículo de la Ley de Sociedades Anónimas que no tenía como finalidad la de resolver esta cuestión. No había ningún artículo en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 relativo a la renuncia de los Administradores considerada en sí misma, sino sólo un reconocimiento de la facultad que tiene el Consejo de Administración de aceptar la dimisión de sus Consejeros.

Y lo mismo sucede en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. El artículo 141 reproduce al pie de la letra el antiguo artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, y por tanto el problema de la dimisión de los Administradores sigue sin recibir tratamiento específico.

¿Qué es lo que ha cambiado tras la publicación del nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas? O mejor dicho, ¿qué hace que ahora esta cuestión deba ser estudiada de nuevo? Creo que la respuesta puede concretarse en estos dos extremos:

— de una parte, el principio contenido en los artículos 8.f) de la LSA y 114.5 del Reglamento del Registro Mercantil, que exigen, para que pueda inscribirse la escritura de constitución de una sociedad, que ésta contenga la designación de los primeros Administradores de la sociedad. De donde se extrae la consecuencia de que no puede inscribirse ni existir una sociedad que no tenga un órgano de administración que la represente;

— de otra, la norma del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil sobre la inscripción del cese de los Administradores. Norma de carácter puramente adjetivo e instrumental que se limita a imponer, para que pueda inscribirse la renuncia, que ésta sea notificada fehacientemente a la sociedad, o que resulte de una certificación del acta de la Junta General o del Consejo de Administración.

Esto quiere decir que para elaborar una nueva tesis sobre la renuncia de los Administradores no contamos con ningún elemento sustantivo diferente. Como puede verse en las Resoluciones que pasamos a examinar, son estos dos extremos añadidos los que han otorgado una perspectiva distinta a esta cuestión.

La Resolución de 26 de mayo de 1992 examina un caso en el que los tres integrantes del Consejo de Administración de una sociedad anónima comparecieron ante Notario y le requirieron para que notificara a la sociedad su

dimisión a dicho cargo. Presentado este documento en el Registro Mercantil, se denegó su inscripción «porque la sociedad queda sin órgano de administración, es decir, sin persona o personas que hayan de ejercer la representación de la sociedad, en contra de lo exigido por los artículos 94 de la Ley de Sociedades Anónimas (referencia errónea, sin que pueda determinarse si el error procede de la nota de calificación o de la Resolución de la Dirección General) y 124 del Reglamento del Registro Mercantil».

Los frustrados renunciantes recurrieron esta calificación, alegando que lo único de lo que se trataba era de ejercitar un derecho individual —el de renunciar a un cargo que ya no se quiere desempeñar— y que ello se hacía cumpliendo los requisitos del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, independientemente de lo que dijeran los artículos 124 del mismo Reglamento y de la situación en que quedara la sociedad, que era de la responsabilidad de la Junta General.

El Registrador mantuvo que la sociedad necesita valerse de un órgano ejecutivo y representativo y que, por ello, lo que tenían que haber hecho los Consejeros era convocar la Junta General, presentar en ella la dimisión y que la Junta designare un nuevo órgano de administración para que la representación no quedara interrumpida. Con referencia al artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, insinuó —por lo menos así se desprende del resumen— que dicho artículo podía contradecir lo dicho en el 7.º de la Ley de Sociedades Limitadas, y que en caso de contradicción debía prevalecer la Ley sobre el Reglamento; pero insistió en que el problema no era ése: la cuestión era si puede quedar una sociedad descabezada por la renuncia de los integrantes del Consejo. En cuanto a la transferencia de responsabilidad a la Junta General que pretendían hacer los recurrentes, la rechazaba porque no había sido debidamente convocada por aquéllos y por no ser el Registro Mercantil el órgano adecuado para exigirla.

Quedaban al margen del recurso, como también quedan al margen de la Ley de Sociedades Anónimas, de la de Limitadas y del Reglamento del Registro Mercantil, la cuestión sustantiva más importante: si puede renunciar el Administrador de la sociedad, lo quiera la sociedad o no. POLO (3) ha mantenido que cuando el artículo 141 LSA concede al Consejo la facultad de aceptar la renuncia de los Consejeros, le concede también implícitamente la facultad de no aceptarla, lo que puede ser plenamente lógico si con la dimisión del Consejero o Consejeros viene a menos la mitad más uno de los componentes que necesita el Consejo de Administración para constituirse válidamente. Pero este autor, en lugar de llevar esta tesis hasta sus últimas consecuencias, se limita a sugerir que, al igual que ocurre en Italia, la aceptación de la dimisión o la producción de sus efectos podría quedar diferida hasta el momento en que, bien por cooptación o por nombramiento de la Junta General, se hubiere reconstituido el Consejo.

La Dirección General, en el fundamento de Derecho segundo empezó por decir que no prejuzga la facultad que corresponde a los Administradores de la sociedad para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido por más que la sociedad pretenda oponerse a ello. Con esta afirmación pareció decantarse por la tesis clásica, enunciada por GARRIGUES. Pero a

(3) EDUARDO POLO, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1992.

continuación, haciéndose eco de la solución que denominaremos italiana, dijo que un mínimo deber de diligencia obliga a los Administradores renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación, lo que en el caso debatido impone subordinar la inscripción de las renunciaciones cuestionadas a que haya sido constituida la Junta General —Junta que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda proveerse al nombramiento de nuevos Administradores, evitando así una paralización de la vida social.

La doctrina es tan clara que casi no merece explicación. El fundamento de la decisión de la Dirección General hay que buscarlo, más que en la Ley de Sociedades Anónimas o de Sociedades Limitadas, en el artículo 1.737 del Código Civil, según el cual el mandatario, aunque renuncie por justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esa falta. Ello obliga al Administrador, en casos como el resuelto, a convocar la Junta General que ha de decidir sobre su sustitución.

No deja de llamar la atención el hecho de que aunque desde hace más de medio siglo viene dándose por superada la vieja construcción que hacía de los administradores unos mandatarios de la sociedad, lo que servía para fundamentar su revocabilidad y su correlativa facultad de renunciar, tenga la Dirección General que recurrir para fundamentar este fallo, al artículo 1.737 del Código Civil a falta de un argumento mejor en la legislación mercantil común y especial. Y aparte del juicio que merezca este criterio jurisprudencial, sobre el que luego volveremos, parece preferible a la teoría esbozada, aunque no rematada, por POLO, a que antes hacíamos referencia. Autor éste que en su vacilante posición insiste en que la renuncia del Administrador tiene que ser aceptada por la sociedad para su eficacia, pero admite, a la vista del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, que para inscribirla en el Registro no es necesario acreditar dicha aceptación. Teoría rechazable porque parece abrir el Registro a efectos imperfectos, con todos los inconvenientes que eso supone.

¿Qué valor cabe atribuir, en tal caso, a la aceptación de la renuncia por parte de la sociedad? GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (4), recogiendo el punto de vista de GARRIGUES, señala que la única virtualidad de la aceptación es exonerar de responsabilidad al Administrador y determinar el momento exacto en que surte efecto la dimisión, que es aquél en que llega a conocimiento de la sociedad. Esta opinión debe matizarse porque parece confundir conocimiento con aceptación, y lo exacto sería decir que la renuncia surte efecto desde que la sociedad la conoce, pero sólo aceptada exonera de responsabilidad al renunciante.

Es sorprendente, en relación con este punto, la despreocupación con que la Dirección General, en el aparentemente intrascendente párrafo final del fundamento de Derecho tercero, dice que la aceptación de la renuncia a que alude el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas «es una aceptación obligada y meramente formularia». Opinión arriesgada, o por lo menos nada

(4) MARIANO JAVIER GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «El control de los Administradores en la sociedad anónima tras la reforma de 1989», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 611, julio-agosto 1992

pacífica en la doctrina —véase lo que sobre esto decía POLO—, y que al estar basada en un artículo dedicado al funcionamiento interno del Consejo, y no a la renuncia de los Administradores, es difícilmente trasladable a otras formas de administración social.

Es interesante estudiar las restantes resoluciones dedicadas a esta cuestión porque aunque el esquema es en todas el mismo, hay algunas pequeñas diferencias

Por ejemplo, la Resolución de 27 de mayo de 1992 trata de una sociedad limitada en la que el renunciante es su Administrador único. Los preceptos legales invocados por la Registradora esta vez fueron los artículos 78.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 174.15 del Reglamento del Registro Mercantil, equivalentes a los antes citados de la Ley de Sociedades Anónimas y del Reglamento. Lo que esta vez alegó el recurrente es que tales artículos se refieren a la escritura de constitución, pero que extraer de ellos que el Administrador debe permanecer en su cargo hasta que se logre conseguir uno nuevo es un salto analógico inadmisibles.

A pesar de esta diferencia de enfoque, la Dirección General no creyó necesario modificar en nada el fallo emitido el día anterior y reprodujo el mismo fundamento de Derecho segundo, que habla varias veces en plural de «los Administradores renunciantes», sin tener en cuenta que esta vez se estaba dirigiendo a un Administrador único. También volvió a citar, en apoyo de su decisión, el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, que nada tiene que ver con el Administrador único y muy poco con el valor, decisivo o irrelevante, que pueda atribuirse a la aceptación de la renuncia de los Consejeros.

Lo mismo sucede con las Resoluciones de 8 y 9 de junio de 1993, en las que varían los sujetos implicados (Administrador único de sociedad anónima, en la primera; Consejo de Administración de sociedad anónima con cargos caducados, en la segunda) y los argumentos de los recurrentes, pero no los fallos del Centro Directivo. Ello resulta censurable, en primer lugar, por la incoherencia que supone hablar de «los renunciantes» cuando no hay más que uno, y en el segundo —lo que resulta más extraño—, porque a nadie se le ocurriera invocar la aplicación del artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual transcurrido un mes desde la caducidad de la inscripción del nombramiento de Administradores el Registrador debe cancelarla por nota marginal.

Parece, por tanto, que la Dirección General estimaba entonces que la importancia de esta cuestión es escasa y que unos párrafos escritos para un supuesto sirven para todo tipo de situaciones y casos. Y dejó sin resolver cuestiones tan cruciales como la de determinar, por ejemplo, en el caso de un Consejo, cuántos Consejeros pueden ir renunciando a sus cargos y dónde ha de frenarse por parte del Registro una dimisión en serie. En la Resolución de 26 de mayo de 1992 la Registradora insinuaba que al llegar a tres Consejeros las renunciaciones tenían que terminar, puesto que ése es el número mínimo de los integrantes de un Consejo. Pero también puede mantenerse que pueden inscribirse todas las renunciaciones menos la del último —al que cabe reconocerle facultad para convocar la Junta General—; o con un criterio más estricto, hay que dejar un número de Consejeros suficiente para que el órgano pueda reunirse válidamente

Estas cuestiones, que quedaban en el aire, han sido precisadas con relativo acierto por tres Resoluciones de 1994. En la de 24 de marzo se elevaron a públicos los acuerdos de una Junta de una Sociedad Anónima en la que se aceptó la renuncia al cargo de Administrador único y ante la imposibilidad de

encontrar una persona idónea que quisiera desempeñarlo se optó por dejarlo vacante.

Presentada copia de la escritura en el Registro, se denegó la inscripción diciendo que o bien se cubría la vacante producida en el órgano de administración o debía disolverse la sociedad por paralización de los órganos sociales. El criterio del Registrador, desarrollado en el informe, era que tras la reforma de la legislación mercantil no puede dejarse a la sociedad ni un solo instante sin órgano de administración. Frente a esto, el recurrente manifestaba que había cumplido al pie de la letra lo exigido por las Resoluciones de la Dirección que antes hemos comentado.

La Dirección dijo en esta ocasión que el Administrador dimisionario, al convocar una Junta General extraordinaria en la que como primer punto del día se incluía el nombramiento de un nuevo Administrador por renuncia del anterior, había llevado hasta donde las atribuciones de su cargo le imponían el deber de diligencia que le era exigible. Su facultad de dimitir, continuaba diciendo, no puede quedar condicionada a contingencias como la válida constitución de la Junta, la ausencia de acuerdo sobre el nuevo nombramiento o la incapacidad o incompatibilidad del designado, que están al margen de su voluntad y posibilidades.

Obsérvese, en primer lugar, que la Dirección no subordina la inscripción de la renuncia a la efectiva celebración de la Junta, sino a su simple convocatoria, ya que, como dice, su válida constitución es circunstancia ajena a la voluntad del renunciante. Pero también hay que resaltar que la Dirección aprovechó este recurso para resolver una de las lagunas que antes habíamos advertido: la de cuántas renunciaciones cabe admitir en un órgano plural de administración. El Centro Directivo optó por la solución más drástica, equiparando los casos en que el órgano queda totalmente vacante a aquellos otros en que deviene inoperante, como los de renuncia de un Administrador mancomunado o de un número de Consejeros que impide la válida constitución del Consejo de Administración. Conviene aquí advertir que este criterio es abiertamente opuesto al adoptado por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, que en su artículo 45 admite la posibilidad de «cese del Administrador único, de todos los Administradores que actúen individualmente, de alguno de los Administradores que actúen conjuntamente o de la mayoría de los miembros del Consejo de Administración sin que existan suplentes»; y en tal caso autoriza a cualquier socio a pedir del Juez de Primera Instancia del domicilio social la convocatoria de Junta General para nombrar nuevos Administradores.

También se pronunció la Dirección sobre la disolución a que, según el Registrador, se veía abocada la sociedad por falta de órgano. Pese a reconocer que la ausencia temporal de órgano de administración puede abocar a la sociedad a una situación de inoperancia que, de prolongarse, determinará la paralización de su funcionamiento, declaró que habría de ser la voluntad de los socios la que a través de Junta General, siempre susceptible de convocatoria (arts. 99 y 101 de la Ley de Sociedades Anónimas), decidiera poner fin a tal situación, bien proveyendo el cargo vacante, bien aceptando que su propia imposibilidad para lograrlo deriva en una causa legal de disolución, situación esta última que, además, podría ser apreciada judicial a solicitud de cualquier interesado.

En este recurso la Dirección General llamó la atención sobre un problema latente, pero sobre el que evitó pronunciarse al no haber sido objeto de la nota

de calificación La certificación en la que se recogían los acuerdos sociales (aceptación de la renuncia del Administrador único y declaración de dejar vacante dicho cargo) había sido expedida por el Administrador cesado. ¿Tiene este Administrador facultad para certificar las actas y acuerdos de la Junta General?

Si nos atenemos a una interpretación literal del Reglamento del Registro Mercantil, tendremos que concluir que no Las certificaciones deben ser expedidas, en todo caso, según el artículo 109.2 de dicho Reglamento, por persona que tenga su cargo vigente e inscrito en el Registro El problema, en este caso, es el de quién puede certificar de este acto para que tenga acceso al Registro. Tal vez la solución más pura sea la de estimar que la inscripción no puede practicarse por medio de una certificación y que debe acudir a los otros documentos que señala el artículo 107 Reglamento del Registro Mercantil, y de los que apenas sule hacerse uso. Pero es forzoso reconocer que en la mayor parte de los Registros Mercantiles suelen admitirse como inscribibles las certificaciones expedidas, como último acto de su cargo, por el Administrador que deja de serlo

La Resolución de 22 de junio de 1994 nos retrotrae al supuesto de hecho resuelto por la de 10 de julio de 1992: un Administrador único que renuncia a su cargo y requiere al Notario para que notifique la renuncia a la sociedad. Presentada la escritura en el Registro, se deniega la inscripción porque la sociedad queda acéfala, y debe convocarse Junta para el nombramiento de un nuevo órgano de administración La Dirección podía haber repetido al pie de la letra sus argumentos de 1992, como ya había hecho en los otros supuestos que hemos examinado antes. Sin embargo, prefirió dar un nuevo enfoque al problema y se dedicó a estudiar el significado de la notificación y la necesidad de aceptación de la renuncia.

En el fundamento de Derecho tercero la Dirección define la renuncia o dimisión —que es contrapartida de la facultad de separación que tiene la Junta— como una denuncia unilateral que requiere una declaración de voluntad unilateral y recepticia que vincula a su destinatario (la sociedad) y que en unos casos tiene unos efectos inmediatos, y en otros, retardados. Según la Dirección, son sus efectos inmediatos, tan pronto llegue a conocimiento de su destinatario, cuando, pese a la renuncia, subsiste la posibilidad de actuación del órgano de administración y la puesta en marcha por éste de los mecanismos tendentes a cubrir la vacante producida, ya sea ejercitando el derecho de cooptación o convocando Junta General. En cambio, sigue diciendo, se retrasarán cuando la renuncia deje a la sociedad sin órgano de administración y en tanto hayan podido entrar en juego los mecanismos legales o estatutarios llamados a cubrirla, pues aunque falte en nuestro Derecho societario una norma como la del Derecho italiano que expresamente lo establezca, ofrece suficiente base para ello la obligación general de diligencia que a los Administradores imponen los artículos 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (de 1953), y el de continuidad de la gestión hasta que se hayan podido tomar las disposiciones generales para ocurrir a esa falta del artículo 1.737 del Código Civil.

La Dirección General, por tanto, ha llegado al mismo resultado a que le condujeron anteriores recursos: que debe subordinarse la inscripción de la renuncia a la convocatoria de una Junta que pueda proveer a la solución de la situación creada. Pero lo ha justificado de manera algo más alambicada: no es que el Administrador no pueda renunciar, o que la renuncia no pueda

inscribirse. Lo que ocurre es que la eficacia de la renuncia queda demorada hasta ese momento.

El terreno en que la Dirección General trata de fundamentar esta doctrina es demasiado endeble como para soportar una construcción sólida. Sólo tenemos, como antes se dijo, el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil —norma de alcance exclusivamente registral— y el 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, que, se quiera o no, no pretende más que regular el funcionamiento interno de uno de los posibles órganos de administración de las sociedades mercantiles. Por eso es abusivo recurrir a este artículo, como se hace en este recurso, para sacar la conclusión de que la renuncia exige aceptación por parte de la sociedad, y que aunque se reduzca esa aceptación a una simple recepción de la voluntad del renunciante, sólo puede reputarse eficaz cuando lo es por el órgano social competente, que, evidentemente —dice con evidente satisfacción la Dirección—, no lo es el Conserje recepcionista de la misma. Y es que este argumento es de los que, a fuerza de querer probar tanto, no prueban nada. Habría que preguntar al autor de esta Resolución si seguiría equiparando conocimiento con aceptación si un Administrador mancomunado renunciase y notificase este acto no al Conserje, sino al otro Administrador mancomunado. Si se quiere decir algo coherente en esta materia distinto de lo pretendido por los recurrentes, hay que olvidarse del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y volver al centenario artículo 1.737 del Código Civil, aunque las doctrinas más modernas no quieran considerar al Administrador como un mandatario de la sociedad.

Desgraciadamente, la Resolución de 23 de junio de 1994 no sirve para aclarar las cosas en este punto porque, aunque se refiere a la renuncia de uno de los Administradores mancomunados, dicha renuncia se presentó ante la Junta General, con lo que estamos en el mismo caso resuelto el 24 de marzo del mismo año. Para lo que sí sirve es para demostrar la falta de consistencia del defecto que la Dirección percibió en aquella misma Resolución —figurar la certificación expedida por el Administrador único cesante— y que el Registrador no había consignado en su nota de calificación. En este caso, la certificación aparecía extendida por el Administrador mancomunado que quedaba al frente de la sociedad, pero también estaba suscrita por el Administrador dimisionario, aunque sin especificar en qué concepto. La Dirección dio por buena esta peculiar forma de certificar los acuerdos sociales porque —indicó— sirve para corroborar la realidad de la renuncia, cumpliendo con la exigencia del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil y, principalmente, porque del mismo modo que la pasividad de la Junta que no designa un nuevo Administrador no puede obstaculizar la inscripción de la renuncia, tampoco puede elevarse esa actitud a la categoría de obstáculo meramente formal a tal fin.

También hay que advertir que todo este esfuerzo de la Dirección General —supeditar, por unas razones más o menos bien expuestas, la inscripción de la renuncia o la convocatoria de la Junta General— puede quedarse en un simple buen propósito que no evite que la sociedad quede descabezada. Teniendo en cuenta que los plazos de duración del cargo de Administrador son máximos, nada impediría que pudieran designarse Administradores por un plazo muy breve (una semana, un mes o seis meses), transcurrido el cual la sociedad quedaría, pese a los meritorios esfuerzos de la Dirección General y de los Registradores Mercantiles, tan acéfala como si una epidemia hubiera terminado con la vida de sus Administradores y Consejeros. Y en estos casos

en que la marcha de los negocios sociales aleja en los posibles candidatos cualquier deseo de asumir el cargo de Administrador, acabaría llegándose, tarde o temprano, a una situación sin más salida que la disolución de la sociedad.

Estas dos Resoluciones de junio de 1994 terminan con una cláusula en la que la Dirección, frente a la pretensión de los recurrentes de que se les señalen los recursos que caben contra ellas, dice que es a los interesados a los que incumbe determinar qué concretas acciones, ante qué jurisdicción y en qué plazo pueden ejercitarse a la vista de la naturaleza del acto, de su autor y de su forma. Contrasta este pronunciamiento con el que contienen las Resoluciones dictadas en materia de nombramiento de auditores y depósito de cuentas, en las que expresamente se significa a los interesados «la posibilidad de su impugnación ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa».

J T. G M.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

POR ELENA MÚGICA ALCORTA

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: AUNQUE FALTE EL REQUERIMIENTO DE PAGO, NO SE PRODUCE INDEFENSION SI LA PARTE AFECTADA CONOCE EL JUICIO (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1994)

No se produce indefensión, aunque falte el requerimiento de pago, si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio, dentro o fuera del proceso, de la tramitación del juicio, a no ser que el conocimiento sea tan tardío que impida la adecuada defensa de sus derechos

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUSTITUCION DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD POR IMPOSIBILIDAD (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1994).

Hechos. Ante la imposibilidad por razón de edad del Presidente de la comunidad, uno de los propietarios, por convenio de los mismos, convoca y preside transitoriamente las Juntas

Doctrina de la Sentencia No se trata de un supuesto de nombramiento de Presidente de la comunidad, sino de mera sustitución, por razones debidamente justificadas y con la finalidad de no paralizar la actividad de la comunidad, que no acarrea la nulidad de los acuerdos de la Junta.

TUTELA JUDICIAL DEL DOMINIO.—SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. ADQUISICION POR USUCAPION —SERVIDUMBRE DE PASO: ADQUISICION POR PRESCRIPCION INMEMORIAL. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1994)

Nuestro ordenamiento jurídico confiere tutela judicial al propietario amenazado por el colindante a través de conductas o actuaciones lesivas no permitidas.

No cabe invocar unas servidumbres de luces y vistas y de paso adquiridas por usucapión y por prescripción inmemorial sin haber probado tales hechos.

PROPIEDAD HORIZONTAL. CONTRIBUCION A LOS GASTOS COMUNES.—COMUNIDAD PARTICULAR DE VIVIENDAS INCARDINADA EN OTRA MAS AMPLIA GENERAL.—LEGITIMACION PROCESAL DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1994).

Las contribuciones a los gastos comunes reclamadas a los comuneros deben corresponderse a sus respectivas cuotas de participación

Tratándose de una comunidad incardinada en otra más amplia general, es suficiente la representatividad o legitimación de ésta a través de su Presidente en la acción ejercitada al amparo del artículo 9, regla 5.ª, Ley de Propiedad Horizontal, a la vista de la exigencia formal del artículo 12, párrafo 1.º, Ley de Propiedad Horizontal

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: NO TIENE VALOR CONSTITUTIVO —TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO ANTERIOR AL EMBARGO.—FE PUBLICA REGISTRAL: PROTECCION DEL TERCERO HIPOTECARIO FRENTE AL EMBARGO NO ANOTADO.—TERCERO HIPOTECARIO. REQUISITO DE PREVIA INSCRIPCION DEL TITULAR ANTERIOR (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1994).

Esta Sentencia reitera las siguientes doctrinas jurisprudenciales:

Primera —El embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro, lo cual no puede condicionar su existencia ni tener valor constitutivo.

Segunda.—Para que pueda prosperar la tercería de dominio el tercerista no sólo ha de esgrimir un título dominical válido, sino que su adquisición ha de ser cronológicamente anterior a la fecha de la traba del embargo

Tercera.—En caso de falta de anotación del embargo, el Juzgador no debe permitir que se amparen en la falta de publicidad formal ni el deudor ni quienes con él contrataron, cooperando a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, y todo ello sin perjuicio de proteger al tercero hipotecario que apoyó su adquisición en la ausencia de cargas registrales. En el supuesto de autos el tercerista no puede ser considerado como tercero hipotecario al faltar uno de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cual es el de que el tercero adquiera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo.

SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO: EL ARTICULO 567 DEL CODIGO CIVIL NO EXCLUYE EL DERECHO DEL ADQUIRENTE DE EXIGIR PASO POR OTRA HEREDAD VECINA PREVIA INDEMNIZACION (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1994).

La obligación de dar paso sin indemnización se establece en el artículo 567 del Código Civil entre quienes —vendedor, permutante o copartícipe y adquirente— intervienen en la transmisión de la finca, y tiene su razón de ser en el deber de entregar la cosa en condiciones de poder ser disfrutada, pero no excluye absolutamente la posibilidad de que el adquirente exija paso por otra heredad vecina, previa la correspondiente indemnización (art. 564, párr. 1º).

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE UNIDAD DE EXPLOTACION (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1994).

Hechos: Acción de división sobre una unidad de explotación compuesta por varias fincas registrales.

Doctrina de la Sentencia: No es obstáculo a la división que su objeto sea una unidad económica o conjunto de fincas rústicas registralmente independientes. Pero la división no incluye las fincas vendidas con anterioridad que pertenezcan a terceros.

TERCERIA DE DOMINIO INTERPUESTA POR UN CONYUGE SOBRE BIEN PRIVATIVO (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1994).

Prospera la tercería impuesta por un cónyuge que adquirió el inmueble con carácter privativo y antes del embargo.

ACCESION INVERTIDA —SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS— COMPUTO DE LA DISTANCIA EN CASO DE CONSTRUCCION EXTRALIMITADA (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1994).

La construcción extralimitada es una modalidad de acceso a una casa o porción de ella por el propietario de otra dotada de preeminencia en atención a razones de política económica, social y de buena vecindad, siempre que el constructor, procediendo de buena fe, haya edificado en parte sobre suelo ajeno y en parte sobre fundo propio y, desde luego, abone al dueño del terreno ocupado no sólo el valor de éste, sino también la indemnización reparadora de los daños y perjuicios causados, comprensivos del menoscabo patrimonial sobre el resto de la finca.

La distancia del artículo 582 del Código Civil se cuenta en caso de construcción extralimitada desde la zona ocupada por la edificación.

COMUNIDAD DE BIENES «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE FINCAS SUJETAS A UN PLAN DE ORDENACION URBANA QUE SE EJERCITA CONFORME AL SISTEMA DE COMPENSACION (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1994).

Si la comunidad de bienes recae sobre fincas sujetas a un Plan de Ordenación Urbana que se ejercita conforme al sistema de compensación, cabe ejercitar la acción de división por vía de subasta pública (arts. 400 y 401 CC). La inclusión en el Plan impide la división material de las fincas (art. 104.1 RGU) pero no obsta la enajenación, con cumplimiento de todas las formalidades sobre todo en orden a la publicidad de la situación jurídico-administrativa de la finca, dado que el adquirente se subroga en la posición del enajenante en punto a sus derechos y obligaciones contraídas administrativamente en referencia a la Junta de Compensación y a lo establecido en sus bases de actuación y estatutos (art. 126 LS).

SERVIDUMBRES: CONSTITUCION POR SIGNO APARENTE O POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1994).

Confirma la constitución de unas servidumbres de luces y vistas y desagües de los edificios mediante un signo aparente establecido por el que fue propietario de los inmuebles, quien edificó y los transmitió en dos porciones, sin que al tiempo de separar la propiedad de las fincas expresara nada en contrario a la servidumbre ni hiciera desaparecer los signos.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO.—DOBLE INMATRICULACION: SE APLICA EL DERECHO CIVIL PURO (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1994)

Hechos: Supuesto idéntico al contemplado en la Sentencia de 29 de enero de 1992. acción declarativa de dominio respecto de finca incluida en otra de mayor extensión, ambas registradas bajo números diferentes.

Doctrina de la Sentencia: Reitera que por sí solas **no justifican el dominio** las certificaciones del Catastro o Amillaramiento o Registro Fiscal ni las expedidas por los Secretarios de los Ayuntamientos.

En materia de **dobles inmatriculación**, se cita la Sentencia de 30 de diciembre de 1993 «Ha de resolverse la pugna conforme al Derecho Civil puro con exclusión de las normas de índole hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad».

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES DE USO RESTRINGIDO A LOS TITULARES DE PISOS (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: En las escrituras de división horizontal y ventas de plazas de garaje se limita el acceso a éstas por la rampa del propio garaje

Doctrina de la Sentencia: Los titulares de plazas de garaje no tienen derecho a usar el portal del inmueble por las dos razones siguientes: primera, al adquirir

sus plazas de garaje aceptaron que la entrada a las mismas tendría lugar por la rampa, y segunda, si bien el portal es elemento común del inmueble, no es de uso necesario para los meros titulares de plazas de garaje que no lo sean de pisos.

ACCION DE DESLINDE: NO ES PRECISO DEMANDAR AL COLINDANTE POR LINDERO CIERTO (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1994).

No es preciso ampliar la acción de deslinde al colindante cuya conexión territorial está perfectamente delimitada y a cuyos intereses no puede afectar o repercutir los efectos de la Sentencia que se dicte.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA.—USUCAPION: REQUISITOS DE JUSTO TITULO Y DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1994).

Toda acción dominical (sea la meramente declarativa del dominio, sea la reivindicatoria) precisa la plena identificación del bien.

Uno de los requisitos de la prescripción adquisitiva ordinaria es el de justo título (art. 1.940 CC), que además conforme al artículo 1.954 CC ha de ser probado (no se presume nunca). Según reiterada doctrina no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador, sin que exista ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño debe presumirse.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO Y REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA —PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA NATURALEZA NO ES UNA ACCION AUTONOMA (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la acción, que el primero consideró declarativa de dominio y la segunda evitó calificar por faltar el requisito de identificación de la finca. El actor recurre en casación, alegando que no se trataba de una acción reivindicatoria ni declarativa de dominio, sino de una «acción declarativa de la titularidad hipotecaria en concepto de dueño» para la que basta acreditar la inscripción del derecho de propiedad.

Doctrina de la Sentencia: Se está ejercitando una acción de carácter dominical, bien declarativa de dominio, bien reivindicatoria; ambas precisan el requisito de identificación de la finca.

No puede sostenerse, tal como pretenden los recurrentes, la autonomía y plena sustantividad de la acción formal del artículo 41 LH, por cuanto que: o el contenido registral no es cuestionado, en cuyo caso estaríamos en presencia de una especie de acción de alarde *ad extra* o casi de jactancia en la idea de que se tratará de airear con la tutela judicial algo que deriva de la propia verdad registral; o, en caso contrario, si esa verdad registral se ve perturbada, aunque no lo sea por vías de hecho, ello abocará en el planteamiento contencioso de las acciones correspondientes de tutela del dominio que, básicamente, son la reivindicatoria y la declarativa.

Comentario: Esta Sentencia, junto con la reseñada *infra* de 29 de octubre de 1994, son unas de las pocas del Tribunal Supremo que tratan del «más fuerte de los efectos activos de la inscripción», según LA RICA. el artículo 41 LH. En concreto, la naturaleza del proceso que regula dicho precepto se abordó en la Sentencia de 17 de julio de 1960 —que afirmó con ROCA el carácter del juicio petitorio o de propiedad, si bien en fase de ejecución— y en la que ahora destacamos.

La naturaleza del procedimiento del artículo 41 LH plantea diferentes cuestiones. Primera, si es un **proceso de ejecución, de cognición, mixto, especial, interdictal, posesorio, provocatorio, monitorio...** Segunda, si tiene carácter **posesorio o petitorio**. Problemas ambos que la presente Sentencia no precisa resolver. En tercer lugar se discute si es un **proceso de ejercicio de otras acciones** o es, como sostienen COSSÍO, LACRUZ y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, una **acción real, especial y distinta** de las tradicionales. El fallo que comentamos niega rotundamente «la autonomía y plena sustantividad de la acción formal del artículo 41 LH». En íntima conexión con lo anterior, se preguntan los autores las acciones que pueden ejercitarse en este procedimiento y citan normalmente la reivindicatoria, confesoria, negatoria y análogas de carácter real (ROCA, SANZ). El Tribunal Supremo admite aquí la reivindicatoria y la declarativa y se refiere también, a título de *obiter dictum* y en condicional, a una acción de alarde *ad extra* o de jactancia, cuya inutilidad reconoce. Acciones que parecen exceder del supuesto de perturbación del derecho del titular registral y de la finalidad y alcance del artículo 41 LH.

TERCERO HIPOTECARIO: NO ESTA PROTEGIDO FRENTE A LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: Ventas realizadas, durante el período de retroacción de la quiebra, partiendo de la entidad quebrada y a lo largo de una cadena de tres sucesivos compradores. La Audiencia Provincial declaró la nulidad de tales ventas por apreciar mala fe en la quebrada y en los adquirentes, «a más de constar en el Registro notas marginales en las que se hace referencia a la retroacción de la quiebra».

Doctrina de la Sentencia: Resultando nulo el primitivo contrato, el adquirente carece de la buena fe requerida por el artículo 34 LH. Este vicio de origen se arrastra en las posteriores adquisiciones, aún sin tener en cuenta que éstas no confieren la condición de terceros a los respectivos compradores. El artículo 878, párrafo 2.º, del Código Civil no hace distinción alguna de su impenetrabilidad al régimen registral.

Comentario: Tropezamos de nuevo con el interesante problema de la pugna entre los artículos 878, párrafo 2.º, CCom y 34 LH. El Alto Tribunal se decanta por la aplicación del primero y la ignorancia del último, como ya hiciera en Sentencias de 17 de marzo de 1985 ó 15 de noviembre de 1991, y que obligarán al adquirente de derechos reales a investigar la solvencia del transmitente inmediato y de los anteriores en cuanto alguno de ellos tuviera la condición de empresario. Aunque la doctrina es conocida, no deja de sorprender la lectura completa del presente fallo, cuando menos en algunos aspectos: carece de una sólida argumentación; son estériles tanto la diferencia que hace entre adquirente y subadquirentes como la negativa a considerarlos terceros del artículo

34 LH; subyace un oscuro entendimiento del principio de fe pública registral y de la presunción *iuris et iure* de exactitud registral a favor del tercero hipotecario; difícilmente puede entenderse la aplicación del *resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum* a la sucesión de asientos registrales, salvo que el Registro publique la titularidad interina, de pendencia o carente de firmeza.

Permitásenos completar el cuadro con la cita de algunos autores que mostraron su inquietud por la inseguridad del tráfico jurídico inherente al sistema de retroacción: GARRIGUES, VICENT CHULIÁ, BROSETA, GONZÁLES HUEBRA, GÓMEZ DE LA SERNA Y REUS, ROCA, OLIVENCIA, BILBAO ARÍSTEGUI, ROJO, JOSE MANUEL GARCÍA GARCÍA, GÓMEZ GÁLIGO, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, MARTÍN REYES. También hubo Sentencias que miraron por el tercero hipotecario: 9 junio 1932, 31 mayo 1960, 1 febrero 1974. Recientemente, son interesantes pronunciamientos que invocan una «línea de aperturismo a la realidad de los tiempos» (12 marzo 1993), reconocen que «el artículo 34 LH tiene una virtualidad que no es dable desconocer» y que «la transmisión de los derechos reales que integran el dominio de la finca o local enajenado permanece incólume protegido por la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario» (20 septiembre 1993) o apunta hacia «soluciones avanzadas por la doctrina a propósito de la protección que para el tercer adquirente se derivarían de la legislación hipotecaria (es decir, la protección del subadquirente, quien adquiere del adquirente inscrito del quebrado)» y «las orientaciones del anteproyecto de Ley Concursal, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación» (11 julio 1990).

Ciertamente, la solución pasa por el legislador, previa ponderación meditada de los intereses en juego (seguridad en el Derecho Patrimonial Estático versus Dinámico, obligaciones mercantiles versus titularidades reales). Entre tanto, esa valoración se convierte en ardua tarea confiada a Jueces y Tribunales, según las circunstancias del caso.

COMUNIDAD DE BIENES «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO»: NO CABE DISCUTIR CUESTIONES DE PROPIEDAD ENTRE LOS COMUNEROS —LEGITIMACION REGISTRAL (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1994).

En la acción divisoria no cabe discutir cuestiones de propiedad entre los comuneros

El titular registral goza de la apariencia formal y registral de su titularidad, mereciendo, pues, la protección que se dispensa a los derechos reales en el Registro de la Propiedad (arts 1 y 38 LH)

TERCERO HIPOTECARIO: NO LO ES EL QUE ADQUIERE CON VICIOS EN SU TITULACION (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1994)

Hechos: Inscrita la adquisición de una finca en subasta pública, como consecuencia de un procedimiento administrativo de apremio, la subasta es declarada nula

Doctrina de la Sentencia: Según reiterada doctrina, para que el artículo 34 LH sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 LH y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege

frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 no es una excepción al anterior artículo 33.

CESION DE CREDITO HIPOTECARIO: NULIDAD PARCIAL POR FALTA DE PARTE DE OBJETO.—EJECUCION HIPOTECARIA: SOLO PUEDE REALIZARSE POR EL CREDITO SUBSISTENTE (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: Las sucesivas escrituras de cesión de crédito hipotecario consignan un principal de cuarenta millones, cuando éste había quedado reducido a catorce en virtud de amortización parciales

Doctrina de la Sentencia: El TS actúa como órgano de instancia sobre pedimentos no resueltos y declara la nulidad parcial de las escrituras de cesión de crédito hipotecario por falta de parte de su objeto (art. 1.261.2^o CC, *nemo dat quod non habet*), así como la cancelación parcial o rectificación de las inscripciones registrales a que dichas escrituras públicas dieron lugar.

Reducido el *quantum* del crédito hipotecario mediante pagos parciales, la posterior ejecución hipotecaria sólo podrá hacerse por la parte de deuda vigente.

AGUAS: AGUAS PRIVADAS PROCEDENTES DE POZOS CONFORME A LA LEGISLACION ANTERIOR (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos Se discute la preferencia entre los contendientes sobre el uso de las aguas de un acuífero subterráneo, conforme a la Ley de Aguas de 13 de julio de 1879.

Doctrina de la Sentencia. Cita la Sentencia de 9 de julio de 1987: «El respeto a los derechos adquiridos se funda en la prioridad del alumbramiento y utilización, sin que en ello incidan en sentido obstativo las omisiones de inscripción o autorización administrativa». Añade que, conforme a la DT 4.^a, apartado 3, de la vigente Ley de Aguas de 1985, las infracciones administrativas únicamente originarán multas coactivas. Señala en dicho sentido la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que en su fundamento octavo corrobora esta tesis.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO». PUEDE ACUMULARSE A LA DECLARATIVA DE DOMINIO.—NO ES PRECISO DEMANDAR AL TITULAR DE UNA RESERVA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1994).

El actor puede acumular a la acción de división la declarativa de dominio, ya que si, por una parte, la Sentencia en que se accede a tal pedimento es declarativa y no constitutiva, por otra resultaría ilógico obligar al actor a ejercitar tan sólo su acción declarativa de condominio y, una vez que ésta hubiese prosperado, ejercitar una nueva acción de división.

No es preciso demandar al titular de una reserva de dominio cuyos derechos no quedan afectados por la división de la cosa entre los condóminos.

PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA: NO PRODUCE LITISPENDENCIA —USUCAPION EXTRAORDINARIA. REQUISITOS (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1994).

El **procedimiento del artículo 41 LH** no produce litispendencia dado lo dispuesto en su párrafo último. No existe obstáculo legal alguno que impida acudir al juicio declarativo aun antes de que haya recaído Sentencia en el juicio sumario del artículo 41 LH.

La **prescripción extraordinaria** del artículo 1.959 CC sólo requiere la posesión ininterrumpida de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, aunque aquella posesión haya de ser a título de dueño.

POSESION· COPOSESION POR LOS TITULARES DE VIVIENDAS DE UNA URBANIZACION SOBRE EL APARCAMIENTO COMUN (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos. En una urbanización algunos titulares de viviendas unifamiliares cerraron trozos de terreno destinados a aparcamiento común.

Doctrina de la Sentencia.—El TS califica la situación de coposesión respecto a las zonas y terceros no exclusivos particulares, conforme a los artículos 445 y 450 CC. Frente al cerramiento por parte de algunos titulares, el artículo 446 CC concede el amparo reivindicativo de la situación posesoria, con mayor intensidad cuando es plural y compartida por los propios despojantes. No puede oponerse prescripción por el transcurso de un año (arts. 460.4.º y 1.968.1.ª CC) por tratarse no de pérdida y recuperación de la posesión, sino más bien de acceso a la coposesión por uno de los interesados y en beneficio de los demás

LEGITIMACION REGISTRAL. LA PRESUNCION DE EXACTITUD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO.—PROPIEDAD HORIZONTAL· PATIOS ELEMENTOS COMUNES POR NATURALEZA Y POR DESTINO. DESAFECCION INICIAL Y POSTERIOR DE ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1994)

La presunción del artículo 38.1 LH es una presunción *iuris tantum* y, por lo tanto, está sometida a una eventual refutación o demostración en contrario.

Cita la Sentencia de 5 de abril de 1993 sobre el carácter común de los patios interiores de un edificio. Tales patios siguen manteniendo la conceptualización legal como elementos comunes, pues no ha tenido lugar la desafección inicial ni posterior, que puede proyectarse sobre aquellas partes del edificio que no siendo por su propia estructura esenciales lo son por destino o accesoriidad. La desafección debe ser acordada en Junta de Propietarios y por unanimidad conforme al artículo 16.1 LPH

BIENES DE DOMINIO.—LOS VIALES DE TODA URBANIZACION CEDIDOS GRATUITAMENTE A LOS AYUNTAMIENTOS SON DE USO PUBLICO (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1994).

La cesión gratuita a los Ayuntamientos de los viales de toda urbanización viene impuesta por el artículo 83.3.1.º del TR de la Ley del Suelo de 9 de abril

de 1976 y carece de sentido el pretender mantener su naturaleza de propiedad privada.

No corresponde a la jurisdicción civil examinar la legalidad del Plan General de Ordenación Urbana ni del acto administrativo por el que el Ayuntamiento ha atribuido al vial el carácter de calle de uso público.

USUCAPION «SECUNDUM TABULAS».—ADQUISICION DEL DOMINIO: TITULO Y MODO.—«TRADITIO FICTA». ES REFORZADA POR LA INSCRIPCION.—LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION POSESORIA.—DONACION DE BIENES INMUEBLES (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1994).

La inmatriculación se efectuó en 1957, por lo que el titular registral tenía en su favor no sólo el título de su adquisición, sino cualquier clase de usucapion (ordinaria o extraordinaria).

En la adquisición del dominio mediante escritura pública de compraventa, reuniendo el adquirente todas las condiciones del artículo 34 LH, se producen los siguientes efectos: 1.º Tiene plena operatividad la equivalencia entre tradición y otorgamiento de escritura pública, no resultando ni deduciéndose lo contrario de la misma; 2.º Al existir tradición, se ha cumplido la exigencia impuesta en el artículo 609 CC para adquirir el dominio (título y tradición), 3.º La eficacia de la tradición en cualquiera de sus formas sólo queda enervada cuando el tradente no tenía la posesión a título de dueño de la cosa (inmediata o mediata, a través de la posesión de otro en concepto distinto del de dueño), 4.º El tradente tenía a su favor la presunción de posesión que otorga el artículo 38 LH al titular inscrito

El artículo 633 CC es forma constitutiva de la donación de inmuebles. Su ausencia determina la nulidad o inexistencia de la donación, que puede ser apreciada de oficio, y la consiguiente ineficacia de la escritura de compraventa que otorga el donatario.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. NATURALEZA Y OBJETO (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1994).

La acción declarativa de dominio es una acción real improcedente cuando se ejercitan los derechos derivados de un contrato

EJECUCION HIPOTECARIA. ESPECIALIDADES EN FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO. INCONSTITUCIONALIDAD (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1994).

Aplica la STC 5 mayo 1994 en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 y la supresión del sistema de subrogación legal del adquirente

ADQUISICION DE DOMINIO TITULO Y MODO.—TRADICION REAL (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1994).

Hechos: Adquisición de VPO en documento privado de compraventa con posteriores actos de posesión del comprador.

Doctrina de la Sentencia: Considera operada la tradición real del inmueble (art 1.462, párr 1º, CC), modalidad de entrega considerada jurisprudencialmente preferente y no condicionada al libramiento de la cédula de calificación definitiva.

RETRACTO DE COMUNEROS: NO PROCEDE CONTRA EL COMUNERO CUANDO SE ENAJENA CUOTA DE UNA SUBCOMUNIDAD (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1994)

Cabe admitir la coexistencia dentro de una comunidad más amplia de una comunidad inferior sobre una de las cuotas de la comunidad. En tal caso, si se enajena una cuota de la subcomunidad no puede considerarse extraño el artículo 1.522 CC al comunero de la comunidad envolvente porque no es un tercero por completo ajeno a la comunidad

LEGITIMACION REGISTRAL. LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL ABARCA LOS LINDEROS Y PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1994).

Hechos: Un copropietario ejercita la acción de división sobre un garaje común. El otro condómino se opone alegando que, aunque de los linderos que figuran en la inscripción registral resulta que el garaje tiene salida a la vía pública, en realidad tal garaje se integra en la edificación construida por él en local de su propiedad.

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se plantea una controversia sobre aspectos de extensión o delimitaciones de cuanto consta en el Registro, deberá prevalecer sólo si frente a ello no existen otros medios probatorios en contra. En el caso del litigio se ha probado la quiebra de una verdad formal y debe prevalecer la realidad extrarregistral sobre la registral respecto a los datos físicos de los terrenos.

Comentario: Esta Sentencia mantiene abierto el debate sobre la **extensión de la presunción de exactitud registral a las circunstancias de hecho**. AZPIAZU consideró que la presunción legitimadora alcanza también a los datos de hecho que reflejan las inscripciones, apoyándose en las Sentencias 21 marzo 1953 y 25 enero 1958. ROCA estimó plausible la jurisprudencia sentada en aquellas Sentencias, junto con la de 20 octubre 1949, en cuanto presume exactos los datos relativos a la extensión superficial y linderos de la finca inmatriculada, siempre a los efectos de legitimación registral y no en cuanto a la fe pública, sin embargo, entendió que el artículo 38 1 LH hubiera debido ser más explícito en este importante aspecto del valor del contenido del Registro.

Para CAMY, por el contrario, la declaración registral sobre las circunstancias físicas sólo recoge las afirmaciones de las partes, sin prueba alguna al respecto y sin calificación que asegure su veracidad, por lo que produce muy distintas consecuencias legales que las circunstancias de orden jurídico.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA destaca que el artículo 38, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria no distingue entre datos físicos y datos jurídicos, sino que establece una presunción «en la forma determinada por el asiento respectivo», del que forma parte esencial la descripción de la finca. En un detenido estudio de las resoluciones del TS, distingue este autor:

— Sentencias que extienden la legitimación registral a los datos físicos: 21 marzo 1953, 25 enero 1958, 31 enero 1970, 27 enero 1973. En grupo aparte, por su importancia: 20 mayo 1974, 7 abril 1981 y 2 febrero 1984; por la peculiaridad del supuesto debatido: 10 noviembre 1986. Late también la idea de que la legitimación se extiende a los datos físicos en la Sentencia 18 marzo 1967.

— Sentencias no favorables a la extensión. 6 febrero 1947, 5 diciembre 1949, 13 mayo 1959, 16 noviembre 1960, 31 octubre 1961, 29 abril 1967, 16 abril 1968, 6 febrero 1987, que no se consideran, sin embargo, convincentes ni suficientes para destruir aquella línea jurisprudencial.

COMUNIDAD DE BIENES. «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO». NO ES PRECISO DEMANDAR AL ARRENDATARIO NI A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1994)

En la acción de división de la cosa común no puede surgir la figura del *litis consorcio* pasivo necesario respecto de arrendatario, dado que aquélla sólo proyecta eficacia entre los partícipes y sus causahabientes, sin perjuicio a terceros, quienes conservarán sus derechos reales y personales (art. 405 CC).

Aun cuando la división de la cosa común implique la división material de pisos o locales, no es preciso dirigir la acción contra la comunidad de propietarios dada la intangibilidad de sus derechos respecto a la modificación de las cuotas de participación.

USUCAPION. REQUISITO DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1994).

Si bien los artículos 447, 1.940, 1.941 y 1.959 CC permiten la prescripción dominical de inmuebles, tal resultado exige la posesión en concepto de dueño y no de arrendatario como en el caso de autos.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE BIENES GANANCIALES. BASTA LA NOTIFICACION AL CONYUGE NO DEUDOR—ABUSO DEL DERECHO (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1994).

El artículo 144 RH permite dirigir la acción sólo contra el esposo deudor, siempre que se notifique a la esposa la existencia del proceso y la práctica del embargo. La esposa no puede pretender que se le conceptúe a todos los efectos como demandada, bastando la notificación.

Se recogen las aportaciones jurisprudenciales sobre la figura del abuso del derecho: los elementos de la histórica Sentencia de 14 febrero 1944, la posterior profundización en el aspecto subjetivo; el carácter excepcional y aplicación restrictiva de la institución, que no puede invocarse cuando el exceso está amparado por un precepto legal.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. REQUISITOS (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1994).

Procede la declaración de propiedad cuando el actor demuestra su dominio, la identidad de la cosa y la arrogación por los demandados de un derecho de propiedad que no les corresponde.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SU FALTA O CADUCIDAD NO IMPIDE LA SUBSISTENCIA DEL EMBARGO NI LA PROSECUCION DEL APREMIO —ACCION PAULIANA: CARACTER SUBSIDIARIO (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1994).

Hechos: Embargado un inmueble, el deudor ejecutado lo vende en escritura pública. El Banco acreedor ejercita acción rescisoria del contrato de compraventa en fraude de acreedores.

Doctrina de la Sentencia. La subsistencia del embargo no está supeditada a su anotación en el Registro de la Propiedad ni a la vigencia de la anotación practicada, no impidiendo la falta de esa anotación la prosecución de la vía de apremio.

Falta la fundamental premisa de la acción rescisoria ejercitada, la subsidiariedad, cuando el Banco no impulsa adecuadamente el juicio ejecutivo ni pide la venta en pública subasta, dejando caducar la anotación de embargo.

VALOR DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1994)

Esta Sentencia cita dos Resoluciones DGRN, 24 junio 1897 y 28 junio 1899, relativas al consentimiento tácito en la partición, «no existiendo doctrina jurisprudencial sobre el tema», «a título de complemento y en sentido argumental»

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1994).

Es ineludible requisito de la acción reivindicatoria y declarativa de dominio la prueba del título de propiedad del actor. No concurre la necesaria claridad y fijeza que debe presidir la existencia del título en una compraventa cuando no resulta probada la realidad del precio cierto ni el apoderamiento del intermediario

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE LA BUENA FE —USUCAPION «CONTRA TABULAS» FRENTE A TITULAR REGISTRAL QUE NO ES TERCERO HIPOTECARIO —COMPRAVENTA: PROHIBICION DEL ARTICULO 1.459 5.º DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1994).

No tiene la condición de tercero hipotecario el titular registral que carece de buena fe, dado el conocimiento o las posibilidades racionales de saber que la finca adquirida estaba siendo poseída por el usucapiente.

La titularidad dominical del usucapiente, por lo dispuesto en el artículo 1.957 CC para la prescripción ordinaria de bienes inmuebles, debe afectar a la titularidad registral en la modalidad de usucapición *contra tabulas*.

No está exenta de perjuicio (*ex art. 1.459.5° CC*) la conducta del Procurador adjudicatario en subasta judicial con facultades de ceder el remate que luego hizo la cesión a favor de sus hijos.

POSESION DE MALA FE: NO LO ES POR LA MERA INTERRUPCION LEGAL DE LA POSESION POR LA DEMANDA.—RESTITUCION DE FRUTOS CIVILES AL VENCEDOR EN JUICIO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1994).

No puede considerarse de mala fe al poseedor por la mera interrupción legal de la posesión legal por demanda (art. 1.945 CC). Tal poseedor debe restituir únicamente los frutos percibidos durante la sustanciación del pleito, no los que el actor victorioso pudiera haber percibido (arts. 451, párr. 1.°, y 455 CC)

IMPUGNACION DE RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1994).

Hechos: Se interpuso demanda contra el Ministerio Fiscal sobre impugnación de Resolución DGRN. El Tribunal Supremo anula todo el proceso por defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal

Doctrina de la Sentencia: Las Resoluciones DGRN, como emanadas de un órgano de la Administración del Estado, a la que pertenece naturalmente la DGRN, corresponde a la Abogacía del Estado (art. 447 LOPJ) y no al Ministerio Fiscal.

PROPIEDAD HORIZONTAL: FUENTES. DESAFECTACION INICIAL Y POSTERIOR DE ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1994).

El sistema de fuentes de la propiedad horizontal es el siguiente artículo 396 CC a título de regla general; Ley 49/1960; y voluntad de los interesados manifestada en debida forma (arts. 5 3.° y 16, normas 1.ª y 2.ª), siempre que no contradiga los principios fundamentales de dicho régimen de propiedad, por ser su normativa de derecho minuscuamperfectamente necesario. El CC sólo tiene carácter suplementario por aplicación de su artículo 13 2.

Un elemento en principio común (patio) puede ser desafectado de dos formas: inicial o atributiva *ab initio* —reserva de titularidad—, cuando así se ha constatado en el título constitutivo, y *a posteriori* —técnicamente auténtica desafectación—, a virtud de acuerdo unánime (art. 16, norma 1.ª, LPH)

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1994).

COMUNIDAD DE BIENES. DIVISION DE LA COSA COMUN (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1994).

A ningún comunero se le puede negar la facultad de pedir la disolución de la comunidad aunque ésta sea una situación deliberadamente buscada y la

división vaya a mejorar la posición económica del condómino. Tal conducta no es contraria a la buena fe ni abusiva

USUCAPION: REQUISITO DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. COMPUTO DEL PLAZO (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1994)

La posesión exigida para la usucapión ha de ser en concepto de dueño (arts. 1.941 y 447 CC), basada en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico. No han de tenerse en cuenta los actos de mera condescendencia del efectivo propietario (art. 444 CC en relación al 1.942) ni la posesión a espaldas del *verus dominus* y con clandestinidad.

El plazo prescriptivo comienza a correr desde el momento en que se inicia la tenencia posesoria como dueño

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

DEBERES DE LOS MEDICOS EN EL TRATAMIENTO DE LOS PACIENTES
(SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1994.)

Hechos.—Un señor, padre de tres hijos pequeños en su matrimonio, acudió a un médico para hacerse la vasectomía. La operación fracasó, pues la esposa quedó nuevamente embarazada y dio a luz a dos mellizos. El médico es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—La obligación de medios a emplear por el médico puede condensarse en los siguientes deberes: utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, debiendo ser exigida la diligencia que el Derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo; informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo del diagnóstico de la enfermedad, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse; continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, en los supuestos de enfermedades crónicas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios.

Si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación, que es todavía de medios, se intensifica.

EL VENDEDOR HA DE FACILITAR LA CORRECTA TITULACION PARA QUE EL COMPRADOR PUEDA INSCRIBIR EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El hecho de que la inscripción registral no sea constitutiva, como se alega por la parte vendedora, no la exime de la obligación de facilitar la correcta titulación de los inmuebles que se vendieron para adecuar el Registro de la Propiedad a la realidad jurídica, de suerte que al pedirse en la demanda el cumplimiento de la obligación con la total reclamación del precio de la compraventa, por razones de hermenéutica y de economía procesal, ha de venir obligado y así se dispone al cumplimiento de las obligaciones recíprocas por la parte vendedora.

ES INDISPENSABLE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN UN PLAZO PRUDENCIAL EN EL SUPUESTO DE DISOLUCION DEL ARTICULO 1373. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia —En materia de bienes conyugales, tiene también dicho la Sala que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de propiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido, y no habiéndose disuelto y liquidado la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente, no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legitima para entablar la tercería de dominio.

La situación jurídica de la mujer respecto de los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de tercero.

El procedimiento que contempla el artículo 1.373 del Código Civil es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio. La falta de normas legales de carácter procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción y de la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma en que ha de practicarse la liquidación, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de la forma convencional, de tal suerte que sólo ante la oposición del cónyuge deudor o de los acreedores que se crean defraudados sería necesario aludir a la liquidación judicial, debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para la práctica de la misma. Esta liquidación resulta indispensable para la identificación del bien que el Juez ejecutor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1.373, pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial inicialmente embargado se podría hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba habría que extender ésta a todo el caudal ganancial.

Cuando el ejercicio de derecho de opción, o la práctica de liquidación, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir, fuera del plazo concedido,

o del transcurso de uno prudencial en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el acreedor se vea totalmente frustrado en sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito.

NO ES APLICABLE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO EN LOS SUPUESTOS DE COLISION DE VEHICULOS DE MOTOR (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1994)

Doctrina de la Sentencia —Tiene declarado esta Sala con reiteración que en los supuestos de colisión entre vehículos de motor no es aplicable el principio de inversión de la carga de la prueba, ni de la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo ha de seguirse el criterio ya establecido en las Leyes de Partida (Partida 7.ª, Título 34, Leyes 18 y 22), que si bien no podían prever la colisión de vehículos en el sentido moderno, determinó que «*la culpa de uno non debe empescer a otro que non haya parte*», es decir, teniendo en cuenta que el término «empescer» equivale al actual «empecer» (dañar o perjudicar), la culpa de una persona no debe perjudicar a otra que no tenga parte en esa culpa.

SOLO EL ARRENDADOR PUEDE IMPUGNAR EL EMBARGO DEL TRASPASO DE UN LOCAL DE NEGOCIO CUYO TRASPASO ESTABA PROHIBIDO CONTRACTUALMENTE (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1994)

Doctrina de la Sentencia —El traspaso en ejecución forzosa permite a los acreedores cobrar con su producto, al arrendador conservar el derecho de retracto y, por otra parte, le impone un nuevo arrendatario del propio modo que se lo habría podido imponer el arrendatario al traspasar

Este derecho de traspaso es derecho renunciable y renunciado fue por el arrendatario de autos, y sin embargo ha sido embargado. Al ser embargado sin pertenecerle al arrendatario, se trata de decidir si éste puede impugnar la realización del embargo sobre un derecho inexistente. Y la consecuencia debe ser la negativa dada en ambas instancias. Si el derecho embargado no existe, cualquiera que sea el resultado del apremio y remate, no cabe conceder legitimación al arrendatario. Que ese derecho hoy inexistente por pacto se venda en pública subasta pudiera corresponder impedirlo al arrendador, que es quien impuso la cláusula y conoce el embargo, pues sólo él tiene título legítimo en qué fundar la terceraía

Este singular recurso no puede permitir que un deudor a la Hacienda Pública se apoye en una cláusula contractual privativa de su derecho de traspaso para continuar el ejercicio de un negocio sin satisfacer la obligación cívica de pagar los impuestos a la Hacienda

CONFESION JUDICIAL. EFECTOS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia —La confesión judicial bajo juramento indecisorio no es de rango superior a los demás medios de prueba y su eficacia debe apreciarse en conjunción con el resultado que arrojen los restantes medios de

convicción aportados al proceso, debiendo además referirla al conjunto armónico de la confesión y no a la estimación fragmentaria de sus posiciones.

Para que la confesión haga prueba contra su autor ha de ser clara, precisa y contundente, es decir, constitutiva y demostrativa de un hecho indiscutible o de una afirmación vinculante y suficiente para destruir la apreciación de la prueba, no sólo de su conjunto, sino de otros medios particulares tenidos en cuenta por el Juez

PROGRESIVA ESPIRITUALIZACION DE LA ENTREGA. BUENA FE DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1994)

Doctrina de la Sentencia.—Nuestro Derecho se adscribe en el artículo 609 del Código Civil a la teoría del título y el modo para la adquisición del dominio y demás derechos reales, lo que implica que el título lo constituirán los contratos traslativo de dominio, como la compraventa, que puede contenerse en documento privado, completado por la *traditio* u ocupación material del inmueble, pero teniendo en cuenta que la entrega está presidida por una progresiva espiritualización, entendiéndose que existe si el *accipiens* tenía ya en su poder el inmueble por algún motivo (*traditio brevi manu*)

La buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria consiste en el desconocimiento de la disconformidad entre el contenido de los asientos del Registro y la realidad jurídica no coincidente con ellos.

LA RELACION QUE LIGA AL NOTARIO CON SU CLIENTE ES LA DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1994.)

Hechos.—Un Notario notificó el traspaso de un local de negocio después de transcurrido el plazo de ocho días que señala la LAU, por lo que el arrendador no reconoció el traspaso. El Notario es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—La relación que liga al Notario con aquel que requiere su actuación adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél al dar fe de lo que se recoge en las escrituras o actas por él redactadas y firmadas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomienda, por lo que siendo de arrendamiento de servicios la relación contractual que liga a Notarios y clientes y las acciones que de la misma se deriven tendrán, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.964, el plazo de prescripción de quince años, no transcurridos en el caso que nos ocupa cuando el actor ejerció su acción de reclamación de daños.

PRESUNCION DE CULPABILIDAD DEL ARRENDATARIO EN CASO DE DAÑOS A LA COSA ARRENDADA. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Viene proclamando la actual orientación jurisprudencial de esta Sala que el demandado como autor del daño es el que debe acreditar que ha actuado con la diligencia y cuidado que requieren las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes en el caso concreto. Cuando el hecho determinante del daño se produce en un inmueble arrendado (concretamente por un incendio), el artículo 1.563 del Código Civil responsabiliza al arrendatario.

tario del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya, y establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario, que impone a éste la obligación de probar que actuó con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS COMPUTO DEL PLAZO DEL AÑO (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La acción civil reparadora del daño al amparo del artículo 1 902 prescribe al año, como dice el artículo 1 968 del Código Civil. Cuando los hechos revisten caracteres de delito, si se sigue causa penal no puede iniciarse la vía civil, pero cuando se ha seguido y se archiva por cualquier causa se reabre la vía civil, que dura el año. Transcurrido sin ejercitarla, puede reabrirse la vía penal aportando nuevos datos si no hubiese prescrito el delito, pero si se sobreescribiera o archivara nuevamente por cualquier causa no cabrá la vía civil transcurrido el año. Del propio modo, cuando se deja pasar el año fijado en el artículo 1.968 no cabe acudir a la vía penal para provocar tras el sobreesimiento el cómputo de un nuevo plazo

EL EJERCICIO DE UNA ACCION REIVINDICATIVA LLEVA IMPLICA LA PETICION DE CANCELACION DEL ASIEN TO REGISTRAL. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1994)

Doctrina de la Sentencia.—El hecho de haberse ejercitado una acción declarativa del dominio o reivindicatoria lleva claramente implícita la petición de nulidad del contrato o cancelación del correspondiente asiento registral y no puede ser causa de que por razón de error u omisión en el suplico de la demanda se inadmita ésta. La doctrina de esta Sala ha evolucionado, estableciendo que el artículo 359 LEC no es tan absoluto ni tan rígido que impida a los órganos judiciales hacer las pertinentes declaraciones cuando los pactos y cláusulas que integran el contrato sean manifiestamente contrarios a la moral o ilícitos, ya que ello conduciría a que, como consecuencia del silencio de las partes, los tribunales pudieran en sus fallos apoyar actos o hechos injustos y hasta delictivos.

Comentario.—Esta Sentencia interpreta con criterio flexible lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 38 LH, que establece que «... no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente» El hecho de considerar «implícita» la demanda de nulidad o cancelación tiene su precedente en la Sentencia de 16 de septiembre de 1986 y equivale a reconocer, aunque de modo algo esquinado, la imposibilidad de que coexistan, en el mundo jurídico, el asiento registral y la Sentencia que lo ignora

SON DIFERENTES LAS ACCIONES POR VIOLACION DEL DERECHO DE MARCA DE LAS DE NULIDAD (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1994.)

Hechos.—La sociedad «Viajes Europa Tours, S.A.», demanda a «Europa Tours, S.A.», solicitando se declare la nulidad de la inscripción en el Registro

de la Propiedad Industrial y una indemnización. La Sentencia accede a lo primero, pero rechaza la segunda petición.

Doctrina de la Sentencia.—Existe perfecta diferenciación entre las acciones por violación del derecho de marca, reguladas en los artículos 35 y siguientes de la Ley de Marcas, y las acciones de nulidad de los artículos 50 y siguientes del mismo texto legal; diferenciación que se manifiesta en su distinta finalidad y objeto, así como en los supuestos de hecho en que se dan una y otra e, incluso, por las personas legitimadas para su ejercicio; e igualmente difieren ambas acciones por las consecuencias que de su estimación se derivan.

En el presente caso se trata de una acción ejercitada por el titular de un nombre comercial registrado a su favor con anterioridad al registro del nombre comercial de la entidad demandada, entre cuyos nombres comerciales existe identidad tal que determina la nulidad del segundo; ahora bien, en tanto no se declare la nulidad del registro del nombre comercial concedido a la sociedad demandada, ésta se hallaba facultada para utilizarlo, y habiéndose limitado a usar el nombre comercial cuyo registro obtuvo, no puede entenderse que tal utilización constituya una violación del derecho de la actora, conforme al viejo principio *qui iure suo utitur, nemine laedit*, puesto que las acciones del artículo 35 se podrán ejercitar «frente a los terceros que utilicen en el tráfico económico, sin su consentimiento, una marca o signo idéntico o semejante...», siendo por tanto tercero quien no está protegido por el Registro, no quien, como la sociedad demandada, utiliza su derecho al amparo de su titularidad registral.

CONTRATO CELEBRADO POR LOS REPRESENTANTES DE UNA SOCIEDAD ANONIMA EN FORMACION. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Ante un contrato celebrado por los representantes o gestores de una sociedad anónima en formación (después de otorgada la escritura pública de su constitución, pero antes de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil), si bien es cierto que cuando no se produzca la aceptación o ratificación de dicho contrato por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a su inscripción la otra parte contratante puede, en principio, apartarse o revocar el contrato, también lo es que ello no pasa de ser una mera y posible facultad de dicha parte contratante, de la que, desde luego, puede no hacer uso si lo considera conveniente, en cuyo caso siempre responderán frente a él los gestores que contrataron en nombre de la sociedad, o incluso ésta misma si la aceptación llega a producirse.

FIANZA EL ARTICULO 1.844 3.º DEL CODIGO CIVIL NO ES APLICABLE CUANDO LOS COFIADORES TIENEN UN INTERES COMUN EN EL PAGO DE LA DEUDA (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La exigencia del párrafo 3.º del artículo 1 844 CC, que sólo concede acción de reintegro contra los cofiadores al fiador que realizó un abono justificado, para evitar a dichos cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, caprichosa o maliciosa por parte del fiador que pagó, tiene plena e innegable virtualidad cuando los fiadores son totalmente extraños o ajenos a la deuda garantizada. Sin embargo, la expresada exigencia pierde la *ratio legis* que la justifica cuando los expresados fiadores tienen un interés

común en el pago de la deuda, pues para dicho supuesto esta Sala tiene establecida la doctrina de que cuando se comprueba de forma incontrovertible que el contrato de fianza viene en definitiva a garantizar el pago de una deuda principal, del que han de beneficiarse los propios fiadores, pierde su carácter de accesoriedad *strictu sensu*, con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación específica de la fianza a favor de los garantes, para que, por razones de equidad y en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, el que ha arrojado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, pueda resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente.

LAS LICENCIAS DE OBRAS NO PUEDEN IMPONERSE A LOS CONTRATOS.
(SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Las licencias de obras responden a actuaciones administrativas de control y finalización, pero no se integran y, menos, someten a las mismas los contratos de compraventa de los edificios construidos salvo pacto expreso en contra, de tal manera que los adquirentes acceden a la propiedad en orden y relación a que cumplan la finalidad que motiva su compra, es decir, la entrega de viviendas, por consecuencia de contrato de compraventa libre y decididamente concertado.

Las referidas licencias de obras, en cuanto actos meramente administrativos municipales, no pueden imponerse a los contratos civiles y menos trazarlos como se pretende, pues ello vendría a desnaturalizar la relación obligatoria y hacer dificultosas las exigencias de responsabilidades de constructores y promotores.

LEY DEL SEGURO: LA PARTE QUE POR SU PROPIA VOLUNTAD DEJE DE NOMBRAR AL PERITO QUEDA VINCULADO POR EL DE LA OTRA. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1994.)

Hechos.—Un señor falleció teniendo un seguro de vida en que se preveía doble indemnización en caso de muerte por accidente. Como surgieron discrepancias entre la viuda y la compañía aseguradora sobre si la muerte se había debido o no a accidente, la viuda nombró un perito para determinar tal circunstancia, cosa que no hizo la aseguradora, por lo que queda vinculada por el informe del perito nombrado por la viuda.

Doctrina de la Sentencia.—La presunción legal que contiene el inciso último del párrafo 4.º del artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro al decir: «se entenderá que acepta el dictamen que emita el perito de la otra parte», no es de naturaleza *iuris tantum*, sino que lo es *iuris et de iure*, pues de no ser así quedaría vacío de contenido normativo el precepto imperativo que agrega dicho párrafo cuando dice: «quedando vinculado por el mismo». No cabe la posibilidad legal de que la parte que por su propia y exclusiva decisión dejó de nombrar al perito pueda impugnar el informe emitido por el nombrado por la otra parte, sino que queda vinculado por el mismo.

LAS CAPITULACIONES NO ALTERAN EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIO. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurso acusa la infracción del artículo 1.327 CC entendiendo que no es el momento de la inscripción de los inmuebles el que consume el cambio de régimen matrimonial, y por ello solicita la casación parcial de la Sentencia para establecer que el momento en que se consume la modificación del régimen matrimonial es el del otorgamiento de la escritura pública en que se acuerda dicha modificación o, en todo caso, con su inscripción en el Registro Civil. Pero la validez de las capitulaciones dependen de su constancia en escritura pública, de manera que tal requisito se erige en forma *ad solemnitatem* y no meramente en forma *ad probationem*, y su eficacia y oponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil; mas estas circunstancias no alteran el régimen de publicidad registral inmobiliario, con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 1.333 del Código Civil, respecto de los inmuebles concretos afectados por capitulaciones matrimoniales en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos previstos en la Ley Hipotecaria, y especialmente en concordancia con lo establecido por el artículo 75 del Reglamento Hipotecario.

EL AUTO DE ADJUDICACION DE BIENES ESTA EQUIPARADO A LA ESCRITURA PÚBLICA A LOS EFECTOS DE LA «TRADITIO FICTA». (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Sabido es que la tradición puede ser real o simbólica y que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato si de tal documento no resultare lo contrario; *ficta traditio* del artículo 1.462.2.º del Código Civil, que conviene examinar si se da también, por equiparación, en el auto de adjudicación de bienes dictado después de una subasta judicial. La doctrina de esta Sala no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para que se produzca la consumación de la transmisión; pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo en el sentido de que con la aprobación judicial 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 al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o *ficta* al no ser *numerus clausus* la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1.462.2.º a 1.464 del Código Civil.

Esta corriente interpretativa ha sido recogida por el legislador en la Ley 10/1992, de 30 de abril, al modificar los artículos 1.514 y 1.515 de la LEC, disponiendo que «será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el Secretario con el visto bueno del Juez».

Esta reciente reforma procesal viene a ratificar y consolidar *post facto* la transcrita jurisprudencia interpretativa de esta Sala y, en definitiva, conduce a entender que la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública.

PRINCIPIO GENERAL DE QUE NADIE PUEDE IR VALIDAMENTE CONTRA LOS PROPIOS ACTOS (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El principio general de Derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos ha sido sancionado de antiguo por la jurisprudencia de esta Sala, que ha declarado que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SS., entre otras, de 16 de junio y 5 de octubre de 1984, 4 y 10 de mayo de 1989 y 20 de febrero de 1990).

EL PROMOTOR-CONSTRUCTOR ESTA COMPRENDIDO EN LA RESPONSABILIDAD DECENAL (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia —A efectos de la responsabilidad decenal, *ex* artículo 1.591 del Código Civil, es doctrina consolidada y uniforme de esta Sala la de que dentro del término «contratista», que únicamente utiliza dicho precepto cuando de vicios de construcción se trata, ha de considerarse comprendido también el llamado «promotor-constructor», debiendo entenderse por tal la persona (física o jurídica) que reúne los siguientes caracteres. ser propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquel, enajenante o vendedor de los diversos pisos o locales en régimen de propiedad horizontal y beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, a lo que no se opone el que para la ejecución y realización del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integren el conjunto del edificio. Dentro de dicha figura de promotor-constructor no puede considerarse comprendido al propietario del terreno que mediante un frecuente y atípico contrato *do ut des* se limita simplemente a permutarlo con un constructor a cambio de una parte de la obra que el constructor edifique sobre dicho terreno.

LA ACCION QUE PUEDE EJERCITAR EL TENEDOR DE UN CHEQUE ES DE NATURALEZA SUBSIDIARIA. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La acción que el tenedor de un cheque puede ejercitar contra el librador o endosante del mismo, que se hubiera enriquecido injustamente en su perjuicio, es de naturaleza subsidiaria por cuanto la misma sólo puede ser ejercitada cuando dicho tenedor hubiere perdido la acción cambiaria y no pudiere ejercitar acciones causales, según establece expresamente el párrafo 2.º del artículo 153, en relación con el 65, ambos de la Ley Cambiaria y del Cheque. La viabilidad de toda la acción por enriquecimiento injusto exige que el empobrecimiento del actor vaya acompañado de un correlativo e injustificado aumento del patrimonio del demandado

LA FALTA DE ADVERACION NO MERMA DE SU VALOR A LOS DOCUMENTOS PRIVADOS. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de esta Sala tiene establecido que el artículo 1 225 CC no quiere decir que el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado hecho por aquellos a quienes afecta sea el único medio de probar su legitimidad, porque ello sería tanto como dejar subordinada a la voluntad de las partes la eficacia de un documento, y por ello la falta de adveración no merma de su valor a los documentos privados y pueden ser tomados en consideración, ponderando su grado de credibilidad, atendidas las circunstancias del debate (SS de 27 de enero de 1987, 23 de marzo y 22 de octubre de 1992).

EL CONTRATANTE HA DE SOPORTAR LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS QUE CELEBRO CON ANTERIORIDAD SU TRANSMITENTE. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El principio general del derecho «res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest», recogido en abundante doctrina legal, de la que son ejemplos las Sentencias de 26 de abril de 1886 y 14 de mayo de 1952, principio que además trasciende en el párrafo 1º del artículo 1.257 CC, impide declarar la eficacia de un contrato con respecto a aquel que no ha sido parte en el mismo ha de ser interpretado de acuerdo con otro principio que le complementa, el de la relatividad del contrato, de manera que el contratante a título particular ha de soportar los efectos de los que celebró con anterioridad quien le transmitió el derecho adquirido (SS. de 17 de diciembre de 1959 y 9 de febrero de 1965).

CULPA EXTRA CONTRACTUAL· LA CULPA DEL AGENTE SE PRESUME «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La culpa extracontractual, sancionada en el artículo 1.902 CC, no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia, puntualizando en el inciso final del artículo 1.104 que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y diligencia precisas para evitarlo, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad subjetiva, basada en el riesgo o peligro, que expulsa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum* y hasta tanto no se demuestre que el autor de los daños obró con prudencia y diligencia

ES EFICAZ LA OBLIGACION, ASUMIDA CONTRACTUALMENTE, DE PAGAR EL IMPUESTO DE PLUSVALÍA (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1994)

Hechos.—Doña Angela vendió un solar a don Miguel, y se pactó en la escritura que todos los gastos e impuestos, incluso el Impuesto de Plusvalía,

serían de cuenta del comprador. Don Miguel pagó más de veinte millones de plusvalía, y demanda a doña Angela para que se lo reembolse. La demanda es rechazada.

Doctrina de la Sentencia —No se trata de discutir a quién corresponde pagar el impuesto *ex lege*, ya que el mismo se justifica por la ganancia real o contable que pone de manifiesto la transmisión de la propiedad de los terrenos de naturaleza urbana de uno a otro patrimonio, y que en la actual legislación aplicable se configura, para las cesiones onerosas, como de cargo directo del vendedor.

Tampoco se trata de un pago por otro y situación de subrogación, sino del cumplimiento de una obligación asumida contractualmente, lícita y eficaz, conforme al precepto 1 255 del Código Civil, en razón a lo expresamente pactado, y que el que recurre no cumplió, y pretende, faltando a la literalidad del contrato y lealtad obligacional, que sea de cuenta de la vendedora del inmueble, la que no la había asumido en forma alguna

J. Q. S

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

CONCUBINATO. UNION DE HECHO. DONACION. MOTIVO CAUSALIZADO. DIFERENCIA DE LA CAUSA ILICITA. LEGISLACION FRANCESA ARTICULOS 1.131 Y 1.133 DEL CODIGO CIVIL FRANCES Y 12 Y 1.175 DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1994)

Don R. G., de nacionalidad francesa, declarado culpable del divorcio de su esposa por abandono acompañado de circunstancias injuriosas, de cuyo matrimonio tuvo tres hijos, otorgó testamento dejando en el mismo bienes a la demandada, apelante y recurrida doña N. M. V., con la que había convivido durante años, siendo conocida de hecho como su esposa primero y luego como su viuda, a la que además entregó determinadas sumas de dinero por importe total de 3 419.156 pesetas, aparte de otras donaciones

Interpuesta demanda por los hijos del causante contra doña N. M. V. y la sociedad «Manu, S.A.», la titularidad de parte de cuyas acciones se discute, el Juzgado número 1 de Primera Instancia de Marbella declaró la nulidad absoluta de todas las donaciones efectuadas y de los legados dispuestos por don R. G. a favor de la demandada por tener causa torpe e inmoral Apelada la Sentencia por la demandada, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga revocó la Sentencia del Juzgado y resolvió que todos los bienes y derechos dejados en el testamento otorgado por don R. G. a favor de doña N. M. V., así como la cantidad de 3.419.156 pesetas, recibidas por la misma como donación entre vivos, sean traídos a colación como integrantes de la masa hereditaria al juicio universal de testamentaria promovido por los hijos de dicho causante, a los efectos de la posible reducción de las disposiciones de que son objeto por violación de los derechos de los herederos forzosos,

desestimando los demás pedimentos contenidos en la demanda. Interpuesto recurso de casación por los actores y apelados, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calce-rada y Gómez, declara no haber lugar al mismo en base a los siguientes fundamentos.

Primero Por los actores que constan, se presenta demanda tramitada en el juicio declarativo de menor cuantía contra doña N. M. V. y la entidad «Manu, S.A.», a los fines de que se declare que la titularidad de la demandada de las acciones de «Manu, S.A.», y las propiedades adquiridas por ésta encubren una donación *inter vivos* efectuada por R. G. (padre de los actores) a favor de dicha demandada, que se declare la nulidad absoluta de dicha donación por tener causa torpe e inmoral y que se declare la nulidad de los legados a favor de la demandada también por causa inmoral o bien, que subsidiariamente, para el caso de no ser decretada la nulidad absoluta pedida, se declare que todos los bienes donados *inter vivos* y *mortis causa* a su favor por el causante ingresen en la masa hereditaria del juicio universal de testamentaria, a los fines de fijar la reserva hereditaria, con las demás peticiones que constan en su escrito; demanda que fue objeto de contestación por los codemandados y que se resolvió por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Marbella de 15 de noviembre de 1990, estimatoria en parte de la demanda, en la cual, y tras el rehúe de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario esgrimido por los demandados, se hace constar en el considerando 3.º que según se había resuelto por éste Juzgado en Sentencia de 31 de diciembre de 1981, ha quedado acreditado que la propiedad por parte de la demandada de las acciones de «Manu, S. A.», encubre una donación *inter vivos* efectuada a ésta por R. G., padre de los actores; en el cuarto considerando se razona que conforme el apartado 8 del artículo 9 CC, la sucesión por causa de muerte se rige por la ley personal del causante, esto es, el Código Civil francés; en el quinto considerando que, en consecuencia, aplicando la legislación francesa, «en cuanto a declarar la nulidad de las obligaciones nacidas de causa ilícita por opuesta a las buenas costumbres, siendo tal la situación de don R. G. y doña N. M. V. que, según propia confesión, han convivido en la misma casa durante años, siendo conocida primero como la señora G. y tras el fallecimiento de éste como su viuda, habiendo sido declarado culpable el fallecido del divorcio de su esposa por abandono acompañado de circunstancias injuriosas, como se acredita por la Sentencia del Tribunal Francés que conoció de la misma, abandonando asimismo a sus tres hijos, entonces menores de edad y que ahora son los demandantes, por lo que procede acceder a lo solicitado en los puntos 2 y 3 del suplico de la demanda», Sentencia que fue recurrida en apelación por los codemandados y que se resolvió por la de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de octubre de 1991, revocando en lo concerniente la primera Sentencia, declarando que todos los bienes y derechos dejados en el testamento otorgado por R. G., en 28 de mayo de 1974, a favor de N. M., así como la cantidad de tres millones cuatrocientas diecinueve mil ciento cincuenta y seis pesetas (3.419.156 ptas.), recibido por la misma por «donación *inter vivos*», serán traídos a colación como integrantes de la masa hereditaria al juicio universal de testamentaria promovido por sus hijos a los efectos de la posible reducción de las disposiciones correspondientes, desestimando las demás peticiones contenidas en la demanda; decisión que se apoya en la siguiente línea de razonamiento: en el fundamento jurídico 1.º se rehúsan las excepciones planteadas, aspecto que deviene firme habida cuenta el objeto de

este recurso; en el fundamento jurídico 2.º se aduce, en cuanto al fondo del asunto, que deben resolverse las dos peticiones con carácter alternativo, esto es, la primera de nulidad por causa inmoral de las donaciones *inter vivos* y disposiciones testamentarias, y la segunda su reducción por inoficiosas, con respecto a lo primero, en el fundamento jurídico 3.º se dice en cuanto a las liberalidades *inter vivos* (y literalmente. «sin que sea necesario el examen crítico de la existencia de las disposiciones *mortis causa* a favor de la demandada, pues constan en el testamento del Sr. G » —obrantes en autos—) que es preciso determinar que dentro de esas donaciones se encuentran, por una parte, los desembolsos de capital efectuados en la adquisición de acciones para la ampliación de la sociedad «Manu, S.A.», y otro, las cantidades que puede haber recibido la demandada del señor Gordon durante la vida de éste para inversiones inmobiliarias; por lo que respecta a las primeras, no existe en autos ninguna prueba objetiva de que las aportaciones a la sociedad «Manu, S.A », efectuadas por doña N. M., se hayan sufragado con dinero donado por el señor G , habiendo quedado demostrado la capacidad de la demandada a tales efectos, con relación a las cantidades recibidas del señor G por la señora M y por la entidad «Manu, S.A.» entre los años 1971 y 1973, ascendentes a tres millones cuatrocientas diecinueve mil ciento cincuenta y seis pesetas (3.419.156 ptas.), la prueba practicada deja fuera de toda duda su realidad, y que han de ser calificadas como donaciones al no haberse probado que llegaran a poder del señor G ; en el fundamento jurídico 4.º se hace constar con respecto a la aplicación del Derecho francés y a la calificación de tales donaciones cuya nulidad se insta en la pretensión ejercitada, y en virtud del reenvío de los artículos 9 1 y 10.7 CC, ha de tenerse en cuenta que «se acciona en la litis la nulidad de donaciones y disposiciones testamentarias por la concurrencia de causa ilícita, torpe o inmoral en las mismas, dado que tiene por causa la situación de concubinato entre el donante y testador y la destinataria de sus liberalidades, al amparo de los artículos 1.131 y 1 133 del Código Civil francés, concordantes con el 1.275 del español. La doctrina legal francesa invocada —y acreditada en autos conforme a lo dispuesto en el art 12 *in fine* del Código Civil español— enseña que están viciados de nulidad los actos de liberalidad que obedecen al fin de remunerar relaciones concubinarias habidas entre el favorecedor y la favorecida. Ahora bien, para la admisión de este motivo de nulidad se requiere la prueba de que las impugnadas liberalidades constituyen efectivamente el pago o remuneración de las relaciones concubinarias. Aun dando por supuestas tales relaciones de concubinato, lo que no puede darse como cierto es que las referidas disposiciones a favor de la demandada tengan como finalidad, o al menos como única finalidad, la gratificación de aquéllas, pues de lo actuado se comprueba que la convivencia no se redujo a los aspectos sentimentales o sexuales, sino que durante el tiempo de vida en común la demandada gestionó los negocios del señor G., que se encontraba aquejado de las dolencias que terminaron por causarle la muerte, y asimismo le atendió en su enfermedad, necesitada de visitas a facultativos españoles y extranjeros y de medicación constante, lo que constituye una serie de atenciones cuyo pago no es exigible jurídicamente, pero que justifican una remuneración unilateral en cumplimiento, bien de un deber de conciencia, bien de una obligación natural, y que al ser manifestada de modo expreso en el testamento constituyen lo que la doctrina patria denomina motivo causalizado y cuya presencia desdibuja la imagen de simple concubina o *maitresse* que los actores pretenden ver en la demandada», por lo que procede desestimar la petición de nu-

lidad por causa ilícita de esas donaciones *inter vivos* y de las disposiciones testamentarias a favor de la demandada; en el fundamento jurídico 5.º, en cuanto a la pretensión —con carácter subsidiario— de que todos los bienes donados *inter vivos* y *mortis causa* a favor de la demandada se ingresen en la masa hereditaria del juicio universal de testamentaria, y tras la aplicación de lo dispuesto en los artículos 913, 920 y 921 Código Civil francés, se escribe lo siguiente: «A este respecto, los artículos 913, 920 y 921 del Código Civil francés disponen que las liberalidades que excedan de la cuarta parte del caudal relicto, habiendo tres hijos herederos forzosos, habrán de reducirse en cuanto al exceso; y habiéndose probado en autos el testamento del causante con disposiciones a favor de la demandada que no es heredera forzosa, así como las donaciones *inter vivos* efectuadas a ésta y la concurrencia en la sucesión de tres hijos, herederos legitimarios, debería haberse demostrado que las liberalidades a favor de la demandada exceden de la cuarta parte del valor de los bienes hereditarios para el éxito de tal pretensión; sin embargo, esta falta de valoración no tiene necesariamente que constituir un óbice para la declaración pretendida, toda vez que la confrontación del valor de lo dejado en testamento y donado en vida a la demandada con el de los bienes dejados por el testador a sus hijos puede hacerse, y es el cauce procesal oportuno, en el juicio de testamentaria promovido en su día por los demandantes. No ofreciendo problema la determinación de los bienes y derechos que deben ser traídos a colación por la demandada de entre los que le han sido legados en testamento, pues lo son la totalidad de los mismos, sí resulta procedente puntualizar en este momento los que deben colacionarse como donados en vida por el señor G., de acuerdo con las consideraciones obtenidas en los precedentes fundamentos de derecho. Así pues, al no haberse probado que las acciones de la entidad «Manu, S.A.», que pertenecen a doña N. M. fueron adquiridas con la ayuda económica del señor G., no deben ser traídas a colación en la masa hereditaria; y en cuanto a los bienes inmuebles —los aportados a «Puente Romano, S.A.», y la finca en que radica el chalé Villa Santa Nuria—, tampoco han de traerse a colación, pues no se ha probado en autos que tales bienes inmuebles fueran donados a la demandada por el difunto ni se ha probado el carácter de donaciones encubiertas que se atribuye a su adquisición, carga probatoria que corresponde a los actores (SS. de 5 de diciembre de 1984 y 17 de mayo de 1986), mientras que lo patente y manifiesto es la remesa de cantidades desde las cuentas del señor G. en el extranjero a favor de la demandada en la cuantía en que ha sido objeto de prueba, y por tanto esta cantidad —ascendente a tres millones cuatrocientas diecinueve mil ciento cincuenta y seis pesetas (3 419.156 ptas.)— es la que debe ser llevada a colación al juicio de testamentaria mencionado», por lo que procede dictar la resolución indicada, frente a la cual se alza el presente recurso de casación por los actores, con base a los ocho motivos que integran su escrito de formalización (el Fiscal se opuso a la admisión de los cuatro primeros) y que son objeto de examen por la Sala.

Segundo. En los cuatro primeros motivos se denuncian por la vía del extinto número 4 del artículo 1.692 LEC los correspondientes errores en la apreciación de la prueba en que ha incurrido la Sentencia recurrida a consecuencia de no haber tenido en cuenta el contenido de los documentos que se enumeran a continuación: en el primer motivo, los documentos aportados por fotocopia con la demanda, bajo los números 15, 16, 17, 18, 19 y 20 (ff. 32 a 37),

dedicándose el motivo a analizar el contenido de dichos documentos relativos a talones bancarios expedidos por las correspondientes entidades; en el segundo motivo se hace constar que dicho error proviene del contenido del documento público acompañado como número 12 de la demanda, consistente en una certificación literal de las inscripciones 5.^a, 6.^a y 7.^a de la finca número 3.258, y primera de la finca número 21 444; en el tercer motivo, el error deriva de los documentos aportados a la demanda con los números 10 y 11 (ff. 34, 35 y 36); en el cuarto motivo se refiere el error derivado de los documentos aportados en el escrito de contestación a la demanda, bajo los números 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, con el contenido que se examina al contemplar cada uno de dichos documentos *Todos y cada uno de los motivos han de rehusarse* compartiendo el criterio del dictamen fiscal de 22 de abril de 1992, expuesto en el trámite de admisión (que decía: «Considera no deben ser admitidos los cuatro primeros motivos del escrito de formalización del recurso, ya que con los mismos no se trata de evidenciar un error documental, único a cuyo amparo puede articularse el mismo, sino que se trata de una amplia y personal valoración de la prueba tratando de convertir este recurso extraordinario en una tercera instancia») y, que como es conocido, en este trance esas causas de inadmisión funcionarán como causas de desestimación, lo cual confirma el rehúse de susodichos motivos, por cuanto que, al margen de que se refieren a un conjunto documental cuya compulsa por este Tribunal equivaldría en la práctica a examinar la mayor parte de la prueba documental incorporada en autos, lo que conculcaría el rigor técnico de la casación al equipararlo a una tercera instancia (en Sentencia de fecha 21 de marzo de 1991), se hacía constar los siguiente: «la casación no es una tercera instancia, por ello no cabe al amparo de la denuncia de error revisar toda la prueba (SS. de 1, 15 y 27 de febrero, 6 de marzo, 3 y 17 de junio, 3 de julio, 27 de septiembre, 2 y 10 de octubre, 6 y 15 de noviembre y 19 de diciembre de 1989), menos aún desarticularla cuando se ha valorado conjuntamente (SS. de 6, 9, 14, 15 y 16 de febrero, 15 y 17 de marzo, 5 de junio, 7 de julio, 29 de septiembre y 16 de noviembre de 1989) y sacar sus propias conclusiones o deducciones, cual hace el recurrente, para hacerlas prevalecer (SS. de 22 de enero y 9 de octubre de 1989), el documento de apoyo ha de ser lútero suficiente, revelador por sí mismo, sin necesidad de interpretaciones, hipótesis o inferencias, del error denunciado, y no estar contradicho por otras pruebas (SS. de 2, 10 y 22 de febrero, 18 y 28 de abril, 23 y 27 de septiembre, 6 y 29 de noviembre y 5 de diciembre de 1989). », se subraya que ninguno de tales documentos sirve para fundar un motivo revisorio, a los fines de alterar los aspectos fácticos recogidos en la Sentencia de apelación, ya que por tratarse de documentos aportados por los escritos originales e incorporados en autos, evidentemente, ya han sido examinados por la Sala (se decía en Sentencia de 12 de febrero de 1991: «No tienen carácter de documentos para servir de base al objeto de evidenciar error en la apreciación de la prueba, los que han sido tenidos en cuenta y valorados por la Sala sentenciadora de instancia, y la vía del núm. 4 del art. 1 692 LEC no es la adecuada para establecer interpretaciones y apreciaciones jurídicas...», sin que del examen y conclusiones al respecto se incurra en ningún desvío de ilegalidad o provoque un discurso absurdo e ilógico), por lo cual han de rehusarse los mismos. En el quinto motivo se denuncia, al amparo del anterior número 5.º del artículo 1 692 LEC, la afirmación de la Sentencia recurrida al decir que ha quedado demostrada la capacidad económica de la demandada, lo que determina que ha adquirido con fondos propios las acciones de

«Manu, S.A.», y por ello, como titular de las referidas acciones de las fincas que se enuncian y que ello infringe por no aplicación el artículo 1.214 CC, pues —continúa el motivo— de la documentación aportada en autos por la contraparte se evidencia con toda claridad que doña N. M. no tenía capacidad económica, pasando anteriormente al análisis de los referidos documentos. *Tampoco el motivo es de recibo*, por cuanto que el soporte del mismo, como expresamente reconoce, radica en el análisis de los documentos aportados por la propia contraparte, esto es, documento número 2 de contestación de la demanda; documentos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 también de esa contestación, lo cual deriva que, en puridad técnica, debía haberse introducido —al tener esa apoyatura en el contenido circunstanciado de tales documentos— a través del pertinente motivo revisorio, esto es, el extinto número 4 del artículo 1.692 LEC; por lo tanto, al no haberse hecho así, debe prevalecer el aserto de que parte la sentencia recurrida al entender que las adquisiciones y aportaciones a dicha sociedad se hicieron con fondos de la propia demandada, y por lo tanto por estas aportaciones y capacidad económica de la demandada en caso alguno se pueden calificar dichas aportaciones como donaciones efectuadas por el padre de los causantes, por lo que *el motivo ha de rehusarse*. En el sexto motivo se denuncia, por igual vía jurídica, la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 CC al no haber deducido a partir de los hechos acreditados la presunción de que las acciones de «Manu, S.A.», y a través de ella las dos fincas reseñadas, habían sido donadas, dedicándose el motivo a considerar los hechos acreditados al respecto a los fines de obtener dicha conclusión. *Tampoco el motivo se comparte*, ya que viene a cuestionar la Sentencia recurrida por no haber utilizado el cauce de las presunciones; y al punto se resalta que, como es sabido, la libertad de los medios probatorios incorporados en los autos es tal que, en especial, determina que la propia convicción de la Sala sentenciadora pueda fundamentarse en un medio u otro, o bien en la totalidad de los así existentes, sin que, dadas las vicisitudes del litigio, tenga forzosamente que seguirse un medio probatorio en vez de otro [se decía en Sentencia de 18 de marzo de 1993: «Es doctrina reiterada y constante que el art. 1.253 CC autoriza al Juez, mas no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el Juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en los autos, no resulta infringido dicho precepto» (SS. 3-12-88, 7-7-89, 21-12-90 y 17-7-91)]. La censura del proceso hermenéutico no es lícito verificarla a través de la denuncia de la vulneración del artículo 1.253 CC, aduciendo que la Sala de instancia debió seguir aplicando dicho artículo, un proceso presuntivo (SS. 23-9 y 4-11-88) pues no se infringe el precepto por su no aplicación, máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones (SS. 22-2, 16-3, 5 y 24-5, 26 y 2-11-89). También es doctrina reiterada que por su especial naturaleza (deducción personal del Juez) es difícil que pueda exigírsele su aplicación, y excepcional que en casación pueda impugnarse haberse omitido su empleo, a menos que esta prueba hubiera sido propuestas por las partes y discutida en el pleito (SS. 30-4 y 11-10-90), pero en todo caso hay que insistir en que esta Sala descarta que se le pueda exigir que emplee dicho medio probatorio (SS. 5-2, 11-3, 6 y 27-10, 11-11 y 9-12-88)], y así destaca en el caso de autos que la convicción de la Sala sentenciadora se refleja (de una manera explícita) en el contenido de su fundamento jurídico 3º, en donde se subraya que con respecto a las aportaciones a la sociedad «Manu, S.A.», efec-

tuada por doña N. M., no existe en autos ninguna prueba objetiva de que dichas aportaciones no han sido con dinero donado por el señor G., por lo que el motivo ha de rehusarse. En el séptimo motivo se denuncia por igual amparo procesal la infracción en que ha incurrido la Sentencia al no considerar que las donaciones efectuadas por don R. G. a doña N. M. tienen por causa la relación de concubinato existente entre ambos, por lo cual se infringe el artículo 1.249 en relación con el 1.253 CC; argumento éste del motivo que sólo se apoya en un juicio parcial del recurrente, por cuanto que la Sala razona que tales donaciones no pueden considerarse incursas en causa de nulidad, haciendo al punto aplicación del propio Derecho francés (ordenación no discutida en el recurso); y así, con gran visión técnica, se especifica en dicho fundamento jurídico 4º la normativa aplicable, examinando lo dispuesto en los artículos 1.131 y 1.133 CC francés (la obligación con causa ilícita o prohibida por la Ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público no produce efecto), concordantes con el 1.275 CC español, obteniendo en su razonamiento la correcta conclusión de que si bien las donaciones pudieran estar viciadas de nulidad, cuando se hacen para compensar una estricta y pura relación concubinaria, en el caso de autos ello no es posible entenderlo así, ya que la relación existente entre el donante y el donatario no era de este cariz, sino una relación de convivencia y dentro de un ambiente familiar marginante de la propia *convivencia «more uxorio»*; a la que cabe añadir que resulta esclarecedor incluso las propias expresiones vertidas por el donante en su testamento de 28 de mayo de 1974, en donde al referirse a los prolegados indica literalmente que prelega a su bien amada N. M. —la demandada—, que «le cuidó como una madre», a la que nombra asimismo heredera universal de todos los bienes; doctrina ésta que induce al Tribunal de Instancia a considerar la existencia de lo que se denomina un motivo causalizado, es decir, un móvil interno que por no ser reprochable se integra en el elemento causal del negocio gratuito al respecto, siendo por lo demás, pues, esta tesis perfectamente asumida e, incluso, si el litigio hubiera transcurrido por los cauces resolutivos de nuestro Derecho positivo español, igualmente debía aplicarse la misma línea de razonamiento, ya que no cabe poner en entredicho, dentro de una óptica de interpretación moderna, que en una relación *de facto* entre una pareja durante varios años, como la que existe entre el donante y donataria, puede entenderse que (y con independencia de que se le denomine como de concubinato) integre una causa torpe o ilícita a la que se refiere el artículo 1.275 CC, sobre todo hoy día, cuando por la propia tutela de esa familia *de facto*, del propio artículo 39 CE, es evidente que la existencia y dispensa jurídica de tal concierto familiar ha de tender a aproximarse, en su modalidad *more uxorio*, a los de la familia legalmente constituida, por lo que el motivo ha de rehusarse. En el octavo motivo se denuncia la infracción por violación de los artículos 1.275 CC, en relación con el 1.133 del Código francés, ya que se establece en ambos preceptos que los contratos sin causa, o causa ilícita, no producen efecto alguno y que la causa es ilícita cuando es contraria a la moral y las buenas costumbres, concluyéndose que, a la vista de esta doctrina, el iniciar y mantener un estado de mancebía es causa contraria a la moral y a las buenas costumbres. *El motivo se rechaza*, pues debe aplicarse cabalmente la línea de razonamiento precedente al contestar el motivo anterior, por lo cual con *el rehúse del motivo* procede la confirmación de la Sentencia recurrida, que ajusta su decisión de la sanción prevista en el artículo 920 («las disposiciones, sea entre vivos o por causa de muerte que exceda de la cuota disponible —art. 913, la cuarta parte

en el caso de autos—, se reducirán a esta cuota cuando se abre la sucesión») en relación con el 921, todos del CODE, y la desestimación del recurso, con los demás efectos derivados.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don E. B. L. G., doña B. G. A. de M. y doña S. G. C. G. contra la Sentencia pronunciada por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en fecha 28 de octubre de 1991, y condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso, y a su tiempo comuníquese esta resolución a la citada Audiencia, con devolución a la misma de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

UNION DE HECHO. VIVIENDA FAMILIAR, ALIMENTOS. ARTICULOS 1.396 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1994.)

No es posible la aplicación analógica de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil a las uniones de hecho.

Pedida por la demandante, apelante y recurrida, por aplicación analógica de las normas legales matrimoniales a la unión de hecho se la asignase, una vez cesada ésta, el uso y disfrute de la vivienda familiar y una pensión mensual, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara haber lugar al recurso interpuesto por el demandado y apelado contra la Sentencia de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero Según establece la sentencia recurrida en casación, dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en 27 de mayo de 1991, la actora, doña C. V. D., que pidió se declarase su derecho al uso y disfrute de la que llama vivienda familiar, más una pensión mensual de 100.000 pesetas y 200.000 pesetas en concepto de litis expensas, se basa en los siguientes presupuestos fácticos: *a)* En el año 1964 las partes iniciaron una convivencia que perduró hasta 1987; *b)* Fruto de esa relación nació un hijo, don A. M. y V., mayor de edad al tiempo del litigio, que fue reconocido por el demandado, don A. M. S., y adoptado (la entonces adopción simple) por la actora, ya que no podía reconocerlo al ser su estado civil el de casada, en virtud de matrimonio contraído con tercera persona en 1959, de la que se había separado de hecho al año escaso de dicho matrimonio; *c)* La unidad formada por esas tres personas pasó a ocupar la vivienda sita en la calle Fresser, 7, ático, 2.ª, de Barcelona, habiendo vivido todos en la misma hasta la ruptura de la relación de pareja en 1987; *d)* Desde que en 1967 se instalaron en Barceloná, la actora no desempeñó trabajo por cuenta ajena retribuido, ocupándose de los trabajos de tipo doméstico, para cuyos gastos le entregaba el demandado, en el año 1987, la suma mensual mínima de 52 000 pesetas; y *e)* Que el demandado tenía unos ingresos mínimos «en nómina» de 80.000 pesetas.

Considera la Audiencia que tal realidad es pacífica y, en contra de la tesis del Juzgado de no caber la aplicación análogica de los preceptos reguladores de los efectos de separación o divorcio matrimonial, que al existir bilateralidad sexual, madurez física y psicológica, relación sexual, *affectio maritalis* y convivencia *more uxorio* se ofrecen los rasgos básicos de la familia, «con la única salvedad de omitir la formalización social de tal unión», por lo que con cita del artículo 39 de la CE y estimando que la misma no distingue entre familia matrimonial y extramatrimonial, aplica la analogía (art. 4 del CC) y los artículos 96 y 97 del propio texto legal para acoger parcialmente el recurso y la demanda.

Contra la resolución del órgano jurisdiccional colegiado recurre en casación don A. M. S

Segundo. El primer motivo se ampara para su admisión a trámite en el artículo 5 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y denuncia como infringidos los artículos 14, 32 1 y 39 de la Constitución Española. El segundo se ampara procesalmente en el número 5 del artículo 1 692 de la LEC (redacción anterior a la Ley 10/1992) y considera infringidos los artículos 4.1, 96 y 97 del CC.

Ambos motivos pueden ser tratados unitariamente y el primero, aun con la oposición del Ministerio Fiscal, en cuanto el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 8 de febrero de 1993 (referida a un caso de convivencia *more uxorio* y la prórroga del arrendamiento para el sobreviviente de la pareja, en supuesto en el que se cuestionaba la buena o mala fe), estableció que, en principio, la anterior consideración (la consignada en el precedente paréntesis) se encuentra en el ámbito de la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria, que corresponde a los Jueces y Tribunales y, consiguientemente, es ajena al que es propio del recurso de amparo; sin embargo, en la medida —sigue diciendo— en que dicha consideración afecta en el presente caso los principios y valores reconocidos en los artículos 14 y 39.1 de la Constitución Española, no carece de relevancia constitucional y merece ser examinada en esta sede. También expresa que la protección constitucional de la familia que consagra el artículo 39 1 se extiende no sólo al matrimonio, sino a las uniones no matrimoniales por imperativo del artículo 14 a los efectos de la extensión del derecho a la prórroga *mortis causa* del arrendamiento. Pero sin desconocer cuanto antecede, nos intersea destacar de dicha Sentencia las siguientes manifestaciones: como se ha dicho en la STC 222/92, en relación con el derecho a contraer matrimonio reconocido por el artículo 32 1 de la CE, «no es este un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (art. 45 del CC)», de manera que aun cuando el hoy recurrente en amparo hubiera querido celebrar matrimonio con la arrendataria de la vivienda, ello no habría sido posible si faltaba el acuerdo del otro componente de la pareja; a lo que cabe agregar que si bien la CE reconoce el derecho a contraer matrimonio, este derecho no entraña correlativamente, es obvio, un deber u obligación, por lo que tampoco está justificado reprochar a una unión extramatrimonial que no haya contraído matrimonio cualquiera que sea la causa de tal decisión, ya que el contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas.

En Sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1993, habiéndose solicitado, a virtud del artículo 4 1 del CC, la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales, ya se dijo:

— Ser cierto que las llamadas «uniones de hecho» o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente

admitida, bien que con evidente resistencia por los Tribunales, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional (*vid.* SS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 18 de febrero de 1993, respecto de esta Sala, y las de 11 de diciembre de 1992, 18 de enero y 8 de febrero de 1993 del TC).

— Dicha admisión, como consecuencia obligada del texto constitucional, especialmente de su artículo 39 1, que se halla proyectado sobre algún texto legal, cual acontece con la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó la adopción, ha motivado interesantes cambios en orden a la solución de los problemas de ella derivados, especialmente en determinadas relaciones, cuales son, por ejemplo, las de aplicación del artículo 58 1 de la LAU.

— Por otra parte, teniendo en cuenta que si bien la exégesis de los preceptos legales debe realizarse hoy con criterios inspirados no sólo en principios históricos, lógicos y sistemáticos, sino también sociopolíticos, no es de olvidar en un Estado de derecho otro esencial postulado que por afectar, al menos en principio, a toda la comunidad social debe imperar, cuando de su interpretación y aplicación se refiere sobre los estrictamente particulares, el de la seguridad jurídica, consecuencia de lo cual y por lo que al caso aquí contemplado se refiere es 1) Que las uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (*vid.* STS de 11 de diciembre de 1992). 2) Que como consecuencia de ello no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía, a la que se refiere el motivo, por lo que se hace necesario contemplar dicha posibilidad.

— El juego de la analogía radica en la similitud («semejanza» según el art. 4.º del CC) entre el supuesto que ante el órgano judicial —o intérprete— se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o «identidad de razón» cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho (*vid.* S. de 12 de diciembre de 1980).

— Pues bien, fijando la atención en el supuesto que la recurrente somete a la consideración de esta Sala, a los efectos de la aplicación analógica al mismo de los artículos 1.396 y siguientes del CC, es evidente que esa semejanza no puede admitirse desde el momento que el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias, así, mientras las primeras son simplemente fácticas (está al margen del acto formal matrimonial canónico civil), las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones; tal acontece, por ejemplo, con la creación del *estatus iuris* casado/a, que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*, lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requieren y no juegan para las de puro hecho

— Pero es que, además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el artículo 14 de la CE es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respecto de los cuales se reclame se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma (STC 142/1988, de 12 de julio), igualdad que como ha quedado suficientemente expuesto no se da en el presente caso

— Consiguientemente, la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas, por ello, su aplicación no puede extenderse a aquellos casos que constituyen un límite racional en el sentido y espíritu de la norma que se pretende aplicar, sin olvidar que acceder a lo solicitado, cual aquí se pretende, podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza hoy el artículo 1 del CC en general y su ordinal sexto en particular.

Con lo transcrito anteriormente parece que queda clara cuál es la posición jurisprudencial respecto a las uniones de hecho. Pero aún queremos consignar que, según la Sentencia de 18 de febrero de 1993: «Conocida es la doctrina de esta Sala (SS, entre las más recientes, de 12 de octubre y 11 de diciembre de 1992) en el sentido de venir declarando la imposible aplicación a estas uniones *more uxorio* de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales, pues aún reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la Ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución (STC de 15 de noviembre de 1990)»; y sigue diciendo: «de ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir, en estos casos, a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados que patenten la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos, o los *facta concludentia*, deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho».

Por último, sólo nos queda añadir que la inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío, al libre arbitrio o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad al establecer una situación *de facto* a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica puede constituir un ataque frontal a su libertad. En el caso que nos ocupa no hay, pues, laguna de Ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio y de quien, también pudiendo a partir de una determinada fecha, no quiere la ruptura de un vínculo anterior. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la Ley, en detrimento de la libertad de la pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir (al menos formalmente así parece) cuando la convivencia hacía crisis. Y cuanto antecede, sin discutir otros posibles derechos, sólo se pronuncia para desestimar la pretensión actora, tal como aparece planteada en la instancia, acogiendo plenamente el segundo motivo de casación y en parte el primero, pues el Juzgado, cuya Sentencia habrá de confirmarse, ya advirtió que «los efectos solicitados en la demanda, propios de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio no son aplicables a una convivencia

extramatrimonial, lo que no significa, sin embargo, que esas situaciones carezcan de toda protección jurídica, pues si a consecuencia de tal relación de convivencia se han producido efectos patrimoniales o una parte se considera perjudicada por el cese de esa convivencia puede solicitar al amparo de otros preceptos la protección que considere merecer» Tampoco resulta baladí recordar que, aunque la legislación sobre matrimonio y familia pueda variar en un momento dado, en la actual concreción jurídica no cabe alegar el artículo 39 de la Constitución para reclamar la protección jurídica de la familia creada al amparo de una unión de hecho, pues se encuentra enmarcado en el Título I, Capítulo 3.º, y el artículo 53 3 establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3.º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», pero «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», lo que implica una reserva de Ley que no cabe violentar mediante la analogía.

Tercero. Por lo expuesto, no cabe acoger el motivo tercero que, encuadrado en el número 2.º del artículo 1.692 de la LEC, estima infringida la disposición adicional 5.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en relación con el Título III del Libro II de la LEC, artículos 741 a 761, en el sentido de que, si se aplican las normas sustantivas que regulan los efectos de la nulidad, separación y divorcio del matrimonio (arts 96 y 97 del CC), también deberían haberse aplicado análogamente las normas procesales que le son propias, ya que, cual señala el Ministerio Fiscal, con independencia de que no se ha producido indefensión, no se pretende ni la nulidad matrimonial, ni la separación o el divorcio de un inexistente matrimonio.

Cuarto. Por imperativo legal (art 1.715.4.º), al acogerse al recurso, cada parte satisfará sus costas en el mismo, en cuanto a las de la primera instancia, se imponen a la parte actora, y no se hace pronunciamiento especial sobre las de la apelación al haber sido ésta favorable al hoy recurrido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña Esther Gómez García, en nombre y representación de don A. M. S., contra la Sentencia dictada por la sección 4.ª de la Audiencia de Barcelona en 27 de mayo de 1991 (Rollo 51/91); la anulamos; y en su lugar confirmamos íntegramente la dictada en 21 de noviembre de 1990 (autos de menor cuantía 860/88) por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de la propia capital, en cuanto desestimó la demanda interpuesta por doña C. V. D. contra don A. M. S., con imposición a aquélla de las costas de primera instancia, sin pronunciamiento expreso sobre las de la apelación, satisfaciendo cada parte las suyas en la casación.

Comentario.—Sigue esta Sentencia la línea de la de 18 de noviembre, antes comentada, por lo que sólo diremos que los argumentos para no aplicar a las uniones de hecho las normas que regulan el régimen económico matrimonial son, en síntesis:

— No existe la pretendida analogía, pues mientras las uniones *more uxorio* son puramente fácticas, como indica su nombre, y carecen de toda formalidad, el matrimonio es acto solemne; el matrimonio origina un estado civil, no así las uniones de hecho.

— De aplicarse las normas que se pretenden, generadoras de derechos, también debería aplicarse las generadoras de deberes, lo que iría en contra del respeto al libre albedrío de quienes han optado por no someterse a las mismas.

— La disolución del matrimonio exige unos requisitos que faltan absolutamente en las uniones de hecho

— La aplicación de la analogía exige como condición previa y necesaria la existencia de un vacío legislativo o laguna de ley, lo que no se da en este caso, pues la posible regulación por analogía implicaría una vulneración del derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio.

UNION DE HECHO. INEXISTENCIA DE COMUNIDAD DE BIENES. ARTICULO 1 438 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

No es posible aplicar a las uniones *more uxorio* las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zamora, que había aplicado análogicamente a la unión de hecho las normas de la disolución de la sociedad de gananciales, lo que rechaza la Audiencia, porque nunca pueden adaptarse soluciones jurídicas que identifiquen totalmente el matrimonio con las uniones extramatrimoniales de hecho, ni existe precepto alguno que permita aplicar las normas de la sociedad de gananciales, si bien reconoció a la actora la cantidad de cuatro millones de pesetas por los perjuicios sufridos, con el voto particular en contra de uno de los Magistrados. La Audiencia había estimado aplicable el régimen de separación de bienes

Los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo son que «para decidir el motivo, en cuanto denuncia la aplicación del artículo 1.438, debe partirse de la jurisprudencia reiterada y constante de esta Sala en materia de uniones de hecho, según la cual (SSTS de 21-X-1992, 11-XII-1992, 18-II-1993 y 27-V-1994) no es posible aplicar a las uniones *more uxorio* las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose la libertad para crear aquellas uniones libres no pueden ser equiparables al matrimonio ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras (STC 19-XI-1990)

Y tal razonamiento admitido *explicititer* por la Audiencia es también extensible a la inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes, pues quienes de tal forma se unieron pudiendo haberse casado lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales.

Ciertamente que habrá supuestos en los que se producirán consecuencias económicas, a las que habrá que procurar adecuada y justa solución y que será posible, cuando se acredite que hubo *afectio societatis*, por las vías de la analogía con la sociedad o la comunidad de bienes, o cuando se acredite el incremento patrimonial de uno por el esfuerzo del otro, que se busque el equilibrio por la vía del enriquecimiento injusto, etc.; pero no es este el caso de autos, en el que no se hace prueba alguna sobre tal aumento patrimonial ni se puede precisar la compensación que la actora tuvo, con lo que la Audiencia proclama como satisfacción de todas sus necesidades durante los años de convivencia.

Por todo ello, procede casar la Sentencia con fundamento en la inaplicación del artículo 1.438 a las uniones de hecho en favor de ninguno de los miembros de la pareja; y con fundamento en que no cabe hablar de enriquecimiento sin causa, ni siquiera de perjuicio en la recurrente, del cual sólo habla la Sentencia de la Audiencia en hipótesis ("los que la actora pueda haber sufrido", dice)

Comentario —Merece plácemes esta Sentencia, que sale al paso de una cierta corriente doctrinal que apelando a algo tan vago como las condiciones sociales o el criterio común imperante, según la misma, y sin base legal suficiente, pretende asimilar las uniones de hecho a las matrimoniales, por lo menos en cuanto a sus efectos, ya que de ningún modo puede hacerlo respecto a sus requisitos. Y de esos efectos no se fija, naturalmente, en todos, lo que sería imposible respecto a los personales, sino que los reduce a los efectos patrimoniales. Frente a ello cabe decir que las instituciones —y el matrimonio lo es, no así la unión de hecho, si se atiende a lo que desde el punto de vista jurídico es la institución, teoría suficientemente elaborada a partir de Hauriou, Santi Romano, Georges Renard y Robert T. Delos— son lo que legalmente son y no lo que los particulares quieren que sean. Consiguientemente, no puede una pareja configurar un matrimonio *sui generis* a su gusto particular, diferente del regulado normativamente en sus requisitos y efectos. Por lo mismo, no puede pretenderse que una situación de puro hecho, que no es matrimonio pues se prescinde de sus requisitos, se equipara en sus efectos al matrimonio. Lo anterior se refuerza si consideramos que los sujetos de las uniones de hecho tienen medios jurídicos idóneos para que, si quieren, puedan obtener efectos muy parecidos al de la sociedad de gananciales (v.gr.: constituyendo una sociedad, comprando los bienes por mitades indivisas, estableciendo seguros de vida). Lo que no pueden pretender ni se puede conceder es que *ex lege* se atribuyan a las uniones de hecho efectos iguales o semejantes al matrimonio.

¿Cómo se ha llegado a esta corruptela? En gran medida por una desviación del sentido histórico. Uniones de hecho han existido siempre. Lo que sucede es que al estar en épocas pasadas el matrimonio desprovisto de formas esenciales (los matrimonios llamados «por sorpresa» no se abolieron canónicamente hasta el Decreto «Ne temere» de 2 de agosto de 1907), bastando el consentimiento de los interesados, era difícil distinguir estas uniones matrimoniales del verdadero matrimonio. En el Derecho romano, estas uniones —generalmente con personas de condición social inferior— se caracterizaban por la ausencia de la *afectio maritalis*, siendo una unión tolerada pero no regulada hasta Constantino (los hijos seguían la condición de la madre), quien inspirado por ideas cristianas procuró combatirlas y al propio tiempo legitimar a los

hijos habidos de tales uniones (Codex Theodosianus, 4, 6, 2 y 3). Justiniano las reguló en sus *Novelas*, calificándolas de costumbre lícita que no ofende al pudor y concediendo a los hijos un derecho a alimentos e incluso derechos sucesorios a falta de descendencia legítima. Esta regulación fue recogida por el Código de Alarico. Las costumbres y fueros medievales españoles distinguen entre el matrimonio de bendición, a yugas y la barraganía, que se fundaba en un contrato de amistad y compañía («*companniera a pan e mesa e cuchuello por todos los dias que visquíeredes*»), existiendo otra especie inferior de barraganía reservada a las siervas. Las Partidas regulan la barraganía y los derechos de los hijos llamados «de ganancia». Al conceder vigencia Felipe II a los cánones tridentinos como leyes del Reino (Real Cédula de 12 de julio de 1964, inserta en la Novísima Recopilación, 1, 1, 3) se suprimen el matrimonio «a yuras» o clandestino y los efectos civiles de la barraganía, que pasa a ser simple concubinato, mercedor de sanciones canónicas y civiles. Los legisladores modernos ante este fenómeno podían adoptar alguna de estas posturas: a) Ignorarlo, dejándolo huérfano de regulación legal, que fue la postura de Bonaparte, expresada así: «Los concubinos hacen caso omiso de la ley, luego ésta se desinteresa de ellos». b) Condenarlo o proscribirlo, estableciendo sanciones civiles. c) Reconocerlo, regulando sus efectos más importantes o trascendentales (v gr.. impedimentos matrimoniales, derecho a alimentos). En nuestra jurisprudencia se han marcado tres etapas. En la primera, se califica duramente a estas uniones como estados de mancebía, vínculos inmorales e ilícitos (SS. 8-3-1918 y 2-4-1941), para luego dulcificar la postura y reconocer la validez de la pensión prometida a la compañera (S. 2-10-1932) y adoptar una postura mucho más abierta, conforme al artículo 10.1 de la Constitución, pero que no debe llevar hasta asimilar sus efectos patrimoniales a los del matrimonio

UNION DE HECHO. COPROPIEDAD (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1994)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, en la que se declaró que la vivienda adquirida constata dicha unión pertenece en propiedad por iguales partes indivisas a cada uno de los integrantes de la pareja. Aunque se reconoce que la jurisprudencia es pacífica al venir declarando la imposible aplicación a estas uniones de hechos de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales (SS. 21-10 y 11-12-1992; 18-2 y 22-7-1993, TC 19-11-1990), se admite la posibilidad de la existencia de un pacto expreso o tácito entre los convivientes que patentice su voluntad de constituir un condominio o una sociedad particular o universal, como resulta evidente sucede en este caso según la Sentencia recurrida, que afirma la existencia de un verdadero condominio entre los litigantes referido a la finca objeto del litigio.

UNION DE HECHO. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1994.)

Declara que la protección social y jurídica de la familia a que se refiere el artículo 39.1 de la Constitución no permite aplicar las normas matrimoniales

ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho, aunque las de larga duración puedan en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por aportación a la creación de un patrimonio o como apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto aplicable por analogía (S. 22 julio 1993). En el presente caso se desestimó en ambas instancias la reclamación de la mujer para que le pasara su ex compañero la pensión mensual de 70 000 pesetas, criterio confirmado por el Tribunal Supremo.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. NATURALEZA. TERCERIA DE DOMINIO.
(SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1994.)

La esposa no está legitimada para ejercitar una tercera de dominio sobre la mitad indivisa de un piso adquirido para la sociedad de gananciales y embargado todo él como consecuencia de la ejecución de una Sentencia penal por condena del marido, ya que es doctrina jurisprudencial que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer viviendo el marido y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante que no le legitima para entablar la tercera de dominio ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio.

La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de terceros; todo lo cual no es óbice para que la mujer pueda en este caso disponer de otros procedimientos para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el marido en contra de la Ley o de sus legítimos intereses (Sentencias, entre las más recientes, de 26 y 29 de septiembre 1986; 13 de julio y 26 de septiembre 1988, 19 de julio 1989; 6 y 12 de junio 1990; etc.)

Esta es la doctrina reiterada de esta Sala interpretando los preceptos legales, opinión que es compartida por la doctrina científica y que de ningún modo va en contra del principio constitucional de igualdad que consagra el artículo 14 del Texto Fundamental, ya que es de aplicación tanto al marido como a la mujer en cuanto miembros de la sociedad conyugal, sin discriminación de clase alguna.

SEPARACION MATRIMONIAL. CAUSAS. ARTICULO 82.1.º DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1994.)

Establece la doctrina de que la agresión física de un cónyuge sobre otro puede ser estimada como causa de separación.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara haber lugar al recurso de casación inter-

puesto por el Ministerio Fiscal en interés de ley contra la Sentencia de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Molina de Segura, que había desestimado la petición de separación conyugal formulada por la esposa actora y apelante conforme a los siguientes fundamentos, en los que muestra el diverso criterio interpretativo de acuerdo con la cambiante realidad social de los preceptos del Código:

Primero. Planteado por el Ministerio Fiscal recurso en interés de la Ley al amparo del artículo 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la Sentencia dictada el 25 de mayo de 1990 por la sección 3.ª de la Audiencia de Murcia que, al confirmar la del Juzgado de Primera Instancia de Molina de Segura de 29 de marzo de 1989, desestimó la petición de separación conyugal formulada en representación de doña María del Carmen N. M frente a su esposo don José G. H., por entender el representante del Ministerio Público que el criterio del Tribunal sentenciador que, al hilo de la Sentencia de este Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1983, negó que la existencia de un acto aislado de mal trato de obra ejecutado por un cónyuge sobre el otro, no seguido de reiteración, sea revelador de una situación de grave desavenencia que, frente al principio *favor matrimonii*, permite fundar el cese de la convivencia conyugal, comporta una decisión que está en franca disconformidad con el texto legal aplicable al caso, constituido por la disposición del número 1.º del artículo 82 del Código Civil, que literalmente recoge como causa de separación, entre otras, «la conducta injuriosa o vejatoria y cualquiera otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales».

Segundo. La tesis de contradicción a la legalidad vigente de la Sentencia recurrida, que mantiene el motivo del Ministerio Fiscal, ha de encontrar plena acogida en casación a los efectos de formar la doctrina jurisprudencial que la norma de cobertura procesal establece, ya que si bien el texto de aquel número 1.º del artículo 82 del Código Civil condiciona la causa de divorcio cuando se basa en la conducta del cónyuge que viole «los deberes conyugales» en general, a que la misma sea reiterada, esta exigencia figura en alternativa con la de la gravedad del proceder ofensivo de cualquiera de los esposos, supuesto éste que es contemplado por el legislador, junto al de aquella conducta reiterada para fundar la causa de divorcio literalmente consistente «en la conducta injuriosa o vejatoria y cualquiera otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales». De suerte que patente la violación del deber de respeto que el artículo 67 del propio Código señala respecto de ambos cónyuges, en cualquier conducta agresiva que, más allá de un vulgar incidente en la vida matrimonial, merezca el calificativo de seriamente desconsiderada para con el cónyuge que la sufre, no ofrece duda de que tal proceder, manifiesto en la violencia de la agresión física —que en el caso presente tuvo incluso relevancia penal—, configura la grave violación del deber de respeto para con el cónyuge que la padece, cuya vejación, por sí sola, ya es reputada por el mismo precepto del número 1.º del artículo 82 del Código como causa de separación. Y así ha de proclamarse por los Tribunales, superando, si es menester, criterios de tolerancia pasados sobre la interpretación del Código que no son de tener en consideración ante la realidad presente, a la que la interpretación de la ley ha de acomodarse (art. 3.º del Código Civil) que considera a la persona inseparable de la dignidad elevándola el artículo 10 de la Constitución a fundamento del orden político y de la paz social Normativa Constitucional que a la vez acentúa la protección de este sentimiento de dignidad incluyéndolo en los

derechos fundamentales protegidos por su artículo 15. Sin que en la misma dirección sea ociosa la cita de la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos del 25 de febrero de 1982, que rechaza toda conducta sancionadora que conlleve cualquier forma de degradación o humillación, en todo caso presente en el mal trato de la persona. El empeño en mantener la situación matrimonial después de la agresión física de un cónyuge sobre el otro olvida que, con ello, no sólo no se previene el riesgo de disolución matrimonial que dice evitar, sino que inventa artificialmente otros nuevos, nacidos de una forzada convivencia que, normalmente, habría de desarrollarse ya en un clima erizado de tensiones, hasta tal punto evidentes que ahorran todo análisis detallado, pero cuya presencia sería ingenuo olvidar.

PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD. CONDENA PENAL. RECURSO ANTE LA COMISION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS DE ESTRASBURGO. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1994.)

Privado el recurrente de la patria potestad en virtud de condena a veinticuatro años de reclusión mayor como autor de la muerte de su esposa y pendiente el recurso presentado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Peréz de Andrade, declara que la existencia de una impugnación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no suspende en ningún caso la firmeza y ejecutoriedad de las resoluciones dictadas en los Estados de las Altas Partes contratantes.

PATRIA POTESTAD. DERECHO DE COMUNICAR Y VISITAR A LOS HIJOS. ARTICULO 94 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Logroño que había revocado en parte la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital, conforme al siguiente fundamento.

El motivo cuarto (tercero y último de los admitidos) alega infracción de los artículos 92 y 154 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial relativa al derecho de visitas, en relación con los artículos 94 y 161 del Código Civil. Expone el recurrente en su justificación que el derecho de visitas ha de quedar subordinado al interés del hijo, y «en el caso de autos existe una absoluta prueba documental y pericial que acredita que un régimen de visitas de I. G. con su madre natural sería absolutamente perjudicial para aquél dada su situación psíquica, edad y circunstancias concurrentes».

El motivo se estima porque el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él, llamado tradicionalmente «de visitas», no es incondicionado en su ejercicio, sino subordinado al interés y beneficio de éste. Ciertamente que el artículo 160, que lo reconoce, no se ocupa más que de los supuestos en que aquel progenitor carece de él, y el caso de autos no está comprendido en ninguno de ellos. Pero también puede ser suspendido o limi-

tado «si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial», según dispone el artículo 94, aplicable por analogía a la situación de progenitores que no conviven, teniendo uno de ellos la guarda y custodia del hijo. En el presente litigio se da una poderosa razón para la suspensión, pues la prueba pericial practicada en la fase de apelación pone de relieve inequívoca y expresamente que dadas las relaciones tensas entre los progenitores sería perjudicial para el menor su relación con la madre natural, y por ello, si dejan de ser tensas y se convierten en normales, serían entonces convenientes, que de surgir «serían malas». Ante tan categóricas afirmaciones periciales no se comprende que la Sentencia afirme que del dictamen pericial se desprende lo conveniente de las susodichas relaciones y, por tanto, se evidencia que el criterio que sigue la Sala de Apelación para reconocer el derecho de visitas a la madre recurrida en modo alguno puede sustentarse en aquella pericia como pretende.

Por todo ello, la Sentencia recurrida debe ser casada y anulada en cuanto concede desde ahora un derecho de visitas a la demandante y hoy recurrida, sin perjuicio de que, una vez desaparecidas las razones para su negativa actual que anteriormente se han explicitado, pueda volver a pedir su ejercicio y efectividad. Sin imposición de las costas de la apelación y las de este recurso a ninguna de las partes (art 1 715.3 LEC)

RELACION PATERNO-FILIAL. ALIMENTOS SU DIFERENCIA CON LA OBLIGACION ALIMENTICIA ENTRE PARIENTES. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1993)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor y apelado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital, señalando que «la obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española. Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art 154 1.º del Código Civil»; «nuestra doctrina entiende mayoritariamente que esta obligación no tiene nada que ver con la obligación alimentaria señalada por los artículos 142 y siguientes del Código Civil», «mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación»

Estas tesis de la Audiencia son correctas —en líneas generales, aunque precisen alguna salvedad— y no infringen lo dispuesto en el artículo 152.2.º, dado que: *a)* La norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»; *b)* Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (art 154.1.º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145 3.º— y, precisamente por incardinarse

en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados; c) En este sentido ha de entenderse el artículo 152.2 ° que el recurrente dice haberse infringido, cuya alusión a las necesidades de la familia del alimentante denota una diferencia sólo comprensible si se admite una familia más próxima con derecho en todo caso preferente; d) Lo realmente pretendido por el recurrente, en lo que ahora interesa, es que se declare la cesación de su obligación alimentaria respecto a su hijo menor de edad porque carece de ingresos, mas ello ha de rechazarse en atención a que no es admisible que quien tuvo un puesto de trabajo y posteriormente dedica su tiempo a la propia mejora de su formación profesional, disponiendo de medios para cubrir sus gastos de toda clase, sea relevado de su obligación de alimentar a su hijo menor de edad, cuanto más cuando, como consta en la Sentencia, «era propietario de un vehículo. y de una parcela de terrenos valorados, respectivamente, en las cantidades de 475.000 pesetas el vehículo Opel Corsa y 5.634.000 pesetas el inmueble Tales bienes los enajenó a su madre el 6 de abril y el 18 de mayo de 1988 en una operación a todas luces simulada y tendente a generar una apariencia de insolvencia donde amparar la pretensión que nos ocupa Debe tenerse presente cómo en el ejercicio fiscal de 1987 declaró como rendimientos de actividades empresariales la suma de 2.247 185 pesetas, es de suponer brutas, y pequeños rendimientos de capital mobiliario», hechos cuya certeza ha de prevalecer en casación; y e) Por tanto, ha de decaer el motivo estudiado sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestar alimentos al hijo menor de edad carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación, lo que aquí no acontece.

ALIMENTOS. NACIMIENTO DEL DERECHO A LOS MISMOS Y SU DIFERENCIA CON SU EXIGIBILIDAD. IRRETROACTIVIDAD. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1995.)

Los alimentos sólo se deben desde la fecha de la demanda.

Reconocida la filiación, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y apelante, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. El presente recurso de casación dimana de juicio de menor cuantía en que el demandante ahora recurrente, don M. B. V., reclama una suma determinada en concepto de alimentos contra su padre, el demandado don M. B. P., con apoyo en la Sentencia de 21 de mayo de 1988 en que este Tribunal Supremo reconoció la paternidad extramatrimonial del demandado a favor del actor. Ambas sentencias de instancia desestimaron la demanda, sirviendo de base fáctica a ambos juzgadores los siguientes hechos, cuya veracidad no ha sido impugnada a) El día 28 de septiembre de 1969 doña E. V. C. dio a luz un hijo varón fruto de sus relaciones con el demandado, habiéndose seguido posteriormente proceso de reconocimiento de la paternidad que con-

cluyó por la Sentencia de esta Sala ya expresada b) El aludido hijo, el actual demandante y recurrente, presentó demanda el día 10 de marzo de 1989 para el abono por el demandado de alimentos definitivos desde la fecha del nacimiento del actor, la citada de 28 de septiembre de 1969, hasta que cumplió los dieciocho años c) Por tanto, los alimentos discutidos se piden para un período de tiempo de dieciocho años anteriores a la presentación de la demanda, habiendo sido, como ya se dice, denegados en ambas instancias.

Segundo El recurso de casación que interpone el demandante se fundamenta en un solo motivo, formulado al amparo del artículo 1.692, número 5, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deduciéndose de su exposición que los preceptos que se consideran infringidos son los artículos 110, 111, 142, 143, 148.1.º y 151, en relación con el 1.966, número 3, del Código Civil, y artículo 14 de la Constitución vigente En el desarrollo del motivo se expone en esencia la obligación de los padres de conceder alimentos a sus hijos, y por consiguiente la del demandado a satisfacerlos a favor del recurrente. Sin embargo, en el caso ahora contemplado no es procedente decretar esa obligación por las circunstancias que concurren en este supuesto. Así, es de tener en cuenta. a) Que si bien existe una Sentencia firme en que se reconoce la paternidad del demandado señor B P a favor del recurrente, en esa Sentencia se reconoce únicamente la paternidad, que lógica y legalmente lleva consigo la obligación de prestar alimentos al hijo reconocido, los que, de no ser satisfechos voluntariamente, exigen para su prestación el ejercicio de una acción judicial reclamándolos, cuyo derecho a alimentos el actual recurrente no ha ejercitado hasta la demanda que presentó con fecha 10 de marzo de 1989, es decir, cuando el hijo alimentista había cumplido ya la mayoría de edad, fecha en que conforme al artículo 1692º, en relación con el 154, número 1º, ambos del Código Civil, cesa la obligación de los padres de alimentar a sus hijos como derivada de la patria potestad, salvo situaciones excepcionales que en el caso discutido no se han acreditado b) Es de tener en cuenta que durante el tiempo en que tuvo la patria potestad el padre sobre el recurrente, cuando era menor de edad, no se formuló reclamación alguna de alimentos, y que no obstante tener derecho a ellos en aquel lapso de tiempo, es diferente el derecho de alimentos derivado de la patria potestad y la fijación de su cuantía en pensiones periódicas o no, lo que no consta se haya verificado Por lo tanto, no puede hablarse en el supuesto litigioso de pensiones atrasadas que hubiere que reconocer ahora, o que no hubieran prescrito conforme al artículo 1.966 1.º del Código Civil. c) La reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho a los alimentos y fuera exigible hasta llegar el recurrente a la mayoría de edad, efectivamente, pero no los exigió. d) Precisamente para ese supuesto el artículo 148, párrafo 1, del Código Civil establece que «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», la que se concreta a los alimentos que sean solicitados, es el caso ahora *sub judice*, aunque ya con anterioridad derivarán de una relación de patria potestad reconocida en Sentencia firme, puesto que una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que éstos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos e) Por tanto, no debe confundirse tiempo del nacimiento y tiempo de la exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto contemplado Y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, éstos por carecer aquéllos de efecto retroactivo no puede condenar a pagarlos sino desde la

fecha que se interpuso la demanda; consecuencia todo ello de la regla clásica *in praetertum non vivitur* y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide; prescindiendo de las circunstancias que le rodearon en ese tiempo pretérito, y sin perjuicio de sus derechos hereditarios frente al padre reconocido, para en su momento, e incluso de otras acciones que pueda tener o considere tener contra el mismo acciones recíprocas entre padres e hijos que se derivan de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, una vez concluida la patria potestad. f) A la misma conclusión puede llegarse a través de la doctrina jurisprudencial en que se basan las Sentencias de instancia, principalmente las de 21 de junio de 1935, 21 de diciembre de 1951, 14 de mayo de 1971 y 24 de febrero de 1989, si bien debe tenerse en cuenta que los supuestos contemplados en las mismas, aunque versantes sobre el derecho a alimentos, no coinciden en sus detalles de hecho con el ahora debatido. Por todo lo expuesto procede rechazar el motivo examinado y con él declarar la desestimación del recurso

RELACION PATERNO-FILIAL. IMPUGNACION DE PATERNIDAD. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Declara que inscrito en el Registro el nacimiento de un niño nacido de mujer casada, ningún error puede atribuirse al asiento registral cuando en él se hace constar como padre el marido de la madre, puesto que esa es la presunción general de paternidad (art. 116 del CC). Para que prospere la impugnación es preciso que se haga dentro del año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil (art. 136 CC), salvo que se pruebe que ignoraba el nacimiento. Para cancelar la inscripción registral se requiere la estimación de la demanda en que se destruya la presunción de paternidad.

RELACION PATERNO-FILIAL. RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1993.)

El reconocimiento de paternidad tiene los caracteres de ser un acto unilateral, personalísimo, formal y, sobre todo, irrevocable (arts 120.1º y 741 del CC), perdiendo su fuerza legal únicamente si se acredita que se ha incurrido en vicio de la voluntad.

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1993)

La reiterada negativa a someterse a la prueba biológica supone un evidente ejercicio antisocial del derecho, rechazado por el artículo 7.2 del CC.

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1994)

La negativa a las pruebas biológicas y antropológicas conculca la declaración programática del artículo 39 *in fine* de la Constitución

PATRIA POTESTAD PRIVACION. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1994)

Pretendida la privación de la patria potestad ejercida por el padre viudo sobre su hija por la tía de ésta nombrada tutora en el testamento de la madre, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta capital, toda vez que no ha resultado acreditado que el progenitor demandado incumpliera sus deberes como padre respecto de su hija, sin que a tales efectos de privación de la patria potestad sea decisivo la concurrencia de especiales circunstancias en el hijo o la preferencia de éste, ni siquiera considerando que haya de estar mejor atendido por otras personas. Y cuando el artículo 154 del CC determina que si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, no impone que hayan de serlo necesariamente en el proceso sobre privación de la patria potestad —como sí sucede en el supuesto de desacuerdo en el ejercicio conjunto, art. 156 2.º—, sino más bien que los padres habrán de oírles para adoptar las decisiones que les afecten.

RECLAMACION DE PATERNIDAD. SEPARACION DE HECHO. ACTA NOTARIAL. ARTICULO 116 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Murcia que había revocado la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad, la cual confirma íntegramente.

Los hechos son los siguientes: Los litigantes contrajeron matrimonio el 19 de julio de 1983 y por la propia manifestación del actor resulta probado que pronto empezaron a surgir desavenencias y disgustos, por lo que con fecha 25 de mayo de 1987 acuden ante Notario y hacen constar en acta «que por causas que no es del caso detallar decidieron de común acuerdo separarse de hecho en marzo de 1985, estableciendo ambos su vida con entera independencia». En dicha acta figura cada cónyuge con un domicilio distinto, se afirma que *del matrimonio no ha habido descendencia* y se plasman una serie de pactos tendentes a reglamentar la separación. Después de transcurridos los trescientos días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges, la esposa tiene una hija. El Juzgado y lo mismo el Tribunal Supremo entienden que la presunción del artículo 116 del Código Civil opera en sentido excluyente, debiendo prevalecer el contenido del acta notarial en la que es elemento probatorio decisivo en contra de la supuesta paternidad la declaración de no existir hijos matrimoniales, por lo que la hija será de carácter extramatrimonial. En cambio, la Audiencia entendió la presunción legal del artículo 116 en sentido afirmativo de la paternidad, basada en la declaración testifical y en la negativa a que se practiquen las pruebas biológicas, deduciendo de todo ello la posible falsedad del documento notarial. Mientras que para el Tribunal Supremo «resulta obligado partir en principio de la autenticidad y veracidad del contenido del acta nota-

rial, que indudablemente no es inatacable y puede ser desvirtuado, pero con una demostración cumplida y convincente», la cual entiende no se ha efectuado, máxime teniendo en cuenta que la falsedad documental favorecería a su autor.

FILIACION. POSESION DE ESTADO (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1994.)

La posesión de estado es una situación fáctica que consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia y la estimación de su existencia corresponde a los tribunales de instancia.

RELACIONES FAMILIARES (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1994)

Reconoce el derecho de los abuelos maternos a relacionarse con su nieta, hija de su fallecida hija, que ya había sido reconocido por los tribunales de instancia

PATERNIDAD PRUEBAS BIOLOGICAS (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1994)

Reitera la doctrina de que la integridad física y a la intimidad personal, que garantizan los artículos 15 y 18 de la Constitución, no se pueden considerar vulnerados cuando es acordado judicialmente un reconocimiento hematológico, pues el principio también constitucional del artículo 39.2 hace que prevalezca el interés social y de orden público connatural a toda declaración de paternidad al proteger a ésta tanto dentro como fuera del matrimonio. Y sólo la existencia de causas muy cualificadas y debidamente justificadas podrían legitimar la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas. Entre éstas cita el grave riesgo o quebranto para la salud del que ha de soportarla, la inexistencia evidente de indicios serios acerca de la conducta que se le atribuye, la absoluta falta de necesidad de la misma por existir otros medios probatorios fácilmente utilizables que puedan conducir al mismo fin.

ACCION DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD NO MATRIMONIAL. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1994)

El precepto aplicable al caso es el artículo 140 y no el 141 del Código Civil, cuando en la demanda inicial se ejercita una acción de impugnación de la paternidad no matrimonial determinada en virtud de reconocimiento del actor impugnante atacando la veracidad biológica de la filiación, por no ser el reconocido hijo del reconocedor. La acción del artículo 141 se refiere a la impugnación del acto de reconocimiento por concurrir en él vicio del consentimiento, pero sin que tal impugnación afecte a la exactitud o inexactitud de la veracidad biológica de la paternidad reconocida.

PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1994)

Reitera la doctrina jurisprudencial de que la negativa a someterse a las pruebas biológicas puede ser valorada como *ficta confessio* cuando es injusti-

ficada, ya que los supuestos derechos fundamentales invocados por el opositor no pueden prevalecer sobre los del hijo a conocer su verdadero origen, su filiación, y a que sus padres biológicos cumplan las obligaciones que les impone la ley por haberlos traído al mundo.

FILIACION. DERECHO TRANSITORIO. PRETERICION. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1995)

Ley 11/1981, de 13 de mayo, disposición transitoria 7.ª

El artículo 14 de la Constitución es de aplicación directa.

El primitivo artículo 118 del Código Civil ha de interpretarse extendiendo a toda clase de hijos el derecho a reclamar la filiación.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña por la actora y apelada, cuya demanda había sido estimada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Betanzos, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero El presente recurso trae causa de tres procesos acumulados con objetos litigiosos diversos, pero conexos, cuya cuestión nuclear y previa a las demás respuestas judiciales consiste en la determinación de la filiación paterna no matrimonial de la actora no obstante la matrimonial, que tiene reconocida. El problema jurídico principal opuesto como óbice a la entrada sin cortapisas en el fondo de la cuestión se ha centrado en la interpretación de la disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificativa del Código Civil en materia de filiación en cuanto establece que «las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley» Alienta, sin duda, tras esta norma el deseo de conseguir seguridad jurídica respecto de situaciones personales inciertas con posible trascendencia económica una vez que muera cualquiera de quienes con mayor legitimidad están directamente interesados en el esclarecimiento de aquéllas. Mas en tema como el debatido, relativo al estado de las personas, debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia, cual el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 de la Constitución Española, a la luz, sobre todo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 que declara inconstitucional el artículo 137 del Código Civil en su redacción anterior por cuanto establecía discriminaciones por razón de nacimiento contrarias a la igualdad en relación con las acciones de filiación, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por anticonstitucional cualquiera discriminación contraria análoga a la señalada por aplicación del artículo 14 y la disposición derogatoria 3.ª de la Constitución Española. Las discrepancias acerca de la trascendencia e incidencia de la precedente doctrina en el caso enjuiciado se reflejan en los distintos criterios que mantienen la Sentencia impugnada y el voto disidente que contra la misma formuló uno de los Magistrados.

Segundo Derechamente el primero de los motivos del recurso, encauzado bajo el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (versión anterior a la actual), acusa la infracción del artículo 14 de la Constitución Española, disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/1981 y de los artículos 118,

139 y 113 del Código Civil en su precedente redacción, así como de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre, según la cual el artículo 118 del Código Civil en su redacción primitiva ha de ser objeto de interpretación expansiva durante la vigencia de la Constitución y aplicado a toda clase de hijos. Para la parte recurrente el problema de la norma aplicable a las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial exige que se tome en consideración que el artículo 14 de la Constitución Española es un precepto dotado de aplicación directa que reclama, desde la vigencia de la norma suprema, que se estimen modificados y derogados todos los primitivos preceptos del Código Civil que establecían diferencias entre las distintas clases de filiación y derechos consiguientes, de manera que la legislación antigua del Código Civil sólo puede tenerse como válida en cuanto no esté contradicha por la Constitución Española. Sobre este extremo —sostiene— es decisiva la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 que declara que el primitivo artículo 118 del Código Civil ha de ser objeto desde la Constitución de una interpretación expansiva, en virtud de la cual el derecho que el precepto concede a los hijos matrimoniales de reclamar su filiación mientras vivan ha de ser reconocido a toda clase de hijos, ya sean matrimoniales o extramatrimoniales. Así pues, el derecho de la actora y recurrente a reclamar su verdadera filiación como hija de don J. G. R. no admite la menor duda y, consiguientemente, deviene indiscutible la infracción de los preceptos invocados por parte de la Sentencia recurrida. Y este derecho —sigue— no puede ser desconocido a pretexto de ser inimpugnable la aparente filiación matrimonial de la actora como hija de don J. O. A. En efecto, la Sentencia recurrida se basa para ello en lo dispuesto en el artículo 113 del Código Civil en su redacción primitiva, olvidando que ese precepto no es de aplicación al caso por referirse a acciones ejercitadas por el padre, no a las que pueda ejercitar el hijo. El Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de 20 de marzo de 1919 esa doctrina y reconoció el derecho del aparente hijo matrimonial a impugnar tal filiación en cualquier momento. En síntesis, mantiene que su representada tiene perfecto derecho a reclamar la filiación extramatrimonial que le corresponde respecto de don J. G. R. y a impugnar por tanto la aparente filiación matrimonial respecto de don J. O. A. Y puesto que la Sentencia recurrida no se lo niega, infringe todos los preceptos invocados y jurisprudencia asimismo citada, por lo que este motivo debe prosperar y ser casada la Sentencia en cuestión.

Tercero Teóricamente —dice la Sentencia recurrida—, la filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto a sus progenitores. Con ella se funda una estricta relación paterno-filial (*status filii*) y, además, una relación más amplia de carácter parental o familiar (*status familiae*). Mas la filiación como hecho jurídico no es el simple reflejo de la filiación como hecho natural, aunque tenga en ella su primer y esencial fundamento. Y esto viene a colación por cuanto pueden existir casos de una filiación jurídica determinada que, sin embargo, no coincida con la filiación biológica, puesto que ésta no tiene *a priori* un carácter indubitado. De ahí que el Derecho haya acudido tradicionalmente para su determinación jurídica al sistema de presunciones («*pater is est quem nuptias demonstrat*»), estableciendo para su seguridad jurídica limitaciones en orden a su impugnación a través de plazos de caducidad y restricción de las personas legitimadas para ejercitar la acción. Y este principio de seguridad jurídica, proyección del de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la

Constitución, no es menos importante que el de igualdad del artículo 14 que la parte actora alega en defensa de sus intereses.

Cuarto. De lo anterior deduce la Sentencia recurrida que en orden a la filiación existen dos tipos de veracidades: la biológica y la que pudiéramos denominar sociológica. Ciertamente —dice—, la reforma de 1981, no exenta de críticas aun desde el punto de vista constitucional, se inclina por el principio de veracidad biológica, pero, como no podía ser menos, acepta también el de la veracidad sociológica conforme se desprende del contexto general de la reforma y de la propia exposición de motivos del proyecto, que inexplicablemente no acompañó al texto de la ley. Y así, aquella exposición indica: «se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites ante los Tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco», porque el establecimiento de la filiación no es solamente una cuestión de prueba, sino que afecta al fondo mismo del Derecho. Ello da lugar, como ya se apuntó, a la posible falta de coincidencia entre la filiación como hecho natural y la filiación como hecho jurídico, lo que puede producirse por las limitaciones impuestas a la legitimación activa cuanto por los plazos de caducidad legalmente establecidos. De ahí la conservación del principio de veracidad sociológica basado en la conveniencia de proporcionar seguridad al estado civil de las personas en lo que a su filiación concierne, de suerte que se tasen las posibilidades de que un *status* legalmente establecido pueda ser removido indefinidamente, con independencia de que la filiación determinada fuera matrimonial o extramatrimonial, pues a nadie se les escapa que tanto la citada presunción de paternidad matrimonial como el reconocimiento extramatrimonial pueden ser biológicamente falsos, pese a lo cual jurídicamente pueden ser inamovibles reflejando una veracidad sociológica tutelada por el Derecho.

Quinto. Asimismo mantiene la expresada Sentencia objeto de recurso que con arreglo a la legislación anterior, e incluso la presente, está determinada la filiación matrimonial de la actora que en este juicio impugna, a la vez que reclama, una filiación extramatrimonial, inviable en el régimen anterior por su carácter de adulterina. Se da además la circunstancia de que tanto el padre matrimonial como el presunto progenitor biológico han fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981. De otro lado, aun admitiendo por la testifical practicada que la actora era considerada en su entorno, y por su propia madre y hermana, como hija de J. G. y no del marido, es lo cierto que oficialmente siempre ostentó el estado familiar de hija matrimonial llevando siempre los apellidos del padre matrimonial, quien además la instituyó heredera mejorada en su testamento. Conforme a la legislación anterior, donde la presunción de paternidad tenía el carácter casi *iuris et de iure* que le otorga el artículo 108 del Código Civil, es incuestionable que por efecto de la misma esa filiación era inatacable al haber transcurrido además el plazo de caducidad establecido en el artículo 113, donde la acción, según el artículo 111, tan sólo correspondía al marido o sus herederos. De otro lado, también en aquel sistema era inviable una filiación natural adulterina. Puede admitirse —sigue— que con la nueva regulación quedara abierta para la actora la posibilidad de reclamar su filiación extramatrimonial una vez derogado el contenido del antiguo artículo 119, y que tal acción a la luz de la normativa constitucional, ya en vigor con anterioridad a la reforma de 1981, correspondía a

la actora durante toda su vida (art. 14 de la Constitución Española, en relación con el antiguo art. 118 del Código Civil). Sin embargo, la tesis actora tropieza con serios obstáculos en su ejercicio. Así, por una parte, la disposición transitoria 7.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, antes referida, parece abiertamente oponerse a la viabilidad de las acciones de impugnación y de reclamación, teniendo en cuenta que tanto el padre legal como el progenitor pretendido han fallecido con anterioridad a su entrada en vigor, lo que determinaría la aplicación de la legislación anterior, según la cual ni podría impugnarse la filiación matrimonial, por caducidad de la acción (art. 113), ni reclamarse la extramatrimonial por haber fallecido el presunto padre natural (art. 137). Tal escollo podría salvarse en benigna aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria 3.^a de la misma Ley, que forzando su contenido, y aun a riesgo de contradecir lo dispuesto en la 7.^a, podría determinar la ampliación de los plazos de régimen anterior al de toda la vida del hijo que previene el artículo 133 para la reclamación de la filiación no matrimonial. Ejercitada así esta acción, conjuntamente con la de la impugnación de la filiación matrimonial, para la que también los nuevos artículos 136 y 137 establecen un plazo de caducidad, podría entenderse, en virtud de lo previsto en el discutido artículo 134.1, que ese plazo se extendería a toda la vida del hijo en concordancia con la acción de reclamación conjunta de una filiación contradictoria. Ahora bien —concluye—, tal equilibrio jurídico, sin duda acorde con la *ratio legis* en cuanto se pretenda la reclamación de una filiación, deviene endeble con el propio espíritu de la Ley y el principio de veracidad sociológica y de seguridad jurídica cuando lo pretendido es la impugnación de una filiación matrimonial legalmente determinada tanto por la legislación anterior como por la vigente, habida cuenta, incluso, el tiempo que la actora dejó transcurrir para ejercitar su acción, tanto desde la entrada en vigor de la Constitución, 27 de diciembre de 1978, como de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, al ser presentada la demanda el día 30 de diciembre de 1985. Pero es que aunque se admitiera, salvando todos esos obstáculos, la posibilidad procesal de impugnar la filiación matrimonial, es lo cierto que ésta deviene determinada en el presente caso por la presunción del artículo 116 (antes 108 de mayor contundencia) y esa presunción no puede entenderse destruida por la prueba practicada en estos autos donde se carece de pruebas biológicas, únicas que de manera inconclusa permiten excluir una paternidad o, con poco margen de error, determinar otra.

Sexto Los fundamentos jurídicos de la Sentencia apelada, que, no obstante, encauzan en algún sentido a la resolución del problema desde una perspectiva constitucional en el razonamiento, no terminaron de extraer todas las consecuencias a que tal examen obliga así respecto de las pretensiones ejercitadas («acciones») y respecto a la interpretación del derecho probatorio aplicable a un proceso nacido bajo el imperio de la Ley nueva. La doctrina científica ha valorado la retroactividad de determinados efectos de la filiación con el principio constitucional de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento, tomando en consideración la jurisprudencia constitucional referente a la eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales y, en especial, reconoció el carácter normativo de la Constitución Española y la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 con anulación de una Sentencia de esta Sala que aplicó después de la Constitución Española el viejo artículo 137 del Código Civil. Es verdad que con criterios meramente legales la disposición

transitoria 7^a se configura como una excepción a la retroactividad, pero también, examinada la legalidad desde una interpretación constitucional, no se puede prescindir de las exigencias que dimanen del artículo 14 y, por ello, debe entenderse que la remisión a la legislación anterior, que en las condiciones que indica establece la disposición transitoria de referencia, opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva, ejercitadas las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución Española y ya promulgada la Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas que como las referentes a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales.

Séptimo. Los artículos 111 y 113 del Código Civil en la redacción legal anterior a la que rige por la Ley 11/1981 y recogidos por la Sentencia recurrida en apoyo de su tesis, en cuanto aluden a la legitimación del marido o de sus herederos para desconocer o impugnar la filiación no son aplicables ni siquiera analógicamente al caso, ya que la pretensión debatida se actúa por la hija del progenitor fallecido. Sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código Civil «hijos ilegítimos» tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida, como ocurre con la «acción que para reclamar su legitimidad compete «a los hijos legítimos», conforme al artículo 118 del Código Civil en su versión legal precedente. Así pues, estimándose contrarios a la Constitución como se estiman y, por ello, derogados los artículos 139, 140 y 141 del Código Civil antes de la reforma operada por Ley 11/1992 y admitida por imperativo del artículo 14 de la Constitución una equiparación de los hijos no matrimoniales y matrimoniales a los efectos de disponer de acción durante toda su vida para reclamar su filiación, la disposición transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales, lo que, en definitiva, significa que no se extienden al hijo, sino a otros posibles legitimados «cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieran fallecido al entrar en vigor la Ley» (Ley 11/1981).

Octavo. En lo que concierne al Derecho probatorio, ha de sostenerse que aunque determinadas normas de prueba, entre las que se incluyen las presunciones y prohibiciones y limitaciones probatorias legales, aparecen recogidas en leyes materiales, como tradicionalmente ha ocurrido en materia de filiación, todas en tanto se hacen valer en el proceso para configurar o formar la convicción judicial tienen naturaleza procesal y, por ello, iniciado un proceso, aunque se refiera a situaciones jurídico-materiales de carácter litigioso anteriores a las nuevas normas procesales, son éstas y no las vigentes, según la situación jurídico-material litigiosa, las que deben aplicarse, según determina la disposición transitoria 4^a del Código Civil al distinguir entre acciones y derechos nacidos y no ejercitados con anterioridad a la Ley nueva y ejercicio, duración y procedimientos de estas acciones y derechos conforme a la Ley nueva. No puede, por ello, sostenerse que la destrucción de las presunciones establecidas por el artículo 116 sólo cabe mediante la práctica de pruebas biológicas, puesto que el artículo 141 de la legislación anterior ya no resulta aplicable y sí, en cambio, el artículo 127 actual que establece con toda claridad que «en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la pater-

nidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas».

Noveno. Las razones expuestas conducen a la estimación del motivo y, con ello, a la casación de la Sentencia recurrida por lo que deviene inútil el examen de los demás motivos casacionales, no obstante puedan tenerse en cuenta sus razonamientos como ilustrativos a los demás efectos en tanto en cuanto, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1.715, debe resolverse en la instancia a partir de los términos en que está planteado el debate.

Décimo. El examen y la valoración de las pruebas obrantes en autos demuestran con certidumbre que la actora, doña C. O. V., es hija del fallecido don J. G. R. y de doña B. V. G. de C. y, por tanto, que no es hija de don J. O. A., que figura como tal padre a efectos legales en el Registro Civil. Son importantes en este sentido las conclusiones probatorias a que llegaron el Juez de Primera Instancia y el Magistrado que con su voto disintió de la Sentencia recurrida, hecho que, además, admite la propia Sentencia recurrida al reconocer «por testifical practicada y por las (declaraciones) de la madre y de la hermana que la actora era hija de don J. G. y no del marido». Tal dato se evidencia, asimismo, por la correspondencia habida entre el padre biológico y la madre de la actora. La íntima y cordial relación amorosa entre la madre de la actora y el pretendido padre se deduce inequívocamente de las cartas a los folios 6 al 35, ambos inclusive, escritas entre los días 6 de diciembre de 1958 y 10 de mayo de 1960. En las de 23, 25 y 27 de noviembre de 1959, le dice sucesivamente. «Hablé con el Notario de lo de C, me dijo que lo mejor era la adopción»; «quería dejar todas las cosas atadas, mira tú si puedes hacer lo de la adopción de C » y «supongo que lo de prohijar a C no lo consideras posible y por eso no me hablas del paso». En la correspondencia que mantiene con la demandante (folios 36 a 39), el tono y fondo son los propios de una persona unida a la otra por lazos muy íntimos, superiores a los de un simple «padrino», como pretende la demandada apelante. La forma cariñosa de reñirle y la rumbosa de proporcionarle medios económicos son los propios de una relación paterno-filial. Significativa es también la nota que dejó a su esposa tardía, la demandada, de fecha 25 de enero de 1975 (folio 99), «para después que yo desaparezca... dispón de forma inmediata que, después de tu muerte, y de desquitar el dinero que me prestaste, el resto pase a mi familia, hija y hermana y los isauros», con lo que viene a reconocer, una vez más, el carácter de la actora, pues la demandada ni alegó, ni probó, la eventual existencia de otra hija que no sea la actora. Asimismo es relevante el testamento de fecha 22 de julio de 1975, en cuya cláusula segunda (folio 120 devuelto) declara. «que de su matrimonio con la expresada doña M. B. D., único que contrajo, no conserva sucesión, careciendo de ascendientes». Es decir, no afirma, pero tampoco niega que tenga hijos. Se observa finalmente, a través de la prueba practicada, que el pretendido padre biológico de la actora la tenía por hija suya, la trataba como tal y no lo ocultaba (véase la abundante prueba testifical de los folios 500 y siguientes, 540 y siguientes, 550, 559 y 621 y siguientes, etc), e incluso se sentía orgulloso de ello, pero no puede ocultarse, por otro lado, que la actora, «socialmente», formaba parte de una familia muy conocida de La Coruña, con la carga moral y sociológica que ello comportaba en una época en la que, política, social y jurídicamente, lo más importante queda reflejado no sólo en las obsoletas normas legales que regulaban la filiación y el derecho de familia en general (recuérdese que incluso era delito el adulterio hasta hace bien pocos años), sino que la paternidad extramatrimonial era sancionada por la famosa

frase «respeto a la paz y tranquilidad de las familias», siendo los hijos nacidos en circunstancias como la de la demandante los que más tenían que sufrir las consecuencias del proceder de sus progenitores. Aunque en el presente caso hubiera quedado paliado el indudable trauma psíquico que hubo, sin duda, de representar para la actora la situación, por la postura de hecho (aunque no la hubiese plasmado jurídicamente, sin duda por no interferir en el *status* social de aquella) de su padre biológico: afecto y ayuda económica con largueza. De las fotografías aportadas a los folios 115 y siguientes se infiere como un indicio más el gran parecido físico entre la actora y su padre biológico, corroborado, además, por numerosos testigos que lo conocieron en su juventud. En el orden de la paternidad legal aparente, la carta de don E. V. a su hija B. (madre de la actora), de fecha 20 de septiembre de 1943, que obra al folio 2 (recuérdese que la actora nació el 29 de julio de 1944), claramente refleja la grave crisis del matrimonio de aquella con el referido padre «legal» de la demandante. A ello hay que añadir la comparecencia notarial de la madre, de 20 de diciembre de 1984 (folios 103 y siguientes), donde declara que desde 1939 no mantenía relaciones sexuales con su marido, del que en 12 de diciembre de 1945 pidió la incapacitación legal por alcohólico (folios 3 y 4). Igualmente la declaración notarial de la hermana de la actora (folios 110 y 111), donde afirma que sus padres vivían en habitaciones separadas y que su madre mantenía relaciones íntimas amorosas con el pretendido padre de la actora desde 1940. Todo ello corrobora que es racional pensar en la falta de relación sexual entre los cónyuges.

Undécimo. A mayores, las pruebas que se relatan acreditan en cuanto a la relación paterno-filial reclamada una «posesión de estado», obviamente, limitada dentro de los condicionamientos de tiempo y lugar a los elementos definidores posibles de la situación, pero con la suficiente entidad y firmeza corroboradora. Como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991, «la posesión de estado en tema de filiación no matrimonial no puede estructurarse en intensidad con los mismos presupuestos fácticos, que en su caso provendrían cuando se trate de una filiación matrimonial». Eludido, por tanto, el elemento configurativo del *nomen*, que dadas las circunstancias del caso no cabe se exija, tanto el *tractatus* como la «fama o *reputatio*» coinciden en la apreciación favorable a la posesión del estado de hijo, por cuanto las generosas ayudas y las atenciones y consejos prodigados por el padre pretendido a la actora son inequívocos y acreditan una prolongada situación en el que su comportamiento en lo afectivo y en lo material (*tractatus*) se produjo en forma notoriamente exteriorizada que excedió del ámbito familiar (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1994) y generó una opinión pública, aún soterránea por las circunstancias, expresiva y aseguradora de la paternidad (fama o *reputatio*), hasta el punto de que consta acreditado que en su etapa escolar la demandante era discriminada por sus circunstancias de filiación.

Duodécimo. El ejercicio conjunto de las acciones de reclamación de la paternidad y de la impugnación de la filiación contradictoria, hoy plenamente permitida, según el tenor literal del artículo 134 (sin entrar en cuestiones acerca de si cobija dos pretensiones acumuladas o una sola pretensión con varios componentes), exige en todo caso, en un buen orden procesal, la supeditación de la segunda a la primera dado el carácter principal de esta última, que embebe en su contenido a la otra cuando existe una filiación opuesta a la reclamada, según ha resuelto la jurisprudencia de esta Sala

(Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1988 y 23 de febrero de 1990). Permitir en todo caso —dicen— la impugnación de la filiación contradictoria equivale, por un lado, a decir que la impugnación es accesoria de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y, por otro, que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, como acción principal, el plazo de prescripción o de caducidad que señala el artículo 137 para la de impugnación; artículo que ahora no es de aplicación porque se refiere a una acción que sólo fue ejercitada en este juicio inevitablemente como secundaria de la de reclamación de filiación; siendo factible en todo caso la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, como ocurrió en el caso discutido. En el asunto han quedado probados tanto los hechos constitutivos de la reclamación como de la impugnación. En consecuencia procede que se declare la filiación no matrimonial de doña C. O. V. cuyo padre biológico es don J. G. R., ordenándose, por ello, la rectificación de la inscripción del acta de nacimiento en cuanto a los datos de la verdadera paternidad en el Registro Civil, con los asientos que procedan

Decimotercero. Reconocida la verdadera filiación biológica de la actora y, por tanto, la paternidad reclamada, corresponde resolver sobre las demás pretensiones relativas a la herencia del padre. Al efecto ha de señalarse que ha de seguirse una interpretación simple y literal de la disposición transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo («las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas, después por la nueva legislación»), habrían de rechazarse las peticiones sobre la sucesión del progenitor causante. Pero la jurisprudencia ha matizado las diferentes situaciones posibles, según que entre la fecha de promulgación de la Ley y la fecha del fallecimiento del causante, siguiera o no como Ley suprema interpuesta la vigente Constitución. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990, referida a una sucesión abierta antes de la entrada en vigor de la Constitución Española, tras analizar la retroactividad o irretroactividad de las disposiciones transitorias 1.ª y 8.ª de la Ley de 1981, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, concluye afirmando «que la transitoria 8.ª consagra una retroactividad de grado mínimo, en el sentido de que la nueva Ley se aplica a las sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, pero no las que, como la discutida, se abrieron con anterioridad, no sólo a la Ley de 1981, sino a la propia Constitución Española, pues falleció el causante en 1969. El precedente criterio ya se sostuvo con toda suerte de consideraciones acerca de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida que afectare a situaciones jurídicas de efectos ya consumados sobre herencias en cuanto a hijos «ilegítimos» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987). En cambio, la doctrina jurisprudencial al ocuparse de casos semejantes al presente de manera clara establece la prioridad de la Constitución Española, artículo 14, sobre la legalidad subsistente y, con ello, la inaplicabilidad de la disposición transitoria en cuanto a la legalidad anterior que sólo puede tomarse en consideración en tanto sus preceptos discriminatorios se tengan por derogados. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, luego de examinar la mentada disposición transitoria y relacionarla con la fecha del fallecimiento del causante posterior a la Constitución Española (en el caso que examinamos el padre falleció el día 26 de marzo de 1981), establece que «en aplicación de tales premisas debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte

(art. 657 del Código Civil) y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y de la igualmente mencionada disposición derogatoria 3^a, quedaron sin efecto los preceptos del Código Civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial, y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo cuarto en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega el actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes, y por tanto niega su preterición en la herencia por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada en vigor de la Constitución. El precedente criterio aparece —asimismo reconocido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1987, de 14 de octubre, al sentar que en su disposición transitoria 8.^a prescribe la Ley 11/1981 (de «Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio») que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después, por la nueva legislación»—. Formalmente es ésta una regla de remisión cuyo contenido se reduce, como es patente, a la determinación de la normativa aplicable a las sucesiones abiertas antes de la modificación de régimen sucesorio que la propia Ley opera. Como norma sobre la aplicación del Derecho, esta disposición transitoria no es en sí misma, por tanto, regla «aplicable» en el procedimiento del que la cuestión procede y no puede negarse por ello algún fundamento a la advertencia que el Letrado del Estado hace de que la decisión del proceso que está en la base del presente vendrá condicionada por la conformidad o disconformidad con la Constitución de las disposiciones legales a las que la cuestionada se remite, y no por el contenido de la regla de Derecho transitorio. Y más adelante añade: «pero es que, además, tampoco el tenor literal de las tantas veces citada disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino de modo genérico a la legislación anterior, expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el Juez ordinario, como ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia ya citada. Esta interpretación, de acuerdo con la cual la remisión de la disposición transitoria 8.^a a la legislación anterior ha de entenderse referida al contenido de esta legislación en cada momento del tiempo, es, de otro lado, y más allá de las simples apariencias, la única lógicamente posible, de manera que ha de ser aceptada no sólo en aras del principio de conservación de la norma, sino también por exigencias de la lógica. Limitar a los viejos preceptos del Código Civil, en su redacción anterior a la Constitución, la remisión contenida en la disposición transitoria equivaldría, en efecto, a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieron y debieron inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la Constitución en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente para acomodar el régimen sucesorio a la Constitución y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9.3) consagra»

Decimocuarto. La condición, por tanto, de heredera forzosa de la actora en la sucesión del señor G., su progenitor, no puede eludirse. Y su omisión en el testamento produce los efectos de la preterición en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legitimarios que le corresponden en la herencia de su padre. La atribución a la actora en el testamento no en cuanto hija, sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios de unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la demandada y recurrida viuda del causante en parte de los bienes hereditarios, no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición y, por ello, hay que rechazar la fórmula de la acción de completo de legítima como medio de satisfacción jurídica de los derechos hereditarios, acción que, obviamente, ha de tener por asiento que posibilite su ejercicio una base cuantitativa cierta y segura, por supuesto de alcance menor, si se espera que prospere, que el monto de los derechos legitimarios. En ningún caso puede admitirse que los derechos actuales de la actora sobre los dos tercios de la legítima queden gravados por una sustitución fideicomisaria. El fideicomiso de residuo en favor de la actora respecto de finca determinada carece tanto por el carácter potencial y no actual de la herencia como por la naturaleza condicional de su efectividad de fuerza que impida la anulación de la institución de heredero con los efectos procesales frente a terceros que determina el artículo 1 252 del Código Civil y, por ende, ha de procederse respecto de la herencia, según las reglas de la sucesión intestada. En definitiva, deben respetarse los derechos de heredera única de doña C. O. V., sin perjuicio de los derechos usufructuarios del cónyuge viudo. Se han tomado en consideración, especialmente, los artículos 813, 814 y 834 del Código Civil en la versión anterior a la vigente de la Ley 11/1981, junto con las derogaciones que por exclusión de discriminaciones impone la Constitución española, particularmente el artículo 14.

Decimoquinto. Por consecuencia, de acuerdo con los razonamientos del Juez de Primera Instancia y, también, con los explicitados por el Magistrado que votó en disidencia, debe ordenarse la nulidad de las inscripciones registrales de dominio a favor de la demandada, doña M. B. D., indicadas en el hecho quinto de la demanda, por lo que procede su cancelación y rectificación de conformidad con el fallo. Así mismo, la demandada responde frente a la actora del valor de los bienes de la herencia del causante de que haya dispuesto, con obligación de indemnizar en su caso; y asimismo está obligada a entregar a la actora los bienes integrantes de la herencia del causante con los frutos percibidos y debidos percibir, sin otra detracción que la correspondiente al usufructo viudal de que es titular.

COLISION ENTRE FILIACION MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL PRE-SUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL. ARTICULO 116 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1994)

La demandante y apelante, separada de su marido por Sentencia de 3 de noviembre de 1987, sin que en autos conste prueba alguna en orden a la fecha de una posible separación de hecho anterior de los cónyuges, tuvo el 8 de abril de 1988 un hijo, que se inscribió en el Registro Civil con los apellidos de la madre, al no manifestarse al encargado la fecha de la separación de los cónyuges, cuyo hijo pretende su madre que tiene por padre al demandado y apelado, persona distinta del marido, habiéndose negado a someterse a la prueba

biológica, negativa que el Tribunal Supremo valora en relación con las circunstancias concurrentes, entre ellas la de que se trata de dos litigantes de alto nivel cultural (arquitecto y licenciada en Derecho) que deben conocer la trascendencia e importancia que corresponde a la aportación probatoria en estos casos, y en autos no consta la existencia de ningún principio de prueba presuntiva (carta, fotografía, documento, factura, etc.) demostrativa de unas relaciones que fueran más allá del simple compañerismo o relación de trabajo. Por lo que con este parco acervo probatorio y la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil en contra no es posible admitir la denuncia de que se han interpretado y aplicando indebidamente los artículos 127 y 135 del mismo texto legal. El nacimiento del menor cuya paternidad ahora se reclama se encuentra comprendido dentro de los límites de la presunción del artículo 116 del Código Civil, atribuyéndose la paternidad al marido de la madre. De tal modo que la existencia de esta litis ha sido posible en virtud de la ilegalidad cometida en la inscripción de nacimiento del menor, pues si se hubiera manifestado al encargado del Registro Civil la fecha de la separación (legal o de hecho) de la madre y del marido, este funcionario habría tenido en cuenta la citada presunción legal, determinando la paternidad del modo que señala el artículo 115.1.º del Código Civil. Y una vez fijada la filiación con arreglo a las prescripciones legales, debieron entrar en juego las disposiciones del artículo 131 del mismo texto legal, impidiendo una reclamación que contradiga otra filiación legalmente determinada sin haber impugnado previamente ésta. Razones por las cuales el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso.

*FILIACION EXTRAMATRIMONIAL. ACCION DE RECLAMACION. PRUEBA
ARTICULOS 133 Y 135 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE
1994.)*

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente expuestas las circunstancias fácticas concurrentes en el tema litigioso:

Primero. Sin perjuicio de las concreciones fácticas que más adelante se harán, los antecedentes previos que de momento han de consignarse aquí para la adecuada comprensión de la cuestión debatida son los siguientes: 1.º Don J. I. G. nació en Bilbao el día 16 de enero de 1968, siendo hijo no matrimonial de doña M. I. G., de estado soltera, figurando en la inscripción de nacimiento del mismo, como nombre del padre, el de J. 2.º Don J. G. C. falleció el día 27 de enero de 1989, a la edad de sesenta y nueve años, en estado de soltero y bajo testamento abierto (otorgado el día 18 de enero de 1989 ante el Notario de Santander don Ildefonso Ramos Fernández, bajo el número 173 de su protocolo) por el que «instituye herederos universales, por partes iguales, a su sobrino don J. J. G. U. y a don J. I. G., de veintiún años de edad, domiciliado en Bilbao, Alameda de San Mamés, número treinta y nueve»

Segundo. En mayo de 1989, don J. I. G. promovió contra don J. J. G. U. (en su calidad de heredero de don J. G. C.) el proceso de que este recurso dimanara, en el que postuló se dicte sentencia por la que: «1.º Se declare la filiación de don J. I. G. como hijo extramatrimonial de M. I. G., ya reconocido, y de don J. G. C., con las consecuencias inherentes a dicha afiliación (*sic*). 2.º Consiguientemente a la anterior declaración y a tenor de lo establecido en el artículo 807 y 808 y concordantes del Código Civil, se declare a mi representado heredero forzoso con derecho a percibir la legítima del haber hereditario del padre, don J. G. C.». En dicho proceso, en su grado de apelación, recayó Sentencia de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao por la que, confirmando en su integridad la de Primera Instancia, estima totalmente la demanda y declara que el actor, don J. I. G., «es hijo extramatrimonial de M. I. G., ya reconocido por ella, y también lo es de don J. G. C., ya fallecido, con las consecuencias inherentes a dicha filiación, incluida la de ser considerado heredero forzoso y por tanto con derecho a percibir la legítima del haber hereditario de don J. G. C.». Contra la referida sentencia de la Audiencia el demandado, don J. J. G. U., ha interpuesto el presente recurso de casación con un motivo.

Tercero. La Sentencia aquí recurrida, bien directamente, bien por la plena aceptación que hace de la de Primera Instancia, declara probados los siguientes hechos: 1.º Existencia de unas relaciones afectivas entre doña M. I. G., madre del actor, y don J. G. C., iniciadas cuando aquélla contaba dieciséis o diecisiete años, y éste treinta y ocho o treinta y nueve, cuya relación afectiva se prolongó durante diez años. Así lo declaran numerosos testigos, algunos de los cuales concretan que M. no tuvo relación con ningún otro hombre, «saliendo» sólo con el señor G. y aseverando otros testigos que a ellos les manifestó expresamente el señor G. que el niño (hoy actor) era «hijo» suyo y que esta palabra era frecuentemente utilizada por él para designarlo. 2.º Al confirmarse el estado de embarazo de M., don J. G. C. la sacó de la casa de los padres de aquélla, con quienes vivía, y la llevó a vivir a un piso de su propiedad (del señor Goiti Canales), sito en calle Alameda de San Mamés, 39-3.º, de Bilbao, en donde éste la visitaba a diario, y poco antes del parto la trasladó a otro piso también de su propiedad, sito en calle Carmelo Gil, 8-1.º, naciendo el actor el día 16 de enero de 1968, al que se le puso el nombre de «J», sufragando don J. G. C. los gastos clínicos del parto a través de doña A. G., «hechos que son en autos acreditados sobradamente a través de prueba documental y testimonial». 3.º Nuevo traslado, un año después del parto, al piso de la calle Alameda de San Mamés, donde con la misma periodicidad madre e hijo recibían las visitas de don J. G., trasladándose éste a Santander cuando el niño contaba tres años de edad. 4.º Conocimiento de la existencia del niño en el entorno familiar de don J. G. «Se aportan a los autos numerosas fotografías (dice textualmente la Sentencia de Primera Instancia, que como se ha dicho es aceptada íntegramente por la aquí recurrida) que si bien es cierto que por sí solas no constituyen elementos concluyentes de una paternidad, expresan un revelador afecto, ciertamente inusual en el contexto de una mera relación de amistad como pretende el demandado (algunas de las fotografías muestran al niño con la madre de J., ya fallecida, en el domicilio, en la calle y junto con los abuelos maternos)» 5.º A partir del traslado de don J. G. a Santander, éste es visitado cada semana o quincenalmente por Magdalena y el niño y, en los últimos años, por el actor únicamente. «Amén de documental, incluida la fotografía (dice textualmente la Sentencia de Primera Instancia), constan nume-

rosos testimonios de amigos y vecinos de J. en Santander, algunos de los cuales afirman cómo J. se refería al actor como "su hijo", siendo su actitud y comportamiento en las reuniones propias de un padre». 6.º Aportación económica de don J. G. al sostenimiento del actor y su madre desde la época del embarazo hasta momentos antes de su fallecimiento, representada dicha aportación no sólo por la residencia, ya aludida, en pisos propiedad del señor G., sino por envíos periódicos de cantidades de dinero. 7.º Testamento de don J. G., por el que deja el 50 por 100 de sus bienes a quien hoy reclama la filiación.

Los referidos hechos, que las constantes Sentencias de la instancia declaran probados, han de ser mantenidos invariables en esta vía casacional al no haberse articulado ningún motivo que tienda a desvirtuarlos.

Con base en tan abundante elenco probatorio, la Sentencia aquí recurrida, en plena y total coincidencia con la del primer grado, llega a la conclusión de que los referidos hechos «evidencian sin ningún género de dudas a esta Sala (de apelación) la existencia no sólo de relaciones sentimentales entre M. y J. G. (indudablemente por error, la Sentencia recurrida le llama J. G.), sino también que fruto de las mismas nació el hoy actor» (fundamento jurídico único —sin numerar— de la Sentencia recurrida).

Cuarto. Con residencia procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente) aparece formulado el motivo único del recurso, en cuyo encabezamiento se denuncia textualmente «infracción de normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicables al caso y, en concreto, por violación del artículo 135 del Código Civil en su último inciso y de la doctrina legal interpretativa de dicho precepto, de la que constituyen muestra las Sentencias de esa Sala de 27 de junio de 1987 y 26 de noviembre de 1990, entre otras, al declararse la filiación controvertida en base a unos hechos que no guardan la necesaria analogía, a efectos de inferir de ellos la realidad de esa filiación, con aquellos supuestos fácticos expresamente prevenidos en el mencionado artículo como soporte de las presunciones de paternidad que el mismo establece. Y ello porque de los elementos fácticos declarados probados por la Sentencia recurrida no se sigue la existencia de la controvertida relación paterno-filial con igual coherencia lógica a la que se da entre los supuestos legalmente prevenidos como hechos base y la filiación que de los mismos se deduce». A través del extenso y reiterativo alegato integrador de su desarrollo, en el que se hace una difusa cita de muy numerosas sentencias de esta Sala, el recurrente viene, en esencia, a sostener que los hechos que la Sentencia recurrida declara probados, y cuya certeza no cuestiona, no pueden ser considerados «análogos» a los que relaciona el artículo 135 del Código Civil, por lo que no es posible obtener de ellos, dice, la conclusión de la paternidad del fallecido, don J. G. C., con respecto al demandante, don J. I. G. Después de hacer constar que la inmensa mayoría de las Sentencias de esta Sala que invoca el recurrente se refieren a casos concretos de negativa del demandado (supuesto padre) a someterse a las pruebas biológicas, por lo que, obviamente, carecen de aplicación al presente caso litigioso por haber fallecido al formularse la demanda el que en ella aparece designado como presunto padre; hecha, decimos, la anterior puntualización, para la resolución del presente motivo han de tenerse en cuenta las siguientes premisas previas: 1.ª La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida (art. 133 del Código Civil) y, por tanto, es

ejercitable por el mismo aunque haya fallecido el designado como presunto padre (o madre, si lo que se cuestiona es la maternidad), lo que entraña que del material probatorio utilizable han de quedar, obviamente, excluidas en dicho supuesto las pruebas biológicas 2.^a En orden a la interpretación del artículo 135 del Código Civil, es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la llamada heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 41 del mismo Código, en orden a permitir que se tomen en consideración «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo» (Sentencias de 8 de julio de 1986, 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988, 5 de abril y 20 de julio de 1990, 5 de octubre de 1992, 29 de marzo y 20 de octubre de 1993, entre otras muchas). Sobre la base de lo anteriormente expuesto, el presente motivo ha de ser desestimado, pues los hechos que las constantes Sentencias de la instancia declaran probados, que han sido detalladamente relacionados con el fundamento jurídico anterior de esta resolución y aquí se dan por reproducidos, guardan una patente analogía con los ya dichos, que el artículo 135 del Código Civil enumera en relación abierta, en cuanto notoriamente indiciarios aquéllos de las relaciones afectivas y sexuales tenidas exclusivamente por don J. G. C. con doña M. I. G., mantenidas durante diez años, dentro de cuyo período de tiempo se produjo la concepción y el nacimiento del demandante y aquí recurrido, don J. I. G., por lo que se ajusta a la más estricta lógica, según las reglas del criterio humano (art. 1.253 del Código Civil), la conclusión favorable a la declaración de paternidad del fallecido, don J. G. C., con respecto a don J. I. G., que los Juzgadores de la instancia, en sus coincidentes Sentencias, han obtenido de los referidos hechos-base que declaran probados y cuya certeza no ha cuestionado el aquí recurrente.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLOGICAS. OBSTRUCCION A PRACTICARLAS.
(SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Confirma los fallos de los Tribunales de instancia considerando la conducta obstruccionista y de resistencia del demandado, apelante y recurrente como *ficta confessio*, unidas a las demás pruebas practicadas y posibilidad de relaciones íntimas con la madre de la menor. Sigue la línea de reiteradísima jurisprudencia.

PATERNIDAD PRUEBAS BIOLOGICAS. RESISTENCIA A PRACTICARLAS.
(SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Reitera la doctrina de la anterior

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS. NEGATIVA A PRACTICARLAS. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Confirma la doctrina de las anteriores.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS. NEGATIVA A PRACTICARLAS. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1994)

Sigue la misma línea de las anteriores

PATERNIDAD PRUEBAS BIOLÓGICAS NEGATIVA A PRACTICARLAS (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1995.)

Mantiene el mismo criterio que las precedentes.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS RESISTENCIA A PRACTICARLAS (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1995.)

Abunda en las mismas consideraciones que las anteriores, con idéntico fallo.

ALIMENTOS. PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1994.)

La acción para pedir alimentos prescribe a los cinco años, contados desde que conociendo su filiación pudo ejercitarla el hijo mayor de edad, precisamente desde la fecha de su mayoría de edad.

NULIDAD DE MATRIMONIO. MALA FE HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIA CANÓNICA. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1994)

Declarada canónicamente la nulidad del matrimonio por engaño doloso de la esposa, consistente en hacer creer al marido que todavía estaba en edad para engendrar hijos, sin hacer declaración expresa sobre su mala fe, que apreció la Sentencia de la Audiencia, revocatoria de la del Juzgado, el Tribunal Supremo declara que la conducta dolosa equivale a la mala fe, por lo que no se excedió la Audiencia al hacer ese pronunciamiento conforme a lo solicitado por el marido.

F. C. L.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

GÁNDARA MOURE, AGUSTÍN: *El concepto de Derecho en Alvaro d'Ors*. Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1993, 207 páginas.

La investigación realizada por el Dr AGUSTÍN GÁNDARA MOURE tuvo como resultado la Memoria Doctoral sobre *El concepto de Derecho en Alvaro d'Ors*. De la presentación se ocupa FRANCISCO PUY, a quien correspondió el papel de director de la mencionada tesis, que fue leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago el día 28 de mayo de 1993, estando integrado el Tribunal por don JUAN JORDANO BAREA, de la Universidad de Sevilla; doña ANGELES LOPEZ MORENO, de la Universidad de La Coruña; don GONZALO DIÉGUEZ CUERVO, de la Universidad de Cantabria, y doña CAROLINA ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, de la Universidad de Santiago. La calificación obtenida fue apto *cum laude*. A través de pocas páginas intentará explicar el motivo por el que fue elegida la obra de D'ORS como «experiencia jurídica a analizar», así como los resultados de la investigación, alabando la metodología seguida por GÁNDARA MOURE por haber profundizado no sólo en la obra de D'ORS propiamente dicha, sino también en el conjunto de la literatura existente en torno al «pensamiento orsiano», todo ello completado con entrevistas a diferentes autores y, por supuesto, al propio D'ORS. Igualmente, efectuará una serie de precisiones sobre sus discrepancias personales con el trabajo de GÁNDARA, centrándose en su escaso carácter crítico, siendo éste un aspecto que, como se señalará más adelante, compartimos sin duda alguna.

AGUSTÍN GÁNDARA MOURE divide su obra en seis capítulos. Comienza con una introducción donde trata de poner al lector en contacto con el personaje analizado profundizando tanto en su biografía como en su bibliografía, y todo ello tras explicar las razones que le llevaron a escoger la filosofía jurídica de D'ORS como objeto de su tesis doctoral, comenzando ya, en un momento temprano, a deshacerse en elogios en torno al mencionado autor. Asimismo realiza una selección de las principales publicaciones de otros juristas que mantienen una relación directa o indirecta con el concepto de Derecho en ALVARO D'ORS y las críticas. Finaliza la Introducción con una exposición de las líneas seguidas a la hora de desarrollar su trabajo. Todo ello nos permite situarnos de forma adecuada en el tema objeto de análisis.

El primer punto que interesa al Dr. GÁNDARA es la indudable condición de romanista de D'ORS, la cual es examinada partiendo de la noción del *ius* en Roma, considerando que consiste en un «orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo: por los *ius* prudentes»; y todo ello sin olvidar en ningún momento el concurso de diferentes fuentes, destacando el ordenamiento pretorio como paralelo al *ius civile*.

Resulta paradigmático el capítulo tercero con la sola lectura de su título, «En busca de un concepto jurídico del Derecho». Constituye con diferencia el apartado más amplio ya que responde, en palabras del autor, a su intención de

exponer «las líneas maestras del pensamiento jurídico orsiano» y su búsqueda constante de un concepto de derecho concluyente. Parte del análisis de un trabajo de D'ORS de 1953 titulado *Principios para una teoría realista del Derecho* y antes de profundizar en el realismo orsiano desgaja el sentido de cada uno de los términos que componen el citado título, conectando dicho realismo con el, previamente citado, romanismo del autor. Para D'ORS el método jurídico más auténtico es el casuismo que se encuentra íntimamente ligado al judicialismo, definiéndose el Derecho como realidad judicial: «Derecho es aquello que aprueban los Jueces», definición cuyos elementos serán examinados al mínimo detalle, lo cual resulta sumamente aclaratorio para el lector. Serán señaladas igualmente las principales diferencias que existen entre el judicialismo que caracteriza a D'ORS y el ordenancismo al que aparece fuertemente enfrentado. Todo esto desembocará en un desarrollo y caracterización de lo que debe entenderse por mentalidad jurídica, basada en la *decisio* como una forma de lucha frente a cualquier clase de ambigüedad. «el oficio del jurista consiste en decidir y, por tanto, será la decisión y la capacidad para decidir en los casos concretos lo que configure de modo positivo su mentalidad». En sentido similar se manifiesta la argumentación jurídica en DÍEZ-PICAZO. Según JOSÉ CERDÁ JIMENO, Notario de Ibiza, a la hora de proceder a la justa solución de los conflictos jurídicos, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN aboga por una interpretación del derecho como un sistema de determinación del *iustum* concreto «el derecho no es un dato o algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que ir buscando incessantemente, y las normas no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda...» Otro problema que analiza CERDÁ JIMENO cuando se enfrenta a la obra de DÍEZ-PICAZO (en esta misma sede, de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 625, 1994, pág. 2686) es el relativo a si la decisión del intérprete entre diferentes opciones debe realizarla libre y espontáneamente, o bien debe ajustarse a unas reglas, cánones o criterios establecidos. DÍEZ-PICAZO mostrará la conexión entre la interpretación y razonamiento jurídico, reconociendo, al lado de la lógica genuina o estricta, la llamada «nueva retórica o arte de la argumentación»: el pensamiento tópico o problemático. Para los partidarios de esta corriente de pensamiento, continúa señalando CERDÁ, el razonamiento jurídico no busca una demostración, sino una argumentación. En palabras de DÍEZ-PICAZO «Conviene aclarar que la defensa de un punto de vista problemático no significa en modo alguno que todo pueda problematizarse y que nuestra disciplina sea una especie de campo de agramante en el que todo valga. Es esta una sensación frente a la cual conviene ponerse en guardia. En Derecho hay que delimitar notoriamente el campo de las *res certae* y el de las *res dubiae*. Cuando hablamos de *res certae* nos referimos a aquellos temas en los que las coincidencias son absolutas y ni siquiera puede hablarse de doctrina dominante o doctrina mayoritaria. Distintas son, en cambio, las *res dubiae*, donde la vacilación permanece y las opciones son posibles siempre que para sostenerlas se siga una vía metodológica correcta»

GANDARA justifica su exposición a través de diferentes ejemplos que presenta como «manifestaciones prácticas de la mentalidad jurídica orsiana», todo ello avalado por sus continuas citas y referencias a la obras de D'ORS. Concluirá el capítulo tercero con unas referencias a la compleja, y no por ello menos interesante, problemática del derecho natural, partiendo de la dificultad añadida que supone el hecho de que en la literatura orsiana no se ha abordado nunca aisladamente dicho concepto. Llegado a este punto resulta ineludible

para el autor resaltar la condición de creyente católico como rasgo dominante en D'ORS, completando su enfoque con el análisis de dos críticas a la formulación orsiana del derecho natural, en concreto, la de ELÍAS DE TEJADA que la considera «calvinista» y la de RODRÍGUEZ ITURBE que echó en falta la terminología escolástica

En capítulo aparte se aborda la espinosa tarea que supone el enfrentarse al *concepto de Derecho*, comenzando con unas reflexiones en torno a la dificultad que ha existido para todos aquellos que a lo largo de la historia han tratado de encontrar un adecuado concepto de derecho, dificultad que aparece en gran parte justificada por el historicismo que conlleva el tema. La complejidad hace necesario que el estudio se realice por partes empleando un método analítico y no sintético; y en este intento de análisis, GÁNDARA comenzará por la base: la existencia de una sociedad como presupuesto del Derecho, intentando, a continuación, resumir en tres los pilares en que se debe fundamentar el Derecho: política, ética y religión; sin olvidar un repaso a la cultura, la educación y la historia que ocupan, igualmente, un destacado papel. Tras desarrollar estos aspectos introductorios, nos presentará las llamadas «fórmulas orsianas», donde tratará de desmenuzar el A. los diferentes ensayos definitorios de lo jurídico realizados por D'ORS a lo largo de su trayectoria intelectual, alabando el que metodológicamente recorriera todos los posibles caminos que se pueden seguir a la hora de encontrar un concepto de Derecho. Siguiendo una adecuada sistemática de la que hace gala toda la Memoria Doctoral en su conjunto, aparece, como segunda parte del capítulo del que nos ocupamos, una selección de las principales críticas que los diferentes sectores doctrinales han efectuado a D'ORS, intentado en un alarde defensivo replicar cada una de ellas, partiendo, sobre todo, de que los autores que han criticado no tenían base suficiente para efectuar su crítica por no haber analizado un número suficiente de publicaciones que les pudiesen proporcionar una idea siquiera aproximada del pensamiento jurídico que constituía el objeto de su crítica. Así integra entre los críticos y los panegiristas del pensamiento orsiano a FEDERICO DE CASTRO, RAFAEL GIBERT, JOSÉ RODRÍGUEZ ITURBE, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, RAFAEL DOMINGO, ALAIN SERIAUX y FREDERICK WILHELMSSEN.

Cuando AGUSTÍN GÁNDARA MOURE valora personalmente las diferentes formulaciones orsianas del Derecho se deshace en elogios, alabando la distinción efectuada entre *auctoritas* y *potestas* (luego reconocida por R. DOMINGO en su tesis doctoral) y concluyendo que D'ORS es un auténtico filósofo del Derecho.

En el capítulo quinto se expone el giro experimentado desde 1985 en el pensamiento orsiano, tomando como punto de referencia la última lección leída por ALVARO D'ORS en la Universidad de Santiago de Compostela antes de su jubilación oficial, la llamada «prelección jubilar». Considera que no se aparta radicalmente de posiciones anteriores, pese a lo que hubiera podido intuirse, sino que intenta presentar una «atractiva hipótesis de trabajo», «un concepto filosófico-jurídico válido para configurar de modo unitario el Derecho en un futuro orden de libertad cristiana». En esta culminación del pensamiento orsiano vuelve a ponerse de manifiesto su arraigado cristianismo al denunciar el paganismo en que se encuentra envuelto el derecho actual en un intento de recristianización del mismo.

Finaliza el libro con una exposición detallada y nuevamente sistemática, presentada a modo de dieciocho conclusiones, sobre los tres aspectos básicos que se han ido desarrollando a lo largo de la obra: el concepto de derecho, la metodología jurídica y la proyección del magisterio orsiano. Pese a que ha sido

señalado con anterioridad, es en este punto donde resalta, sin lugar a dudas, la capacidad de síntesis del Dr. GÁNDARA que le lleva a una tesis doctoral que, sin ser amplia, no por ello resulta incompleta, ya que recoge los puntos principales objeto de su estudio e investigación, aunque quizás resulte escasamente crítica, demostrando así su «debilidad» y admiración, tal vez desmesurada, por el pensamiento orsiano y el artífice del mismo, con lo que el enfoque del tema podría pecar de falta de objetividad (aunque no es el único que admira al personaje en cuestión). Así, ALVARO D'ORS ha sido considerado por RAFAEL GIBERT y SÁNCHEZ DE LA VEGA como el mejor jurista español del siglo XX. Otros autores, sin embargo, han atribuido esta categoría al procesalista JAIME GUASP DELEGADO o al civilista FEDERICO DE CASTRO.

Entre sus conclusiones, GÁNDARA destacará como «la definición orsiana más genial del Derecho» aquella que reza «Derecho es la posición justa». Sin duda, se resume en pocas palabras un cúmulo de ideas que, a lo largo de la historia, han sido objeto de preocupación para todos los estudiosos del Derecho y que han llevado a llenar numerosas páginas que en ningún momento —siempre según el autor— han conseguido la claridad y la precisión que logró D'ORS con una sola frase que ha sabido seleccionar AGUSTÍN GÁNDARA.

Desde la metodología, D'ORS reproduce las ideas que ya en el siglo XIX apuntaba el historiador francés LABOULAYE sobre la imposibilidad de conocer el Derecho actual sin una mirada al Derecho del pasado, de ahí que D'ORS parta siempre del Derecho privado romano, ya que, como apunta GÁNDARA: «sin visión retrospectiva no hay perspectiva ni prospectiva»; y es que la prospectiva de futuro tampoco se olvida, teniendo en cuenta que D'ORS ha sido y es un «maestro de juristas» que, en ningún momento, presenta los problemas resueltos a sus alumnos, sino que ha intentado que trabajen en la configuración de un Derecho de futuro. Exponiendo las ideas anteriores, el Dr. GÁNDARA vuelve a alabar un nuevo aspecto, no ya del pensamiento orsiano, sino del perfil como maestro de ALVARO D'ORS, concluyendo con una predicción: «su reconocimiento futuro como un clásico español del siglo XX del que no se puede ni se deberá prescindir». Otra cuestión bien distinta es que no todos tienen por qué coincidir con GÁNDARA, ni con la llamada Escuela compostelana de Derecho romano, ni con el director de la tesis doctoral, y no sólo por lo que a los contenidos se refiere, sino también con las formas y los modos con que D'ORS ha venido prodigándose en la valoración de la obra ajena, particularmente de la de quienes no son sus discípulos ni sus allegados.

PATRICIA ZAMBRANA MORAL

PACHECO, FRANCISCO LUIS. *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español*. Lleida, 1992, 311 páginas.

El Dr. PACHECO, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, ha emprendido con la elaboración de este trabajo una tarea encomiable, cuya difusión se ha visto facilitada por la publicación y edición del mismo por L'Estudi General de Lleida (bajo la dirección de ANGELS SANTA y los asesores XIMO COMPANY, JAUME MAGRE, AGNÈS PARELL, JOAN PRAT, FRANCESC TOVAR, MARTA TREPAT y CARMÉ VIDAL), con la colaboración de la Fundació Pública Institut d'Estudis Ilerdencs de la Diputació de Lérida y el Departamento de Cultura de la Paeria (Ayuntamiento

de Lleida). El estudio de un instituto privado centrado, además, en una determinada época histórica supone un trabajo de investigación arduo y complicado. Pero, no obstante, la metodología seguida por el autor en la forma de presentarnos una clase de los *iura in re aliena*, en concreto de las servidumbres prediales, ha permitido que el lector se adentre en su contenido, comprenda mejor su naturaleza jurídica así como su proceso evolutivo, teniendo en cuenta los distintos ordenamientos jurídicos que han influido en su regulación y su configuración en diversos territorios de nuestra Península. Todo ello atestiguado mediante una variadísima documentación.

El jurista e investigador, al enfrentarse con el estudio de una figura jurídica, tiene ante sí una gama de posibilidades que permitan desarrollar su trabajo. Unas son más complicadas, pero otras —no por ello menos rigurosas y científicas— facilitan el alcance, juicio y entendimiento de su análisis. La literatura jurídica, la legislación y la opinión jurisprudencial constituyen, *a priori*, la fuente de aplicación inmediata. El resto depende del propio autor, de su sistemática, originalidad y, por qué no, de su capacidad investigadora e intelectual. Sobre esta base y con estas cualidades ha trabajado LUIS PACHECO decidiendo, por un lado, la institución a investigar, excluyendo de su estudio (con fundamento y justificación) lo que le ha parecido oportuno. De otra parte, la comparación documental manejada le ha permitido acreditar la configuración de la institución objeto de examen.

La obra va precedida de un Prólogo a cargo de AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS (maestro de PACHECO), y que es de lectura obligada, pues plantea en sus primeros párrafos —quizás con un tono crítico algo destructivo— el estado actual de la investigación histórico-jurídica. En líneas posteriores, nos manifiesta —centrándose en el contenido del libro de PACHECO— los diversos conflictos que se han presentado a los propietarios de fundos colindantes y que, como conductas reiteradas, han sido objeto de normativa legal.

Divide el Dr. PACHECO en cuatro partes su estudio, sin que se deba obviar las páginas dedicadas a la Introducción general y Planteamientos, constituyendo las mismas una exégesis de la obra. En primer lugar y, coincidiendo cronológicamente con la formación jurídica, nos presenta el instituto en el Derecho romano. Es obligado, para la exposición del tema, determinar el alcance del concepto de propiedad, extensión y límites ya que la servidumbres —señalándose así por diversos juristas— se desarrolla al amparo de la concepción inmanente de la propiedad. Es por esta razón que el autor —al estudiar el período arcaico— se plantea el ámbito de diversos conceptos romanos que hacen referencia al ejercicio de poder *potestas*, *manicipium* y *dominium*. Ello le permite centrar cuál es el origen y la naturaleza de las servidumbres, en concreto de las prediales, en esta etapa señalada, aunque pase de puntillas por el estudio de la relación jurídica existente entre los predios afectados. Es de todos conocido, y de forma documentada lo deja testimoniado LUIS PACHECO, que en un principio eran pocas las clases de servidumbre reales (*iter*, *actus*, *via* y *aquaeductus*) circunscritas a exclusivas necesidades de los predios, constituyendo su configuración una idea lejana del concepto *ius in re aliena*. Debe destacarse de este primer planteamiento el problema señalado por el autor acerca de la pertenencia del terreno sobre el que recae la servidumbre. Para ello se ha servido del estudio de los trabajos manualísticos clásicos de BIONDI, KASER, KOSCHAKER o CAPROGROSSI, entre otros. Al respecto hemos de señalar, después de hacer un estudio comparativo con otros autores, que PACHECO sigue fielmente, como aquellos, la línea marcada por BIONDI BIONDI en su conocida obra *Le servitù*

prediali nel diritto romano, Milano, 1969, acusando en este aspecto cierta falta de originalidad en la presentación y comentario de los textos romanos.

Nos referíamos líneas atrás a que el Dr. PACHECO ha preferido omitir algunas cuestiones que —reconoce— hubieran podido tenerse en cuenta, obligándose a prescindir de las mismas. Una de ellas, y con referencia al proceso evolutivo de la servidumbre, es la influencia del carácter sociológico en la configuración del instituto citado. Evidentemente, plantearse de un modo unitario, es decir, abarcando todos los factores influyentes en la configuración del Derecho, el estudio de cualquier institución es prácticamente imposible, pero si se advierte de la importancia de uno de ellos —en este caso el sociológico—, no basta con una simple remisión a la ya varias veces citada obra de BIONDI, sobre todo cuando se destaca su influencia y su justificación en la conformación de la naturaleza jurídica en cuestión.

Esquematiza cronológicamente el autor su estudio señalando los límites en los que se concibe la servidumbre predial: 1) en términos de pertenencia; 2) como *iura praediorum*, y 3) la confirmación del concepto *servitus*. Dicho, por tanto, el origen y posterior evolución de la servidumbre, es analizado el desenvolvimiento ulterior del citado instituto.

La primera clasificación que en la obra se hace de este Derecho real parte de la distinción entre servidumbres rústicas y urbanas, distinguiendo a su vez las constituidas en suelo itálico o en suelo provincial. Vuelve el autor a seguir el plan de sistematización marcado por maestros anteriores teniendo en cuenta que el criterio que puede seguirse es muy variado, dependiendo del aspecto que, de la servidumbre, se resalte. Creemos, no obstante, que el Dr. PACHECO parte de esta primera distinción no sólo porque éste fuese el criterio seguido por el Derecho romano sino porque le va a servir para expresar que desde finales del siglo III a.C. y, sobre todo, desde mediados del siglo II a.C. asistimos a un momento decisivo de alejamiento de las primitivas servidumbres rústicas y al nacimiento de nuevos derechos (motivados por influencias sociales externas) ajenos ya al esquema de la pertenencia.

Debe apreciarse un error en las fuentes citadas por el Dr. PACHECO. En concreto, al hablar de la prohibición del usufructuario de un predio para constituir servidumbre sobre el predio objeto de usufructo, señala como norma aplicable el D. 7, 1, 5, 7, siendo en realidad D. 7, 1, 15, 7 (Ulp. 18 Sab). Creemos que ello sea debido a error de imprenta como también la numeración, en texto, de la nota 277 que deberá ser 270.

Determinadas las clases de servidumbres, se estudia, en forma más detenida en la época clásica que en la postclásica, los requisitos (utilidad, vecindad, perpetuidad...), caracteres (accesoriedad, inalienabilidad, indivisibilidad...) y el ejercicio de la figura citada. Así como las distintas acciones protectoras de este derecho, sin olvidar las causas de extinción de las mismas. Ha obviado el autor mencionar, sino una forma de extinción sí un supuesto planteable como posible causa, como es el cumplimiento de la condición resolutoria, que al respecto se ha interpretado como un modo extintivo regulado en el *Corpus Iuris Civilis* en cuyos textos —señala ARIAS BONET— «parece haberse operado a tal efecto las oportunas interpolaciones de las obras de los juriconsultos clásicos, para quienes la servidumbre era esencialmente perpetua».

El instituto en cuestión, en el Derecho visigodo —y según señala LUIS PACHECO—, carece de regulación legal concreta (no olvidemos que el Breviario sí recoge la servidumbre conservando los mismos problemas que tal figura arrastraba del Derecho romano) denotando, además, filtraciones de carácter vulgar,

pero es, sin embargo, para el propio autor cuando «comienza realmente la historia de las servidumbres prediales en el Derecho español» y para justificar esta afirmación resalta que «a partir de la monarquía visigoda el Derecho romano fue sometido a una evolución que culminaría en el Código Civil». De tal aserción se debiera esperar mayor fundamento, aun cuando el autor se ha detenido ahí. Para el planteamiento de las servidumbres prediales en esta época se ha preferido omitir aquellas fuentes que, no obstante, consultadas no proporcionan información sobre el objeto de estudio. Pero quizás fuera necesario al menos una enumeración genérica de las mismas en la medida que nos hubieran permitido de un lado aproximarnos algo más al laborioso trabajo de investigación realizado y, de otro, conocer el criterio excluyente. El Breviario de Alarico, el Código Teodosiano, el de Eurico y el *Liber Iudiciorum* son los textos en los que se ha basado para la confección de esta segunda parte, de lo que cabe destacar, en cuanto al instituto propiamente dicho, el desconocimiento del mismo por el *Liber*. Se apoya PACHECO para la ordenación de sus diversas tesis, de este capítulo, en obras principalmente del ya mencionado BIONDI y de IGLESIA FERREIRÓS y de A. D'ORS.

Siguiendo con el análisis de esta obra, resulta más elogiable la profundidad de investigación e interpretación de textos que supone el estudio de la figura jurídica en la Alta Edad Media, no sólo por su concreción, sino también por la delimitación y examen de diversos documentos. Abarca el período comprendido entre la caída de la monarquía visigoda hasta la recepción del *ius commune*. Si los dos primeros capítulos llevaban como títulos el estudio de las servidumbres prediales en el Derecho romano y visigodo, respectivamente, el tercero, y siguiendo la misma línea sistemática debiera haberse enunciado como el estudio de dicho derecho en la Alta Edad Media, sin embargo, su título es más concreto y aproximativo: «Situaciones, necesidades y conflictos básicos de la institución de las servidumbres prediales su solución por la experiencia jurídica altomedieval». Sabedor el autor de que ésta era una pregunta obvia, se ha permitido darnos de antemano la respuesta al señalar que en esta parte «el trabajo se ha proyectado como el estudio de los mecanismos arbitrados por la experiencia jurídica altomedievales para la satisfacción de las necesidades y la resolución de conflictos». Los documentos analizados son del tipo de aplicación, no ocupándose de los documentos de naturaleza normativa y fueros municipales. Aclarado el método seguido, continúa el Prof PACHECO con un estudio de las servidumbres prediales, a través de textos escritos en latín o castellano antiguo de diversas fechas que recogen testimonios de los problemas planteados por la necesidad de paso, agua, apoyo, etc., entre propietarios de fundos colindantes, analizando e interpretando la figura y problemática jurídica en zonas de Castilla, Navarra, Cataluña y Aragón.

Finaliza este trabajo de investigación exhaustivo con unas páginas que constituyen —en cuanto a su contenido— una visión del instituto jurídico de forma ligada e hilvanada. Siguiéndole un Apéndice documental y una extensa enumeración de fuentes y bibliografía.

La obra en sí supone una monografía sobre el tema que permite acercarse, y en ocasiones profundizar, en su estudio. Sea o no consciente el autor de sus limitaciones (como señala AQUILINO IGLESIA en su Prólogo) sí ha superado con creces el constante obstáculo frente al cual hay que combatir sin demora todo aquél que se acerca al campo de la investigación *iushistórica*.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ: *La Ley de Adecuación y el Impuesto de Operaciones Societarias*. Editorial Bosch, Barcelona. Un tomo de 299 páginas.

Esto de «estar» en Europa es una delicia. Y si no que se lo pregunten a los agricultores, ganaderos o pescadores españoles, a quienes el sometimiento a los patrones de Bruselas no les está resultado demasiado favorable que digamos. Pero no nos vamos a referir ahora a estos vapuleados sectores de nuestra economía, con ese amargo apunte irónico del principio, sino a algo que nos toca a los juristas.

Desde que tuvimos la «suerte» (¿buena o mala?) de enrolarnos en el carrusel comunitario, hoy unión, la normativa patria ha experimentado algunos envites que más o menos alteran nuestro sistema jurídico, que sería vetusto, según algunos, pero era conocido.

Ahora, entre la multitud de nuevas leyes nacionales y regionales que no paran, nos vienen las Directivas, Reglamentos y demás retahílas europeas, y ya no está un seguro de pisar tierra firme al estudiar o enjuiciar las cuestiones que se nos plantean en el ámbito profesional. Tal es la variedad de normas con pujos de vigencia que nos atosigan.

Menos mal que no faltan estudiosos que se preocupan de estas cuestiones y nos prestan sus valiosas ayudas; ahí tenemos como ejemplo cercano los numerosos trabajos que se publica en esta REVISTA o en el remozado *Boletín de Información del Colegio de Registradores*.

Colaborador asiduo y muy valioso es nuestro compañero JOSÉ MENÉNDEZ, activo Registrador y especialista en temas fiscales, esta materia oscura de suyo y más bien poco simpática, sobre todo para los sufridos contribuyentes. Pero JOSÉ MENÉNDEZ no es sólo Liquidador, como sinónimo de agente fiscal avieso; es más bien y sobre todo un estudioso imparcial e independiente. No en vano mantiene en todas sus publicaciones el lema, repetido pero no gastado, que dice «In lege unitas, in opinionibus, plena libertas».

En su Prólogo de este libro reproduce un párrafo del que puso en otra obra anterior sobre el nuevo Impuesto de Sucesiones y Donaciones. En él justifica su aparente enemistad a la gestión tributaria y su crítica a los preceptos legales; dice que en su faceta de funcionario aplica sin excusa la legislación vigente, aunque le pueda parecer errónea, pero nadie le puede negar el derecho de crítica, y eso es lo que hace en sus libros y trabajos. Tiene la esperanza de que en el futuro lea esas críticas ese famoso e inconcreto «quien corresponda» y se pueda proceder a la modificación de los yerros. Si esto ocurriese, nos dice el autor, acabarían los conflictos entre las normas vigentes y las respuestas más ecuanímenes de la realidad social frente a los preceptos a veces estrictos y desafortunados.

Y aquí se pone, una vez más, a la tarea de desentrañar y comentar una nueva norma que, siendo en principio de contenido y finalidad puramente societarios, acaba tocando, ¿cómo no?, el aspecto fiscal.

En este campo, la Ley por la que se verifica la adecuación de nuestras normas societarias a las directivas europeas contiene algunas novedades que son las que estudia el autor detalladamente, con el tino y la maestría que le dan el ser un perfecto conocedor de la materia.

En primer lugar, la Ley de Adecuación corrige una anomalía de nuestro sistema interno. En algo se mejora, no iba a ser todo malo. En efecto, el Derecho europeo mantiene el correcto criterio de que el Impuesto sólo debe exigirse una vez en todo el ámbito de la Unión, mientras que en la primitiva

redacción del artículo 6.º de nuestro Texto Refundido se exigía el pago del tributo a todas las sociedades residentes en el territorio español, aun en el caso de que lo hubiesen satisfecho en otro país de la Unión.

Otras novedades son que incorpora a nuestro Derecho positivo, tanto sustantivo como fiscal, la figura de la escisión societaria; que en la nueva regulación se somete al tributo el traslado a España de la sede directiva o domicilio social de las empresas desde fuera; que en la nueva Ley se contiene el régimen fiscal aplicable a la aportación no dineraria de ramas de actividad; que se declaran sujetas las aportaciones que efectúen los socios para reponer pérdidas; que se equiparan a las sociedades las personas jurídicas no societarias que persigan fines lucrativos y que se declara aplicable el régimen fiscal estable en las que intervengan sujetos pasivos que no tengan forma jurídica de sociedad mercantil cuando se produzcan resultados equivalentes

Se estudia en el libro la evolución legislativa de las aportaciones no dinerarias y del tema de la transformación de sociedades. Aunque nuestro Texto Refundido no permitía la deducción de las deudas, a partir de la nueva legislación éstas deben tomarse en cuenta, por lo que pueden surgir actos tributarios por los conceptos de adjudicaciones en pago y para pago de deudas cuando el valor de los bienes supuestos en común sobrepase al de las acciones recibidas.

En lo referente a las agrupaciones de interés económico, la Ley otorga una muy generosa lista de exenciones, alguna de las cuales no están justificadas, a juicio del autor.

Según el mismo, aunque la Ley no lo diga expresamente, parece que la reducción de capital y la disolución de sociedades, cuando no provoquen la entrega de bienes a los socios, no constituyen actos sujetos al Impuesto.

Todas estas modificaciones y otras más dan lugar a un sistema impositivo nuevo en el campo societario que no siempre resulta del todo claro ni comprensible. A veces se hacen retoques sin mirar al conjunto sistemático y, una vez más, los árboles impiden ver el bosque.

Por ello el autor, en nada menos que cuarenta y tres apartados o capítulos, pretende aclarar el entramado impositivo referente a los entes sociales y lo consigue de modo sorprendentemente completo y a la vez sencillo. No voy a resumir, ni siquiera enumerar esos capítulos, pues resultaría absolutamente farragoso.

El libro no es de lectura corrida, por supuesto, sino de consulta para el caso candente que se nos puede presentar; por eso será necesario en bastantes ocasiones a quienes, liquidadores o sujetos pasivos, tengan que afrontar los problemas fiscales de este sector y buscarles soluciones.

En una humorística entrada que el autor dedica a los lectores del libro, nos dice que su uso será útil en los casos fiscales de consistencia viscosa y en los síndromes de contribuyentes «querulantes», aunque se puede leer sin receta médica. Por cierto, querido amigo, ¿qué significa eso de «querulante»? Lo he mirado en varios diccionarios, incluido el de la Real Academia Española, y no he encontrado la palabreja, pero me imagino que tendrá un contenido que se refiera a los efectos producidos por una fiscalitis aguda. Será mejor no «meneallo».

Cuando estaba escribiendo este comentario aparece en el *Boletín Oficial del Estado* (el recordado «Papeln General de La Codorniz») el nuevo Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así, de un tirón. Supongo, o casi podríamos asegurarlo, que contendrá modificaciones, ampliaciones, retoques y hasta contradicciones respecto a esta

Ley que la enturbien en vez de aclararla. El autor ya tiene nueva materia para otro libro que le brindo, en la seguridad de que opinará *cum plena libertas* y, sobre todo, con acierto.

Los que necesitamos de tu ciencia y tu laboriosidad te agradeceremos siempre estas inestimables ayudas teórico-prácticas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, y LASO BAEZA, VICENTE: *El aprovechamiento urbanístico*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1995.

JOSÉ LUIS LASO había tratado el aprovechamiento como una realidad jurídica desgajada del suelo que le sirve de base física en el tercer tomo de su clásica obra *Derecho urbanístico*, publicada por Montecorvo en 1982, páginas 259 y siguientes. Se trataba, ya entonces, de una imaginativa especulación sobre el inicial concepto del aprovechamiento que surge de la reforma urbanística de 1975-76, como un avance sobre la simple noción de la edificabilidad del suelo, propia de la Ley de 12 de mayo de 1956. Las ideas que entonces exponía han servido de base para la práctica totalidad de los artículos y publicaciones posteriores sobre la materia.

Por tanto, no es de extrañar que las nuevas normas sobre la institución que se desarrollan en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990 y en el Texto Refundido de 26 de junio de 1992 hayan servido de base para una nueva obra del autor, que en esta ocasión escribe en colaboración con su propio hijo VICENTE LASO en lo que el Prólogo del libro se describe como una oportunidad nacida de la relación entrañable entre ambos, dentro del mutuo respeto a la libertad de pensamiento de cada uno. La relación que tengo con los dos me permite asegurar que expresan con toda sinceridad una realidad que constituye un privilegio envidiable.

Aunque la obra tiene como objeto básico el estudio de la institución del aprovechamiento urbanístico, los autores vierten además en el libro una serie de conceptos que constituyen su mérito más evidente, en la medida en que constituyen una meditación muy interesante sobre una serie de aspectos del Derecho urbanístico que afectan no sólo al aprovechamiento urbanístico en sí, sino a otras instituciones jurídico-urbanísticas relevantes.

Ya en el capítulo I se contiene una afirmación que, en alguna medida, supone la principal toma de postura de JOSÉ LUIS y VICENTE LASO. Se parte de la idea de que el Derecho inmobiliario supone un derecho de cosas, y el aprovechamiento, una parte integrante de éstas. Pues bien, si tales cosas están en el tráfico privado y sobre ellas bulle una compleja estructura de relaciones jurídicas múltiples, en la medida en que los bienes de los que se predica el aprovechamiento pueden estar gravados por todo tipo de derechos reales, cabe que el intérprete adopte una doble postura. O se reconoce esta realidad y se intenta cohesionarla con el régimen urbanístico mediante la instrumentación de una nueva técnica difícil y compleja sin la cual la realidad pretendida será inoperante, o se desnaturaliza la institución, convirtiéndola en una carga económica equivalente a un impuesto.

La obra parte de la primera hipótesis y constituye un esfuerzo interpretativo importante y constructivo, de forma que aún admitiendo las deficiencias

normativas sobre el aprovechamiento y su transferencia puedan superarse mediante la preparación de un camino viable en su aplicación. Por ello, en otros capítulos de la obra los autores insisten en la necesidad ineludible de que se tramite la norma reglamentaria que adapte la legislación hipotecaria a la norma urbanística, manifestando una posición crítica ante el retraso inexplicable de dicha tramitación.

La sistemática del libro parte de la división del estudio en 19 capítulos redactados coordinadamente por ambos autores, de forma que su estructura responda a una lógica interna en la que las distintas manifestaciones del aprovechamiento se tratan en conexión con las normas, muchas veces desordenadas, en que se contiene su regulación.

A tal efecto, en los dos primeros capítulos se tratan los conceptos básicos sobre el aprovechamiento, con distinción de las dos nociones esenciales de aprovechamiento materializable y del aprovechamiento apropiable. Se añade el estudio del aprovechamiento tipo y de las complejas normas para su cálculo, con una adecuada combinación de elementos puramente conceptuales y de ejemplos prácticos en los diferentes tipos de suelo, lo que facilita la intelección de una mecánica que resulta complicada en todo caso.

Los capítulos III y IV contienen el tratamiento de los presupuestos urbanísticos que permiten la justa distribución del aprovechamiento entre los propietarios iniciales de suelo y entre éstos y la Administración actuante. Me refiero a las Áreas de Reparto, nueva unidad introducida por la Ley 8/1990 y de las Unidades de Ejecución, término que en la nueva Ley viene a sustituir a las antiguas nociones de polígono en suelo urbanizable y de área de actuación en suelo urbano. La concreción de ambas modalidades de delimitación de suelo, en función de las características de éste y de su clasificación, así como de los criterios sobre la elección del sistema de actuación, se ordenan sistemáticamente de forma que se clarifiquen los presupuestos de actividad citados que permiten la aplicación ordenada de las nuevas normas sobre equidistribución de las plusvalías resultantes del Plan de Ordenación.

Los capítulos V y VI se destinan al estudio de dos conceptos de contenido ambiguo y discutible en la Ley vigente. De una parte, el de los sistemas generales, con especial detenimiento en el estudio de los términos «incluidos» y «adscritos». Se trata en definitiva de una sistematización precisa de los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre una cuestión tradicionalmente confusa, consistente en si tales sistemas, en cuanto elementos esenciales de la estructura urbana, suponen un *tertius genus* en la clasificación del suelo o una modalidad de algunas de sus categorías típicas, especialmente del suelo urbanizable. La noción se completa con el estudio del aprovechamiento y de su régimen jurídico en orden a tales sistemas generales.

De otra parte, el capítulo siguiente trata de las dotaciones locales, de su caracterización frente a los sistemas generales y, sobre todo, del régimen jurídico previsto para su obtención. Concluye el estudio con el planteamiento de un problema extraordinariamente interesante como es el de la reversión del suelo cedido gratuita y obligatoriamente, cuyo régimen jurídico ha de distinguirse de las cesiones llevadas a cabo en virtud de figuras como el convenio urbanístico, en el que puede ocurrir que no sea posible predicar de la cesión su carácter puramente coactivo, lo que implica consecuencias jurídicas muy diferentes.

Los capítulos siguientes tratan, en primer lugar, de la ocupación directa. Se trata de una institución ya admitida por el Reglamento de Gestión Urbanística,

pero muy matizada por la nueva Ley, si bien con la complicación añadida de la declaración de vigencia de las antiguas normas reglamentarias, lo que plantea problemas que debieron ser resueltos mediante la adecuada concordancia de ambos textos. Entre los aspectos más destacables figura el relativo al ámbito de la inscripción de los terrenos ocupados, en el que la Ley, al remitirse a su posterior desarrollo reglamentario, deja en el aire la cuestión de si la inscripción tiene por objeto el dominio o la simple adquisición posesoria.

En segundo término, VICENTE LASO aborda el problema de la materialización física del aprovechamiento real u objetivo, tema previo a las transferencias de aprovechamiento en las llamadas actuaciones asistemáticas. Son temas especialmente interesantes los relativos a la materialización voluntaria del aprovechamiento apropiable en los casos en los que el diseño urbano no impone la edificación total del volumen previsto, así como los problemas que se suscitan por la imposibilidad de materialización del aprovechamiento real.

Los capítulos IX y X se refieren a la novedad más interesante de la Ley, es decir, a las transferencias de aprovechamiento apropiable en las actuaciones no sometidas a sistema de actuación por unidades completas, así como de su inscripción en el Registro de la Propiedad y en el Registro especial previsto en el artículo 57 del Texto Refundido. En esta materia JOSÉ LUIS LASO se inclina de forma definitiva por la postura de entender las transferencias de aprovechamiento como transmisiones de elementos inmobiliarios puros, plenamente inscribibles en el Registro de la Propiedad, en contra de algunas opiniones doctrinales que tienden a confundir el aprovechamiento apropiable con el objetivo o materializable. Lleva a cabo, además, un estudio matizado de las posibilidades y mecanismos de inscripción y, sobre todo, del tratamiento de los derechos reales preexistentes, cuestión que la Ley resuelve de forma tajante, si bien, a juicio de los autores con un criterio excesivamente simplista, sobre todo si se atiende a la auténtica naturaleza jurídica de determinados derechos reales de garantía, como la hipoteca.

Los capítulos XI a XV desarrollan el tratamiento conjunto, desde el punto de vista del Derecho civil y urbanístico, de un tema enormemente interesante, es decir, el de la patrimonialización de los derechos o facultades que la Ley organiza como una cadena sucesiva de adquisiciones como consecuencia del correlativo cumplimiento de los deberes urbanísticos de urbanizar, de ceder, de equidistribuir, de solicitar la licencia y de ejecutar la obra en los términos y plazos previstos por ésta.

Se echaba de menos este tratamiento profundo que con una aportación doctrinal y jurisprudencial muy completa tanto de Derecho interno como de Derecho comparado llevase a cabo la distinción entre derechos subjetivos propiamente dichos, simples facultades convertibles en derechos subjetivos, tratamiento de los deberes urbanísticos, subrogación legal en dichos deberes y consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de los mismos.

Es uno de aquellos aspectos a que antes hacía referencia que aparecen directamente ligados con el aprovechamiento urbanístico, si bien responden a una realidad normativa concreta y distinta. Lo más característico del estudio es que se refiere a una serie de matizaciones cuyo valor será el mismo aunque cambie el esquema legal, problema que siempre tienen en cuenta los autores. En tal sentido, su tratamiento supone una reflexión jurídica de gran valor que, a mi juicio, da la talla del trabajo realizado.

Los últimos capítulos se refieren a cuestiones concretas relativas a aspectos tan interesantes como las reservas de terrenos para la constitución o amplia-

ción del Patrimonio Municipal del Suelo, al régimen transitorio aplicable al Texto Refundido y al carácter normativo y a la aplicación material de la nueva Ley. Son cuestiones directamente conectadas con el tema central que se estudia, en cuanto la adquisición escalonada de facultades en virtud del cumplimiento de deberes constituye un tema sumido en el ámbito de los conflictos de aplicación de la norma, tanto desde el punto de vista espacial como temporal. Por tanto, hubiera padecido la obra de cierta deficiencia en el caso de que no hubiera sido abordado con la seriedad y precisión propia del libro que comentamos

En conclusión, se trata de un estudio muy serio que responde a la vieja idea de José Luis Laso de que en materia urbanística entre en juego la totalidad del ordenamiento y la aplicación coordinada de las técnicas de Derecho público y de Derecho privado, cuya adecuada conjunción ha sido siempre el principio vertebrador de toda su extensa obra sobre diferentes aspectos del proceso de transformación de suelo.

En tal sentido su lectura es ilustradora por completa y extraordinariamente útil en función de la referencia doctrinal y jurisprudencial más actualizada y extensa sobre las cuestiones que trata.

RAFAEL ARNAIZ EGUREN

FUERTES, MERCEDES *Urbanismo y publicidad registral*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1995.

Simultáneamente a la obra de JOSÉ LUIS y VICENTE LASO sobre el Aprovechamiento Urbanístico, Marcial Pons, en colaboración también con el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, publica la monografía de MERCEDES FUERTES, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León, titulada *Urbanismo y publicidad registral*. Se trata de un estudio ambicioso, en el que la autora, en base a una bibliografía muy completa, se propone el tratamiento de las instituciones urbanísticas desde el punto de vista registral, partiendo de la base de que «resulta inconcebible un eficaz respeto a lo que conocemos por Derecho Urbanístico sin el perfecto reflejo de sus consecuencias sobre las titularidades inmobiliarias».

La primera idea que sugiere la monografía es la de la originalidad de que una especialista en Derecho público como MERCEDES FUERTES se preocupe de una materia tan fundamental como la publicidad registral, reservada tradicionalmente a los privatistas y, además, con una precisión de conceptos digna de admiración. En tal sentido, su obra es una manifestación característica del principio de la unidad del ordenamiento, tan esencial en esta materia y tan incomprendido muchas veces.

El estudio se divide en cuatro capítulos, precedidos de otro de carácter preliminar en el que la autora vierte su justificada preocupación por la escasez de normas que regulan la materia, por las dificultades que presenta la interpretación de la legislación autonómica vigente sobre los aspectos registrales del Derecho urbanístico y por determinadas discordancias de la legislación hipotecaria, especialmente centradas en el mantenimiento de la vigencia del artículo 5.º del RH en orden a la inscripción de bienes demaniales

El capítulo primero se dedica a un análisis del contenido del artículo 307 del vigente TR de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, y de los diferentes actos

inscribibles enumerados en el mismo. La autora se detiene especialmente en las novedades más interesantes del precepto, con especial dedicación a las cuestiones que suscita la nota marginal del expediente de equidistribución, la firmeza del acto administrativo de su aprobación, las condiciones especiales impuestas en los actos de concesión de licencias, la naturaleza y el momento de adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico y las anotaciones preventivas previstas en los números 3 y 6 del precepto citado. En términos generales, MERCEDES FUERTES se apoya en la doctrina hipotecaria tradicional para resolver determinadas cuestiones, como la eficacia publicitaria y el ámbito de aplicación de la nota relativa a las condiciones citadas y, en algunos aspectos concretos, como el régimen de publicidad de las transferencias de aprovechamiento, sigue el texto literal del artículo 309 sobre su constancia mediante nota marginal. Se trata, en definitiva, de cuestiones discutibles que no afectan a la calidad del trabajo.

El capítulo segundo contempla las demás actuaciones urbanísticas con trascendencia registral no mencionadas expresamente en el artículo 307, es decir, la expropiación, la venta forzosa, la inscripción de obras nuevas y de parcelaciones y los instrumentos previstos por la Ley para la intervención de las Administraciones en el mercado de suelo. En algunos temas concretos, como el sistema de parcelaciones, la autora muestra su decidida opinión negativa a la inscripción de fraccionamientos sin licencia, criterio que, por cierto, acaba de ser ratificado en el ámbito estatal por la Dirección General y se extiende especialmente en el tratamiento del derecho de retracto urbanístico.

En el capítulo tercero se estudian otras manifestaciones de la legislación sectorial con incidencia en el ámbito urbanístico. La autora expone, con evidente acierto sistemático, una serie de cuestiones dimanantes de la normativa sobre costas, carreteras y patrimonio histórico. En efecto, aunque no es frecuente el tratamiento conjunto de la legislación sobre el proceso de transformación del suelo y de las normas sobre protección de determinados espacios o patrimonios públicos, lo cierto es que tienen una íntima conexión en muchos aspectos, lo que justifica su tratamiento concordado.

Por fin, el capítulo cuarto está dedicado a un tema ciertamente candente, es decir, el estudio de la certificación administrativa como título formal inscribible en materia de actos urbanísticos. La autora mantiene en este punto un criterio amplio, que extiende a temas tratados en otros puntos del libro, como el dedicado al retracto urbanístico. Realmente, es necesario reconocer que el texto contenido en el artículo 308 del TR no es un dechado de perfección en cuanto a técnica legislativa, pero quizá la monografía que se comenta, partiendo eso sí de un criterio interpretativo riguroso, opta por una solución que puede prestarse a discusiones.

En definitiva, la aportación de MERCEDES FUERTES supone para los especialistas en Derecho privado y Derecho registral un punto de vista nuevo, una perspectiva en el estudio de los problemas habituales con los que se encuentra el Registrador que nace de una preparación y una técnica *uspublicista*, sin perjuicio de un conocimiento preciso del sistema hipotecario, lo que implica un enriquecimiento notable de la literatura jurídica sobre un tema tan debatido y tan debatible como las manifestaciones registrales de la legislación sobre el suelo.

LÓPEZ LIZ, JOSÉ. *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo*. Editorial Bosch, 1995.

En el año en que la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios se publica, sale la tercera edición de mis *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Se trata de una «mera coincidencia» en la que ni el legislador ni yo tenemos culpa alguna, pero que a mí me plantea el dilema de introducir la reforma en el texto ya elaborado. Recuerdo mis dudas sobre la colocación sistemática de esta norma y me decido ubicarla dentro de la «cesión de créditos». Por aquel entonces empezaron a pronunciarse conferencias y las revistas a recoger artículos sobre la materia.

Publicada mi obra, dejé en «vía de maniobras» el posible estudio a fondo del contenido de la Ley —pues en principio parece que tuvo una gran aceptación—, pero de ahí no pasaron mis intenciones. Y es ahora, cuando en este año conflictivo de 1995, me llega amablemente el libro monográfico cuya recensión pretendo hacer, pues el tema lo he sacado de aquella vía en la que lo situé y está en el andén principal o «vía preferencial». Tanto al autor como al editor les expreso mi agradecimiento, no sin reconocer que a mí el tema comenzaba a caerme «gordo».

Quien haya leído cosas del autor de esta monografía y le haya escuchado su charla en sobremesas y sus intervenciones coloquiales en conferencias y reuniones, se habrá dado cuenta de su gran sentido del humor, que lo aplica en este caso con singular fortuna y que ya lo manifestó en su anterior trabajo sobre la ejecución hipotecaria extrajudicial, que cupo el honor de recensionar en estas páginas.

La verdad es que la recensión en este singular caso me la facilita mi ilustre compañero EMILIANO CANO, que desmenuza en su jugoso Prólogo la mayor parte de los problemas conflictivos que a lo largo del estudio se van presentando. Sobre esta base y una lectura estilo «profesional» que va buscando lo esencial, me adentro en el tema, no sin antes decir que la obra la estructura su autor en cuatro partes que «agotan» la materia: la primera se refiere a la evolución histórica anterior a la Ley; la segunda, a los preceptos de la Ley; la tercera, a las esperanzas, problemas y celos, y la cuarta, a formularios y ejemplos prácticos. Cierra la obra un anexo de un conjunto de normas de interés legal y una bibliografía bastante abundante. Siguiendo la pauta que marca el autor, distinguimos

A) EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY

La verdad es que los temas que el autor toca para el desarrollo de esta parte se me escapan por mi desconocimiento. Un señor que al llegar a las páginas de economía de ABC sólo lee el recuadro de LUIS IGNACIO PARADA (con grandes aciertos literarios), no está en condiciones de saber si la caída de los tipos de interés ha repercutido o no sobre las hipotecas, en los precedentes de la Ley, en los orígenes del artículo 1.211 del CC (en este punto ya podría decir alguna cosa, pues escuché la conferencia que sobre dicho artículo pronunció en su día DIEZ-PICAZO y eso ilustra) y el tema de si la Ley es o no intervencionista y si recorta o no la libertad de mercado.

Pero sin conocimientos suficientes me he leído esta primera parte donde se compara la economía capitalista americana con la europea (la nuestra es una

economía social de mercado) y donde, de vez en cuando, salta la frase curiosa y amena. Por ejemplo, la cita de Alfonso Guerra cuando dijo: «Alemania está ganando la tercera guerra mundial sin disparar un solo tiro» (Dios se lo perdone) o cuando al hablar de los tipos de interés y su repercusión en la hipoteca cita el proverbio chino: «Cuando el sabio señala la luna, los tontos miran el dedo».

En los precedentes de la Ley señala el artículo que en *La Vanguardia* escriben el Registrador MÉNDEZ y el Catedrático HERNÁNDEZ Estudia —según los cánones tradicionales— el artículo 1.211 del CC, para terminar con el examen de la Resolución de 7 de diciembre de 1950 y la STS de 27 de junio de 1989.

Cierra esta primera parte diciendo que la Ley es socialista (me imagino que se está refiriendo al socialismo puro, no al sistema actual español que de socialismo no tiene nada, ya que es vandálico), provoca un daño horroroso a la imagen de España, tiene efectos retroactivos, quiebra el principio de accesibilidad de la hipoteca y, salvo excepciones, beneficia a todo el mundo hipotecado.

B) LOS PRECEPTOS DE LA LEY

En esta parte de la obra se estudian los diferentes artículos de la Ley en forma separada y especial, planteando en cada uno de ellos la serie de problemas que suscita la práctica jurídica y las irregularidades cometidas en su redacción. Difícilmente podríamos hacer un resumen del contenido de cada comentario que se destina a los artículos, pues son muchas las cuestiones que se estudian. Por ejemplo, en el artículo 1 que trata de las personas que intervienen en la subrogación y las cosas a que afecta, surgen los problemas de si se aplica esta Ley a las personas extranjeras que no tengan establecimiento permanente en España, sobre las cédulas, los bonos, las participaciones, el tema del tercer poseedor, la hipoteca unilateral, por deuda ajena y la ejecución. Si de las personas pasamos a las cosas, se ofrecen problemas en los casos de préstamos a interés fijo o variable, en aquellos en los que se hubiera pactado la exclusión de la subrogación, en los que exista pacto de amortización anticipada, los préstamos instrumentados en cuenta corriente, etc.

Al igual que lo que hemos expuesto para el artículo 1, sucede para los demás legales que abordan los temas de los requisitos de la subrogación, el de la comisión por amortización anticipada, la escritura pública, el Registro, la ejecución, los beneficios fiscales, los honorarios devengados y las especialidades para los casos de novación modificativa. Los comentarios continúan para las cuatro disposiciones adicionales y la final, de entrada en vigor de la Ley.

Ante ello —y desde el punto de vista registral— son de destacar esa serie de temas que el autor recoge y comenta, unos procedentes de la doctrina y otros del estudio hecho por la Comisión del Colegio de Registradores. Fundamentalmente los temas candentes son los de la «cancelación de la hipoteca anterior», la constatación registral mediante una simple «nota marginal», la vulneración del principio de «libre voluntad de las partes» y la falta de regulación legal de la novación modificativa, a la que habrá que aplicar las normas hipotecarias vigentes. Temas todos éstos que destaca el prologuista y de los que se hace eco el autor dando a los mismos la solución registral adecuada.

C) ESPERANZAS, PROBLEMAS Y RECELOS

Esta parte de la obra le sirve al autor para recrearse en una serie de problemas económicos que él domina —incluidas las fórmulas matemáticas que utiliza—, a los que añade el ingenio de frases y citas que respaldan su sólida cultura. Estructura la misma en tres puntos, que solamente me atrevo a enunciar con la timidez característica de aquel sujeto que se mete en un río —según frase de CERÓN— y cuando quiere salir ve que le han quitado las dos orillas. Los tres puntos son estos.

— La Ley resuelve un problema estrictamente económico, en sí misma es una esperanza y no un fiasco hipotecario. El autor toma como uno de los argumentos para desarrollar la anterior afirmación de un artículo aparecido en el periódico *El País*, no sin antes considerar que la nueva Ley es la más revolucionaria que ha sufrido la legislación hipotecaria. Para justificar la reacción negativa a la Ley, *El País* decía: a) Que la Ley está defectuosamente elaborada (a la «1» de la hipoteca le falta un punto); b) Los Registradores no ven clara la «mejora» de las condiciones del tipo de interés, y c) Los prestatarios se han dejado convencer de que están bien como están o no tienen dinero para los gastos del cambio.

— El segundo punto se refiere a los intereses de referencia en los créditos a interés variable, y ello da campo de actuación para que el autor haga un estudio no sólo del concepto del interés, sino del que se denomina variable y el requisito del índice o tipo de referencia del mismo.

El hecho de haber escrito uno de los primeros artículos sobre el tema del interés variable no debería liberarme de extenderme y hacerme «parte» en tan complicado tema, pero mi situación de «fuera del escalafón» por razones de edad me priva del poder calificadorio y, como aquí no caben los «eméritos», me quedo en la categoría del «tercero contemplativo».

— El tercer punto de esta parte se destina a las fluctuaciones de los tipos de interés, que son el aliciente de la figura, y en él se concluye con una idea que es válida para el momento actual, en el que el Banco de Santander ha echado un «órdago» al interés y ha puesto el dinero mucho más barato. El autor dice que su libro no tiene principio ni fin, pues los avatares del campo bancario provocan bajadas y subidas de los tipos de interés.

Yo que soy hijo de banquero —y amigo íntimo de uno de los que firman los billetes— no me fio ni un pelo de la política monetaria en la que, además de saber, ordenan y mandan. No voy a referir la anécdota que cuenta CURCIO MALAPARTE en su libro *Kaput* aplicada a los banqueros, pero sí la de aquel individuo que no tenía un duro, pero a fuerza de pedir prestado a los amigos pudo poner, cerca de la puerta de acceso al Banco de España, un «puesto de castañas» y le fue tan bien que se hizo millonario. Un amigo suyo que aún seguía en la miseria, al ver la prosperidad del «castañero», se atrevió a pedirle prestado mil pesetas y el «castañero» le dijo: «Mira, el Banco de España y yo tenemos un pacto por el cual él no puede vender castañas y yo no puedo prestar dinero».

D) FORMULARIOS Y EJEMPLOS

Fundamentalmente se recogen los formularios referidos a la oferta vinculante, certificación del débito, escritura de subrogación y novación y, de estas dos últimas modalidades, ofrece hasta ocho ejemplos

La obra se cierra con una normativa referida al «interés legal» y una abundante bibliografía. Creo —y con esto cierro esta recensión— que el autor ha facilitado enormemente la comprensión de los muchos problemas que la Ley encierra, ha aportado sus experiencias como asesor bancario y, desde el ejercicio de la profesión, ha brindado la facilidad del formulario a todos sus compañeros. Seiscientas páginas bien valen este esfuerzo.

JOSE MARIA CHICO Y ORTIZ

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 608 (Mayo 1995)

- «El pensamiento de Ruiz Vadillo sobre el proceso penal», por IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO, pág. 4701
- «El arrendamiento financiero inmobiliario y su inscripción en el Registro de la Propiedad», por MAGDA TORRERO MUÑOZ, pág. 4721.
- «Aspectos informativos y de transparencia de la contratación bancaria», por LUCIO MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, pág. 4745.
- «Reflexiones sobre el Decreto 103/1994, de 10 de junio, por el que se regulan los procedimientos y registros de la adopción y de las formas de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias», por ANTONIO DOMINGO AZNAR, pág. 4775.
- «Los acuerdos de cooperación del Estado español con judíos, protestantes y musulmanes como garantía y regulación de objeciones de conciencia», por MANUEL ALENDA SALINAS, pág. 4787.
- «El proceso de incorporación de las normas internacionales en nuestro ordenamiento jurídico: un proceso constitucional», por JOSÉ MARÍA BUENO CASTELLÓTE, pág. 4913.
- «Los derechos de autor y afines en el marco del acuerdo de creación de la organización mundial del comercio: anotaciones al régimen contenido en la sección I de la parte II del Acuerdo sobre los ADPIC o TRIPS», por M. BOTANA AGRA, pág. 5289
- «Los acuerdos de agencia y el Derecho de la competencia», por P. SOLER MASOTA, pág. 5313

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Julio-Agosto 1995)

- «Una lamentable desviación jurisprudencial en materia nobiliaria», por MANUEL TABOADA ROCA, págs. 635 a 663.
- «Modificaciones que se deberán introducir en la Ley de Marcas como consecuencia de la futura ratificación del tratado OMPI sobre Derecho de marcas: la cesión de marcas», por MANUEL LOBATO GARCÍA-MIJÁN, págs. 664 a 670
- «Incidencia del Derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el Derecho internacional», por ANGELES LARA AGUADO, págs. 671 a 694.

ACTUALIDAD CIVIL

Núm. 28 (1995)

«Aspectos procesales de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre», por JOSÉ MATEO DÍAZ, págs. 599 a 611.

Núm. 29 (1995)

«Inconstitucionalidad del nuevo régimen de actualización de las rentas urbanas», por DIEGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, págs. 613 a 629

Núm. 30 (1995)

«El mito de la innecesiedad de la interpretación de las cláusulas claras en los contratos y el control de la hermenéutica contractual en el recurso de casación civil», por MARÍA DEL CARMEN DÍAZ JIMÉNEZ, págs. 631 a 641

Núm. 31 (1995)

«Actos de competencia desleal por imitación y explotación de la reputación ajena», por CARLOS LEMA DEVESA, págs. 643 a 654.

Núm. 32 (1995)

«Indemnizaciones por daños corporales», por JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLADANO, págs. 655 a 668

Núm. 33 (1995)

«La distinción entre comunidad y sociedad», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, págs. 669 a 682.

Núm. 34 (1995)

«Sobre la reforma de los arrendamientos urbanos», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, págs. 683 a 690.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 143 (Mayo-Junio 1995)

- «Recomendaciones de avance normativo y políticas de suelo (Comisión de Expertos sobre Urbanismo)», pág. 11.
- «Algunas observaciones a las recomendaciones del Tribunal de la competencia y de la Comisión de expertos sobre Urbanismo», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 55.
- «Las recomendaciones de avance normativo y políticas del suelo de la Comisión de Expertos sobre Urbanismo. Análisis de las conclusiones presentadas», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 55.
- «Informe sobre las segregaciones municipales», por TOMÁS POU VIVER, pág. 89.
- «El significado de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, en la evolución del Derecho urbanístico: una nueva articulación de lo público y lo privado en la actividad urbanística», por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 107.
- «La evaluación del impacto ambiental: naturaleza, impugnabilidad y perspectivas», por JOSÉ JORDANO FRAGA, pág. 127.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 3 (1995)

- «Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo viudal», por SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, pág. 593.
- «Ambito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal», por FRANCISCO ORTEGA PÉREZ y JOAN PICO I JUNOY, pág. 611.
- «El recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene laboral», por MIQUEL PORRET GELABERT, pág. 653.

REVISTA JURIDICA REGION DE MURCIA

Núm. 19 (1995)

- «Régimen jurídico de los residuos industriales», por ANTONIO MARTINEZ NIETO, pág. 11.
- «Régimen jurídico del personal sanitario no facultativo de instituciones sanitarias de la Seguridad Social Excedencias», por ANGEL HERNÁNDEZ MARTÍN, pág. 49.
- «Ejecución de sentencias de hacer (Su incumplimiento)», por ITZIAR GIMÉNEZ SÁNCHEZ, pág. 87.
- «Resarcimiento de los daños causados por las actuaciones procesales», por MARIANO ESPINOSA DE RUEDA Y JOVER, pág. 111.
- «La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, pág. 189.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA Núm. 18 (Julio-Diciembre 1994)

- «La transmisión activa y pasiva de las obligaciones en el Derecho navarro», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 9.
- «Principios rectores del régimen fiscal de Navarra», por JAIME ARTURO DEL BURGO AZPIROZ, pág. 31
- «Principio de legalidad penal y normas de los Territorios Históricos», por PABLO SÁNCHEZ-ORTIZ GUTIÉRREZ, pág. 87.
- «La participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos», por ILDEFONSO SEBASTIÁN LABAYEN, pág. 103
- «El recurso de casación en materia de personal en la jurisdicción contencioso-administrativa», por GABRIEL CASAJÚS GABARI, pág. 119.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Núm. 2 (Julio-Diciembre 1994)

- «Significado y alcance de la universidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena», por C. VILLÁN DURÁN, pág. 505.
- «La degradación de la capa de ozono un enorme desafío para la comunidad internacional», por J. J. MARTÍN ARRIBAS, pág. 533
- «Postmodernismo y Derecho internacional privado», por S. SÁNCHEZ LORENZO, pág. 557.
- «España en el espacio judicial europeo: ¿primeros tropiezos jurisprudenciales?», por A. RODRÍGUEZ BENOT, pág. 587

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES Núm. 919 (Septiembre-Diciembre 1994)

- «Derecho cierto. Igualdad ante la Ley y economía de mercado», por ATILIO ANÍBAL ALTERINI, pág. 451.
- «Introducción al estudio de la Teoría General del Negocio Jurídico como marco referencial de los convenios respecto de menores», por ARTURO CAUMONT, pág. 467
- «El documento público y el Registro de la Propiedad», por JOSÉ M^a CHICO Y ORTIZ, pág. 485.
- «El *Distracto*. Medio inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación (Un tema pendiente)», por GASTÓN R. DI CASTELNUOVO, pág. 497.
- «Documentos protocolares sin compareciente», por NATALIO PEDRO ETCHEGARAY, pág. 581
- «MERCOSUR Organización de empresas y *joint ventures*», por RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY, pág. 593
- «Los deberes morales y las obligaciones naturales», por LUIS MOISSET DE ESPANES, pág. 621

- «Políticas económicas y decisiones judiciales», por JORGE MOSSET ITURRASPE, pág. 651.
- «La prohibición de voto de los directores, síndicos, consejeros de vigilancia y gerentes generales establecida por el artículo 241 de la Ley 19550», por RICARDO AUGUSTO NISSEN, pág. 657.

Suplemento núm. 919

- «Escritura de transferencia de unidad de edificio en construcción, en pago del terreno», por JAIME GIRALT FONT, pág. 163.
- «Cesión de derechos. Tracto abreviado Adquisición de inmuebles por simple asociación», pág. 173
- «Donación. De padres a hijos. Nacimiento de otro hijo con posterioridad a la escritura», pág. 178.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA Núm. 840 (Enero-Febrero-Marzo 1995)

- «Derecho notarial, función notarial y *numerus clausus*», por ALBERTO G ALLENDE, pág. 15.
- «Actuación de las sociedades extranjeras en nuestro país», por MIGUEL ANGEL ESPECHE, pág. 29.
- «Escrituras simultáneas Técnicas de su redacción», por MARCELO JULIO HERSALIS, pág 45.
- «Ejecución extrajudicial de hipotecas y transferencia de hipotecas», por SAÛL LITVINOFF, pág 63.
- «Escrituras sin comparecientes», por HORACIO LUIS PELOSI, pág 81.

Número extraordinario (Mayo 1995)

- «Letras hipotecarias», por JULIO CÉSAR RIVERA, pág 13.
- «Régimen especial de ejecución de hipotecas y modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación», por ELENA HIGHTON DE NOLASCO, pág. 39.
- «Contrato de Fideicomiso», por LUIS MOISSET DE ESPANES, pág. 61
- «Contrato de *Leasing*», por CARLOS GHERSI, pág 79.
- «Aspectos registrales», por LEÓN HIRSCH y HORACIO M VACCARELLI, pág 97.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION Núm. 195 (Enero-Junio 1994)

- «Régimen de participación en los gananciales», por HERNÁN TRONCOSO L., pág 7

- «Competencia arbitral, (Un caso real)», por JULIO E. SALAS V., pág. 21.
 «Los requisitos de fondo de crédito fiscal», por ELIZABETH EMILFORK S., pág. 29.
 «El Estoicismo y el Derecho», por ENRIQUE MUNTA R., pág. 67
 «De la *Rerum Novarum* a la *Centesimus Annus*. De las cosas nuevas de ayer y de hoy», por EDUARDO JURY S , pág. 77.
 «La dignidad del hombre es sagrada», por HERNÁN MOLINA G , pág. 93
 «Excesos y omisiones en la fiscalización tributaria», por ABUNDIO PÉREZ R., pág. 97.
 «¿Límites jurídicos del poder?», por MARIO CERDA M , pág. 107
 «La regionalización en los derechos italiano y español», por TARCISIO OVIEDO S., pág. 113.
 «¿Mejorar la justicia?», por HÉCTOR OBERG Y , pág. 125
 «Hacia un tratado de libre comercio entre Chile y los Estados Unidos de Norteamérica o la adhesión al NAFTA ya existente», por RICARDO SANDOVAL L., pág. 129.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Núm. 1 (1994)

- «El juicio por jurado. Manual para asistir en este tipo de procedimientos», por ELIADIS ORSINI ZAYAS, pág. 1.
 «Relaciones abogado-cliente y los derechos de la Quinta Enmienda en el área de lo criminal», por FRANCISCO ORTIZ RIVERA, pág. 53
 «Regla 135 del Procedimiento Criminal. moción de absolución perentoria», por RUZ IDALI TORRES ORENGO, pág. 75.
 «Las alegaciones preacordadas: Análisis de la Regla 72 de Procedimiento Judicial», por RUFINO JIMÉNEZ CARDONA, pág. 87
 «Las confesiones extrajudiciales; ¿... esclavo de lo que dices?», por NARCISO PAGÁN VALENTÍN, pág. 107.
 «Privacidad en la vista preliminar: El Vocero de Puerto Rico vs Puerto Rico», por ANA MARÍA RAMÍREZ LEGRAND, pág. 131.
 «La regla de supresión de evidencia y su relación con la impugnación de confiscación», por JUAN DAVID VILARÓ COLÓN, pág. 149.

BOLETIM DA FACULDADE

DE DIREITO UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Núm. especial (1993)

- «Mito e realidade de transparência administrativa», por LUIS FELIPE COLAÇO, pág. 1.
 «A greve na função pública e nos serviços essenciais», por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, pág. 57
 «A autonomia local», por JOSÉ CASALTA NABAIS, pág. 107.
 «Cláusulas de responsabilidade civil», por ANTONIO PINTO MONTEIRO, pág. 223
 «Sistemas políticos», por ARMANDO M. MARQUES GUEDES, pág. 249
 «Direito à informação e direito ao espectáculo», por JOSÉ DE Oliveira ASCENSAO, pág. 285.

- «O proceso de adeseo segundo o novo Código de Processo Penal», por JORGE RIBEIRO DE FARIA, pág. 309.
- «Jahrbuch fur Europäische Verwaltungsgeschichte (Jev): rumbo a uma nova história do direito administrativo», por MARIO REIS MARQUES, pág. 349.
- «Para uma história das ideias políticas: *Thomas Morus* ou a utopia como crítica da realidade», por DIOGO FREITAS DO AMARAL, pág. 367.
- «A redução política do pensamento metodológico-jurídico», por A CASTANHEIRA NEVES, pág. 393.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Núm. 126 (Julio 1995)

- «Las privatizaciones en Europa Implicaciones en Derecho comunitario», por RICARDO GARCÍA VICENTE y ALFONSO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, pág. 9
- «La abolición de los derechos exclusivos de la empresa pública», por OLGA RUIZ CAÑETE, pág. 45
- «Los dictámenes 1/91 y 1/92 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el Espacio Económico Europeo», por MARÍA ANGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, pág. 53
- «Panorama mundial del transporte aéreo en 1993 Visión de futuro Su evolución en España», por SANTOS L GIL IBÁÑEZ, pág. 69.
- «Las demoras en los pagos en la Unión Europea», por FRANCISCO BLANCO OYOLA, pág. 87.
- «Armonización de la contabilidad en la CE: ¿un modelo para MERCOSUR y Pacto Andino?», por JULITA GARCÍA DÍEZ y AUGUSTO NAVARRO MENDIVIL, pág. 93
- «Las actuaciones por cuenta de terceros», por VICENTE INFANTE PÉREZ, pág. 99
- «Breve apunte en torno al Convenio entre el Reino de España e Irlanda para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y las ganancias de capital», por PILAR MOLINA GÓMEZ ARNAU, pág. 109

Núm. 127-128 (Agosto-Septiembre 1995)

- «Las oficinas autonómicas y la STC 165, de 26 de mayo de 1994», por CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, pág. 9.
- «La regulación de los *lobbies* y grupos de interés ante las Instituciones comunitarias», por GONZALO BESCÓS FERRAZ, pág. 21.
- «La Unión Europea y el multilingüismo», por MERCÉ CORRETJA I TORRENS, pág. 29.
- «Las Cámaras de Comercio en Europa. una especial aproximación constitucional en Alemania y en España», por MANUEL LÓPEZ-MEDEL, pág. 35.
- «La Administración Local ante la Unión Europea. Aspectos jurídico-normativos», por JAIME RODRÍGUEZ ARANA, pág. 41.
- «Maternidad y salud laboral», por FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ, pág. 55.
- «Sobre las perspectivas de crecimiento de la economía europea», por SANTOS L. GIL IBÁÑEZ, pág. 67.

- «La protección del consumidor a través de la normativa comunitaria y española, en relación con el Registro de la Propiedad», por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ, pág. 73.
- «Reseña de Legislación y Jurisprudencia Comunitaria sobre Derecho de Sociedades 1991-1993 El Derecho Comunitario de Sociedades en el mercado interior», por JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, pág. 79.
- «Aspectos jurídicos y fiscales de las Agrupaciones de Interés Económico, de las Agrupaciones Europeas de Interés Económico y de las Uniones Temporales de Empresas», por ANTONIO APARICIO PÉREZ, pág. 97.

