

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIX • Marzo-Abril 1993 • Núm. 615

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
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. Juan Manuel Rey Portolés.
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.

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

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

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

Depósito legal: M 968-1958

S U M A R I O

Págs

ESTUDIOS

«El pacto de la <i>lex commissoria</i> en la reciente jurisprudencia registral», por FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN	349
«Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad», por PURIFICACIÓN PUJOL CAPILLA	393
«Las inversiones extranjeras en España», por ALFONSO RENTERÍA AROCENA	411
«Algunas consideraciones sobre la multipropiedad en Derecho comparado», por JOSÉ A. BENITO ARENAS	463
«Arrendamientos y finca hipotecada», por ISABEL SABATER BAYLE ...	551
«Los préstamos financieros vinculados al sector exterior sometidos al control de cambios: los diversos supuestos en función del estatus residencial de los contratantes», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	619
«Los derechos básicos de los consumidores y usuarios y el Derecho urbanístico», por ISIDRO NICOLÁS FERNÁNDEZ-PACHECO	655

DICTAMENES Y NOTAS

«Los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas a una sociedad mercantil», por PEDRO AVILA NAVARRO y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ	693

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	715

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	727
II. Resoluciones de la Dirección General, por LAURA M. ^a CANO ZAMORANO	737
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	749
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMIREZ RAMÍREZ	758
5. Propiedad Intelectual, por FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO ..	765

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Derecho agrario. Lecciones para un curso», de ANTONIO SOLDEVILLA VILLAR, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	775
«La responsabilità illimitata nel fallimento per estensione», de ELISABETTA BERTACCHINI, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	777
«Soppravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto», de PAOLO GALLO, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	779
«La representación con poder», de P. AVILA NAVARRO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	782
«La venta internacional de mercaderías», de M. MEDINA DE LEMUS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	786

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	789

ESTUDIOS

El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral

I. INTRODUCCION

Se trata de un paquete de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la venta de inmuebles con condición resolutoria de fechas 5, 6 y 7 de febrero de 1990; 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, y de 6, 7, 9, 13, 14 y 17 de julio de 1992, en recursos gubernativos interpuestos por el mismo Notario (Martínez Borso) y calificadas por el mismo Registrador de la Propiedad de Barcelona (J. M. García García).

La doctrina jurisprudencial es también la misma: la condición resolutoria ampara la cobertura de los intereses del precio aplazado en la venta inmobiliaria y es inscribible la cláusula penal.

De la lectura de estas Resoluciones puedo observar que algunos razonamientos del Registrador no se contestan; otros los acepta el Notario, y otros no los resuelve la Dirección General. El motivo de estas líneas es hacer un comentario a tres bandas de algunos aspectos de los informes del Registrador y del Notario y de la decisión jurisprudencial.

Los aspectos que vamos a desarrollar se refieren fundamentalmente a los artículos básicos sobre esta materia, que son los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria, 59 y 175.6 del Reglamento Hipotecario. Debo confesar mi perplejidad cuando leo las interpretaciones que se hacen de estos preceptos. En efecto:

El artículo 11 LH habla de una condición resolutoria, pero la doctrina dice que no es tal condición, sino que es otra cosa.

El artículo 1.504 CC. habla de un requerimiento de pago, pero la jurisprudencia dice que no es un requerimiento de pago, sino que es una notificación de la voluntad de resolver, que es fuente de la propia resolución y ésta es la que recoge el artículo 59 RH. Por esto el artículo 1.504 CC. queda como algo excepcional, inconstitucional, y hasta se ha dicho que debe ser suprimido, porque basta y sobra el artículo 1.124 CC.

El artículo 175.6 RH trata de la cancelación de las cargas y derechos de terceros y, sin embargo, se aplica al artículo 59 RH, que no habla de cancelación, sino de reinscripción a favor del vendedor.

Para cancelar la condición resolutoria debe acreditarse el pago con todas las de la ley, y se arrincona el artículo 82 LH del consentimiento formal, olvidándose de sus orígenes germánicos.

He de adelantar que la gran confusión que reina sobre esta materia se debe al olvido de los verdaderos antecedentes históricos y las razones que movieron a nuestros mayores a redactar estas leyes. El buscar la historia no es desarrollar la afición a la arqueología jurídica, sino que, por el contrario, poner de manifiesto el valor que tiene la historia en su aplicación a los tiempos modernos. Me recuerda a nuestro clásico: «Y cuando el rostro volvió, halló la respuesta viendo...». Si el lector tiene la paciencia de seguirme lo podrá comprobar (1). Por esto, vaya por delante una apretada síntesis histórica del pacto de la *lex commissoria* para comprender el sentido de los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil.

II. SINTESIS HISTORICA DEL PACTO DE LA *LEX COMMISSORIA*

La evolución histórica del pacto de la *lex commissoria* la vamos a realizar en dos vertientes: una, la que ha tenido lugar en España, y la otra, la que ha tenido lugar en Francia por la filiación francesa de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil y así comprender mejor su sentido y cómo han cristalizado en nuestro Derecho español.

A) EL DERECHO ROMANO CLÁSICO JUSTINIANO

Es fundamental un texto de POMONIO (D. 18, 3, 2), que dice así: «Cuando el vendedor del fundo con el pacto de esta ley expresa que si no se ha pagado su importe hasta cierto día, se tenga por no comprado el fundo (“si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus est”. *Digesto*, 18, 3, 2).»

La resolución de la venta tenía lugar de pleno derecho por el vencimiento del día pactado sin que el comprador realizase el pago. Una vez vencido el plazo, no se exigía una expresa declaración de voluntad por parte del vendedor dirigida a la resolución de la venta. Por ello, afirma RASI, que «no era necesario poner en mora al comprador para hacer entrar en juego el

(1) Estas materias, desde una perspectiva histórica y actual, las trato con más extensión en mi trabajo de próxima aparición en el *Anuario de Derecho civil*, «El pacto de la *lex commissoria* en la venta de bienes inmuebles en el Derecho antiguo y moderno».

pacto de la *lex commissoria*, cuando se fijaba un plazo (*dies interpellat*). La *interpellatio*, o puesta en mora, sólo era necesaria cuando falta la fijación del plazo o *dies* (2).

En el caso de haberse fijado el término. Decía el *Digesto*:

Digesto, 18, 3, VII: «Post diem commissoriae legi praestitum si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatur videtur, nec variare et ad hanc redire potest.»

De manera que una vez vencido el plazo, y hecho el requerimiento de pago, el vendedor sólo podía pedir el cumplimiento del contrato y no podía variar pidiendo el beneficio de la *lex commissoria* de resolver la venta.

En el mismo caso, de haberse fijado el término, y después de su vencimiento, mientras el vendedor no se pronunciara sobre la determinación a tomar (pedir el cumplimiento o la resolución), tenía que respetarse esta determinación, y el comprador, aun transcurrido el término, no podía hacer la oferta del precio, pero la oferta tenía eficacia jurídica sólo en el caso en que el comprador no pudo hacer el pago dentro de plazo por culpa del vendedor (ULPIANO, *Dig.*, 18, 3, 4).

En el Derecho romano el pacto de la *lex commissoria* entraña una verdadera condición resolutoria de la venta, la cual se producía de modo automático al cumplirse el *factum* de la condición, que es el impago del precio en el tiempo convenido.

B) EL DERECHO ROMANO POSCLÁSICO

Se llama Derecho romano vulgar al que se elaboró en los últimos años del Imperio Romano, a partir del siglo IV, por la concesión general de ciudadanía hecha por Caracalla y el reconocimiento del Cristianismo por el edicto de Milán del emperador Constantino (año 312).

El sistema de la transmisión de la propiedad en la época posclásica se opera sobre el engranaje clásico de algunas formas de *traditio ficta* y esencialmente sobre el modelo del *constitutum possessorium* causal. Apareció un proceso de espiritualización de la *traditio* unido a la tendencia de convertirla en un negocio abstracto, y paralelamente se operó un proceso de publicación y formalización de la *traditio*, reducida para ciertas transmisiones inmobiliarias a la *traditio chartae*. Se llegó a eliminar la *traditio* mediante la admisión, sin limitaciones, del *constituto* posesorio, ya que bastaba que el enajenante declarase que se constituye en detentador de la cosa en nombre del adquirente.

(2) RASI *Il patto di riscato nella compravendita*, Nápoles, 1959, págs. 35 y sigs.

Desde el emperador Constantino se encuentra la tendencia a considerar la compraventa distinta a la dogmática clásica. Ya no son dos actos (contrato obligacional y *traditio*), sino que se considera la compraventa como un acto único del cual resulta directamente un efecto traslativo, con lo que la venta retrocede a su concepción primitiva o quiritaria de transferencia al contado; directamente produce el cambio de propiedad y deja de ser únicamente su causa, como en el Derecho romano clásico. La venta tiene el significado de cambio o trueque (3).

La entrega de la cosa, o *traditio*, deja de ser elemento esencial para la transferencia de la propiedad, y cada vez se generaliza más el hecho de que la propiedad pasara al comprador incluso sin necesidad de *traditio*. La *traditio* aparece con un doble significado: unas veces se refiere a la tradición efectiva y corporal y otras a la conformidad de las partes, pero sin transferencia (4).

El pago del precio es requisito esencial de la compraventa.

Según LEVY, los autores de la *interpretatio* del *Breviarium Codex Theodosianus* demuestran el carácter esencial del precio, al interpretar la Novella 32, de Valentiniano, y otros textos como las sentencias de Paulo y el epítome de Gayo (5).

Como consecuencia del carácter real de la compraventa no se pueden vender las cosas ajenas, y en la *interpretatio* de las sentencias de Paulo se declara expresamente la nulidad de los pactos que versen sobre cosas que no son propiedad del vendedor: «Si inter aliquos conveniat aut admittendo... aut de rebus alienis, aut de bonis ventis aliquid passciantur, haec pacta valere non possunt».

(3) MEREÁ lo demuestra con gran número de ejemplos, y especialmente el que ofrece el estudio comparativo del *Epítome*, de GAYO, y el texto original de la *Instituta*. En la *Instituta*, el jurisconsulto GAYO distingue claramente entre las causas y los modos de adquirir la propiedad. El autor del *Epítome* no comprende las sutilezas de la dogmática clásica de distinguir entre causa y modo de adquirir, y se reduce sólo a los modos de adquirir, que en el *Epítome* son la donación y la venta; de esta manera, confunde los actos de obligación con los actos de enajenación. Las causas o motivaciones de esta confusión, según MEREÁ, son de tipo interno: decadencia de la cultura, por una parte, y por otra, el predominio de una mentalidad popular.

(4) Según LEVY, la práctica está recogida en los documentos de venta de Ravena, parte de ellos escritos bajo dominio de los visigodos y parte bajo los bizantinos, y redactados por Notarios siguiendo los requisitos exigidos por Constantino y Valentiniano (*ob. cit.*, pág. 136)

(5) Brev Interpretatio, Sententiae, Paulo, II, 18, 10: «In contractibus empti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci »

GAYO: *Epítome*, II, 9, 14: «Emptio igitur et venditio contrahitur, quum inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuerit numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit »

Si el comprador no pagaba el precio, según se había estipulado en el documento, no sólo quedaba obligado a su compensación, sino que además perdía la propiedad, que tenía que volver al vendedor. El caso se considera como fraude y se equipara a la venta realizada por fuerza. En todas estas circunstancias la venta era nula. El comprador únicamente podía reclamar la posesión de la cosa comprada, después de haber entregado el precio. Sin embargo, no es necesario que se entregue todo el precio, sino que es suficiente el pago parcial. Si no hay entrega del precio, aunque sea parcial, no hay venta.

Según D'Ors, en la época posclásica se aprecia un predominio del documento notarial. Así como en la época clásica, la elegancia del jurista tenía desdén por los *facta*, y en la redacción del documento correspondía al tabelión. Pero en la época posclásica el jurisconsulto desaparece y su papel conductor de la vida jurídica recae en otras manos, y entre ellas las del Notario que redacta los documentos, quienes relevan a los juristas en su función jurisprudencial. En esta época aparece una nueva forma vulgar que es el documento (6).

El problema que plantea en esta nueva concepción jurídica de la venta como contrato real, en caso de pago de una parte del precio, respecto a la parte aplazada e impagada, lo vamos a estudiar a continuación, para ver cómo se inserta en el Derecho visigótico y medieval español.

C) PERÍODO VISIGODO

a) *El Código de Eurico*

La mayor parte de los datos sobre la venta se encuentran en el Código de Eurico.

Para AQUILINO IGLESIAS, el Código de Eurico estuvo vigente con el Brevario de Alarico; el primero, para la población visigoda, y el segundo, para la población hispanorromana (*Lecciones de Historia del Derecho español*, Barcelona, 1989).

El profesor PAULO MEREJA ve el origen de la compraventa visigoda en el Derecho romano vulgar. En el Código de Eurico la venta es firme y produce efectos traslativos del dominio desde el momento en que se efectúa la entrega del precio. La pervivencia del pacto de la *lex commissoria* aparece en los capítulos 286, 296 y 297.2 del Código de Eurico.

El capítulo 286 (= Liber Iudiciorum 5,4,3) es la fuente inmediata de la

(6) «Documentos y notarios en el Derecho romano posclásico», *Centenario de la Ley del Notariado*, I, Estudios Históricos, Madrid, 1965, págs. 79 a 163.

regulación de la venta. Dice: «Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum pretium testibus comprobatur, et emptio habeat firmitatem.» Que quiere decir que para que la venta se considere perfecta es suficiente el que tenga lugar la redacción de la correspondiente escritura, o si no, que al menos se pueda probar la entrega del precio hecha al vendedor por medio de testigos. De manera que, según esta ley, la venta se perfecciona por escritura o por el precio entregado ante testigos.

Según MEREA, este capítulo responde a la misma idea expresada en la *interpretatio* de las sentencias de Paulo (II, 18, 10) del Derecho romano vulgar, que concibe la venta como un «acto instantáneo» y no como un simple acto productor de obligaciones. Esto equivale a decir que la *plena firmitas* de que habla el legislador envuelve el reconocimiento de la propiedad del comprador como efecto inmediato de la compra.

Según ALVARO D'ORS —frente a la tesis de LEVY, que deduce de esta ley que el requisito esencial que perfecciona la venta es la entrega del precio—, llega a la conclusión de que, por un lado, cabe una venta con escritura que se perfecciona por la escritura misma, aunque el precio no haya sido realmente pagado, y por otro, aun sin escritura, la venta se perfecciona por un pago en dinero que no requiere sea completo, puesto que se da entrada a la compraventa con la entrega de arras y con el pago parcial a la que se considera perfecta. Por esto, añade D'ORS, que en el capítulo 286 se declara suficiente la escritura y subsidiaria la entrega del precio, la ley avanza más allá del contrato real y lo convierte en uno literal que presupone el consentimiento previo para redactar el documento. Puede que no se llegue a la plenitud consensual, pero subyace en el fondo. En la actualidad del Código Civil la venta es consensual, pero si hay un documento, en él se alude también a la entrega de la cosa y precio (7).

La admisión del pago parcial se encuentra en el capítulo 296 Código de Aurico (= Liber Iudiciorum, V, 4,5), dice así:

«Si pars pretii data est, pars promissa, non propter haec venditio facta rumpatur; si emptor ad placitum tempus non exhibuerit praetii relinquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras; nisi hoc dorte convenierit, ut res vendita reformetur.»

Interpreta MEREA esta cláusula así: «A esta cláusula, que es la misma que en Derecho romano se conoce con el nombre de *lex commissoria*, hacen referencia las últimas palabras del fragmento “ut res vendita reformetur”, que debe traducirse “que la cosa vendida no sea restituida”, es decir, que

(7) D'ORS, Alvaro. «El Código de Eurico», edición palíngenesia, índices, Roma-Madrid, 1960, en *Estudios visigóticos*, II, 218.

por lo que respecta a la parte de precio, cuya entrega fue aplazada, todo se realiza de acuerdo con las reglas del Derecho romano.»

El párrafo 2 del capítulo 297 Código de Eurico dice así:

«Emptor vero, sin non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodum recipiat, quas dedit, et res definitiva non valeat.»

Como dice MEREÁ, este párrafo plantea el caso del comprador que no acude a completar el precio en el plazo estipulado. Dentro de los principios romanos clásicos, que no admitía la condición resolutoria tácita, el vendedor debería quedar obligado; pero el legislador visigodo optó por la solución contraria, tal vez por la influencia de la práctica de la *lex commissoria* de liberar de su obligación al vendedor, quedándole al comprador el derecho a retomar sus arras. Las palabras «ut res definitiva non valeat» significan, continúa MEREÁ, que por la mora del comprador cesa la obligación del vendedor, similar a la fórmula de la *lex commissoria* recogida en el *Digesto* (D. 38, 3, 2: «si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit»).

Estos son los textos fundamentales del Código de Eurico, que no sufrieron alteración sensible en la revisión de Leovigildo, ni en el «*Liber Iudiciorum*»

b) *El Liber Iudiciorum*

En el siglo VII (año 654), tras haber sido revisado por el Concilio VIII de Toledo, el rey Recesvinto (el Justiniano visigodo) promulga esta gran compilación de leyes con carácter territorial para godos e hispanorromanos con una finalidad: «rechazar la voluntad de los poderosos y admitir la equidad del juez». Se tradujo al romance con el nombre de FUERO JUZGO. Pervivió en la Alta Edad Media para la población mozárabe como un principio de autotutela del propio derecho ante las dificultades y carencias de acudir a los tribunales de justicia. Estas finalidades no son piezas de arqueología jurídica, sino plenamente vigentes en nuestros tiempos actuales, y entre sus normas se encuentran los textos del Código de Eurico, antes transcritos, que pasa al Liber V.4.5, referente al pacto de la *lex commissoria*.

D) ALTA EDAD MEDIA

Comprende desde la caída del reino visigótico y la formación de núcleos cristianos de la Reconquista (siglo VIII) hasta la recepción del Derecho común (siglo XIII) (8).

(8) Se expone, siguiendo a FERNÁNDEZ ESPINAR. «La compraventa en el Derecho medieval español», *AHDE*, XXV, año 1955

En este período pervive el Liber Iudiciorum, que recoge el Derecho romano vulgar, como hemos visto, y que continúa en CASTILLA y LEON, al concebir la compraventa como un acto instantáneo de permuta inmediata de la cosa por el precio y de ninguna manera un negocio jurídico que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades (9).

En otro grupo de Fueros castellanos se hace hincapié en la entrega del precio como elemento que determina la perfección de la venta, de conformidad con el Fuero Juzgo (V,IV,5) antes transcrito. Fuero Real III,10,9 («Como ninguno puede vender lo ageno sin mandado de su dueño»).

En el grupo de Fueros de ARAGON Y NAVARRA se hace depender la eficacia de la venta de la redacción de la carta: Toda venta después de hecha la carta es firme, tiene validez siempre (10).

E) LAS PARTIDAS

En cuanto a la venta, es un contrato consensual con la obligación de entregar la posesión pacífica (no la propiedad) y el comprador pagar el precio (Partida V, 1, 5).

Pero recoge la tradición de los Fueros castellanos, al exigir el pago del precio para que pase la propiedad. Así lo declara la Partida III, 28, 48 («non pasaría el señorío de la cosa fasta que el precio se pagasse»).

El pacto de la *lex commissoria* se regula en la Partida V, V, 28, que dice así:

«Si el vendedor o el comprador ponen pleyto entre sí, que el comprador pague el precio a día señalado, e si non lo pagare aquel día, sea desfecha por ende la vendida, que tal pleyto como éste es valedero . e gana por ende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fué dado, si al plazo no le fué hecha la paga, toda o la mayor parte de ella, : e desfácese la vendida. Pero con todo esto, en escogencia, es el vendedor de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida; o de revocarla, teniendo para sí la señal, o la parte del precio, segund que de suso es dicho. E despues que oviere escogido una destas cosas sobredichas, non se puede despues arrepentir, de manera que dexe aquella, por aver la otra.»

(9) Así el Fuero Viejo de Castilla, IV,I,2, denomina la compraventa, en alguna ocasión, cambio, «maguer que el cambio sea fecho».

(10) Fuero de Jaca, 64, Fuero de Teruel, 99, *Observancias del Reino de Aragón*, IV, I.

En Navarra, Fuero de la Novenera, cap. 297, se refiere a la venta a plazos y el comprador no paga: «que torne la compra al senyor que vendió el pierda lo que ha pagado».

Dice ARIAS RAMOS que esta ley recoge el texto de la *Summa Codicis* de Azón, pero omite algunos aspectos que contenía éste, como es la configuración como condición resolutoria, ni la naturaleza de las acciones que puede ejercitar el vendedor cuando decida dar por no celebrada la venta. La aclaración e integración de esta materia la realizarán los autores de Derecho común.

F) LA DOCTRINA DE LOS CLÁSICOS CASTELLANOS DE DERECHO
COMÚN DE LOS SIGLOS XVI A XVIII

La interpretación que hacen de Las Partidas se puede sintetizar así:

1. Es válido el pacto de la *lex commissoria*

Cuando se dice que si en dos meses el precio de la cosa vendida no fuera pagado, la cosa no fue comprada. Así el *Digesto*, «res sit inempta», y en Las Partidas «desfácese la vendida», es decir, quedaba la venta resuelta *ipso iure*, de pleno derecho, sin interpelación o requerimiento.

La razón es porque interviene el precio justo y equitativo, y no hay precio si lo retiene el comprador, y por esto es justo que la cosa vendida vuelva al vendedor.

Sin embargo, en la prenda, con el mismo pacto, se esconde la iniquidad de los acreedores y la avaricia de los prestamistas y usurpaban las prendas en perjuicio de los deudores.

2. Se debe pactar con palabras claras que la resolución de la venta tenga lugar *ipso iure*. Por esto se distingue entre «Verba directa et verba obliqua»

Cuando se pacta «verba directa», es decir, cuando se utilicen palabras que denoten la resolución del contrato *ipso iure*, si el comprador no paga se produce la traslación del dominio del vendedor al comprador sin nueva tradición:

«Ut si emptor statuta die, pretium non exhibeat deminium rei venditae, absque traditione ad venditorem legis ministerio revertatur.» (Covarrubias: *Variarum Resolutionum*, Lugduni, 1701).

Cuando se pacta «verba obliqua», es decir, cuando se dice te vendo el fundo, y si en dos meses no pagaras, «res redatur, seu restituatur», dice ANTONIO GÓMEZ que es un pacto de retroventa, que no transfiere *ipso iure* el dominio, sino que confiere una acción personal al vendedor para exigir el cumplimiento del pacto (*Variae Resolutione iuris civilis comunis et regii*, Matriti, 1653).

3. La opción del vendedor

En Las Partidas el vendedor tenía la opción («en su escogencia es del vendedor...») de elegir entre el cumplimiento o la resolución, pero si elige una de ellas no se puede arrepentir, sea del precio o los intereses (11).

G) LA PRÁCTICA JURÍDICA

Los formularios notariales de PEDRO DE SIGUENZA (*Tratado de cláusulas instrumentales...*, Madrid, 1627), MELGAREJO (*Compendio de contratos públicos, autos de particiones executivos y de residencias*, Madrid, 1733), FEBRERO (*Librería de Escribanos*, Madrid, 1789) ponen de manifiesto la validez y el uso del pacto de *lex commissoria* durante estos siglos, incluso el siglo XIX, en las posteriores ediciones de FEBRERO.

También el legislador de 1885 se hace eco de la vigencia de la regulación del contrato de venta de Las Partidas de exigir el pago del precio para que opere la transmisión de dominio. El Código de Comercio, en el artículo 909.8, reconoce al acreedor del quebrado la «separatio ex iure domini» «respecto de los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte».

Con lo expuesto llegamos hasta el año 1889 en que se publica el Código Civil. Veremos la ruptura que se produce al eliminar nuestra tradición española y promulgar el artículo 1.504, de clara filiación francesa. Por esto, para su mejor comprensión, vamos a hacer un breve repaso histórico de los avatares de nuestro pacto en el país vecino.

H) EL PACTO DE LA «LEX COMMISSORIA» EN FRANCIA (12)

a) *Derecho visigótico*

Podemos partir de la Lex Romana Visigotorum, muy similar a nuestro Liber Iudiciorum, cuya interpretación por los profesores MERA y D'ORS hemos expuesto. La Ley V, V, 4, dice así:

(11) «In eius electione esse statim agere ad petium. vel commissariam exercere & Si venditor post die stutum solutioni pretium petat, videtur pacto legis commissoriae renuntiare & ubi idem esse dicit, si usuras pretii non soluti petat.» HERMOSILLA «Aditio- nes, Notae, Resolutiones, ad 7 Partit», *Glosa et cogita Doct. Gregorii Lopeti*, 1634.

(12) La exposición histórica francesa y las citas que se expresan están tomadas de esta bibliografía:

LOUIS NAZ: *Essai sur l'histoire de la résolution de la vente pour défaut de paiement de prix*, París, 1870.

MARTÍN *De la lex commissoria dans la vente en droit roman et la resolution de la vente pour défaut de paiement du prix en droit français*, París, 1874

GRAVIER. *De la lex commissoria dans la vente*, París, 1896

«Si pars pretii data est et pars promissa non adimpletur, non propter hoc vendita facta rumpatur .. nisi hoc forte convenerit ut res empta venditori debeat reformari.»

Las consecuencias de la resolución por incumplimiento, según NAZ, tenían un carácter predominante de penalidad a la parte que ha faltado a su palabra en provecho de la parte que la cumple. Es de aplicación a todo convenio en general de la «Stipulatio Aquiliana» (en base a un texto de las Pauli Sententiae, 3, tít. 1, y del Rescripto Imperial de Arcadio: «Si quis maior...»). En las escrituras de la época se insertaba una pena contra la parte que no cumple sus obligaciones y que en muchas ocasiones el Notario copiaba literalmente el preámbulo del Rescripto («Interpelando iudicem, ... invocato Dei Omnipotentis nómine»).

b) *Derecho canónico*

La Iglesia favorece el uso del juramento en los contratos y de esta manera extendía su jurisdicción privilegiada y somete al perjurio a las penas de censuras espirituales, que era una de las condiciones de la Ley Arcadia («invocato Dei omnipotentis nomine») y de la práctica notarial de la época.

Pero, por otra parte, entraba un sentimiento de equidad en base al principio de que el delito presente debe ir unido a la rebeldía («delictum praesens cum contumacia coiuntum»), por lo que será necesaria una puesta en demora. Las Decretales, capítulo Reprensibilis 26. De appellationis, II, 28, decían así:

«Statuimus ut nec prelati nisi canónica commonitione praemissa suspensionis vel excommunicationis sententiam proferant.»

De esta manera, el deudor podrá purgar su demora: «Sibi satisfactione celeri consulere», Decretales, 4, III, 18.

c) *«Droit coutumier»*

En los países de costumbres siguen el Derecho romano posclásico de que la facultad de resolver caso de impago sólo puede derivarse de una estipulación expresa.

Pero introducen estas dos innovaciones:

- Una en favor del vendedor, al sobreentender el pacto comisorio en consideración a la equidad, y también en atención a la causa final, lo que da lugar al principio consagrado por la costumbre de que las resoluciones tienen lugar en todas las convenciones hechas por una causa y cuando la causa no se ha cumplido.

- Otra innovación en favor del comprador, permitiéndole pagar después de expirado el plazo (*purgatio morae*).

Para ello fue preciso minimizar la cuestión del juramento para que los jueces reales pudieran ser competentes en la resolución de los contratos, aunque seguían admitiendo la *purgatio morae*, pero dentro de unos límites razonables.

d) «*Droit écrit*»

En las provincias del Midi francés se mantiene el Derecho romano justiniano en materia de compraventa (la *traditio* era necesaria para transmitir la propiedad), y lo mismo en el pacto comisorio (que exige que siempre el pacto expreso y la resolución opera *ipso iure*).

e) *La jurisprudencia francesa en la venta de inmuebles*

Las doctrinas costumbristas y de derecho escrito las aplicaba en los inmuebles de esta manera:

1. Se exige una declaración resolutoria

De conformidad con la doctrina de la Iglesia de que toda pena requiere una declaración y la resolución debía ser «pronunciada en justicia».

2. Se exige una *sommation*

Bajo la presión de los canonistas que entendían que era necesario retrasar en lo posible el cumplimiento de los comisos, la jurisprudencia costumbrista llegó a exigir que el comprador se aprovechara del retraso mientras el vendedor no declarara su intención de optar por la resolución. Pero a pesar de la protesta de los autores de «*droit écrit*» contra el empleo de la interpelación, prevaleció la práctica de manifestar esta voluntad más que por la vía de una *sommatio* extrajudicial.

3. Se continúa aplicando la *purgatio morae* por la presión de los costumbristas, contrarios a la resolución *ipso iure* del Derecho romano justiniano.

4. Se amplía el arbitrio judicial

Se extiende la práctica de ralentizar la marcha de los procesos y la atribución a los jueces de conceder prórrogas para poder pagar aun vencido el plazo.

f) «*Code de Napoléon*»

Está inspirado en las ideas de la Ilustración del predominio de la ley sobre el arbitrio judicial, pero recogen las anteriores tendencias referentes

a la resolución de inmuebles por falta de pago del precio, distinguiendo la resolución legal de la derivada de una cláusula convencional.

1. La resolución legal

Se reglamenta en el artículo 1.184: «La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no cumpla su obligación...» (es el antecedente de nuestro art. 1.124 CC.).

2. La resolución convencional

Se reglamenta en el artículo 1.656 del Code, que dice así:

«S'il a été, lors de la vente d'immeubles, que faute de paiement du prix dans le terme convenu la vente serait résolue del plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été *mis en demeure par une sommation*; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai.»

Se aprecia claramente la filiación de nuestro artículo 1.504, sólo que éste la frase «puesta en demora» la sustituye por la de «requerimiento».

La «ratio» del precepto francés es ésta:

Se desecha la severa rigidez del Derecho romano (la resolución *ipso iure*) y la condescendencia excesiva del antiguo «droit coutumier» que atribuía al juez un amplio arbitrio para conceder nuevos plazos. Salvaguarda los intereses de todos por una apreciación equitativa de la intención de los contratantes. La *sommation* tiene esta «ratio» según la exposición de motivos del título de la venta: el rigor del contrato podría ser aducido por la voluntad del hombre, pero el silencio del vendedor hacía presumir su indulgencia, que sólo se podía destruir mediante una *sommation* positiva del vendedor.

La *sommation*. Para un gran sector de la doctrina francesa, se considera que es un requerimiento de pago relacionado con la constitución en mora (DEMOLOMBE, TROPLONG, FOTESCO, MARTÍN, NAZ).

Expuesto lo que antecede vamos a esbozar el Derecho español vigente.

III. EL PACTO DE LA *LEX COMMISSORIA* EN EL DERECHO VIGENTE ESPAÑOL

A) CONCEPTO

En nuestro Derecho español vigente, combinando los artículos 1.504 CC. y el 59 RH, el pacto de la *lex commissoria* es la estipulación agregada al contrato de compraventa de inmuebles, por el cual la falta de pago de

todo o parte del precio aplazado dentro del plazo convenido da lugar de pleno derecho a la resolución del contrato, una vez efectuada por el vendedor o sus causahabientes al comprador o sus causahabientes el requerimiento de pago y la notificación de optar por la resolución de pleno derecho de la venta si éste no atiende el pago.

MANRESA habla de una doble condición, puesto que «conjuntamente tiene que darse el hecho negativo de la falta de pago del comprador y el positivo del requerimiento en el vendedor», y añade que «el requerimiento es la declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica e indudable, que hace patente su propósito de optar por la resolución».

El pacto de la *lex commissoria* entraña una condición resolutoria, cuyos eventos condicionantes son dos:

Uno es el impago por el comprador del precio aplazado y cuya constancia formal tiene lugar mediante el requerimiento de pago que establece el artículo 1.504 CC., cuyo efecto consiste en constituir en mora al comprador e impedir que el Juez pueda concederle nuevo plazo.

El otro evento condicionante consiste en el ejercicio por el vendedor de la opción resolutoria de manifestar su voluntad de ejercitar esa opción resolutoria, que tiene como efecto el operar de pleno derecho la resolución de la venta y que se constata formalmente mediante la notificación al comprador según el artículo 59 RH.

En contestación a los autores que defienden que el poder resolutorio es una facultad jurídica, que consiste en una declaración de voluntad que es la fuente de la resolución (Irurzun). Entendemos que esta declaración unilateral de voluntad resolutoria no puede ser la fuente inmediata de la resolución. Si esto fuera así, tendríamos una segunda declaración de voluntad que expresa una valoración de oportunidad contraria a la conclusión normal de la venta inicial. Sería un *contrarius actus* dirigido a conseguir la ineficacia de la venta, es decir, sería una verdadera revocación. El vendedor se reservaría, caso de impago del precio, el derecho a revocar la venta de manera similar a la revocación de las donaciones.

Por estas razones el ejercicio del poder resolutorio, a nuestro entender, implica una declaración de voluntad negocial y unilateral dirigida a pedir la vigencia del pacto de la *lex commissoria*, que entraña una condición resolutoria (caso de impago puede el vendedor resolver). La resolución no se deriva de inmediato de esta segunda declaración de voluntad. La resolución se deriva del pacto de la *lex commissoria* inicial, activado y puesto en vigor por el ejercicio del poder resolutorio.

En contestación a la negativa de la condición resolutoria, porque quedaría al arbitrio del vendedor contra los artículos 1.256 y 1.115 CC. (RODRÍGUEZ ADRADOS). A nuestro entender, no estimamos aplicable el artículo

1.115 CC., que establece la nulidad de la condición que dependa de la «exclusiva voluntad del deudor», porque la resolución no depende «exclusivamente» de la voluntad del deudor-comprador no pagando el precio en el plazo convenido, sino que dependen también y además de la decisión del acreedor-vendedor de optar por la resolución. Si dependiera el cumplimiento de la obligación de la exclusiva voluntad del deudor comprador sería nulo el mismo contrato de venta y no simplemente la condición por el artículo 1.115 CC. Lo que pretende el artículo 1.115 CC. es que por un acto unilateral del deudor se deje de cumplir la obligación. El artículo 1.504, por el contrario, recoge el pacto de la *lex commissoria*, y este pacto ha sido tradicionalmente un pacto válido y lícito desde el Derecho romano hasta nuestros días. Si un contrato depende su cumplimiento exclusivamente del deudor es nulo, y de esto no le salva el cambio de las etiquetas, eliminando «la condición resolutoria» por otra más inofensiva de «cláusula resolutoria».

En conclusión, aceptamos la condición resolutoria, a pesar de las reticencias dogmáticas de sus detractores, frente a las cuales también se pueden alegar otras razones por el favorable resultado aplastante del referéndum de nuestra tradición, nuestra ley, nuestras leyes y la práctica cotidiana.

Esta entraña dos eventos el impago por parte del comprador y el poder resolutorio por parte del vendedor.

Expuesto lo que antecede, vamos a pasar a analizar algunos aspectos de las Resoluciones que comentamos.

IV. LA INSCRIPCION DE LA CONDICION RESOLUTORIA EN EL ARTICULO 11 LH

Dice el informe del Notario: «III... La inscripción sólo significaría la publicidad de la condición resolutoria explícita, en el sentido de que perjudicara a los terceros, pero no cambia la naturaleza del pacto de *lex commissoria*, ni sus efectos civiles, o sea, no significa que se convierta en derecho real.»

COMENTARIO

La condición resolutoria expresa que se inscribe por el artículo 11 LH no se convierte en un derecho real.

Pero esta afirmación se debe matizar, y al referirla solamente al poder resolutorio y analizar el tratamiento que nuestro Ordenamiento jurídico le otorga a éste poder resolutorio, no está tan claro que no sea un derecho real.

En efecto:

- El artículo 11 LH le otorga una eficacia frente a terceros, a diferencia del mero aplazamiento de pago del artículo 10 LH, que no se lo otorga.
 - La Resolución DG de 25 de octubre de 1979 admite la posibilidad de posponer una condición resolutoria a una hipoteca futura. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ dice que el rango tiene un valor económico que decrece por el número de inscripciones contrarias que le preceden. El valor económico tiene como consecuencia que se destaque del derecho y obtenga plena sustantividad (*Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Madrid, 1948).
 - La Resolución DG de 11 de diciembre de 1974 admite la validez del pacto comisorio temporal, aunque deniega la cancelación por la vía del artículo 355 LH. La Resolución DG de 28 de noviembre de 1978 también la admite.
Es un principio general que los derechos derivados de un contrato pueden ser configurados como temporales, como admiten ROCA SASTRE y GAYOSO.
 - El poder resolutorio puede renunciarse, en el puro Derecho civil, por parte del vendedor, porque éste tiene el derecho de optar entre exigir el cumplimiento o pedir la resolución, y si opta por el cumplimiento puede renunciar al poder resolutorio. También lo expresaba un texto de *Digesto* (18,3,2), cuando dice que el efecto del «inemptus esse fundus, si venditor inemptum eun esse velit». Así ROCA (*Derecho hipotecario*, II, pág. 798).
 - El poder resolutorio se puede renunciar en el ámbito meramente registral. Es la renuncia a la inscripción de la condición resolutoria expresa realizada conforme al artículo 11 LH con el fin de conseguir su cancelación y dejar la constancia registral como un mero aplazamiento de pago conforme al artículo 10 LH. Es decir, pasar de la situación jurídica del artículo 11 LH (con efectos a terceros) a la situación del artículo 10 LH (sin efectos a terceros).
Como dice Díez PICAZO, respecto a los derechos reales *in re aliena*, en que la inscripción es declarativa, es posible una cancelación del asiento de inscripción sin una correlativa extinción del derecho inscrito. Se habrá producido entonces un debilitamiento de la eficacia del derecho real, pero quedará limitada a las partes de la relación jurídica («El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», *RCDI*, 1967, págs. 1263 y sigs.).
 - La cesión del crédito del vendedor con condición resolutoria entien-
- de un gran sector de la doctrina que es posible (NAVARRO PÉREZ: *La*

cesión de los créditos en Derecho español, 1988, pág. 53; ANGEL BADÍA: «En torno al artículo 1.504 CC.: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor», *Homenaje a Tirso Carretero*, 1985, pág. 65).

- Esta cesión es inscribible, en base al artículo 59 RH, cuando dice que «será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente...».

La Resolución DG de 17 de enero de 1933 la admite *obiter dicta*, y las de 3 y 6 de diciembre de 1986.

- *En conclusión*, el poder resolutorio accesorio del crédito del precio aplazado tiene una autonomía patrimonial, que se integra en el activo patrimonial del vendedor. Por su valor económico se debe considerar como un bien (art. 333 CC.), que sería susceptible de embargo por las deudas del vendedor. Podrá también ser uno de los bienes objeto de la administración patrimonial si se declara el concurso o quiebra del vendedor que podrá ser ejercitado por los Síndicos (arts. 1.914 CC., art. 1.229 LEC, art. 878 C. de Com., 1.350 LEC).

V. LA NOTIFICACION Y EL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO

La cláusula notarial se redacta así: «La resolución plena y automática de la venta se producirá por la notificación del vendedor al comprador y por el transcurso del plazo de gracia de treinta días, a contar desde el siguiente a la notificación que ésta deberá conceder.» Esta cláusula está redactada correctamente de acuerdo con la jurisprudencia registral siguiente:

La Resolución DG de 17 de noviembre de 1978 declara que «aun empleando el término “requerimiento”, que este requisito exigido por el artículo 1.504 CC. tiene el valor de una intimación que está referido no al pago del precio, sino, por el contrario, a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato quede resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo, por lo que se trata de una simple notificación, término que introduce ya con precisión ... el RH a partir de la reforma de 1947 en su artículo 59, que regula esta cuestión...».

La Resolución DG de 29 de diciembre de 1982, en base a la STS de 16 de noviembre de 1979, declara que «Si al hacerse el requerimiento no se allana el requerido al mismo, sino que se opone categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los Tribunales, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad de las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria.»

El error de base de esta Resolución se encuentra en la falsa apoyatura de la STS de 16 de noviembre de 1979. En esta sentencia se debatía un caso cuyo supuesto de hecho no existía pacto resolutorio expreso y sólo se refiere a la posibilidad, en estos casos (en que falta el pacto de condición resolutoria expresa), de ejercitar la acción resolutoria del artículo 1.124 CC. fuera de la vía judicial cuando no se oponga el comprador.

Pero esta doctrina tiene además otros errores, como vamos a ver a continuación.

COMENTARIO

Se aprecia en esta doctrina jurisprudencial, en la que se basa la cláusula notarial, una confusión entre el requerimiento de pago del artículo 1.504 CC., que tiene por finalidad la constitución en mora del comprador e impedir que el Juez conceda una prórroga, con el ejercicio del poder, resolutoria, que tiene por finalidad resolver la venta. Son dos cosas distintas, que se pretenden fundir en una sola.

La doctrina de estas Resoluciones DGR se dirigen a considerar que el requerimiento del artículo 1.504 CC. no es una intimación al pago, sino a la resolución de la venta, y por esto la reforma del RH de 1947 dice que cambió la expresión «requerimiento» del RH de 1915 por el de «notificación». En realidad son dos cosas distintas, pero al no entender para qué sirve el requerimiento, o lo defenestran, y lo sustituyen por una notificación resolutoria, o conservan la palabra con el sentido de requerimiento a que se allane. Por esto vamos a tratar separadamente el incumplimiento del comprador y el ejercicio del poder resolutorio por el vendedor.

- El requerimiento de pago del artículo 1.504 CC. es una intimación al pago, que se realiza mediante una declaración de voluntad no negocial, es decir, como un «acto semejante al negocio jurídico» en la terminología de ENNECERUS, y que va dirigida a constituir en mora al comprador y a impedir que el Juez pueda conceder un nuevo plazo (13).

El requerimiento de pago se deriva de relacionar el artículo 1.504 CC. con la doctrina de la mora del artículo 1.100 CC.

Recordamos que en el Derecho romano la *interpellatio* era un presu-

(13) Díez PICAZO dice que la «intimación de la mora es una declaración de voluntad unilateral y recepticia dirigida por el acreedor al deudor que no es un auténtico negocio jurídico, sino más bien lo que la doctrina denomina actos semejantes a negocios jurídicos», y DE CASTRO ha llamado «declaraciones modificativas» (*Fundamentos de Derecho patrimonial*, I, pág. 673).

puesto de la mora, pero en las obligaciones a término su vencimiento se consideraba que constituía en mora al deudor. Esto dio origen a la máxima «dies interpellat pro homine».

El artículo 1.504 CC. no sigue la doctrina romana, sino que tiene sus precedentes en los proyectos legislativos del siglo XIX, inspirados en el Code de Napoleón. El Proyecto de 1851, en su artículo 1.432, traduce a la letra el artículo 1.656 del Code. GARCÍA GOYENA dice que se abandona el *dies interpellat* romano y establece lo contrario en el artículo 1.007 del Proyecto, que decía que «para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora debe mediar requerimiento por parte del acreedor» (*Concordancias...*, III, pág. 413).

NAVARRO AMANDI (*Código civil de España*, II, Madrid, 1880, pág. 235) habla del pacto que por la mora se entienda rescindido el contrato (14).

El Proyecto de Código Civil de 1882 recoge la exigencia del requerimiento de pago, pero suprime la frase «puesto en demora por un requerimiento» del Proyecto anterior, y así pasa al vigente artículo 1.504.

El requerimiento del artículo 1.504 es de pago, y es la necesaria intimación del acreedor para que la mora exista. El artículo 1.100.3 CC. dice que la mora existe cuando el deudor «no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe».

Por esto el requerimiento a que «se allane a resolver» es un contrasentido. Cuando se requiere es para que pague, y si no se allana a cumplir se ha constituido en mora. Y después el vendedor tiene el derecho de optar por contentarse con el cumplimiento tardío o por ejercitar un derecho autónomo que es el poder resolutorio. El requerimiento parece que no saben para qué sirve y por esto, o se prescinde de él o se hace una unión «contra natura», con el «requerimiento resolutorio» o «el requerimiento a que se allane a resolver» (15).

(14) El 1.504 se redacta así «El comprador que se constituyere en mora, deberá pagar los intereses del precio o plazo que hubiere dejado de satisfacer, a no haberse pactado que por la mora se entienda rescindido el contrato, en cuyo caso se observará lo prevenido en el artículo 1.510.»

El artículo 1.510 dice: «Cuando los contrayentes hubieren pactado que si el comprador no entregase el precio en el término señalado se rescinda el contrato, el vendedor puede optar entre pedir el precio y que valga la venta, o revocarla conservando la señal o parte del precio que hubiere recibido.»

(15) MANRESA es el autor de esta frase: «Requerir, ¿para qué? ¿Es que se trata quizá de un requerimiento de pago? La lectura del artículo 1.504 deja esa impresión..., pero es... paradójico... requerir de pago a una persona precisamente para impedirle que pague y para poder fundar en ese requerimiento una eficaz negativa de aceptación del precio. Esta sencilla reflexión entendemos que es . un requerimiento que el vendedor hace al comprador para que se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo contractual de extinción» (*Comentarios...*, X, pág. 307).

La influencia y el prestigio del autor de estas desafortunadas frases se copian literalmente en los considerandos de la jurisprudencia, con el olvido de los antecedentes del precepto y de la finalidad de proteger al comprador propiciada por el Derecho canónico.

- El otro evento condicionante es el ejercicio del poder resolutorio por parte del vendedor de una declaración de voluntad unilateral que no precisa el consentimiento del comprador y que no es fuente por sí sola de la resolución de la venta, sino que va dirigida a poner en vigor la condición resolutoria pactada y esta última puesta en vigencia es la verdadera fuente de la resolución.

De este concepto se deriva:

- * Que la fuente de la resolución no se encuentra en la posterior voluntad de resolver, nueva y distinta de la voluntad que se prestó al convenir la renta, porque se ejercía en uso del derecho reservado en el pacto y en contra de la misma venta, lo que nos llevaría a configurarla como una revocación, como un *contrarius actus* dirigido a la ineficacia de la venta inicial.
- * Que la voluntad resolutoria no precisa el asentimiento del comprador, porque entonces estaríamos en presencia de un contrato nuevo de compraventa en sentido contrario al primero, es decir, desde el comprador al vendedor. O estaríamos ante una venta con pacto de retroventa, que precisa un nuevo contrato entre el vendedor y el comprador dirigido a retransmitir la cosa vendida.

Recordamos a nuestro clásico ANTONIO GÓMEZ, que distinguía entre el pacto de la *lex commissoria* y el pacto de retroventa el pacto según sean los términos en que se redacte la cláusula resolutoria. Cuando se pacta *verba directa*, produce la resolución *ipso iure* del contrato, y la traslación del dominio al vendedor sin nueva tradición. Sin embargo, cuando se pacta *verba obliqua* es un pacto de retroventa, cuya resolución no transfiere *ipso iure* el dominio al vendedor, sino que le confiere una acción personal para exigir el cumplimiento del pacto (*Variae Resolutionis Iuris Civiles, communis et regii*, con adiciones de AYLLÓN LAYNEZ, Matriti, 1794, pág. 500).

El ejercicio del poder resolutorio se formaliza mediante una notificación al comprador, realizada por el vendedor de poner en vigor la condición resolutoria pactada, sin necesidad de un nuevo consentimiento del comprador, para que opere la retransmisión de la propiedad automáticamente. No se trata de llevar a efecto una obligación de contratar nuevamente, entre ambas partes, porque sería una venta con pacto de retroventa. Para que la retransmisión dominical sea *ipso iure* hay que acudir a este tipo de pacto (la posibilidad del vendedor de pedir la vigencia de la resolución pactada), puesto que actualmente ya no rige el sistema de la venta real introducida por el Derecho romano vulgar, recogido en el Derecho visigodo, fueros medievales, Las Partidas, y de aplicación a todas las áreas geográficas de España, incluyendo Cataluña, sino que, por el contrario, rige el sistema del

Derecho romano clásico de la venta obligacional y cuya retransmisión precisaría una nueva tradición.

A la hora de llevar a la práctica estas ideas nos encontramos con la notificación del artículo 59 RH. Pero esta notificación es una reforma introducida en el RH de 1947, al modificar el derecho vigente anterior, que es el artículo 97 del RH de 1915, cuya redacción es idéntica al actual, sólo que en éste «será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente que se haga constar el requerimiento judicial o notarial hecho al comprador».

Nos puede servir la dicción del artículo 59 RH en la redacción de 1947, que habla de «notificación» para entender que se trata de la notificación del poder resolutorio, a la que se acompañe el título del vendedor. Pero el requerimiento de pago para constituir en mora al comprador se debe basar en el artículo 1.504 CC.

Esta doctrina la vemos ratificada en nuestro Ordenamiento jurídico en el comiso enfiteútico y la Compilación de Navarra.

El requerimiento del artículo 1.504 y el comiso enfiteútico

La solución que defendemos para la venta con condición resolutoria está claramente recogida en el comiso enfiteútico, que es la resolución de la enfiteusis por el dueño directo por falta de pago de la pensión por el enfiteuta, y para ello «deberá requerir de pago al enfiteuta judicialmente o por medio de Notario, y si no paga dentro de los treinta días siguientes al requerimiento quedará expedito el derecho de aquél» (art. 1.649 CC.). El enfiteuta podrá pagar dentro de este plazo redimiendo el censo, y del mismo derecho podrán usar los acreedores del enfiteuta dentro de los treinta días siguientes de haber recobrado el pleno dominio el dueño directo (art. 1.650 CC.).

GARCÍA GOYENA nos revela la procedencia francesa de los preceptos y nos dice que guarda armonía con el artículo 1.007 del Proyecto de 1851, que se refiere al requerimiento por la *mora debitoris* (*Concordancias...*, III, pág. 497).

- El requerimiento del artículo 1.504 CC. y la Compilación de Navarra. Esta recoge fielmente la doctrina que defendemos y puede servir de guía para redacción correcta de la cláusula de la condición resolutoria.

La Ley 486 proclama que la resolución tendrá lugar después del requerimiento de pago, y la Ley 487 dice que en caso de resolución, una vez notificada, la cosa se tendrá por no vendida.

En conclusión: En la redacción de una cláusula de condición resolutoria se deben hacer constar estas ideas:

«Las partes convienen atribuir el carácter de condición resolutoria expresa al mero hecho del impago a su vencimiento de dos cualesquiera de los plazos pactados, conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria y a la opción que tiene el vendedor de resolver la venta conforme al artículo 1.504 del CC.

El vendedor podrá ejercitar este derecho, en caso de impago del comprador, por acta notarial de requerimiento de pago al comprador, y si éste no paga en el plazo de quince días se le notifica que quedará constituido en mora y de la voluntad del vendedor de poner en vigor la condición resolutoria pactada, produciéndose la resolución de la venta de pleno derecho y la retransmisión de la propiedad de la finca a favor del vendedor, entendiéndose consumada la tradición.»

VI. EL IMPAGO DEL PRECIO Y LOS INTERESES

La Dirección General de los Registros, en las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 y 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, declaran inscribible una escritura de venta con precio aplazado cuya condición resolutoria se extiende, además del precio de la venta, a los intereses del aplazamiento. Los argumentos son los siguientes:

- El silencio del artículo 1.504 CC. acerca de los intereses por sí solo no puede estimarse como prohibitivo cuando la regla general es precisamente la contraria, esto es, la de permisión de lo no prohibido (art. 1.255 CC.).
- Las normas legales se dictan en consideración a un contrato-tipo y como en la estructura típica de la compraventa el precio es la contraprestación exclusiva del comprador (art. 1.445 CC.) es coherente la restricción del artículo 1.504 CC. al impago del precio —máxime cuando en la previsión legal el aplazamiento por sí solo no se reputa retribuido (art. 1.501 CC. en relación con el 1.755 CC.)—, pero ello no quiere decir que las variaciones del concreto negocio celebrado respecto al tipo legal considerado no hayan de merecer la misma protección jurídica. La conclusión que se deriva del artículo 1.504 CC. es la de licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales.
- Cuando la compraventa se realiza pactando el aplazamiento del pago del precio y la retribución de los intereses no quiebra por ello

la unidad negocial de la operación concluida; no cabe hablar de un contrato de venta al contado seguido de un acuerdo accesorio desligado causalmente del anterior, por el que se conviene el aplazamiento del pago a cambio de un interés; el negocio es único y se halla trascendido en su globalidad por el elemento plazo; el plazo retribuido configura sustancialmente el equilibrio económico y jurídico de la operación y repercute sobre todos sus aspectos y consecuencias; no cabe entender que en la consideración de las partes el vendedor quedará compensado del sacrificio patrimonial que le supone desprenderse de la cosa por el pago del importe al contado, cualquiera que sea el momento en que se realice, y que el incumplimiento del resto es irrelevante a tal efecto; el sacrificio equilibrador del comprador viene definido en un doble aspecto cuantitativo y temporal: efectuar una serie de pagos sucesivos en las fechas fijadas, y el que en cada uno de éstos puedan distinguirse conceptualmente dos partes, capital e intereses, en función de la fijación del importe al contado, no enturbia el hecho de que sólo el pago total procura la satisfacción esperada por el vendedor como determinante de su voluntad negocial. Que la repercusión de la variación temporal introducida en la posición del comprador, respecto a la hipótesis de venta al contado, introduzca una obligación nueva junto a la típica no determina necesariamente la accesoriedad y minusvaloración jurídica de aquélla; ello ni sería conforme con la voluntad de las partes en el negocio celebrado ni se armoniza con la significación económica del tiempo en que las obligaciones pecuniarias en las que la modificación del vencimiento comporta generalmente la alteración del *quantum*.

COMENTARIO

A estos argumentos vamos a hacer estas observaciones:

En primer lugar, consideran como una sola deuda del comprador la cantidad del precio y la de los intereses y, por otra parte, considera esencial la determinación de las cantidades en que cada vencimiento corresponden a capital e intereses.

El Registrador, en su informe, dice, con razón, que el precio y los intereses son dos conceptos jurídicos diferentes que no pueden ser confundidos ni unificados. La diferencia se encuentra en varios aspectos:

- En la prescripción de la acción de intereses, como prestaciones periódicas que son, según el artículo 1.966.3 CC., es de cinco años,

a diferencia de la acción de reclamación del precio que tiene el plazo general de los quince años, según el artículo 1.964 CC.

- En la posibilidad de anticipar el pago del precio aplazado, que no se presume, sino que es preciso que se pacte expresamente en la cláusula para que pueda tener lugar, porque el artículo 1.127 CC. dice que el plazo de las obligaciones se presume establecido a favor del vendedor y comprador, y al vendedor también le puede interesar seguir percibiendo los intereses del precio aplazado. En caso de pago anticipado, el comprador sólo debe devolver el precio y no los intereses futuros.
- La limitación de que las prestaciones periódicas no afecten a terceros más allá de cinco años se reconoce para los intereses de la hipoteca ordinaria (art. 114 LH), para las rentas o prestaciones periódicas garantizadas con hipoteca (art. 157 LH) y para las pensiones de los censos (art. 114 LH) y es un principio general de la Ley Hipotecaria que se debe aplicar.

Pero vamos a replantear la cuestión en orden a la cobertura de los intereses dentro de la condición resolutoria.

El Notario del recurso dice que «los intereses del aplazamiento de pago... constituyen un incremento del precio de la cosa vendida por el hecho de retrasarse su pago».

El Registrador asimila el crédito del precio aplazado a un préstamo y los intereses son los frutos del capital y una prestación accesoria que nunca puede ser causa del negocio, que es un elemento principal.

La Resolución DGRN que comentamos admite a los intereses dentro de la condición resolutoria, diciendo que «el plazo retribuido configura sustancialmente el equilibrio económico y jurídico de la operación...». Pero no encuentro claro como se equilibran los intereses, es decir, cuál es su contrapeso o causa.

Para replantear esta cuestión creo que debe distinguirse entre los intereses que se derivan de la resolución de la venta ya conseguida y los intereses moratorios que se derivan de la constitución en mora del comprador.

Para los intereses que se derivan de la resolución debe acudir al artículo 1.295.1 CC., que dice que la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. Por tanto, se colocan en una parte precio e intereses, y en la otra, la cosa y los frutos. La causa del precio está en la transmisión de la propiedad de la cosa y la causa de los intereses está en el uso y disfrute de la cosa por parte del comprador.

Para comprobar el juego de equilibrio de los intereses se puede acudir a varios preceptos:

- Al supuesto del artículo 1.502 CC., en que el comprador puede suspender el pago del precio por verse perturbado en la posesión o dominio de la cosa comprada. ¿Cuál es la situación de los intereses?

TROPLONG entiende que el comprador puede suspender el pago del precio pero no de los intereses, porque el comprador continúa con el goce de la cosa (de la *Vente*, II, París, 1845, pág. 79).

GARCÍA GOYENA añade que cuando el comprador tenga el peligro de perder los frutos de la cosa puede suspender también el pago de los intereses, «y los intereses son a los frutos lo que el precio a la cosa, pero es claro que deberá pagar los intereses si vence en el pleito» (*Concordancias...*, III, pág. 41). Opinión que a MANRESA le parece la más justa y razonable (*Comentarios...*, X, pág. 299).

- Al artículo 1.501 CC., cuando dice que el comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio: 1.º si así se hubiere convenido, 2.º si la cosa vendida y entregada produce frutos o renta.

Como dice MANRESA, la obligación de pagar intereses nace de dos circunstancias: que la cosa vendida haya sido entregada y además que produzca frutos. Pero esta obligación no nace de la voluntad de las partes, sino de la previsión de la ley. Sufriría verdadera lesión el principio de bilateralidad que informa el contrato de compra y venta si el comprador hiciese suyos, durante cierto tiempo, los productos de la cosa más los rendimientos que pudiera obtener el precio, y nada más justo, en debida compensación, al vendedor, que el pago de los intereses (*Comentarios...*, X, pág. 289).

La conclusión es que los intereses no son un fruto del precio, sino que está en sinalagma con el uso y disfrute de la cosa y responde al mismo fundamento que tiene el precio respecto a la cosa vendida. La obligación la impone la ley en ciertas ocasiones, en aras del equilibrio de las prestaciones, y no hay ningún obstáculo para que se pacte también que los intereses se sometan a la cobertura de la condición resolutoria.

Los intereses moratorios no nacen de la cláusula resolutoria inserta en el contrato de compraventa, sino que surgen desde el momento en que el vendedor requiere de pago al comprador para constituirlo en mora.

El artículo 1.501.3 CC. impone el deber de pagar intereses al comprador constituido en mora con arreglo al artículo 1.100 CC.

Se pregunta MANRESA si «al aludir el precepto a la doctrina de la mora, prescindiendo del artículo 1.100 en que se contiene, ha querido referirse a aquella otra morosidad que legalmente nace a consecuencia de la reclama-

ción del acreedor y no sería completamente extraño a tal criterio el precepto del artículo 1.504» (*Comentarios...*, X, pág. 292).

La aplicación de la doctrina de la mora a nuestro requerimiento del artículo 1.504 parece que la admite el maestro, aunque al tratar del requerimiento no acierta a comprender su porqué.

La conclusión: Los intereses pueden comprenderse en la cobertura de la condición resolutoria, por ser la contraprestación del uso y disfrute de la cosa por el comprador, pero es que, además, los impone la ley, fuera del pacto, a partir del momento en que el comprador ha sido constituido en mora.

VII. LA CONSIGNACION DEL PRECIO RECIBIDO Y LA CLAUSULA PENAL

A) La Dirección General, en varias Resoluciones, y un sector de la doctrina estima que la consignación del precio por parte del vendedor es un requisito previo para la inscripción de la resolución de la venta. La consignación debe ser global, comprensiva de todas las cantidades que el vendedor hubiera recibido del comprador por virtud del contrato resuelto incluso las cantidades que debe detraer en virtud de pacto. La consignación es un requisito previo a la inscripción que debe realizarse existan o no terceros. Todo ello en base al artículo 175.6 RH.

B) COMENTARIOS

Para analizar este precepto vaya por delante su historial.

a) *Antecedentes históricos del artículo 175.6 RH*

El artículo 175.6 RH actual se refiere a varios supuestos de cancelación, sin el consentimiento del titular registral, que operan automáticamente por estar el derecho extinguido.

La LH de 1861 y su Reglamento silenciaron este tipo de cancelación automática, porque sólo previeron la cancelación con consentimiento del titular registral en sus artículos 82 y 83 LH.

Pero al poco tiempo de la vigencia de estos preceptos surgieron discrepancias entre la ley oficial y la práctica registral, de esta manera:

- En el ámbito legal. El RH de 1870, en su artículo 72, admitió la cancelación, en ciertos casos, sin necesidad de consultar al titular inscrito.

- Pero los Registradores, fervorosos seguidores de la LH de 1861, y la propia Dirección General, prescindió del artículo 72 RH y exigió el consentimiento del titular registral para la cancelación aplicando el artículo 82 LH anterior (Resolución de 19 de enero de 1877).

Sin embargo, fuera del ámbito registral, la tendencia era favorable a la cancelación automática. La Real Orden de 27 de septiembre de 1867 admite la cancelación automática del derecho de retracto convencional (16).

La Sentencia de 6 de diciembre de 1876 aplicaba la cancelación automática a las inscripciones posteriores a la venta de finca hipotecada.

Para poner fin a esta situación, en que la Dirección General y los Registradores hacían caso omiso del RH, el Real Decreto de 20 de mayo de 1880 establecía que «para cancelar las inscripciones de constitución de derechos reales impuestos sobre bienes vendidos sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias exige, además del documento que acredite haberse anulado o rescindido la venta, otro en que conste que se ha consignado en la Caja de Depósitos el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto ». En su preámbulo indicó que su objeto era evitar los gastos excesivos y las dificultades insuperables que eran rémora del crédito territorial, desautorizando la aplicación estrecha y cerrada, estrictamente literal y formularia, de unos preceptos que, debidamente concordados, llenaban los altos fines que se propuso el legislador.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 desarrolló el Real Decreto de 1880 en sus artículos 1.518 y 1.519, aplicando a la cancelación de las hipotecas posteriores a la de la hipoteca que se ejecuta. La Real Orden de 10 de diciembre de 1883 extendió esta doctrina a los gravámenes y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta.

La LH de 1909, a pesar de la amplia autorización para armonizar las disposiciones dictadas en esta materia, tampoco recogió los preceptos del RD de 1880, relativos a la cancelación sin consentimiento del titular, lo que constituyó un punto criticable.

Fue el RH de 1915 el que incluyó las disposiciones del RD de 1880 y RO de 1883 en sus artículos 150 y siguientes.

El artículo 150 RH permite la cancelación de la inscripción, sin que preste su consentimiento el titular registral cuando quede extinguido el

(16) Se recoge esta Real Orden en el artículo 177 RH vigente. «Para extender la nota que previene el artículo 23 de LH en los casos de venta con pacto de retro, bastará que, transcurridos los ocho días siguientes al término estipulado para la retroventa sin que exista en el Registro asiento alguno que indique la resolución del contrato de venta, se haga la conveniente petición al Registrador, presentando al efecto el título que produjo la inscripción, aunque no sea la misma copia inscrita.»

derecho inscrito por declaración de ley o resulte así de la misma escritura inscrita.

El artículo 151 RH impone la cancelación automática:

«Cuando se extingan los derechos reales constituidos sobre bienes sujetos a condiciones resolutorias o acciones de rescisión o nulidad, siempre que resultando registrada la causa de las mismas se produzca la resolución, rescisión o anulación, quedando entonces a disposición de los titulares de aquellos derechos reales el importe del valor o precio que haya de ser devuelto en su caso.»

Este precepto y sus antecedentes se refieren claramente a la cancelación automática de los derechos constituidos posteriormente sobre bienes sujetos a condición resolutoria (es decir, cuando haya terceros), para lo cual se precisaba poner a disposición de estos titulares el valor o precio que haya de ser devuelto en su caso.

El RH de 1947 ha reproducido en los artículos 175 y siguientes el contenido de los artículos 150 y siguientes del RH de 1915 con algunas variaciones. El artículo 175.6 RH actual recoge, en su párrafo 2.º, el contenido del RD de 1880 y RH de 1915, que se refiere a la cancelación de los derechos reales constituidos posteriormente sobre los bienes que ya estaban sujetos a la condición resolutoria; pero, además, introduce un nuevo párrafo 1.º para las ventas de bienes sujetos a condiciones resolutorias. Como advierte LA RICA, el artículo 175.6 RH distingue entre la cancelación de las ventas en el párrafo 1.º y la de los derechos reales posteriores, en el párrafo 2.º (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1948).

A la vista de estos antecedentes vamos a plantearnos estos temas: el ámbito subjetivo y objetivo de la consignación y si es un requisito previo de la inscripción registral.

b) *La consignación y los terceros*

La consignación se exigía, según los antecedentes históricos expuestos, sólo en el caso de existir terceros, sean éstos subadquirentes de la cosa o sean titulares de derechos reales o cargas posteriores a la venta con pacto comisorio expreso.

No es legal aplicar a la resolución del artículo 59 RH la consignación del artículo 175.6 RH, porque tanto los supuestos legales como las soluciones registrales son distintas. En efecto:

El RH actual, en su artículo 175.6, en el segundo párrafo, se refiere a la cancelación de los derechos reales posteriores (es decir, se refiere a los

terceros titulares de derechos reales), y en el primer párrafo se refiere a las ventas posteriores de bienes ya sujetos a condiciones resolutorias (es decir, se refiere a los subadquirentes de bienes gravados con condición resolutoria). En ambos casos el asiento registral que se debe practicar es el de la cancelación de las inscripciones de los terceros titulares de derechos o subadquirentes que se opera automáticamente y sin su intervención mediante nota marginal.

El supuesto del artículo 59 RH es el de la resolución de la misma venta con pacto comisorio, cuya constancia registral es la de una reinscripción a favor del vendedor, es decir, un nuevo asiento de inscripción y no una nota marginal de cancelación automática.

La aplicación del artículo 175.6 RH (que es un caso de cancelación de una carga) al artículo 59 RH (que es un caso de reinscripción) daría lugar al absurdo de que una misma situación jurídica, la resolución de la venta con pacto comisorio tendría un tratamiento registral diferente: en el artículo 59 sería una reinscripción a favor del vendedor, con intervención y consentimiento del propio titular registral del poder resolutorio; sin embargo, en el artículo 175.6 RH sería un asiento de cancelación automática, sin intervención del titular registral; en este caso, los únicos que no intervienen son los terceros adquirentes o titulares de derechos reales posteriores (17).

c) *La consignación global*

La consignación es el aspecto objetivo de la extensión cuantitativa que tiene que consignar el vendedor tiene dos vertientes:

La una, se refiere al aspecto meramente registral, es decir, el *quantum* que debe consignarse para conseguir la reinscripción a favor del vendedor, y la otra, se refiere al aspecto material o extrarregistral, es decir, cómo debe distribuirse el precio que se devuelve; una parte para atender al interés del vendedor en el precio, y la otra para atender al interés del comprador y de los terceros posteriores.

La Resolución de 6 de febrero de 1990 (y el paquete citado) se hace eco de estas diferencias y declara: que a efectos registrales es suficiente para que el vendedor consiga la reinscripción a su favor, con la consignación

(17) La doctrina española también limita el ámbito de la consignación a la existencia de terceros adquirentes o titulares de cargas posteriores. Así, ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, pág. 275, III), RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 92), MARTÍNEZ SANCHIZ (*ob. cit.*, pág. 1199). Para MOLINA GARCÍA, en el caso de estipularse en la cláusula la exigencia de la consignación del precio, prima la autonomía de la voluntad y la consignación se basaría en la propia estipulación (*La resolución de la compraventa de inmuebles*, 1981).

global de las cantidades que el vendedor haya recibido del comprador, pero que no implica que pertenezcan al comprador y de modos definitivos. Por esto, en el aspecto material, se deben tener en cuenta los intereses de los que participan en la titularidad del bien: por una parte, el interés del vendedor en el precio que éste devuelve y hechas las detracciones que procedan según el contrato; por otra parte, se debe de tener en cuenta el interés de los titulares de las cargas o gravámenes recayentes sobre el bien rescatado que deban extinguirse al operarse la resolución, por lo que otra parte de lo consignado quedará afecta al pago de estas cargas y otra parte de lo consignado se integrará indiferenciadamente en el patrimonio del comprador para servir de garantía a sus acreedores, y toda esta distribución debe ser consecuencia de las previsiones contractuales estipuladas debidamente actuadas judicialmente.

Por nuestra parte, si la consignación está exigida por el artículo 175.6 RH para cancelar los asientos registrales de los terceros, el vendedor sólo debe consignar el sobrante que resulte después de realizadas «las deducciones que en su caso procedan». Pero la reinscripción a favor del vendedor, por la resolución, se regula exclusivamente por el artículo 59 RH y éste no exige ninguna consignación ni en el Derecho vigente ni en el Derecho histórico.

Pero las cantidades que el vendedor puede retener por pacto ¿debe consignarlas previamente el vendedor? Debemos distinguir, como distingue la Resolución que comentamos, entre el ámbito meramente de derecho civil registral y ámbito registral.

En el ámbito de Derecho civil, entendemos que las cantidades que puede lícitamente retener el vendedor no tiene que consignarlas previamente, puesto que la restitución que debe realizar el vendedor del precio o intereses, y el comprador la finca y sus frutos, no son requisitos previos para que opere la resolución, sino que, por el contrario, son la consecuencia y el efecto de haberse actuado la resolución de la venta. No hay razón de justicia que ampare el exigirle al vendedor que consigne todo lo que ha recibido del vendedor y no imponer una exigencia igual al comprador para devolver la finca y permitirle que continúe disfrutando de la misma.

Por nuestra parte, entendemos que la consignación de lo recibido por el vendedor es adelantar los efectos de una resolución que no se ha operado. Se adelantan nada más que por una de las partes, que es el vendedor, pero se olvida de la obligación que tiene el comprador de devolver el inmueble que está disfrutando. La resolución tiene unos efectos que son la de «restituirse lo que hubiesen percibido» (art. 1.113.1 CC.). Por esto, entendemos que la consignación del precio por el vendedor no es requisito previo para que se inscriba la resolución de la venta, sino, por el contrario, es una consecuencia *a posteriori* de la resolución de la venta.

d) *Renuncia a la consignación*

Ahora nos preguntamos, ¿puede renunciarse a la consignación de la parte que el vendedor puede retener por cláusula penal?

De acuerdo con la interpretación que expusimos con anterioridad de que el artículo 175.6 RH se refiere sólo a la cancelación de los asientos posteriores a la propia venta con pacto comisorio, mientras que el artículo 59 RH se refiere a la reinscripción a favor del vendedor de bienes sujetos a pacto comisorio, la consignación sólo sería exigible cuando existan terceros. No obstante, por extender la Dirección General la aplicación del artículo 175.6 RH tanto al comprador con pacto comisorio como a los titulares terceros de asientos posteriores, vamos a hacer esta distinción:

1. *Cuando no existan terceros*, es decir, solamente el vendedor y comprador primitivos

Para mi interpretación, no se precisa hacer ninguna consignación, pero como la Dirección General exige la consignación del artículo 175.6 RH, aun no habiendo terceros, es por lo que debemos plantearnos la validez de la renuncia a la consignación tanto de la parte del precio que puede retener el vendedor como de la parte que hay que devolver al comprador. Como ambos son titulares de estos derechos que se les tiene reconocidos por pacto, entendemos que podrían válidamente renunciarlos por no contrariar el orden público ni existir perjuicio a terceros (art. 6.2 CC.). La renuncia deberá tener lugar *in continenti*, o sea, al celebrarse el contrato y no después *ex intervallo*, por existir la posibilidad de perjudicar a los terceros.

COVARRUBIAS dice que para que la resolución opere *ipso iure* se precisa que «*in continenti in ipso contractu apponatur, sed postquam ius tertio fuit quaesitum, nihil operare*» («*Variarum Resolutionum*», *ob. cit.*, pág. 78).

Pero la renuncia puede limitarse solamente al ámbito registral, consistente en la renuncia a la exigencia de la consignación para que tenga lugar la reinscripción a favor del vendedor, dejando a salvo el derecho de las partes a la liquidación posterior de las restituciones que correspondan. Al no existir posibles terceros perjudicados ni atentar al interés u orden público (art. 6.2 CC.), entendemos que es válida y lícita esta renuncia que opera frente al Registro, sin que se deba entrar en la manera de instrumentar una renuncia en términos similares a la contemplada y admitida en el artículo 1.477 CC., puesto que la renuncia que contemplamos deja a salvo todos los derechos de las partes a la liquidación de las restituciones pertinentes y opera sólo en el ámbito registral.

2. Cuando existan terceros

Entonces sí que debe tener aplicación la consignación del artículo 175.6 RH. La renuncia debe articularse atendiendo a los intereses en juego respecto a la parte de precio que el vendedor tiene que restituir. Los interesados son el vendedor, por la parte que debe retener por la cláusula penal; los terceros (adquirentes posteriores o titulares de derechos reales), y el propio comprador. En el ámbito civil, cada interesado puede renunciar a los derechos que tenga reconocidos a su favor. En efecto:

- Respecto de la parte del precio que el vendedor puede retener por la cláusula penal pueden el vendedor y comprador, como partes interesadas, fijar los límites de las restituciones que se deben realizar y renunciar *in continenti* a la necesidad de consignarla para que se opere la reinscripción al vendedor. La cláusula penal, que es inscribible, por la íntima conexión con las demás estipulaciones y por ser clarificadora de los derechos de los terceros según la Resolución de 6 de febrero de 1990 deberá afectar a los terceros.
- Respecto de la parte del precio restante, que debe ponerse a disposición de los terceros y del comprador, no cabe la posibilidad de renuncia *in continenti* al tiempo de celebrarse la venta inicial, porque afectaría a los terceros posteriores y sólo son éstos, si los hubiere, los que deben realizar la renuncia *ex intervallo*. Al no ser válida esta renuncia, tampoco se podría estipular para que operara solamente en el ámbito registral.

e) *La cláusula penal*

El vendedor puede hacer las detracciones que procedan según el contrato. Así lo afirma esta Resolución de 6 de febrero de 1990 y aborda el tema de la cláusula penal:

- Declara inscribible la cláusula penal prevista para caso de resolución frente al criterio del Registrador que la negaba por tratarse de estipulaciones personales carentes de trascendencia real. Transcribo el considerando: «Dado la unidad negocial configurada en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real al simultáneo cumplimiento de cierto contenido obligacional, así como la posible actuación extrajudicial del supuesto y la hipotética aparición de terceros interesados, se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo

que la eficacia plena de cada una de ellas no puede determinarse aisladamente, sino en conjunción con las restantes; por ello, la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional de cada una de sus estipulaciones, sino que junto a este criterio ha de procurar la no desnaturalización de la autonormación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales (arts. 1.255 CC., 2 y 9 LH, 7 y 51 RH).»

- Declara que la cláusula penal es conveniente y necesaria su inscripción para la mejor claridad de los derechos de los terceros adquirentes posteriores de bienes resolubles. Dice la Resolución: «Como a efectos registrales es suficiente con la consignación global..., podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada. Mas no puede ignorarse que tal omisión produciría una innegable ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución respecto de los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre el bien resoluble; éstos desconocerán si ese silencio registral implica la definitiva extensión de sus expectativas subrogatorias a todas las cantidades abonadas por el comprador o si, por el contrario, habrán de atenerse en cuanto a dichos extremos al concreto contenido contractual estipulado. Por todo ello, y habida cuenta de las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definen la extensión del derecho inscrito (arts. 9.2.ª LH y 51.6.ª RH), debe mantenerse la consignación registral de las cláusulas penales que acompañan a las previsiones resolutorias explícitas.

La Dirección General admite la conveniencia de la inscribibilidad de la cláusula penal; sin embargo, exige la consignación global para la reinscripción a favor del vendedor, sin que quede afectada por el resultado de la decisión judicial sobre el porcentaje de lo devuelto que corresponda al comprador o a los terceros.

VIII. EL PACTO DE LA *LEX COMMISSORIA* Y LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

El Registrador del recurso en su informe considera que el pacto comisorio infringe varios apartados del artículo 10 de la Ley de Defensa del Consumidor.

La Dirección General recuerda la doctrina sentada por el Centro Direc-

tivo, conforme a la cual los medios de calificación de que dispone el Registrador —art. 18 LH— impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley.

COMENTARIO

A la vista del informe del Registrador, vamos a prescindir de la doctrina inhibicionista de la Dirección y entrar en el examen de los argumentos que alega, que son los siguientes:

a) *La posibilidad de ejercitar el vendedor el poder resolutorio unilateralmente*

El Registrador dice que «la reinscripción de la resolución por la vía extrajudicial del artículo 59 RH sin más que la mera notificación del comprador sin contar con la voluntad de éste, y deduciendo directamente cantidades, implica una actuación unilateral del vendedor con posibilidad de incurrir en resolución discrecional lo que es un pacto igualmente abusivo según el artículo 10.2.º de LDC».

Veamos lo que dice este artículo 10.2.º: «Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto en su caso las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por el muestrario...», y añade el apartado 4.º: «Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos.»

A lo largo de nuestra exposición hemos puesto de manifiesto que no basta la notificación de la voluntad de resolver, sino que se precisa además lo que dice el artículo 1.504 CC., el requerimiento de pago para constituir en mora al comprador. Lo que no se precisa es que la resolución se derive de un nuevo pacto entre vendedor y comprador, porque esto nos reconduciría a otro contrato distinto que el de la venta con pacto de retro y que nuestros clásicos castellanos distinguían perfectamente. El ejercicio del poder resolutorio no lleva consigo una voluntad negocial que es fuente de la resolución, sino que tiene por finalidad pedir la vigencia de la condición resolutoria pactada. La resolución se deriva, según NAZ, de «même force de la convention».

Pero aparte de esta opinión mía, de la que se puede discrepar, es el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de febrero de 1991, el que interpreta el precepto de la Ley de Defensa del Consumidor, declarando lo siguiente:

«El ejercicio de la acción resolutoria no puede tildarse de antisocial y las normas de la Ley de 19 de julio de 1984, que consideran excluidas la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, salvan las prescripciones especiales de los artículos 1.124 y 1.504 CC., pues no los derogan, y que conjuntamente proyectan un estatuto privilegiado para el vendedor de bienes inmuebles, cuyo desconocimiento supondría no ya una dislocación del tráfico inmobiliario cuando el vendedor ha cumplido sus obligaciones, sino una patente de incumplimiento de las suyas, tan elementales como el pago del precio por el comprador, acarreado una clara infracción de los artículos 38, 128 y 139 de la Constitución, a cuyo marco económico ha de ajustarse la aplicación de la Ley especial de 19 de julio de 1984, según impone el artículo 1.2 y el trascendente principio de la seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la misma Constitución.»

b) *El pacto de mejoras en la condición resolutoria*

Se refiere este pacto al de no indemnizar al comprador las instalaciones fijas realizadas por el mismo.

El informe registral dice que este pacto está dentro de la prohibición de «las cláusulas estrictamente penales» del artículo 10.5 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Pero entendemos que esta cláusula no impone al comprador la obligación de construir en beneficio del vendedor y sin contraprestación por su parte. Para que haya contraprestación por el vendedor debe existir correlativamente una prestación obligatoria por el comprador, que no la hay.

Por el contrario, de admitirse esta cláusula de mejora, como parece que pretende el informe, en el sentido de obligar al vendedor a que realice el desembolso de lo que se le ocurra construir al comprador, entonces sí que sería una penalización a cargo del vendedor, que igualmente estaría prohibida por la citada LDC.

En el Derecho autonómico de Andalucía se admite esta situación, por imposición de la ley, y sin necesidad de acudir al pacto. El Decreto de 22 de diciembre de 1990, de la Junta de Andalucía, establece el régimen de venta de viviendas de promoción pública y las normas para el caso en que el comprador no pague el precio. En su artículo 7.3 dice lo siguiente: «En caso de resolución, las obras autorizadas que supongan mejoras y las instalaciones fijas y permanentes incorporadas, en beneficio de la finca, sin que el adjudicatario tenga derecho de indemnización alguna por tal concepto.»

Pero en Derecho autonómico de Cataluña el pacto de no indemnizar al comprador las instalaciones fijas realizadas por el mismo, según el informe

del Registrador J. M. García (en el recurso de la Resolución citada de 1991), vulnera el Derecho catalán, porque —dice— que hay un principio general en Cataluña, que se puede extraer del artículo 327 de la Compilación (referente a la venta a carta de gracia) y también del artículo 301 (referente a la enfiteusis), en el sentido de que cuando se resuelve el derecho del comprador o del dueño útil hay que indemnizarle las obras e instalaciones realizadas por el mismo. Aplica al pacto comisorio, por analogía, las reglas de la venta a carta de gracia.

Por nuestra parte, vamos a analizar si el Derecho catalán es diferente del Código Civil y si se opone a esta cláusula. En efecto:

- Respecto de la enfiteusis. El artículo 301 Comp. C., que impone el pago de las «mejoras útiles», dice que expirado el término o cumplida la condición, el dueño directo abonará al enfiteuta las mejoras exigibles hechas por éste, salvo pacto. El Código Civil dice lo mismo en el artículo 1.652 para el caso de extinción del censo por comiso, y también impone el abono al enfiteuta de «las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca y que subsistan al tiempo de devolverla»; la posibilidad de pacto en contra se encuentra en el artículo 1.651.
- Respecto a la aplicación, por analogía, de los preceptos de la venta a carta de gracia. Nos parece exacta esta analogía, y más a partir de la reciente Ley 29/1991, de 13 de diciembre, que modifica la materia de la venta a carta de gracia en la Compilación catalana, manifestándose claramente en favor de la resolución de la venta por el mecanismo de la carta de gracia. El preámbulo de esta Ley dice así:

«Era necesaria, por tanto, la renovación de la venta a carta de gracia para convertirla en una figura realmente operativa dentro del actual tráfico jurídico. Esta renovación debía partir, por lo tanto, de la consideración de que no se trata de una institución perjudicial en sí misma, porque no incluye en sus efectos un derecho real de garantía de un préstamo usurario. La línea de renovación se centra, por lo tanto, en la necesidad de poner de manifiesto como finalidad típica de la figura la que resulta de su eficacia: la transmisión inicial de la propiedad de la cosa de forma indefinida, pero no definitiva. La reforma legislativa se plantea desde el convencimiento de que en la actualidad la venta a carta de gracia puede cumplir diferentes finalidades de tipo social y de fomento que justifican no sólo el mantenimiento de la figura, sino también su difusión. Es el caso, por ejemplo, de la utilización de la venta a carta de gracia como instrumento de promoción de viviendas de tipo social.»

En la nueva redacción del artículo 328.4 de la Compilación de Cataluña impone por ley la obligación de abonar al titular de la propiedad gravada: «Los gastos útiles estimados en el aumento de valor que por ellos haya

experimentado la cosa al tiempo de la redención, los cuales no pueden exceder del precio de coste ni, en ningún caso, el 25 por 100 del precio fijado para la redención.»

c) *La protección del consumidor en los precedentes del artículo 1.504 CC.*

La Ley del Consumidor de 1984 busca la justicia y el equilibrio de las prestaciones entre las partes del contrato. La doctrina y la jurisprudencia miran con recelo y reticencias el pacto de *lex commissoria*, por entender que deja al comprador, como parte más débil, a la prepotencia de la parte vendedora que presupone más fuerte. Pero la defensa del más débil no es una conquista de la Ley del Consumidor de 1984, sino que viene de mucho más atrás, como se puede apreciar en los precedentes históricos del acto comisorio y que voy a recordar brevemente:

- La doctrina canónica de la equidad rompe con el rigor del derecho romano de la resolución *ipso iure* por impago del precio. El que incumplía una obligación incurría en una pena, y ésta no se debe imponer de inmediato, sino que se debe esperar a que recaiga una sentencia. De esta manera el deudor podrá purgar su demora (Decretales, 4, III, 18).
- La jurisprudencia francesa de «droit coutumier» seculariza esta doctrina eclesial e introduce un uso equitativo de purgar la demora, y como decía POTHIER, «de faire une sommation», y de proteger al débil comprador mediante la ralentización de los procesos judiciales mediante su amplio arbitrio judicial. Pero el Poder Judicial incurrió en ciertos abusos que perjudicaban a la parte vendedora y a lo convenido por las partes en el contrato de compraventa. La Revolución Francesa impuso la norma kantiana del imperativo de la ley («fiat iusticia et pereat mundum»), guillotinando el amplio arbitrio judicial del Antiguo Régimen y prohibiendo que el Juez pueda conceder nuevo plazo a partir de la *sommation* (art. 656 Code).
- Nuestro artículo 1.504 CC. recoge el sentido ético canónico de conceder nuevo plazo al comprador mientras no sea constituido en mora por un requerimiento de pago.

IX. EL PACTO DE LA *LEX COMMISSORIA* Y LA TRADICION CATALANA

En la Resolución DGRN de 6 de julio de 1991 el Registrador calificador alega que la tradición jurídica catalana procede interpretar de forma restrictiva el pacto de *lex commissoria* en Cataluña.

La Resolución declara que es el propio Presidente del Tribunal Superior de Cataluña el que debe dictar la resolución definitiva en estos recursos, y éste que es la Dirección General la que debe decidir en este caso, pero tampoco lo decide, porque la base de la argumentación se fundamenta en normas de derecho común.

COMENTARIO

Vamos a exponer un esbozo histórico y analizar los argumentos del Registrador en su informe.

1. Pervivencia del Liber Iudiciorum

A raíz de la conquista musulmana, la población visigoda se rigió por su propio Derecho y mantuvo, en consecuencia, el Liber Iudiciorum, cuyo régimen jurídico hemos expuesto con anterioridad. Tal régimen prosiguió durante la etapa de la Marca Hispánica, en que esos «hispani» dependieron de la monarquía franca, por lo que los reyes ultrapirenaicos dictaron sus propias disposiciones como un Capítular de Carlomagno de 812, otro de Ludovico Pío de 815 y otro de Carlos el Calvo de 844, en las que se reconoce la vigencia del Liber Iudiciorum, pero el derecho consuetudinario de los «utsages», según el profesor AQUILINO IGLESIA, conduce a su agonía, aunque la tradición jurídica visigoda persista como derecho supletorio de las nuevas «costums» locales hasta el año 1251, en que una Constitución de Cort de Barcelona prohíbe la alegación en juicio de este Código visigótico.

2. Los «usatges»

La singularidad más notable de esta etapa la constituye la aparición de un derecho nuevo a través de los «utsages», estrechamente vinculado a las instituciones políticas y la regulación de la estructura feudal propia de Cataluña.

El profesor HINOJOSA destacó que en la segunda mitad del siglo XII, por el flujo de clérigos de Gerona y cercanía a los territorios del Midi francés e italianos, se advierte una temprana recepción del Derecho romano. Pero esta recepción opera a través de las costumbres locales, como las Consuetuts de Barcelona, al admitir la aplicación del «dret comú, equitat e bona rahó».

3. Recepción del Derecho común

AQUILINO IGLESIA estudia la recepción del Derecho romano en Cataluña. En la Alta Edad Media parece que la Compilación de Justiniano no llegó a los terrenos conquistados por los bizantinos en el sur de la Península. La ley por antonomasia era el *Liber Iudiciorum*.

Estudia este profesor de Barcelona la posible recepción anticipada del Derecho común en la Alta Edad Media catalana a través de las modificaciones que experimenta la estructura de los contratos de compraventa en los documentos procedentes de San Cugat del Vallés desde el año 900 hasta el 1250.

De estas investigaciones resulta que la compraventa en Cataluña era igual que en el Derecho castellano, tenía carácter real, es decir, que se perfecciona y transmite la propiedad de la cosa vendida desde su entrega y el pago del precio. Pero la venta existe desde que se redacta por escrito, aunque no se haya pagado el precio.

La recepción del Derecho común penetró en Cataluña a través de la Escuela de Bolonia del siglo XIII. Las Leyes de Partidas, aunque no fueron un texto legal en Cataluña, como dice MARTÍ MIRALLES, tuvieron una autoridad doctrinal innegable por su gran valor científico y su forma de Código («La excepción *non numerata pecunia* y su renuncia», *RJC*, XVIII, 1912, págs. 72-77).

4. La tradición catalana y el pacto de la *lex commissoria*

De la materia sobre el pacto de la *lex commissoria* no encontramos una regulación específica que haya pasado a la vigente Compilación de Cataluña. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1983 declara que por las disposiciones finales primera y segunda de la Compilación se debe acudir al Código Civil, y más concretamente al artículo 1.504.

El informe del Registrador de la Propiedad, don Juan Manuel García García, defiende una interpretación restrictiva del pacto comisorio en Cataluña en base a que existen unos elementos que conforman la tradición específica catalana en esta materia, cuya consecuencia es que el acto de la *lex commissoria* sólo comprende la obligación principal, que es el precio, pero no los intereses. Veamos sus argumentos:

a) Dice el informe registral que el pacto comisorio está referido exclusivamente al precio en el Derecho romano justiniano, porque en este Derecho «está claro que el pago del precio repercute sobre la transmisión de la propiedad». Y añade que, «según nos dice ROCA SASTRE, el Derecho romano suspendía la transmisión dominical de la cosa vendida en tanto el

precio era debido, en todo o en parte, por más que hubiese tenido lugar la *traditio*, conservando, por tanto, el vendedor la propiedad de la cosa vendida, pero esto salvo que se hubiere ... pactado aplazamiento de pago del mismo o prestado caución o garantía...».

Pero se debe arguir al Registrador que este texto no es de Derecho justinianeo (exclusivo de Cataluña), sino Derecho romano vulgar o posclásico. En el Derecho justinianeo la compraventa era generadora de obligaciones, similar al artículo 1.445 CC., mientras que en el Derecho vulgar era un contrato real de trueque o cambio, que pasó al Derecho visigodo, los fueros castellanos y Las Partidas. El texto que cita Roca es idéntico al de la Partida III, 28, 48, que dice así:

«El apoderamiento o tradición de la cosa vendida transfiere su dominio al comprador; pero si el comprador no oviese pagado precio, o dado fiador, o tomado plazo para pagar, por tal apoderamiento como éste non pasaría el señorío de las cosas, fasta que el precio se pagasse Mas si el fiador o peños oviese dado, o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiasse en el comprador del precio, entonces pasaría el señorío de las cosas a él por el apoderamiento, magüer el precio non oviese pagado. Empero tenuto sería de lo pagar.»

Alega el Registrador, en defensa de su nota, el texto de la Instituta de Justiniano (2, 1, 41), dice así:

«Pero de las cosas que se venden y entregan al comprador, no adquiere éste el dominio hasta que hubiere pagado el precio o satisfecho de otro modo al comprador, no adquiere éste el dominio hasta que hubiere pagado el precio, o satisfecho de otro modo al vendedor, presentándolo, por ejemplo, un expromissor, o dándole una prenda. Este principio, si bien lo consagró LA LEY DE LAS XII TABLAS, sin embargo, puede decirse con razón que dimana del derecho de gentes, es decir, del derecho natural. Mas si el vendedor lo ha dejado, debe decirse que adquirió éste la cosa desde luego.»

Frente a este texto acudo a la autoridad de ARANGIO RUIZ. Este romanista declara que la conclusión de que el pago del precio es requisito de la transmisión de la propiedad se debe a una errónea interpretación de las afirmaciones de la Instituta de Justiniano. Según este romanista, la necesidad del pago para la transmisión del dominio fue desconocida en la época clásica y que apareció en la época posclásica por influjo, a su vez, del Derecho griego. Por esto vino a cooperar en esta errónea interpretación el conservar en la Instituta un texto del antiguo Derecho romano de las XII Tablas, o Quiritario, en el que se expresaba que el precio había de pagarse si, tras de celebrada entre el vendedor y comprador una *mancipatio*, este

último quería exigir del primero una responsabilidad por *autoritas*. La incorrecta interpretación de la Instituta pudo dar lugar a estas afirmaciones (*La compravendita nell diritto romano*, Napoli, 1965).

Según ARIAS RAMOS, los glosadores de Bolonia se atuvieron también a esta exigencia del pago del precio para el pase del dominio, entre ellos el jurista boloñés AZÓN, el principal inspirador de Las Partidas. Los redactores de Las Partidas, recogiendo esta interpretación errónea, la plasmaron en la Partida III, 28, 48, que acabamos de transcribir («La compraventa en Las Partidas», *Centenario de la Ley del Notariado*, II, 1965).

Por tanto, el texto que alega el Registrador no es Derecho justiniano, sino de Derecho romano vulgar, la interpretación alegada es la misma que sufrió AZÓN, jurista de Bolonia, y cuyos apuntes sirvieron de base a los redactores de Las Partidas, y fueron éstas las que se aplicaron a Cataluña y estuvieron vigentes hasta la publicación de nuestro Código Civil.

El *Manual de Derecho civil vigente en Cataluña*, Barcelona, 1864, de JOSÉ ANTONIO ELÍAS y ESTEBAN DE FERRATER, en la página 441 expone como derecho vigente en Cataluña esta regla de la compraventa: «No satisfaciéndose el precio por completo, no se adquiere el dominio pleno de la cosa comprada, a menos que se preste fianza, hipoteca o se designe un plazo cierto para el pago» (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de 29 de marzo de 1858, 14 de diciembre de 1861 y 12 de abril de 1864).

Pero es que además, en favor del pacto de intereses, en Cataluña hay un texto del *Digesto*, lib. XIX, tít. I, ley XIII, párrafo XX, que dice así: «Corresponde a este juicio las cosas siguientes: en primer lugar, el precio en que se vendió la cosa y las usuras de él después del día de la entrega; porque como el comprador percibe el fruto, es muy justo que pague el precio de las usuras (“Cum re emptor fruatur, aequissimum est, cum usuris pretii pendere”). Los intereses del precio representan los frutos de la cosa, y no los frutos del precio.»

Como apostilla diré que este texto romano es el inspirador del artículo 1.501 del Código Civil: «El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio en los tres siguientes casos: 1.º si así se hubiera convenido, 2.º si la cosa produce frutos, 3.º si se hubiere constituido en mora.»

b) *El criterio restrictivo de la resolución de los contratos*

El Registrador cita a PELLA Y FORGAS, lo que dice que en el Derecho romano las convenciones son irrevocables, y uno no puede desistir sin consentirlo el otro. Pero este autor se está refiriendo a la diferencia existente entre el Derecho romano que no presume la posibilidad de resolver si

no es por pacto, y el artículo 1.124 CC., que sobreentiende la resolución en los contratos bilaterales, al recoger el precedente del «droit coutumier» francés.

No estamos hablando del artículo 1.124 CC., que si es diferente al Derecho romano, sino a la posibilidad de resolución por pacto de la *lex commissoria*, que sí recoge el *Digesto* (18, 3, 2).

c) *El comiso enfiteútico fue suprimido en Cataluña*

El Registrador cita el *Recognoverunt Proceres* (lib. IV, tit. XXXI, const. 3, vol. 10). Es cierto que suprimió el comiso.

Pero también es cierto que en Castilla, como decía GONZÁLEZ SERRANO, comentador de las Leyes de Toro, el comiso era una institución en desuso y aún dudaba que se hubiera aplicado nunca en la práctica. La Sentencia de 29 de abril de 1868 dejaba al arbitrio judicial que se aplicara o no el comiso. Los criterios de ambas tradiciones en los usos prácticos eran idénticos, y no se logró obtener de los redactores del Código Civil la supresión de una institución tan odiosa (CASTÁN: *Derecho civil*, 1950, pág. 609).

El *Recognoverunt* suprime el comiso, pero lo sustituye por un doble laudemio. Como dice MIRAMBEL ABANCÓ, «se suprime la pena del comiso y la sustituye por otras penas».

5. Conclusiones

a) En Derecho romano justiniano que cita no es tal, sino posclásico, y el texto es igual que el de Las Partidas.

b) La resolución implícita del artículo 1.124 CC. no estaba en el Derecho romano justiniano, porque la resolución debía pactarse expresamente. La consecuencia no es la restricción a la resolución del contrato, sino por el contrario, la mayor libertad de las partes y el valor a la convención que es la ley de las partes.

c) El comiso enfiteútico, suprimido en Cataluña, en el *Recognoverunt Proceres* también fue suprimido por el uso en Castilla.

Esto en cuanto a la tradición catalana. Pero en cuanto al momento actual, la posición restrictiva del informe del Registrador que comentamos no está conforme con el nuevo giro del Parlamento de Cataluña en la Ley 29/1991, de 13 de diciembre, en materia de venta a carta de gracia. En el preámbulo de la Ley se dice que el mantenimiento de esta figura ha sido

cuestionada «por la consideración de que este contrato encubre siempre un préstamo usurario con garantía real de la cosa vendida» (parece que responde a Faus Condomines).

«Era necesaria, por lo tanto, la renovación de la venta a carta de gracia para convertirla en una figura realmente operativa dentro del actual tráfico jurídico...»

La similitud de la venta a carta de gracia y el pacto de la *lex commissoria* es evidente.

FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN
Notario

Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad

SUMARIO. INTRODUCCION.—INSCRIBIBILIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—BREVES NOTAS ACERCA DE SU REGULACION EN DISTINTOS PAISES EUROPEOS.—ARRENDAMIENTO NO INSCRITO ANTERIOR A HIPOTECA.—ARRENDAMIENTO INSCRITO ANTERIOR A HIPOTECA.—ARRENDAMIENTO POSTERIOR A LA HIPOTECA.—SU INCIDENCIA EN EL AMBITO FISCAL.—CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

La importancia social del arrendamiento de inmuebles para uso de vivienda ha ido en aumento en los últimos decenios: la emigración hacia las grandes ciudades, el encarecimiento progresivo de la vivienda y la escasez de las mismas en relación a la demanda, entre otras causas, han dado lugar a un problema social grave que nuestro Derecho intenta regular de manera que, dando un paso más allá de la libre contratación de las partes, intenta dar entrada en sus normas a valores superiores de justicia social.

Nuestro Código Civil apenas dedica unas pocas normas al contrato de arrendamiento y es por medio de leyes especiales como se regula casi exclusivamente esta materia.

Nuestra Constitución, en su artículo 47, proclama el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada... Norma que, como muchas otras de carácter programático, es de difícil cumplimiento, ya que la dificultad de adquisición de una vivienda, dado su elevado coste económico, la hace accesible en propiedad a muy pocas personas, por lo que la gran mayoría, en especial en las grandes urbes, viven en arriendo o se ven obligadas a constituir una hipoteca que les permite la adquisición de la vivienda de modo inmediato, pero posponiendo su pago en un muy dilatado espacio de tiempo y ocupando durante el mismo una gran parte de

su presupuesto familiar, problema que resulta agravado por los altos tipos de interés vigentes en nuestro sistema financiero.

De hecho podemos afirmar que la institución de la hipoteca ha aumentado en los últimos doce años un 800 por 100, y es hoy día un derecho real que sirve de garantía a unos activos financieros que rondan los tres billones de pesetas.

En 1977 se constituyeron 150.008 hipotecas, por un valor de 200.000 millones de pesetas.

En 1982 se constituyeron 182.913 hipotecas, por un valor de 600.000 millones de pesetas.

En 1989 se constituyeron 295.224 hipotecas, por un valor de 2.695.000.000.000 de pesetas.

Centrándonos en el problema de conjugar de manera adecuada criterios como la seguridad jurídica y la justicia, pasamos al análisis de la aportación que el Registro de la Propiedad puede hacer a través de la conveniencia o no de inscripción del arrendamiento y sus consecuencias jurídicas.

INSCRIBIBILIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Recordemos el texto del artículo 7 del Reglamento Hipotecario: «Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier otro acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en el futuro algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.»

Conforme a este artículo citado, podemos dejar de lado, a efectos de este trabajo, la problemática acerca de la naturaleza jurídica del derecho de arrendamiento si es un derecho real o personal, ya que tanto en uno como en otro caso las consecuencias del contrato, a efectos registrales, serían las mismas y no por ser real o personal se modifica su contenido, que es en definitiva que «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto» (art. 1.543 del Código Civil). Por consiguiente, en este negocio jurídico existe la transmisión del goce o disfrute de un bien inmueble a cambio de una contraprestación económica.

Aunque no podemos negar que parece clara la inclinación de la doctrina por considerarlo un derecho personal (a pesar del esfuerzo de los clásicos de atribuir carácter real al derecho de arrendamiento), la Ley Hipotecaria

así lo concibe al regularlo específicamente en su artículo 2.5 y no quedar incluido en el 2.1 o en el 2.2.

Atendiendo al artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria, sólo podrán inscribirse aquellos contratos de arrendamiento de bienes inmuebles.

- a) Por más de seis años.
- b) En los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más años.
- c) Cuando hubiere convenio expreso entre las partes.

Autores como BERAUD, ESCOSURA o GALINDO critican en este punto a la Ley Hipotecaria, por entender que condiciona arbitrariamente la inscripción de los arrendamientos. Está clara la necesidad de realizar una criba, pues no es posible la inscripción de todo arrendamiento, simplemente porque no todos requieren protección registral y que, por tanto, es necesario arbitrar unos requisitos de acceso del contrato de arrendamiento al Registro.

En el Código Civil tratan esta materia los siguientes artículos:

- Artículo 1.549: «... con relación a terceros, no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad», de donde *a sensu contrario* parece que los inscritos surten efectos frente a terceros.
- Artículo 1.571: «... el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

Como hemos visto con anterioridad, la Ley Hipotecaria se limita a establecer la inscribibilidad del arrendamiento en determinadas circunstancias, quedando fuera del mismo los que no cumplan los requisitos del artículo 2.5. Lo que, en principio, nos parece criticable, pues ante la pregunta ¿a quién beneficia la inscripción?, no cabe ninguna duda que la respuesta es «a todos los que en una relación arrendaticia pueden entrar en juego» y además a «los terceros», ya que a todos ellos proporciona protección y seguridad.

La clandestinidad existente en la institución arrendaticia en la actualidad se ha demostrado perjudicial a todas luces. Prueba de ello son las numerosas sentencias del Tribunal Supremo, que, dejando a un lado jurisprudencia menor, demuestran el alto grado de conflictividad motivado por el hecho de que hoy día el contrato de arrendamiento es en su mayoría clandestino, lo que provoca gran cantidad de litigios contenciosos. En efecto, un derecho sobre cosa ajena que goza de una protección jurídica, legal y jurisprudencial, que en ocasiones va más allá de la que se atribuye a la mismísima propiedad plena (piénsese en el retracto, en la prórroga forzosa,

en la exigencia de notificaciones fehacientes, etc.), ha de ser «conocido» por todos aquellos que vayan a entrar en una relación jurídica con la cosa arrendada. De lo contrario puede dar lugar a simulaciones, fraudes, ocultaciones y, en definitiva, inseguridad ilimitada en el tráfico jurídico.

Cabe citar como un pequeño muestreo:

- STS de 20 de octubre de 1975: «Que el contrato de arrendamiento de locales o tiendas celebrado entre La Unión y el Fénix Español, S. A. y Hoteles Reunidos, S. A., en virtud de la carta de 14 de febrero de 1959, es simulado y aparente y, por tanto, nulo e inexistente.»
- STS de 12 de julio de 1983: «Considerando: que en relación al contrato de arrendamiento de vivienda cuya realidad se cuestiona en la litis...»
- STS de 29 de noviembre de 1969: «El demandado negó que el actor fuese arrendatario...»
- STS de 17 de noviembre de 1989, donde se demostró en instancia que no existía arrendamiento y que fue simulado y concertado con el único objeto de frustrar los legítimos derechos de acreedores y de futuros adquirentes.
- STS de 23 de diciembre de 1988, declara que los principios de legitimación y fe pública registral, tras la publicación por el Registro de la hipoteca, viene a excluir la buena fe del arrendador y arrendatario que celebran el contrato en perjuicio del acreedor.
- Circular del Colegio Notarial de fecha 9 de abril de 1992, en la que un Notario de Barcelona comunica al Decano del Colegio Notarial que ha llegado a su conocimiento la falsificación de una escritura de su Protocolo que contiene un pretendido «contrato de arrendamiento», lo que dio lugar a la correspondiente denuncia en el Juzgado de Guardia.

Y, por otra parte, viene al caso citar a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en su *Código de legislación hipotecaria*, nos dice: «Al no ser ya indefinida la duración del arrendamiento, se hace más necesaria la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, para que exista publicidad de su fecha, del plazo de duración y de sus condiciones respecto a terceros, pues en otro caso se produce un sistema prehistórico de clandestinidad.»

A lo que podríamos añadir: Y de ser indefinida su duración, todavía se hace más necesaria.

Tal vez resultaría didáctico para nuestro legislador un breve vistazo a la regulación de la materia que nos ocupa en otros Derechos europeos.

BREVES NOTAS ACERCA DE SU REGULACION EN DISTINTOS PAISES EUROPEOS

En la gran mayoría de países europeos (Francia, Alemania, Italia, Portugal, etc.) está prevista la inscripción del arrendamiento, siendo oponible a terceros desde el momento de su inscripción en el Registro.

Artículo 1.743 del Código Civil francés: basa la no expulsión del arrendatario, en caso de adquisición, en la tenencia por parte del inquilino de un arrendamiento «auténtico» o con «fecha cierta»; no basta un simple documento privado.

Artículo 1.093 del Código Civil austríaco: si el contrato de arrendamiento está inscrito en el Registro de la Propiedad pasa automáticamente a tener la consideración de derecho real.

Artículo 1.619 del Código Civil portugués: basa la adquisición del derecho por parte del arrendatario en un «título auténtico».

Artículo 1.599 del Código Civil italiano: sigue el mismo principio de los anteriormente analizados, exigiendo fecha cierta anterior a la enajenación.

Como podemos observar en Europa está ya superada la clandestinidad del contrato de arrendamiento, sin que podamos afirmar lo mismo de lo que ocurre en nuestro país: algo similar a la situación de clandestinidad que existía antes de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861 respecto al dominio y demás derechos reales inmobiliarios.

En efecto, veamos cómo trata esta materia nuestra legislación y jurisprudencia y, al efecto, limitaremos nuestro examen a su relación con otro derecho real sobre cosa ajena, pero este público (no clandestino), y como exponíamos *supra*, íntimamente relacionado con la problemática de la vivienda, de necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad previa su constitución en escritura pública (art. 145 de la Ley Hipotecaria).

ARRENDAMIENTO NO INSCRITO ANTERIOR A HIPOTECA

Esta es la situación más frecuente en que suelen encontrarse ambos derechos en relación a un mismo bien y el más frecuente origen de conflictividad, dado que no se exige la inscripción de los contratos de arrendamiento y que con anterioridad al «Decreto Boyer» estaban sujetos a la prórroga forzosa.

Resulta obvio que, de exigirse en nuestro Derecho la inscripción del arrendamiento, sólo tendría cabida una hipótesis y esta sería la estricta aplicación del artículo 1.549 del Código Civil, que anteriormente hemos mencionado. Sin que con relación a terceros surta efecto el arrendamiento no inscrito; por tanto, lo no inscrito no puede perjudicar a lo inscrito, y el

arrendamiento que no hubiere sido objeto de inscripción no podrá estar protegido por los privilegios que atribuye el Registro a sus asientos.

De *lege ferenda* parece la solución ideal dar a ambos derechos sobre cosa ajena igual tratamiento, tanto en lo relativo a los requisitos de su constitución como en lo relativo a sus efectos respecto a terceros, sin que a otra conclusión pueda llevarnos una mal entendida justicia social; y así PEDRO AVILA hace la siguiente reflexión: «¿Por qué frente a una ejecución hipotecaria se somete al principio de prioridad registral y se purgan, en su caso, los derechos de usufructo, uso y habitación, generalmente constituidos en favor de personas de escasos recursos y necesitadas de especial protección social y, en cambio, se mantiene incólume un arrendamiento urbano que puede ser de vivienda suntuaria...?»

El acreedor hipotecario no ha podido conocer la existencia del arrendamiento por carecer éste de la publicidad que le otorga la inscripción en el Registro, y no tiene por qué cargar con sus consecuencias. La hipoteca debería ejecutarse libre de cargas; las únicas cargas que el acreedor hipotecario debe asumir son las que consten en el Registro con anterioridad a la inscripción de la hipoteca, por conocerlas de antemano y haber tenido el acreedor la elección de constituir o no la hipoteca con pleno conocimiento de la situación jurídica y económica de la finca.

Y este parece el sentido correcto del párrafo primero del artículo 1.571 del Código Civil, referido a la venta de finca arrendada: el comprador sólo verá decaída la libertad de su dominio (y recordemos que el dominio se presume libre) si el vendedor le advirtió de la existencia del gravamen o si tuvo oportunidad de conocer el gravamen en un Registro público.

Parece como si aquí el Código Civil esperara una respuesta satisfactoria de la Ley Hipotecaria en el sentido de hacer valer el arrendamiento que sea preferente a la inscripción de la compraventa, siempre y cuando esté inscrito; *a sensu contrario*, basándonos en este artículo y en la Ley Hipotecaria, no sería preferente el arrendamiento anterior no inscrito, ni el constituido con posterioridad a la realización de la compraventa.

En caso de arrendamiento anterior no inscrito en que se demuestre de manera cierta (difícilmente se demostrará si carece de fecha fehaciente) que la fecha en que se concretó el arrendamiento es anterior a la constitución de la hipoteca, debe prevalecer el arrendamiento; así lo sostiene nuestra jurisprudencia (engañada en numerosas ocasiones con un contrato de arrendamiento de fecha simulada).

El acreedor hipotecario puede en un momento determinado ver disminuido de manera considerable el valor de la finca a causa de un contrato de arrendamiento que no conocía de su existencia, sino en el momento de la ejecución. ¿No sería más honrado poner a su alcance los medios jurídicos suficientes para que en el momento de la constitución de la hipoteca pueda

optar o no a ella, con pleno conocimiento y certeza de la situación jurídica del inmueble?

El artículo 313 de la Ley Hipotecaria tiene una relación directa con el caso que nos ocupa, y debería ser aplicado por los Tribunales en toda su extensión, ya que su inaplicabilidad lesiona derechos adquiridos e inscritos.

Si el arrendamiento es anterior a la hipoteca, pero se cumplen los requisitos de desvalorización prevenidos en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario en relación al 117 de la Ley Hipotecaria, el acreedor hipotecario podrá hacer uso de la acción de devastación, aunque el artículo 219.2 diga: «... *con posterioridad* a la constitución de la hipoteca, se arrienda el inmueble...», pues a los efectos prácticos si el arriendo fue anterior pero lo conoció el acreedor con posterioridad a la constitución de la hipoteca, estaremos en el caso del 219.2; lo decisivo no es si existía o no el arriendo en el momento de constituir la hipoteca, lo decisivo es si llegó a conocimiento del acreedor con anterioridad a la constitución de la misma.

¿Cómo se podrá demostrar que el acreedor hipotecario conocía de su existencia? Si en la escritura de constitución de hipoteca no se reconoce la existencia del arrendamiento y en el Registro no está inscrito, se presume que no conocía. Recordemos nuevamente que la buena fe del tercero se presume siempre con presunción *iuris tantum*.

ARRENDAMIENTO INSCRITO ANTERIOR A HIPOTECA

En virtud del principio de prioridad que informa nuestro sistema registral inmobiliario (arts. 17, 24, 25, 32, etc. de la Ley y concordantes del Reglamento), el arrendamiento inscrito con anterioridad a la hipoteca, aunque la fecha de la escritura de constitución de la hipoteca sea anterior a la fecha de inscripción del arrendamiento, tendrá SIEMPRE preferencia a la hipoteca constituida, es decir, inscrita con posterioridad, sin que pueda plantearse duda alguna acerca de esta afirmación y no sólo porque así lo sea legalmente, sino porque «moralmente» también es lo correcto: no puede alegar desconocimiento el acreedor hipotecario y, si lo alega, existirá, por otro lado, una falta de diligencia que nuestro Derecho penaliza.

Este sería el único caso en el que existiría una preferencia absoluta del arrendamiento sobre la hipoteca, partiendo siempre de la inscripción de ambos derechos.

Estaría en juego, en tal caso, en toda su pureza el sistema de prioridad registral; es por ello por lo que defendemos la tesis de la necesidad de la inscripción del arrendamiento, como lo tiene la de la hipoteca, y ello por exigencias de la más elemental seguridad jurídica.

El Catedrático del Derecho civil, José María Miquel, en su conferencia

celebrada en Barcelona el pasado día 4 de junio, siendo su tema «Arrendamiento e hipoteca», mencionó el *desideratum* de que en una futura reforma de la LAU se incluyera la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. No dudó de la purga de los arrendamientos posteriores a la hipoteca. Para ser oponible el arrendamiento a la hipoteca, afirmó el doctor Miquel, es necesario que sea anterior y resistente. Criticó duramente la Sentencia de 23 de febrero de 1991, por no estar conforme con sus planteamientos, diciendo que era objeto de auténticas paradojas. El único arrendamiento protegible para el doctor Miquel es el anterior «en determinadas circunstancias», por lo que cualquier otra solución, según sus palabras, sería doblemente disfuncional con el sistema.

ARRENDAMIENTO POSTERIOR A HIPOTECA

Nuestra legislación enmudece al contemplar esta materia en concreto, y no existe ninguna norma, como sería deseable, que regule lo que ocurre con el arrendamiento celebrado con posterioridad a la constitución de la hipoteca. Por lo que hay que acudir a otras normas positivas, a los principios hipotecarios, a los principios constitucionales y, en definitiva, a nuestro sentido común.

No distinguimos dentro de este apartado si el arrendamiento está o no inscrito, pues dada su posterioridad a la hipoteca nunca será preferente a ésta, tanto si está inscrito como si no lo está.

Nuestra jurisprudencia sienta doctrinas distintas, así las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, todas ellas referidas a supuestos de arrendamientos urbanos posteriores a hipoteca son claras y rotundas, al afirmar que la ejecución de la hipoteca determina la extinción del arrendamiento constituido con posterioridad a la hipoteca.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1991 considera preferente el arrendamiento no inscrito posterior a la hipoteca, de tal modo que el adjudicatario deberá soportar el arriendo efectuado por el propietario con posterioridad a la constitución de la hipoteca. Como vemos, trata este tema de manera desafortunada y conflictiva, pues de crear jurisprudencia y llevada a sus últimas consecuencias, habría que modificar toda nuestra legislación, empezando por la Constitución y siguiendo por el resto de nuestras leyes.

Dicha sentencia provoca:

- Extorsión grave al actual acreedor hipotecario.
- Favorecimiento del fraude.

- Favorecimiento de la clandestinidad del arrendamiento.
- Desconcierto en los futuros acreedores hipotecarios, etc.

Por el contrario, la STS de 31 de octubre de 1986 decía: «En relación con este problema parece hoy prevalecer en la jurisprudencia la doctrina de que la ejecución de la hipoteca comporte la purga de los arrendamientos posteriores.»

Y en el mismo sentido la STS de 22 de mayo de 1963 así lo resolvía: «... porque el adjudicatario ha de recibir los bienes judicialmente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca».

Sin embargo, y a pesar de que según la mayoría de la doctrina en nada afecta a la ejecución hipotecaria la existencia de un arrendamiento posterior, la STC de 16 de enero de 1992 llega a la conclusión de que «la arrendataria no podrá ser lanzada sin haber sido parte en la única vía procesal posible, que no es otra que el proceso declarativo ordinario».

Lo que nos complica aún más la problemática existente. Llevándonos al absurdo de que al acreedor hipotecario ya no le van a ser útiles los dos pilares fundamentales que sustentan la hipoteca: Registro de la Propiedad y acción hipotecaria.

1.^º El Registro de la Propiedad no le va a ser útil, ya que no puede confiar en su contenido, pues puede ser sorprendido en el momento de la ejecución con una carga posterior no inscrita. Y pensemos que no existe ninguna motivación jurídica que impida que se trate de igual modo que al arrendamiento, al usufructo y al uso y habitación, con lo cual no hace falta que se moleste en acudir al Registro para informarse de la situación de la finca: ésta puede llegar a estar de cualquier forma y en cualquier momento.

2.^º Por otro lado, no podrá ejercitar acción hipotecaria, puesto que, de encontrarse con un arrendador en el momento de la ejecución, deberá acudir a un declarativo donde este arrendatario debe ser oído y se oigan también, en virtud del principio de igualdad constitucional, a todos aquellos otros poseedores de derechos reales o personales constituidos con posterioridad a la hipoteca, ya que de lo contrario se iría contra el artículo 24 de la Constitución, creando indefensión al arrendatario.

En este estado de cosas nada más lejos de las palabras utilizadas por los redactores de la Ley de 1861 en su exposición de motivos: «Con esta Ley se pretende superar una situación indeseable en que las normas:

- Ni garantizan suficientemente la propiedad.
- Ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública.
- Ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial.
- Ni dan actividad a la circulación de la riqueza.

- Ni moderan el interés del dinero.
- Ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble.
- NI ASEGURAN DEBIDAMENTE A LOS QUE SOBRE ESTA GARANTIA PRESTAN SUS CAPITALES.»

O sea, que con la promulgación de la Ley Hipotecaria se pretendía evitar lo que con las últimas sentencias se pretende fomentar.

Distinta jurisprudencia se hace eco del problema y aconseja, o deja entrever, la necesidad de la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad para evitar que se planteara su extinción por falta de fehaciencia, pues en todas ellas se discuten la fecha cierta del contrato de arrendamiento. Lo que ocurre es que incluso otorgándole al contrato de arrendamiento únicamente fecha cierta, aun habiéndose avanzado algo en materia de prueba documental, no terminaríamos con el problema en su aspecto de seguridad jurídica, pues haría falta la PUBLICIDAD que el Registro de la Propiedad otorga a sus inscripciones.

Como la inscripción de la hipoteca es constitutiva, se está dando un trato más privilegiado al arrendatario que al acreedor hipotecario, pues por el juego de la publicidad registral el arrendatario conoce el estado de la finca, sin sorpresas posteriores, pero no ocurre lo mismo con el acreedor hipotecario.

Centrándonos en la problemática que provoca la Sentencia de 16 de enero de 1992, si el arrendamiento es anterior a la hipoteca y está inscrito no hay discusión alguna, pues no puede el arrendatario ser lanzado hasta que su derecho quede resuelto; el nuevo adquirente se subroga en las obligaciones del anterior propietario, pues conocía de la existencia y condiciones del arrendamiento en el momento de constituir su hipoteca, y cabe, por tanto, la concesión de un crédito inferior en base a la existencia del arrendamiento, ya con previsión de la posible desvalorización del inmueble en caso de ejecución.

Si el arrendamiento es anterior, pero sin inscribir, o es posterior, esté o no inscrito, nada podrá hacer o «decir» el arrendatario frente a la ejecución hipotecaria, pues para poder hacer valer su derecho debería haber inscrito con anterioridad a la constitución de la hipoteca.

Pero para poder aplicar estas reglas ajustándonos a la legislación actual tropezamos con los requisitos exigidos en el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria, que limitan gravemente en perjuicio del arrendatario la inscripción voluntaria, pues si no se cumple el período de más de seis años o se han anticipado rentas de tres años o más o existe convenio expreso de las partes, nada podrá hacer el arrendatario aunque su deseo sea inscribir el contrato de arrendamiento.

Por su interés voy a transcribir íntegramente una propuesta formulada

por la Federación Andaluza de Cajas de Ahorro a la Federación Nacional para reforma del artículo 131 de la Ley Hipotecaria:

EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA PROPUESTA

«La subsistencia de los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca, que en ocasiones y recientemente ha sostenido algún sector de la Jurisprudencia, perjudica gravemente al crédito territorial al introducir un alto factor de inseguridad jurídica en el campo inmobiliario y volver, parcialmente al menos, a un sistema de clandestinidad en las cargas que, a mediados del siglo pasado, pretendió superar la legislación hipotecaria.

Por otra parte, repercute gravemente en los costos financieros que deben soportar los deudores, pues las empresas financiadoras se ven obligadas a incrementar los tipos de interés y superponer garantías con el fin de compensar los riesgos de que una actuación posterior del deudor merme considerablemente la garantía, lo que imposibilita cualquier intento de reducir los tipos de interés en las operaciones hipotecarias.

El sistema de subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca en caso de ejecución de ésta contradice además el principio seguido por la Ley de Arrendamientos Urbanos y por todo el ordenamiento jurídico, pues si bien aquella Ley dispone la continuidad del arrendamiento en caso de sucesión hereditaria o transmisión de la propiedad, dado que el sucesor o adquirente se coloca en la posición jurídica del que antes del hecho había arrendado, establece claramente la extinción del arrendamiento en caso de resolución de su derecho o cuando sus poderes de disposición estuvieran limitados o restringidos. Así sucede con los arrendamientos de bienes de menores, los realizados por herederos fiduciarios, etc.

La situación del arrendamiento y del acreedor hipotecario, ya resultan sobradamente desiguales respecto a los actos anteriores, pues mientras el primero puede con toda seguridad y fácilmente conocer, antes de firmar el contrato, la existencia de hipotecas, el segundo le resulta imposible conocer la de arrendamientos anteriores, dada la no obligatoriedad de la inscripción de éstos en un Registro como el de la Propiedad, organizado para la publicidad. Si a ello hemos de añadir la posibilidad de verse perjudicado por actos del deudor posteriores y fraudulentos (pues fraude es disponer de lo que no se tiene o en distinta forma a como se tiene y constituir un gravamen en perjuicio de los derechos de un acreedor anterior), la injusticia se convierte en sangrante y el perjuicio para el crédito territorial es evidente.

Y en consecuencia: CLAUSULA CUYA REDACCION SE ACONSEJA INTRODUCIR COMO PARRAFO 4.º DE LA REGLA 5.ª DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA Y REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO HIPOTECARIO:

Los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca y

previos a la ejecución de ésta sólo darán derecho a su titular a ser notificado de la existencia del procedimiento y a ejercitar en el supuesto de remate el derecho de retracto.

En todo caso, los efectos de la ejecución hipotecaria prevalecerán sobre cualesquiera otro derecho de arrendamiento posterior a aquélla.

Fechado en Jerez de la Frontera a 16 de mayo de 1992.»

No existe duda alguna, después de la Sentencia del TC de 16 de enero de 1992, respecto de la necesidad de completar el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, haciéndose eco de esta necesidad distintos sectores jurídicos, dicha propuesta que he transcrito me parece correcta y la introducción de la cláusula acertada, aunque JOSÉ MANUEL GARCÍA apuntó hace ya tiempo una inclusión dentro del 131 LH, en la que se dijera:

«Los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta se extinguirán tanto si están inscritos como si no lo están y serán objeto de la correspondiente cancelación, dando posesión material de la finca al adjudicatario. El ocupante de la finca habrá de ser notificado en la propia finca hipotecada para que pueda hacer las alegaciones pertinentes respecto a si su contrato es o no posterior a la hipoteca que se ejecuta y respecto a si desea o no ejercitar los derechos de tanteo y retracto que le corresponden, en su caso. Las cantidades sobrantes de la subasta se consignarán a favor de los titulares posteriores, ocupando el arrendamiento el orden que le corresponda por su inscripción en el Registro.»

SU INCIDENCIA EN EL AMBITO FISCAL

Según el artículo 254 de la Ley Hipotecaria: «Ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretende inscribir.»

Así pues, el documento deberá ser liquidado previamente o contener el sello de exención de impuestos para que pueda tener acceso a los libros del Registro de la Propiedad.

La exigencia de la inscripción del arrendamiento que propugnamos permitiría un mejor control de los mismos por parte de la Hacienda Pública, acabando con otra bolsa de fraude impositivo. Si sumamos las rentas más los traspasos, puede calcularse que Hacienda tiene una pérdida por esta vía de miles de millones de pesetas.

Actualmente el tratamiento fiscal del arrendamiento se encuentra regulado en el Real Decreto 3050/1980, de 30 de diciembre: La renta está sujeta a IVA (13 por 100).

El contrato de arrendamiento se encuentra regulado del siguiente modo:

- a) Hecho imponible: es la constitución del arrendamiento.
- b) El sujeto pasivo: a título de contribuyente el arrendatario, pero es responsable subsidiario el arrendador si hubiere recibido el primer plazo de la renta sin exigir justificación del pago del impuesto.
- c) Base imponible: servirá de base la cantidad total que haya de satisfacerse por todo el período de duración del contrato. Cuando no constare aquél, se computarán seis años.
- d) Cuota tributaria: para los arrendamientos rústicos procederán los tipos generales según la naturaleza de los bienes (4 por 100). Para los arrendamientos de fincas urbanas el artículo 12.1 TR dice que «podrán satisfacer la deuda tributaria mediante la utilización de efectos timbrados», según la siguiente escala: hasta 5.000 pesetas, 15 pesetas; y a partir de 1.280.000 pesetas, 5.120 pesetas, más 4 pesetas por cada 1.000 más.

Al ser la inscripción necesaria para que tuviera efecto frente a terceros, se declararía la renta real, pues ningún propietario se arriesgaría a contratar e inscribir por menos de lo real y permitir al arrendatario hacerle cumplir por el precio inscrito.

Al solicitar la Inspección de Hacienda certificaciones registrales acerca de los inmuebles arrendados conocería con exactitud de su existencia, precio y tiempo; datos trascendentales no sólo a efectos del impuesto, sino, y sobre todo, a efectos de los impuestos básicos de nuestro sistema fiscal; el de Sociedades y el de la Renta de las Personas Físicas.

El hecho de que la clandestinidad en la que vive el arrendamiento favorece la circulación de «dinero negro», se reconoce en numerosas sentencias que se hacen eco de la problemática. Tenemos un claro ejemplo en las siguientes:

- STS de 2 de junio de 1969, en la que puede leerse en el tercer considerando «... que existía una falta de correlación entre la renta declarada a efectos fiscales y la percibida por el arrendador...».
- STS de 15 de febrero de 1975, en su tercer considerando «... el traspaso que da lugar a la resolución contractual se ha mantenido en forma disimulada o encubierta...».
- STS de 12 de marzo de 1975, en la que puede leerse «... el contrato de subarriendo era simulado para defraudar al fisco en la percepción del impuesto...».

Ya el Real Decreto de 23 de mayo de 1846 impuso la toma de razón

en las antiguas Contadurías de Hipotecas de los contratos de arrendamiento inmobiliario con finalidad predominantemente fiscal.

Con el otorgamiento del contrato en escritura pública y la inscripción en el Registro quedaría constancia fehaciente de datos tan fundamentales para el tratamiento fiscal como:

- a) Si la finca está arrendada o no.
- b) Por cuánto tiempo.
- c) Por qué precio.
- d) Por qué personas.

Al considerarse como gasto necesario, y por tanto deducible, todos aquellos que lo fueran para la conservación del bien (obras necesarias para su conservación, contribuciones, gastos de profesionales o especialistas, gastos de administración, gastos de comunidad de propietarios, etc.) se produciría a su vez una mayor transparencia fiscal, como efecto secundario, en la facturación de estos gastos; lo que implicaría una mayor recaudación tanto de IVA como de IRPF.

Con el «Decreto Boyer» y la desaparición de la prórroga forzosa ha proliferado una nueva profesión, la de rentista; pues si con anterioridad la sujeción a la prórroga forzosa originaba que en muchas ocasiones fuese superior el gasto del propietario al ingreso que percibía, hoy día el aumento del valor de los inmuebles y, por consiguiente, de la renta, unidos a la supresión de la prórroga forzosa ha provocado que numerosas personas inviertan su capital en forma de inmuebles, destinándolo a ser arrendado.

Nuestro Registro de la Propiedad es uno de los que mejor solucionan en Europa el problema para el que ha sido creado: *El problema de la seguridad jurídica en materia inmobiliaria*. Sus técnicas de funcionamiento y la elevada preparación de las personas que se encuentran al frente de los mismos hace que potencialmente tenga una utilidad amplísima (planes urbanísticos, catastros, inmuebles afectados administrativamente...), sin que nuestra legislación aproveche todas las ventajas que pueden obtenerse de dicho Registro.

Es una lástima desaprovechar esta institución, ya creada; sometida a un rodaje de más de un siglo, implantada en la totalidad de la geografía nacional, dirigida por profesionales con una acreditada preparación técnica en su acceso a los mismos y en su preparación posterior, y absolutamente rentable a efectos presupuestarios, no dándole una nueva función que, de una parte, proporcionaría una mayor seguridad jurídica al administrado, y de otra aseguraría una mejor gestión de un impuesto directamente y de otros muchos como consecuencia secundaria, pero indefectible.

CONCLUSIONES

El contrato de arrendamiento de bienes inmuebles debiera otorgarse en documento público y ser preceptiva su inscripción, y ello para todos aquellos arrendamientos celebrados para el plazo mínimo de duración que para su validez señalare la ley.

Dicho precepto tendría las siguientes ventajas, dentro del tema que nos ocupa:

1. El acreedor hipotecario podría conocer si se encuentra o no arrendada la finca, y en base a tal conocimiento decidir si constituye o no la hipoteca (y conscientemente no hemos aludido el problema de si adquiere o no la finca), sin ninguna otra gestión que la de acudir al Registro y solicitar una certificación. Así serían superfluas las cláusulas de no arrendar que contienen las hipotecas y que sólo acarreen problemas acerca de su inscribibilidad e incluso de su validez jurídica.

Se produciría una disminución de la conflictividad acerca de la inscripción o no de cláusulas relativas al arrendamiento y que contienen la mayoría de hipotecas, y respecto de las cuales la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado: «No cabe la inscripción de todo pacto que establezca limitaciones y obligaciones que, como la de no arrendar, atacan más allá de lo necesario su goce, obstaculizando el destino y función social connaturales a las propias fincas.»

2. Favorecería la agilización y concesión de créditos financieros, dando mayor seguridad jurídica a los contratantes y potenciando de este modo el tráfico inmobiliario.

3. Se evitaría la aplicación de lo resuelto por la STC de 16 de enero de 1992, pues el acreedor hipotecario sujeto al arrendamiento sabría que, en caso de ejecución, su hipoteca está supeditada a si consta inscrita con anterioridad al arrendamiento, y viceversa, sería el arrendatario el que condicionaría su arrendamiento a la hipoteca si su inscripción es posterior; todo ello a través de un procedimiento rápido y barato cual es el ejecutivo, y sin los trámites y dilaciones de un declarativo y sin que se produzca la indefensión a que en dicha sentencia se alude.

4. Se acataría un principio constitucional de igualdad, pues no tiene por qué ser digno de distinta protección jurídica el titular de un derecho de arrendamiento que el de la hipoteca, o viceversa.

5. El vacío legal existente en la materia quedaría resuelto con un solo artículo bien estructurado, que obligaría al otorgamiento de escritura pública y a inscribir para que tuviera efectos frente a terceros. Naturalmente no se evitaría que siguieran quedando multitud de arrendamientos clandestinos, pero nuestro Derecho no los protegería en igual forma que los inscritos; lo

que, al hacer incómoda la situación de sus titulares, obligaría a éstos a dar publicidad a su derecho.

6. Se conseguiría una finalidad que ya nuestros legisladores de 1861 creyeron primordial, al pretender primero y fundamentalmente **PROTEGER EL CREDITO TERRITORIAL**.

7. Se seguirían criterios doctrinales altamente cualificados, así **RODRIGO BERCOVITZ**, en su prólogo a la *Legislación hipotecaria*, dice:

«En la exposición de motivos del Real Decreto 3215/1982 sus redactores ponen así de relieve cómo la modificación reglamentaria llevada a cabo con el mismo no es sino un comienzo (urgente) de los sucesivos cambios necesarios para actualizar el Reglamento Hipotecario. Yo creo que esa actualización debe extenderse también a la propia Ley. Pensando en la posibilidad de mejorar la legislación hipotecaria vigente, incrementando así la **UTILIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD**. Es el momento adecuado para señalar alguno de los fallos que habría que tratar de subsanar, aun respetando **LOS PRINCIPIOS BASICOS** de su regulación actual, que tan positivos resultados han proporcionado.»

Pues bien, estos principios básicos que **RODRIGO BERCOVITZ** considera positivos se están tambaleando con Sentencias como la de 23 de febrero de 1991 o STC de 16 de enero de 1992.

8. Con todos los datos anteriormente expuestos se hace imprescindible la adopción de medidas legislativas para vincular el arrendamiento al Registro de la Propiedad y dotar de fiabilidad a la institución tanto crediticia como arrendaticia a través de la publicidad registral.

9. Estadísticamente se demuestra que la conflictividad en materia de propiedad inscrita es sólo el 2 por 100 de los contenciosos existentes, lo que permitiría descongestionar en gran medida nuestros Juzgados y Tribunales. El único inconveniente a la inscripción del arrendamiento, a que aludió José María Miquel en su conferencia, fue el coste que acarrearía la inscripción en el Registro.

Si esta inscripción se realizara mediante nota marginal, la inscripción de un arrendamiento por dos años y por un importe de 1.400.000 pesetas rondaría las 3.000 pesetas, sin que llegara a superarlas si no incluimos el IVA.

EN NUESTRO ACTUAL SISTEMA JURIDICO NO EXISTE NADA MAS CARO QUE LA INSEGURIDAD JURIDICA.

BIBLIOGRAFIA

COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA: *La Notaría*, núm. 1, 1992.

O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.º, tomo III.

PEDRO AVILA: *La hipoteca*.

ROCA SASTRE: *Legislación hipotecaria*.

JOSÉ MANUEL GARCIA GARCÍA: *Comentarios a la Sentencia de 23 de febrero de 1992*.

RODRIGO BERCOVITZ: *Prólogo a la legislación hipotecaria*.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las inversiones extranjeras en España

SUMARIO: 1. NORMAS QUE LAS REGULAN.—2. CONCEPTO.—3. PRUEBA DE LA RESIDENCIA.—4. LOS CAMBIOS DE RESIDENCIA.—5. LA RESIDENCIA Y EL MATRIMONIO.—6. LAS APORTACIONES Y SU JUSTIFICACION: 6.1 LA APORTACIÓN DINERARIA.—7. LAS APORTACIONES NO DINERARIAS.—8. LAS DISTINTAS INVERSIONES EXTRANJERAS: 8.1. LAS INVERSIONES DIRECTAS.—9. LA VERIFICACION DE LAS INVERSIONES DIRECTAS.—10. LA AUTORIZACION DE LAS INVERSIONES DIRECTAS.—11. LA AUTORIZACION DE INVERSIONES DIRECTAS Y LA NORMATIVA ANTERIOR.—12. LA DECLARACION AL REGISTRO DE INVERSIONES EXTRANJERAS.—13. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EFECTUADAS POR SOCIEDADES ESPAÑOLAS CON PARTICIPACION MAYORITARIA EN SU CAPITAL.—14. LAS INVERSIONES DE CARTERA.—15. INVERSIONES EN BIENES INMUEBLES.—16. INVERSIONES EN BIENES INMUEBLES Y LA LEGISLACION DE PROTECCION DE LA DEFENSA NACIONAL.—17. OTRAS FORMAS DE INVERSION.—18. LA FORMA DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS.—19. LAS INVERSIONES DE LAS PERSONAS JURIDICO-PUBLICAS EXTRANJERAS.—20. LAS TRANSMISIONES A TITULO LUCRATIVO *INTER VIVOS* Y *MORTIS CAUSA* Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS.—21. LA LIQUIDACION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y EL DERECHO DE TRANSFERENCIA AL EXTERIOR.—22. IDEA DE LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR.

1. NORMAS QUE LAS REGULAN

La Ley 18/1992, de 1 de julio (publicada en el *BOE* el día 3 de julio de 1992 y que entró en vigor el día 4 del mismo mes y año), deroga la Ley de Inversiones Extranjeras, cuyo texto articulado fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio.

Sin embargo, sigue en vigor la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre

Control de Cambios, modificada por otras posteriores como estudiaremos en su momento.

La normativa básica se contiene en el Real Decreto 671/1992, de 2 de julio (*BOE* del 4 de julio de 1992), que entró en vigor el mismo día de su publicación, y que en lo sucesivo denominaremos RIE, y que deroga expresamente el anterior Reglamento de 25 de septiembre de 1986 y disposiciones concordantes.

El nuevo régimen de inversiones extranjeras y libertad de cambios con el exterior está inspirado en el contenido de la Directiva 88/361, del Consejo de la CEE, de fecha 24 de junio de 1988. Existen además muchas circulares y resoluciones del Banco de España y de la Dirección General de Transacciones Exteriores, fundamentalmente con el carácter de verdaderas normas de alcance general y cuya vigencia no siempre es indiscutida.

Destaca, por su importancia práctica, la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992 (*BOE* de 14 de julio del mismo año), que regula detalladamente la declaración de las inversiones al Registro de Inversiones Extranjeras en España.

2. CONCEPTO

No define el RIE lo que es inversión. En su artículo 1 se dice que «tienen la consideración de inversiones extranjeras en España las realizadas por los sujetos a que se refiere el artículo siguiente».

Y según el artículo 2, pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España:

- Las personas físicas no residentes en España, sean nacionales o extranjeros.
- Las personas jurídicas privadas con domicilio en el extranjero.

Las disposiciones adicionales primera y segunda del RIE regulan también las inversiones efectuadas en España por Gobiernos y entidades de soberanía extranjera.

Y, finalmente, son también extranjeras las inversiones realizadas por sociedades españolas con participación extranjera en su capital social superior al 50 por 100 y las realizadas por las sucursales y establecimientos en España de no residentes. Ahora bien, sólo son extranjeras, como estudiaremos, las inversiones que consistan en constitución de sociedades españolas o en la adquisición de acciones o participaciones de las mismas (art. 2.5).

Como vemos, el criterio establecido es el de la residencia, no el de la nacionalidad; es el criterio de las normas de la CEE. Pero la legislación

sobre Zonas Estratégicas, como estudiaremos, se aplica a extranjeros, residentes o no, y nunca se aplica a españoles, residentes o no.

Tres cuestiones debemos analizar respecto de la residencia.

- a) Su prueba.
- b) Los cambios de residencia.
- c) La residencia y el matrimonio.

Pasamos seguidamente al examen de la primera de las cuestiones.

3. PRUEBA DE LA CONDICION DE LA RESIDENCIA

Sólo se contempla una presunción, de carácter *iuris tantum*, en el RIE: «las personas físicas de nacionalidad española y las personas jurídicas domiciliadas en España se presumirán residentes, salvo prueba en contrario» (art. 2.4).

Es de destacar que no se presume que las personas físicas extranjeras sean no residentes en España.

La *condición de residente* en España deberá acreditarse de la siguiente forma:

- Las personas físicas de nacionalidad extranjera, mediante la tarjeta o carné individual de autorización de residencia o cualquier otro documento público en el que conste la autorización de residencia por el Ministerio del Interior. Nada obsta a su condición de residente en España que tenga además domicilio en el extranjero; en este caso, se entiende que su residencia principal está en España, salvo que hubiera devuelto la tarjeta o carné de residencia.

La tarjeta de residencia aparece regulada en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Reglamento; Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, y por Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la CEE.

Notemos que por lo dispuesto en el artículo 48 del Reglamento de 1986 citado, una vez solicitada la renovación de la tarjeta de residencia y justificada dicha solicitud, los efectos de la tarjeta de residencia caducada se prorrogan hasta la resolución del expediente de renovación.

- Los establecimientos y sucursales en territorio español de personas jurídicas extranjeras o de personas físicas residentes en el extranje-

ro, mediante cualquier documento público en el que consten los datos correspondientes a su constitución, de acuerdo con la legislación española o certificado de inscripción en el Registro Mercantil.

La condición de no residente deberá acreditarse de alguna de las formas siguientes:

- Las personas físicas españolas, mediante certificación de la autoridad consular española expedida con una antelación máxima de dos meses, que acredite su inscripción en el Registro de Matrícula del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.
- Las personas físicas extranjeras, mediante certificación negativa de residencia expedida por el Ministerio del Interior con antelación máxima de dos meses.
- Las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, mediante documento fehaciente que acredite su naturaleza y domicilio.
- Las sucursales y establecimientos en el extranjero de personas jurídicas españolas o de personas físicas residentes en España, mediante certificación del Cónsul español correspondiente de que se hallan constituidos en el país de que se trate.
- El personal diplomático español acreditado en el extranjero y el personal español que, sin tener la anterior condición, preste servicios en Embajadas y Consulados españoles, así como en Organizaciones internacionales, mediante pasaporte diplomático o certificación del Jefe de Misión, Cónsul o autoridad competente de la Organización correspondiente en los que conste tal situación.
- Los diplomáticos extranjeros acreditados en España y el personal extranjero que preste servicios en Embajadas y Consulados extranjeros o en Organizaciones internacionales en España, mediante tarjeta de identidad expedida por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Este es el régimen establecido en el artículo 2.º, números 3 y 4, del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, texto al que se remite el RIE en su artículo 2.3. Resulta curioso que la remisión se hace únicamente a propósito de los medios de acreditar la no residencia en España.

Pero ¿hay otros medios de acreditar la residencia o no residencia?:

- La Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992 exime a las personas físicas extranjeras de presentar la certificación negativa de residencia cuando, no tratándose de inversiones en sectores específicos regulados en el artículo 26 del Real Decreto 671/1992, exhiban ante el fedatario público certificación o escrito bancario que acredite que los importes destinados al pago de la inversión proceden de una

cuenta de no residente abierta en una oficina operante en España de entidad registrada y a nombre del titular de la inversión. Dichos extremos podrán tener reflejo en la diligencia bancaria de conformidad del cheque, si se utilizase este medio de pago.

- La Instrucción de la DGTE de 11 de marzo de 1992, en relación con las personas físicas extranjeras no residentes que hayan solicitado del Ministerio del Interior la certificación negativa de residencia antes aludida, sostiene que bastará a los efectos de formalización de la inversión extranjera con la presentación del resguardo de presentación ante el Ministerio del Interior de la solicitud del certificado, siempre y cuando se cumplan los siguientes resultados:
 - i) Hacer constar en el casillero 3 de la Declaración al Registro de Inversiones Extranjeras esta circunstancia, mediante la indicación «a justificar», a continuación del país de residencia del titular de la inversión.
 - ii) Presentación ante el Notario interviniente y ante la DGTE del original y copia, respectivamente, de la certificación tan pronto como sea obtenida. Esta obligación debe ser comunicada al inversor por el Notario.

Esta excepción es confirmada por la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992. El resguardo de presentación debe de estar sellado; el fedatario público hará constar en el documento público la manifestación del inversor de su condición de no residente, circunstancia que igualmente quedará reflejada en la declaración al Registro de Inversiones Extranjeras. Sin perjuicio de la plena validez de la declaración así efectuada, el inversor remitirá a la DGTE copia diligenciada notarial o administrativamente de la certificación tan pronto como sea obtenida.

Pero matiza la última Resolución citada *que el procedimiento de urgencia examinado no será de aplicación en la formalización de inversiones extranjeras en los sectores específicos regulados en el artículo 26 del Real Decreto 671/1992.*

- Para las inversiones sujetas a autorización, la Resolución de la DGTE de 25 de enero de 1975 dispensaba del requisito de tener que acreditar la residencia o no residencia del inversor, ya que la propia autorización indica la residencia de éste y sirve de justificación. Pero dicha Resolución ha sido expresamente derogada por la de 6 de julio de 1992. Parece más seguro exigir en estos casos la justificación de la residencia o no residencia.
- La misma Resolución de 25 de enero de 1975, que fue declarada vigente por el Real Decreto 2402/1980, permite la prueba de la residen-

cia del español en el extranjero «mediante pasaporte en vigor, documento de identidad consular o escritura de apoderamiento autorizada por el Cónsul español, siempre que en dichos documentos conste su condición de residente en el extranjero». Y también permite prescindir de dicha justificación cuando la inversión se efectúa con aportación dineraria exterior. Pero la derogación expresa del Real Decreto 2402/1980 por el Real Decreto de 20 de diciembre de 1991, y de la Resolución de 25 de enero de 1975 por la de 6 de julio de 1992, no autorizan a mantener dichos criterios en la actualidad, si bien es cierto que no se aprecia razón alguna para dicho cambio legal.

— La Resolución de 6 de julio de 1992, en su instrucción 7.^a, números 5 y 6, se refiere, respectivamente, a la justificación de la no residencia de los inversores extranjeros en valores negociables, cuando la inversión se efectúe con aportación dineraria procedente de cuentas de no residentes abiertas en oficinas operantes en España de entidades registradas y a las inversiones directas realizada por sociedades españolas con más del 50 por 100 de participación extranjera en su capital:

- a) En el primer caso, basta hacer constar que el abono o adeudo se hace en dicha cuenta de no residente; la especialidad de este supuesto respecto al examinado anteriormente consiste en que aquí, tratándose de valores negociables, puede utilizarse la certificación bancaria a efectos de acreditar la no residencia aunque se trate de inversiones en sectores específicos.
- b) En el segundo caso, la sociedad inversora manifestará ante el fedatario público o entidad interviniente tal condición y aportará, a los efectos de formalizar la citada inversión extranjera, certificación de la propia sociedad inversora justificativa de la participación extranjera en su capital. Parece, por tanto, que en la actualidad el Notario no debe hacer indagación alguna respecto a sociedades españolas que realizan inversiones directas, ni tan siquiera cuando se trate de sociedades españolas incluidas en la lista publicada en el *BOE* el día 20 de mayo de 1985. En dicha lista figuran sociedades españolas con un porcentaje de participación extranjera superior al 25 por 100. Volveremos más adelante a esta cuestión.

4. LOS CAMBIOS DE RESIDENCIA

Se hallan regulados en el artículo 2.2 del RIE: «Las inversiones realizadas en España por personas físicas no residentes perderán la condición de

extranjerías cuando su titular adquiera la residencia en territorio español y no adquirirán tal condición las que realice a partir de ese momento cualquiera que sea el origen del capital invertido.

Las inversiones realizadas en España por personas físicas residentes adquirirán la condición de inversiones extranjeras cuando sus titulares trasladen su residencia al extranjero.

En el caso de que la inversión que adquiere el carácter de extranjera por cambio de residencia de su titular fuera de las reguladas en el artículo 26 del presente Real Decreto, se aplicará a las mismas lo dispuesto en dicho artículo.»

Notemos que este precepto no contempla el supuesto de cambio de residencia de la persona jurídica, quizá por lo improbable del caso; en mi opinión, puede aplicarse por analogía.

Y, además hay que destacar que el cambio de residencia lleva consigo el cambio, en cuanto a la condición de extranjeras, de las inversiones realizadas con anterioridad sin respeto alguno a los derechos adquiridos.

La regulación del RIE supone una ruptura con el régimen anterior, régimen que se hallaba regulado fundamentalmente en la Ley de Control de Cambios de 1979 y en el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre. Este último ha sido expresamente derogado por el Real Decreto 1861/1991, de 20 de diciembre, en su disposición final segunda. Pero la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sigue vigente.

Dispone la Ley de 1979 en su artículo 4.1, párrafo segundo, que «las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo». Y ese mismo artículo, en su número 2, párrafos segundo y tercero, establece que «las personas físicas de nacionalidad extranjera que residan en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España, con anterioridad a la toma de residencia y a las rentas procedentes del mismo».

Las personas físicas de nacionalidad española que residan en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España durante su residencia en el extranjero».

Como vemos, la regulación del RIE contradice la de la Ley de 1979; por su rango normativo, el RIE no puede derogar ningún precepto de la Ley de 1979. Es más, en la exposición de motivos de la Ley 18/1992, de 1 de julio, se dice que las normas sobre inversiones extranjeras, con rango de Real Decreto, tendrán su apoyatura en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre. Es todo un ejemplo acerca de cómo no se debe legislar.

En mi opinión, la interpretación correcta es la siguiente:

Cuando se produce un cambio de residencia, las nuevas inversiones que se realicen tendrán o no el carácter de inversiones extranjeras atendiendo exclusivamente a la residencia del inversor, con independencia de la procedencia exterior o interior de la contraprestación. Pero las anteriores inversiones no pierden su carácter; si eran extranjeras, seguirán siéndolo, con derecho de transferencia al exterior y si no lo eran, tampoco cambian de carácter. Y ello a pesar de los términos imperativos del RIE, texto que no puede derogar preceptos de la Ley de 1979.

Si además del cambio de residencia, la persona física española cambia de nacionalidad, no se aplicaría la Ley de 1979 y entonces sí tendrían plena aplicación los preceptos del RIE. La Resolución de 6 de julio de 1992 regula también el cambio de residencia:

- Cuando un residente en España adquiera la condición de no residente deberá declarar ante el Registro de Inversiones Extranjeras las inversiones que tuviera en España y que no liquide al perder su residencia. De igual modo, cuando un no residente que tuviera declarada ante dicho Registro cualquier tipo de inversión extranjera adquiera la residencia en España formulará declaración de liquidación de la misma, todo ello según el procedimiento aplicable a la clase de inversión de que se trate.
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Real Decreto 671/1992, precisarán de la obtención de autorización previa las inversiones que adquieran la condición de extranjeras como consecuencia del cambio de residencia de sus titulares, en los supuestos previstos en dicho artículo. Dicha autorización habrá de solicitarse en el momento en que se produzca el cambio de residencia. Fuera de este supuesto, las inversiones que adquieran el carácter de extranjeras por el cambio de residencia de sus titulares no necesitarán ser sometidas a trámite previo alguno de verificación o autorización. Recordemos que el artículo 26 del Real Decreto 671/1992 se refiere a las inversiones extranjeras en sociedades españolas cuya actividad sea alguna de las siguientes: juego, televisión, radio, transporte aéreo y actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.
- Las inversiones que adquieran o pierdan la condición de extranjeras por cambio de residencia de su titular no requerirán del requisito de formalización documental ante fedatario público, sociedad o agencia de valores o cualquier entidad cuya intervención sea necesaria para la operación. La declaración al Registro de Inversiones Extranjeras se efectuará directamente por el titular o bien a través de la entidad depositaria, de acuerdo con las normas aplicables al procedimiento de declaración correspondiente.

- Y añade la instrucción 8.^a de dicha Resolución que si la declaración de la inversión o de su liquidación se efectúa por cambio de residencia se tramitará directamente por su titular, quien cumplimentará el correspondiente impreso, retendrá en su poder los ejemplares 4 y 5 y remitirá los restantes al Registro de Inversiones Extranjeras en el plazo de *seis meses* a contar desde la fecha en que pueda acreditarse la nueva residencia de acuerdo con el artículo 2.º del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre. Dicha acreditación, continúa la norma, se acompañará a la correspondiente declaración de la inversión o de su liquidación.

5. LA RESIDENCIA Y EL MATRIMONIO

Cuando la inversión es realizada por una persona casada y uno de los cónyuges es residente en España y el otro no, *¿quid iuris?*

- Si consta que su régimen matrimonial es de separación de bienes o de participación en las ganancias habrá que atender únicamente a la residencia del inversor; si son inversores los dos, las cuotas indivisas adquiridas por cada uno de ellos tendrán o no la condición de inversión extranjera según las normas generales.
- Si consta que su régimen es de gananciales o comunidad y la inversión se hace por ambos, en mi opinión debemos entender que se trata de una inversión extranjera en su conjunto, ya que se realiza por un no residente (no importa que además la realice un residente, si no cabe en ese momento escindir o separar lo adquirido por cada uno). Si la inversión se hace sólo por uno de ellos, sin manifestación sobre el carácter común de lo adquirido, entiende NÚÑEZ LAGOS que sólo habremos de atender a la residencia del inversor. Si la inversión se hace sólo por uno de ellos, pero con manifestación expresa sobre el carácter común de lo adquirido, la inversión es extranjera en su conjunto, entiende también NÚÑEZ LAGOS.
- Si no consta su régimen matrimonial y la inversión se hace por ambos, entiendo que la inversión en su conjunto es extranjera, por las razones antes apuntadas en el párrafo anterior; si la inversión se hace sólo por uno de ellos sin indicación sobre el carácter común de lo adquirido, sólo atenderemos a la residencia del inversor y, finalmente, si la inversión se hace por uno de ellos, pero con indicación del carácter común de la inversión, la inversión es extranjera en su conjunto.
- En los casos de nulidad o divorcio el vínculo matrimonial no existe,

por lo que habrá que atender exclusivamente a la residencia del inversor.

- En los casos de separación el vínculo matrimonial continúa; puede cambiar el régimen económico del matrimonio. Una vez más habrá que distinguir los supuestos en que conste dicho régimen económico matrimonial y aquellos en que no conste, y distinguir según que la inversión sea realizada por uno o ambos cónyuges, y todo ello como he expuesto anteriormente.

6. LAS APORTACIONES Y SU JUSTIFICACION

Según el artículo 3 del RIE, «las inversiones extranjeras se podrán realizar mediante la aportación de capitales exteriores e interiores. Tienen tal consideración:

- a) La aportación dineraria.
- b) La aportación directa a una empresa de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación.
- c) La aportación directa a una empresa de equipo capital.
- d) La utilización de cualquier otro medio o activo.

Los medios de aportación no dinerarios deberán valorarse a los efectos del presente Real Decreto conforme a los criterios y en la forma que la legislación mercantil española tiene previstos para las aportaciones no dinerarias».

Debemos destacar como nota fundamental que la condición de extranjera o no extranjera de una inversión no depende de la procedencia exterior o interior de su contraprestación, a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior.

6.1. LA APORTACIÓN DINERARIA

Nos referimos a la aportación de moneda metálica y billetes de curso legal, sean pesetas o divisas, oro amonedado o en barras, cheques bancarios, cheques personales, giros, transferencias y otras órdenes de pago.

Seguiremos el esquema trazado por la instrucción de la DGTE de 11 de marzo de 1992:

1. Si la contraprestación de la inversión es una aportación dineraria materializada en billetes o moneda metálica, en pesetas o en divisas, o en cheque bancario al portador, en pesetas o en divisas, habrá que distinguir:

- Si el importe de la aportación es inferior o igual a UN MILLON DE PESETAS no será preciso ninguna justificación. Basta reseñar en la escritura el medio de pago empleado.
- Si el importe de la aportación es superior a UN MILLON DE PESETAS deberá reseñarse en la escritura el medio de pago y además se exhibirá al Notario, y éste incorporará a la escritura cualquiera de estos tres documentos:
 - i) Modelo impreso B.1, contenido en la Resolución de la DGTE de 7 de enero de 1992, debidamente diligenciado (si los medios de pago fueron importados por el inversor).
 - ii) Modelo impreso B.3, contenido en la misma Resolución, debidamente diligenciado, correspondiente al pago efectuado por residente al no residente ahora inversor (si este fue el origen de los medios de pago).
 - iii) Documento bancario que acredite que los referidos medios de pago proceden de adeudo en cuenta de no residente abierta en oficina operante en España de una entidad registrada.

No obstante, aclara la Resolución de 6 de julio de 1992, a petición del inversor, o en el caso de que los citados modelos fueran comprensivos de cuantías superiores al importe de la inversión el fedatario, pondrá en ellos nota firmada y sellada en la que se indicará la cuantía aplicada e incorporará a su protocolo fotocopia de los mismos.

2. Si la contraprestación de la inversión es una aportación dineraria materializada en cheque bancario nominativo, cheque personal, transferencia o giro bancario o cualquier otro medio del sistema bancario, deberá reseñarse el medio de pago en la escritura y además se exhibirá al Notario, y éste incorporará a la escritura el documento bancario que refleje que procede o se ha emitido contra adeudo en cuenta en el exterior o cuenta de no residente abierta en España. Matiza la Resolución de 6 de julio de 1992 que podrá también reflejarse dicho adeudo en la diligencia bancaria de conformidad del cheque, si se utiliza este medio de pago. En este caso, en mi opinión, debe incorporarse a la escritura fotocopia del cheque y de dicha diligencia.

Para comprender mejor todo lo dicho anteriormente debemos analizar brevemente el contenido del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, la Orden de 27 de diciembre de 1991 del Ministro de Economía y Hacienda que lo desarrolla y la Resolución de la DGTE de 7 de enero de 1992.

La exportación o importación por residentes o no residentes de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador, cifrados en pesetas o en moneda extranjera, así como de oro amonedado o en barras,

sólo está sujeta a previa declaración cuando su importe sea superior a un millón de pesetas por persona y viaje. Y la exportación de estos medios de pago estará sujeta a autorización administrativa cuando superen el importe de cinco millones de pesetas por persona y viaje.

La declaración debe hacerse en el modelo llamado B.1 en los Servicios de Aduana de entrada en España (o ante cualquier entidad registrada o directamente en el Banco de España, si se trata de exportación de estos instrumentos).

La declaración en modelo B.1 contendrá los siguientes datos:

- Nombre, domicilio y NIF del residente o nombre, domicilio y número de pasaporte o equivalente del no residente.
- Importe total que se pretenda exportar o importar, con expresión de la clase de medio de pago de que sea portador y su correspondiente valor, con desglose de cada uno de ellos si fuesen varios.
- El fin o fines a que va destinada la importación o exportación de dichos medios de pago.

Dicho modelo B.1 consta de tres ejemplares, uno de los cuales quedará en posesión del declarante.

El Notario, en mi opinión, sólo debe comprobar que el modelo está debidamente diligenciado, que los datos personales coinciden con los del inversor y que la cantidad declarada en el modelo no es inferior, caso de ser varios los medios de pago, a la que consta en la escritura como contraprestación de la inversión. Debe comprobar igualmente que el medio de pago empleado consta desglosado en dicha declaración, para el caso de ser varios los medios declarados y sólo uno o algunos los empleados en la inversión. En mi opinión, el Notario no debe calificar la coincidencia del fin declarado en el modelo con la inversión documentada en la escritura. Será cuestión de una posible infracción del inversor al realizar la declaración, pero nada tiene que ver con la legalidad de la inversión.

Finalizaremos este apartado diciendo que la reimportación o reexportación de los medios de pago citados requiere también declaración o autorización oportuna según la cuantía.

El impreso B.3. Cuando un residente efectúe un pago a un no residente o reciba un cobro de un no residente por importe superior a un millón de pesetas en moneda metálica, billetes de banco o cheques bancarios al portador, cifrados en pesetas o en divisas, tanto dentro como fuera del territorio español, queda obligado (el residente) a declarar dicho pago o cobro a través de una entidad registrada mediante el impreso B.3 dentro de los treinta días siguientes a su realización.

En el impreso B.3 se reflejarán los siguientes datos:

- i) Nombre o razón social, domicilio y NIF del residente, así como nombre, domicilio y NIF, número de pasaporte o documento equivalente del no residente.
- ii) Importe global del cobro o pago, con especificación de la clase de medio o medios de pago utilizados, su moneda de denominación y su correspondiente valor.
- iii) Concepto a que deba aplicarse el cobro o pago correspondiente.
- iv) Indicación, en su caso, de que los medios de pago mencionados han sido previamente importados o exportados.

Un ejemplar de dicho modelo queda siempre en posesión del declarante y otro de sus ejemplares, que se devolverá al residente declarante, deberá ser remitido por éste al no residente interviniente en el cobro o pago declarado. Este último es el ejemplar que deberá exhibirse por el no residente inversor al Notario autorizante. El Notario habrá de comprobar únicamente que los datos del no residente coinciden con los de la declaración y que también coinciden los medios de pago reseñados. Si sólo se utiliza alguno de ellos deberá comprobar que aparece desglosado en el impreso B.3.

3. Si la contraprestación de la inversión es una aportación dineraria materializada mediante cheque bancario nominativo, cheque personal o se ha realizado una transferencia bancaria o cualquier otro medio a través del sistema bancario deberá exhibirse al Notario, y éste lo reseñará en la escritura, el documento bancario que refleje que procede o se ha emitido contra adeudo en cuenta en el exterior o cuenta de no residente abierta en España.

Las cuentas bancarias de no residentes abiertas en España se hallan reguladas en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de diciembre de 1991, publicada en el *BOE* el día 31 de diciembre de 1991, y en la Circular 3/1992, de 15 de enero, publicada en el *BOE* de 22 de enero de 1992. La apertura de dicha cuenta es libre; pueden ser cuentas a la vista, de ahorro o a plazo; son cuentas en pesetas a nombre de no residentes. Debe acreditarse la condición de no residente, y cada dos años debe confirmarse el carácter de no residente del titular de la cuenta. En otro caso, pasará a ser cuenta de residente y hará falta consignar el NIF; si no se consigna el NIF, el régimen de estas cuentas es igual que el de las cuentas de residentes que no han facilitado su NIF.

Sustituyen estas cuentas a las llamadas «cuentas extranjeras de pesetas ordinarias» y a las «cuentas extranjeras de pesetas convertibles».

Por lo que se refiere al contenido de la justificación bancaria del adeudo en dichas cuentas o en cuentas del exterior hemos de recordar aquí que la Resolución de la DGTE de 28 de abril de 1982, que ha sido derogada expresamente por la Resolución de 6 de julio de 1992, regulaba con detalle el contenido de la certificación bancaria que debía presentar ante Notario

el inversor extranjero que aportaba dinero procedente del exterior, certificación que podía ir extendida en el talón o cheque medio de pago. Reproducimos por su interés dicho modelo, si bien entendemos que en lo sucesivo sólo tiene un carácter orientativo. El texto es el siguiente:

Para la certificación: «Don..., como... del Banco..., sucursal... CERTIFICADO: Que con fecha... hemos recibido de don... (titular) orden de pago o cheque a favor de... por pesetas. ., que al cambio son... pesetas. Y que siguiendo las instrucciones recibidas de... dicho importe ha sido aplicado al concepto de (inversión). En consecuencia, ha sido imputado al código estadístico... Esta cesión ha sido comunicada al Banco de España a través de nuestro estado D-1, número de orden..., de fecha... (o fecha en que se hará la comunicación). Y para que conste, a efectos de justificar la inversión y a petición del interesado, se expide el presente certificado en...»

Para el cheque o talón: «Se da conformidad al talón/cheque número..., por un importe de... pesetas, expedido con cargo a una cuenta en pesetas de no residente (hoy) cuyo pago al efecto de (inversión) será comunicado oportunamente mediante RO 6 al Banco de España por esta entidad.»

Cobros y pagos a través de entidades registradas: La Resolución de la DGTE de 7 de enero de 1992 los sujeta a los siguientes requisitos:

- i) Declaración por parte del residente que efectúe el cobro o el pago.
 - * Si se trata de pagos o transferencias al exterior, el residente que efectúe los mismos deberá formular una declaración por escrito, en la que consten el nombre o razón social, domicilio y NIF del residente y nombre y domicilio del no residente beneficiario de pago; importe, moneda, país de destino y contravalor en pesetas, y concepto de la operación por la que se procede al pago o transferencia. Este último apartado no hay que declararlo si la cuantía no supera las 100.000 pesetas.
 - * Si se trata de cobros o transferencias del exterior, el residente destinatario de los mismos deberá formular una declaración por escrito en la que consten el nombre o razón social y domicilio y NIF del residente; nombre y domicilio del no residente remitente; importe, moneda, país de origen y contravalor en pesetas y concepto de la operación.
- ii) La declaración debe hacerse a la entidad registrada, quien a su vez

lo comunicará al Banco de España. En el caso de pagos o transferencias al exterior, debe hacerse antes de su ejecución, salvo que se trate de un cheque nominativo contra la cuenta del residente pagador que un no residente presenta al cobro; en este caso, la declaración escrita del residente podrá realizarse con posterioridad al adeudo en la citada cuenta en el plazo de quince días naturales desde su ejecución. A tal efecto, la entidad registrada comunicará inmediatamente dicha ejecución al interesado para que éste cumplimente la declaración oportuna en el plazo indicado. Transcurrido este plazo sin que el interesado haya formulado la declaración, la entidad registrada pondrá en conocimiento del residente pagador que procederá a comunicar esta omisión a la DGTE, a los efectos que proceda, en el plazo máximo de quince días naturales a contar de la expiración del plazo anterior.

Rige el mismo sistema de declaración si el cobro o pago se da entre residente y no residente a través de cuentas bancarias en pesetas abiertas por este último en España.

Hasta ahora hemos examinado el caso de los pagos realizados por el no residente al residente; cuando se trate de desinversión de una inversión extranjera será el no residente el beneficiario del pago.

Sólo examinaremos dos cuestiones:

- Los abonos en cuentas de no residentes abiertas en España de moneda metálica, cheques bancarios al portador, en pesetas o divisas, requieren de la presentación del modelo B.1 o del modelo B.3 antes examinados. Será preciso tenerlo en cuenta a la hora de hacer las oportunas advertencias legales al no residente.
- Los pagos pueden hacerse por medio de cuenta abierta por el residente en el extranjero. Dichas cuentas aparecen reguladas en el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, y en la Orden de 27 de diciembre de 1991, así como en la Circular 1/1992, de 15 de enero, publicada en el *BOE* de 22 de enero de 1992. Dichas cuentas pueden ser en pesetas o en divisas, a la vista, de ahorro o a plazo, tanto en entidades registradas como en otras entidades bancarias o de crédito. Hay que declarar al Banco de España su apertura, sus movimientos y conservar los justificantes por tres años.

Se entiende por entidades registradas las entidades de depósito inscritas en los Registros Oficiales del Banco de España.

Y para finalizar este apartado, relativo a la aportación dineraria y su justificación, diremos que la instrucción de 11 de marzo de 1992 de la

DGTE dispone expresamente que **NO ES PRECISO REQUERIR LA JUSTIFICACION DE LA APORTACION DE CAPITAL EXTERIOR** en inversiones de no residentes, pero a continuación exige del Notario que advierta expresamente al no residente de los datos personales que debe obtener del residente, para hacerlos constar en el casillero 11 de la declaración que debe efectuar el no residente al Registro de Inversiones Extranjeras. En dicho casillero debe constar:

- La forma de realización del cobro o pago; a través de entidad registrada (art. 5.º del Real Decreto 1816/1991); por medio de cuenta de residente abierta en el extranjero (art. 6.º del Real Decreto 1816/1991); en metálico, billetes de Banco o cheques bancarios al portador, en su caso (art. 7.º del mismo Real Decreto).
- Y el nombre y NIF de la persona residente que efectúe o vaya a efectuar el cobro o pago exterior (esto último para desinversión), ya sea el propio transmitente o adquirente, ya sea otra persona que lo efectúe por su cuenta o en su nombre.

En mi opinión, el contenido de la instrucción (por lo que a este punto se refiere) no debe entenderse ya vigente, habida cuenta de la publicación posterior del RIE y de la Resolución de 6 de julio de 1992, que expresamente establecen que el Notario debe exigir la justificación del medio de pago empleado. Unicamente cabe entender vigente este apartado de la instrucción para los supuestos en que no sea preceptivo acreditar dicho medio de pago (por ejemplo, pago de cantidades inferiores a un millón de pesetas en cheques bancarios al portador o moneda o billetes). Recordemos que el artículo 17 del RIE y la instrucción 7 de la Resolución de 6 de julio de 1992 establecen que el Notario debe exigir, como regla general, la justificación del medio de pago.

7. LAS APORTACIONES NO DINERARIAS

Deben valorarse conforme a los criterios y en la forma prevista por la legislación mercantil. Es decir, por un experto independiente designado por el Registrador Mercantil.

No hay problemas cuando la aportación dineraria es contraprestación de inversión en sociedades. No es preciso duplicar la valoración; servirá la misma valoración a efectos de la legislación mercantil y a efectos de la legislación de inversiones extranjeras.

Pero si la inversión no fuera en sociedades ¿habrá que exigir dicha valoración? En mi opinión, sí. Los términos del artículo 3 del RIE son imperativos.

Pero ¿qué Registrador debe efectuar el nombramiento del experto independiente? En mi opinión, puede efectuarse el nombramiento por un Registrador Mercantil que tenga algún punto de conexión con la inversión, sea el del lugar en que radique la finca, el del lugar del otorgamiento, etc. Incluso me parece posible que el nombramiento lo efectúe el Registrador de la Propiedad, siempre que no se trate de inversiones en sociedades. Respecto al oro amonedado o en barras, como contraprestación de la inversión, debe ser valorado, y si dicho valor excediera de UN MILLON DE PESETAS habría de exigirse la presentación del modelo B.1 o B.3, según proceda.

Debemos recordar, en relación con este apartado, que el Real Decreto 1750/1987, de 18 de diciembre, por el que se liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas ha sido derogado expresamente por el Real Decreto 1816/1991.

Y la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992 dispone en su instrucción 7.^a, apartado 9, que cuando para la realización de inversiones extranjeras se aporten activos sitos en España que tengan el carácter de inversión extranjera deberá tramitarse simultáneamente la declaración de la liquidación de la inversión de que se trate. Y continúa diciendo en su apartado 10 que si se aportasen activos sitos en el exterior, la persona física o jurídica residente que adquiriera dichos activos como consecuencia de la operación de inversión extranjera en España deberá acreditar ante el fedatario público o entidad interviniente el cumplimiento de los requisitos de declaración al Registro de Inversiones Españolas en el exterior, de acuerdo con el Real Decreto 672/1992, de 2 de julio. Habrá que tener en cuenta, además, la Resolución de la DGTE de 7 de julio de 1992 sobre inversiones españolas en el exterior.

Por último, siguiendo a NÚÑEZ LAGOS, hemos de hacer dos precisiones respecto de las aportaciones no dinerarias:

- a) Si para la importación de bienes fuera necesaria la licencia de importación y ésta no pudiera concederse más que a la sociedad todavía no constituida, dicho autor aboga por la constitución de una sociedad piloto y el posterior aumento de capital social, con aportación en este último del bien importado. Considera que es mejor solución que la constitución de la sociedad bajo condición suspensiva o resolutoria.
- b) Los contratos de licencia de fabricación y asistencia técnica no pueden aportarse a las sociedades, si bien dicha asistencia puede constituir el contenido de una prestación accesoria.

8. LAS DISTINTAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Por este orden analizaremos el régimen de las inversiones directa, inversiones de cartera, inversiones en bienes inmuebles y otras formas de inversión.

8.1. LAS INVERSIONES DIRECTAS

Las enumera el artículo 6 del Real Decreto 671/1992:

- a) La participación en sociedades españolas cuando el inversor pueda, por la toma de tal participación o en unión de la que ya tuviera, influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad. Se presume la influencia efectiva cuando la participación directa o indirecta del inversor es igual o superior al 10 por 100 del capital social o bien cuando dicha participación permita al inversor, directa o indirectamente, formar parte de su órgano de administración. Se considera un solo inversor a las entidades que constituyan una unidad de decisión.
- b) La constitución y ampliación de sucursales y establecimientos, así como la concesión a los mismos de anticipos reintegrables. Se remite el Real Decreto a la normativa fiscal, Impuesto de Sociedades, para la definición de establecimiento. Aclara la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992 que no se considerarán inversiones extranjeras las transferencias periódicas de fondos para atender sus gastos de mantenimiento, las cuales se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre.
- c) Y la concesión de préstamos (se entiende a sociedades españolas), cuya vida media ponderada sea superior a cinco años, con el fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos. Se presume que un préstamo cumple estos fines, cuando el prestamista mantiene una inversión directa en la sociedad o entidad prestataria o comparte los riesgos derivados de la actividad económica desarrollada por el prestatario.

Las inversiones directas extranjeras son libres. Por excepción, precisan algunas verificación y otras, autorización.

9. LA VERIFICACION DE LAS INVERSIONES DIRECTAS

Las inversiones extranjeras directas, en los siguientes supuestos:

1. Cuando la participación extranjera supere el 50 por 100 del capital de la sociedad española destinataria de la inversión, bien con anterioridad a ésta o bien como consecuencia de la misma, siempre que se dé *además* alguna de las siguientes condiciones:

- Que el importe de la inversión sea superior a los QUINIENTOS MILLONES DE PESETAS; a estos efectos, se considerará una sola operación las inversiones que se realicen en una misma sociedad dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha de la formalización de cada inversión, por un mismo sujeto inversor o por varios que constituyan una unidad de decisión.
- Que la participación extranjera en el capital más reservas de la sociedad española supere la cifra de QUINIENTOS MILLONES DE PESETAS, bien con anterioridad a la inversión proyectada, bien como consecuencia de la misma. No importa, en este caso, cuál sea la cuantía de la inversión proyectada.

Pero es importante destacar que no será precisa la verificación, aunque se den los supuestos previstos en este apartado, cuando las inversiones extranjeras se efectúen mediante la capitalización de reservas o la reinversión de beneficios no distribuidos en el caso de ampliación de capital de que se trate.

La Resolución de la DGTE aclara en su instrucción 5.^a, apartado 2, que para determinar el sometimiento o no al trámite de verificación previa de las inversiones directas en sociedades españolas, en los supuestos examinados en este apartado, *sólo se computarán como participación extranjera* las participaciones de inversores extranjeros que tengan la consideración de inversión extranjera directa, es decir, las que superen el 10 por 100 del capital social o las que, sin alcanzar dicho porcentaje, permitan al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración.

Ya que la Resolución no hace distinciones, debemos entender que se refiere a todos los supuestos contemplados en este apartado estudiado.

2. Cuando la cuantía de los préstamos antes aludidos supere los QUINIENTOS MILLONES DE PESETAS o procedan de personas residentes o domiciliadas en los territorios y países calificados como paraísos fiscales, de acuerdo con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

3. Cuando la participación extranjera supere el 50 por 100 del capital de la sociedad española destinataria de la inversión, cualquiera que sea su cuantía, bien con anterioridad a ésta bien como consecuencia de la inver-

sión, y cualquiera de los inversores extranjeros en dicha sociedad española sea una persona física o jurídica residente en un país o territorio de los considerados como paraísos fiscales, de acuerdo con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

Recordemos que dichos países y territorios son los siguientes:

Principado de Andorra, Antillas Neerlandesas, Aruba, Emirato del Estado de Barheïn, Sultanato de Brunei, República de Chipre, Emiratos Arabes Unidos, Gibraltar, Hong-Kong, Anguilla, Antigua y Barbuda, Las Bahamas, Barbados, Bermudas, Islas Caimanes, Islas Cook, República de Dominica, Granada, Fidji, Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal), Jamaica, República de Malta, Islas Malvinas, Isla de Man, Islas Marianas, Mauricio, Montserrat, República de Naurú, Islas Salomón, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, República de Trinidad y Tobago, Islas Turks y Caicos, República de Vanautu, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Reino Hachemita de Jordania, República Libanesa, República de Liberia, Principado de Liechtenstein, Gran Ducado de Luxemburgo (por lo que respecta a las rentas percibidas por las sociedades a que se refiere el párrafo 1 de protocolo anexo al Convenio, para evitar la doble imposición, de 3 de junio de 1986), Macao, Principado de Mónaco, Sultanato de Omán, República de Panamá, República de San Marino, República de Seychelles y República de Singapur.

4. Cuando se trate de la constitución de sucursales o establecimientos o de ampliación de su dotación y ésta supere los QUINIENTOS MILLO- NES DE PESETAS, bien con anterioridad a la inversión proyectada, bien como consecuencia de la misma. Se exceptúan de la exigencia de verificación previa las inversiones extranjeras que, aun alcanzando la dotación indicada, se efectúen mediante la ampliación de la dotación con cargo a beneficios o la concesión de anticipos reintegrables a las citadas sucursales y establecimientos.

5. Cuando, con independencia de la cuantía, la constitución o ampliación de sucursales o establecimientos se efectúe por personas residentes o domiciliadas en los países y territorios calificados como paraísos fiscales, de acuerdo con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

El procedimiento de verificación: Se halla regulado en la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992. Son sus trámites esenciales los siguientes:

- a) Los impresos de solicitud de verificación constarán de tres ejemplares: para la Administración, para la diligencia de verificación y para el interesado. La solicitud de verificación de las inversiones para las que no exista impreso normalizado deberá efectuarse mediante escrito del interesado, al que se adjuntará copia. Para las inversiones

directas que precisen verificación deberá utilizarse el impreso MC-5, regulado en dicha Resolución.

- b) Las solicitudes se presentarán ante la DGTE a través del Registro General del Ministerio de Economía y Hacienda o de alguno de los órganos a que se refiere el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo.
- c) Recibida la solicitud por la DGTE, ésta verificará el proyecto de inversión, con el fin de comprobar su naturaleza, adecuación al ordenamiento jurídico y su inclusión en los supuestos liberalizados, notificando al interesado su conformidad o disconformidad con dicho proyecto en el plazo de *treinta días* hábiles, a contar desde su presentación. La notificación de la resolución de la DGTE se efectuará mediante devolución al interesado del ejemplar correspondiente del impreso debidamente diligenciado o mediante oficio de dicho Centro directivo. Transcurrido este plazo sin que el interesado haya recibido la notificación, el proyecto de inversión se tendrá por verificado y conforme.
- d) Cuando la DGTE hubiera requerido información adicional al interesado, se suspenderá el plazo de treinta días hábiles para dictar resolución expresa, cuyo cómputo se reanudará una vez que el interesado aporte la información solicitada o subsane en debida forma las omisiones o defectos formales de la documentación previamente presentada.
- e) Los proyectos de inversión sujetos al trámite de verificación administrativa deberán realizarse en el plazo de seis meses, a contar desde la fecha de la notificación de la conformidad del proyecto o de aquella en que se entiende producido el silencio administrativo positivo, salvo prórroga solicitada por el interesado mediante escrito acompañado de la copia de la verificación de la DGTE. Transcurrido dicho plazo, incluido el de prórroga, en su caso, sin haberse realizado la inversión, la verificación se entenderá caducada.
- f) Se utilizará un modelo impreso de solicitud de verificación por cada proyecto de inversión y tipo de operación (aunque se trate de inversiones en una misma sociedad). Y las solicitudes de verificación, en sede de inversiones directas, deberán acompañarse de copia de la última declaración del Impuesto de Sociedades correspondiente a la sociedad española en que se efectúa la inversión, salvo que se trate de constitución de sociedades o creación de sucursales o establecimientos.

Las solicitudes de verificación para la emisión y colocación en mercados extranjeros de acciones y valores participativos de sociedades españolas

deberán presentarse ante la DGTE mediante escrito, adjuntando al mismo el acuerdo y características de la emisión y, en su caso, el contrato de colocación (instrucción 19 de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992).

10. LA AUTORIZACION DE LAS INVERSIONES DIRECTAS

Y precisan de autorización administrativa las inversiones extranjeras directas en las sociedades que a continuación se estudian.

En efecto, dispone el artículo único de la Ley 18/1992, de 1 de julio, que «a efectos de las inversiones extranjeras en España constituyen sectores con regulación específica en materia de derecho de establecimiento los siguientes:

Juego.

Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.

Televisión.

Radio.

Transporte aéreo».

Y continúa dicho artículo, en su párrafo segundo, precisando que «lo anterior no será de aplicación a los residentes en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, salvo por lo que se refiere a las actividades de producción o comercio de armas o relativas a materias de defensa nacional».

Y en desarrollo de dicho precepto, el artículo 26 del Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, exige la autorización del Consejo de Ministros para aquellas inversiones extranjeras en sociedades españolas cuya actividad sea alguna de las anteriormente relacionadas. Y además precisa dicho artículo que «a estos efectos, tendrán la consideración de actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, en todo caso, las actividades que se destinen a la producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra, así como a la explotación de minerales de interés estratégico y a la explotación de servicios finales y portadores de telecomunicaciones.

Obtenida la autorización, prosigue dicho artículo, se requiere además previa autorización del Consejo de Ministros para toda modificación del objeto social, aumento de capital o incremento del porcentaje de participación extranjera que hubiera sido autorizado, así como para la modificación sustancial de cualquier condición que la anterior autorización administrativa hubiera impuesto. Otras modificaciones requerirán autorización previa del Director general de Transacciones Exteriores.

En mi opinión, los términos literales del artículo exigen la solicitud de nueva autorización del Consejo de Ministros para el caso de aumento de capital social, aun en el caso de que las nuevas acciones se suscriban en ejercicio del derecho de preferencia, sin variar, por tanto, el porcentaje de participación extranjera en el capital.

Para las sociedades con regulación específica cuyas acciones estén admitidas a cotización, el artículo 26 también tiene una norma especial: «A los efectos de determinar el porcentaje de participación extranjera no comunitaria en sociedades españolas admitidas a cotización cuya actividad esté sujeta a régimen especial se computarán las participaciones accionariales de titulares residentes en países no pertenecientes a la CEE que individualmente superen el 5 por 100 del capital de la sociedad española o las que, sin alcanzar este porcentaje, permitan al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración, todo ello de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas.»

Una excepción a dicho régimen general la encontramos en el párrafo tercero de este artículo 26: «En el supuesto de concesionarios de servicios finales o portadores de telecomunicación que fuesen personas jurídicas, la participación en su capital de personas físicas no residentes o personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, ya sea directamente o a través de sus filiales o establecimientos en España, queda liberalizada con carácter general hasta del 25 por 100 de dicho capital. Superado el indicado porcentaje, se requerirá autorización del Consejo de Ministros para cualquier otra toma de participación adicional por inversores extranjeros. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Ministros podrá autorizar asimismo, con carácter general y a petición de las autoridades concesionarias, una participación extranjera en su capital social por encima de dicho porcentaje y hasta el límite que el efecto se establezca.»

Y otra excepción la constituyen las inversiones realizadas por residentes en un país miembro de la CEE. Estas inversiones se someterán (dice el pár. 4.º del art. 26) al régimen general, salvo que la inversión tenga por objeto actividades de producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra o explotación de servicios finales y portadores de telecomunicación, en cuyo caso se someterá al régimen de autorización previsto en este artículo 26. A estos efectos, no tendrán la consideración de inversiones efectuadas por residentes comunitarios las realizadas por sociedades o entidades domiciliadas en la CEE que se encuentren controladas directa o indirectamente por residentes no comunitarios. Una vez más el RIE utiliza una terminología equívoca: ¿qué debemos entender por control? Hubiera sido preferible una mayor concreción del legislador.

En cuanto al procedimiento para la obtención de la autorización, se encuentra regulado en el párrafo final del artículo 26 del RIE y en las instrucciones 6.^a y 13 de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992.

Dispone el artículo citado que los proyectos de inversiones extranjeras en los sectores de actividad mencionados en los números anteriores del mismo artículo 26 se presentarán para su tramitación ante la DGTE. Dicho Centro directivo tramitará el correspondiente expediente con sujeción a lo previsto en el artículo 24-2 del RIE y lo elevará al Ministro de Economía y Hacienda para que éste efectúe la pertinente propuesta al Consejo de Ministros.

Y según las instrucciones citadas, el procedimiento se regirá por la Ley de Procedimiento Administrativo.

Los impresos de solicitud de autorización constarán de tres ejemplares: para la Administración, para la diligencia de autorización y para el interesado. Dicho impreso es el MC-5. A dicho impreso se acompañará, por triplicado si debe resolver el Consejo de Ministros y, por duplicado si debe resolver otro órgano, la siguiente documentación:

- Descripción del objeto social de la sociedad o entidad española en la que se efectúa la inversión.
- Identificación de todas aquellas entidades públicas de soberanía extranjera que pretendan ser titulares de la inversión extranjera, cuya autorización se solicita, especificando su relación con el sector público del país de origen de la inversión y su grado de influencia o control en la gestión de la entidad inversora.

Se exige el preceptivo informe de la Junta de Inversiones, que debe evacuarse en el plazo de cuarenta y cinco días desde la fecha del requerimiento. El plazo para resolver sobre la concesión o denegación de la autorización es el de sesenta días desde la presentación de la solicitud (si resuelve la DGTE) o de noventa días —¿hábiles?— (si resuelve otro órgano superior). El silencio administrativo es *negativo*.

Las inversiones deben realizarse dentro del plazo que señale la propia autorización; si no se señala plazo, en el de seis meses a contar desde su notificación. Cabe una prórroga; debe solicitarse por el interesado mediante escrito acompañado de la copia de la autorización concedida. Transcurrido dicho plazo, incluido el de prórroga en su caso, la autorización se entenderá caducada.

Para finalizar este apartado diremos que el artículo 26 *in fine* del RIE establece que «las inversiones extranjeras que se efectúen en los sectores de actividad mencionados en los números anteriores se regularán por sus disposiciones específicas en lo no regulado en el presente Real Decreto».

11. LA AUTORIZACION DE INVERSIONES DIRECTAS Y LA NORMATIVA ANTERIOR

Teniendo en cuenta todo lo examinado y las normas anteriores que establecían una regulación específica en materia de inversiones extranjeras:

- a) Habrán de someterse al régimen general las inversiones en sociedades cuyo objeto social no aparece enumerado en la Ley 18/1992, de 1 de julio, ni en el RIE, aunque anteriormente tuvieran un régimen especial en materia de inversiones extranjeras (grupo A).
- b) Y habrán de observarse las determinaciones del RIE y supletoriamente las de su normativa específica anterior respecto a las inversiones en sociedades cuyo objeto social está comprendido en la Ley 18/1992 y en el RIE (grupo B).

Son inversiones sujetas al régimen general, aunque anteriormente tuvieran una regulación específica (grupo A), entre otras, las efectuadas en sociedades cuyo objeto sea alguno de los siguientes:

- Autopistas.
- Bancos.
- Carburantes.
- Cinematografía.
- Concesionarias de aprovechamientos de aguas públicas (salvo relacionadas con la defensa nacional).
- Contratistas de obras, servicios y suministros con el Estado u Organismos autónomos.
- Editoriales.
- Entidades colaboradoras en la expedición de certificados de calidad, homologación y verificación.
- Entidades de financiación y empresas de factoring.
- Hidrocarburos (la Ley de Industria, Ley 21/1992, de 16 de julio, ya había liberalizado las inversiones efectuadas por nacionales de Estados miembros de CEE).
- Informativas, excepto radio y televisión (incluidas estas últimas en el grupo B).
- Mineras (salvo explotación de minerales de interés estratégico, que están incluidas en el grupo B).
- Navieras.
- Periodísticas (salvo radio y televisión).
- Refino de petróleo.
- Seguros.
- Empresas de seguridad privada. Es dudosa su relación con la defensa

nacional. En mi opinión, los términos del artículo 26 del RIE no permiten considerar a estas sociedades como dedicadas a actividades relacionadas con la defensa nacional. Por tanto, en mi opinión, debe entenderse derogado, en materia de inversiones extranjeras, el Real Decreto 880/1981, de 8 de mayo.

- Servicios públicos.
- Y aquellas otras sociedades que anteriormente tenían una regulación específica en materia de inversiones únicamente para el caso de pretender acogerse a determinados beneficios, como por ejemplo sociedades fabricantes de componentes electrónicos y de informática, gestoras de fondos de inversión mobiliaria, seguros de inversiones en el exterior, turísticas exportadoras, etc.

A continuación citaremos ejemplos de inversiones en sociedades que anteriormente tenían un régimen específico en materia de inversiones extranjeras y que ahora continúa en vigor, si bien con carácter supletorio, con relación a la regulación prevista en el RIE (grupo B):

a) *Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional*

Armas y explosivos. Estas sociedades resultan reguladas por el Real Decreto 2114/1978, de 2 de marzo (Reglamento de Explosivos) (arts. 5, 32 y 41).

También se aplica a las mismas el Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 2179/1981, de 24 de julio (art. 8).

Sociedades concesionarias de aprovechamientos de aguas públicas para abastecimiento de actividades relacionadas con la defensa nacional. Estas sociedades se hallan reguladas por el Real Decreto 672/1966, de 17 de marzo (art. 2, *in fine*).

Explotación de minerales de interés estratégico. Rige la Ley 22/1973, de 21 de julio, según redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1303/1986, de 28 de junio (arts. 11 y 89 a 93).

La declaración de materias primas de interés estratégico corresponde al Consejo de Ministros.

Telecomunicaciones relacionadas con la defensa nacional. Rige la Ley de Telecomunicaciones, Ley 31/1987, de 18 de diciembre (arts. 1, 5, 7, 8, 11 a 15, 20 a 23, 25 y 26).

b) *Juego*

En esta materia de inversiones extranjeras la regulación se halla recogida en el Real Decreto 1026/1977, de 28 de marzo, y en la Orden de 30 de mayo de 1977.

c) *Radio y televisión*

Rige la Ley 4/1980, de 10 de enero; la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, y legislación complementaria, en especial las siguientes: Real Decreto 2648/1978, de 27 de octubre; Orden de 10 de noviembre de 1978; Real Decreto 1433/1979, de 8 de junio; Orden de 28 de agosto de 1980, y Real Decreto 3302/1981, de 18 de diciembre, y disposiciones concordantes.

Habrà de tenerse en cuenta, ademàs, el régimen establecido por la Ley de Televisión Privada, Ley 10/1988, de 3 de mayo (arts. 1, 2, 7, 8, 10, 11 y 17 a 23).

d) *Transporte aéreo*

Se halla vigente la Ley de Navegación Aérea, Ley 48/1960, de 21 de julio (en especial, en esta materia, arts. 67 a 91).

Tres precisiones importantes deben hacerse en esta sede:

1. Aun cuando la legislación anterior permitiera en sectores específicos una inversión extranjera libre hasta un determinado porcentaje de capital social, en la actualidad se aplica *siempre* y en todo caso el régimen de autorización administrativa, sea cual fuere el porcentaje de participación extranjera en la sociedad. En mi opinión, la supletoriedad del régimen anterior no autoriza a mantener los límites de libre inversión extranjera en estas sociedades.

2. Aunque la legislación anterior sólo sometiera a régimen específico las inversiones extranjeras de nacionales extranjeros, residentes o no, y no regulara como específicas las inversiones de españoles residentes en el extranjero (por ejemplo, la legislación de minas), en la actualidad la autorización especial examinada se exige para *cualquier inversión extranjera* en los sectores específicos. Y será inversión extranjera cualquiera de las realizadas por los sujetos a que se refiere el artículo 2 del RIE.

De *lege ferenda*, y con relación a los dos apartados anteriores, sería preferible que el legislador mantuviera la vigencia de la normativa anterior para no endurecer el régimen de estas inversiones. Sin embargo, de *lege data*, creo que la interpretación apuntada es la más segura, al menos en tanto no se dicte una resolución o instrucción en contra.

3. Complementaria de la regulación específica de estas sociedades en materia de inversiones extranjeras (grupo A y grupo B), existe en la mayoría de los casos un régimen especial para las mismas en relación preferentemente a la nacionalidad española de sus administradoras y al carácter nominativo de sus acciones. No se expone aquí, pero habremos de tenerlo

siempre muy en cuenta a la hora de redactar escrituras de constitución de tales sociedades.

12. LA DECLARACION AL REGISTRO DE INVERSIONES EXTRANJERAS

Según el artículo 16 del RIE, las inversiones extranjeras en España serán declaradas al Registro de Inversiones Extranjeras, que se lleva en el Ministerio de Economía y Hacienda.

La obligación de efectuar la declaración corresponde:

- A los titulares de la inversión extranjera.
- A los fedatarios públicos que intervengan en alguno de los actos referentes a las mismas.
- A las sociedades o agencias de valores o cualquier otra entidad cuya intervención sea preceptiva para la suscripción o transmisión de valores o que actúen como depositarias de los valores adquiridos, de acuerdo con las normas que les sean de aplicación.

Continúa dicho artículo remitiéndose a normas de aplicación del RIE en lo referente a la forma y plazo de realizar la declaración en cuanto a inversiones en valores no negociables, inmuebles y otras formas de inversión. Y respecto de las inversiones en valores negociables establece que serán declaradas al Registro de Inversiones por parte de las entidades depositarias, las cuales remitirán la información que se determine en las normas de aplicación del RIE. Además, los inversores extranjeros remitirán a la DGTE las comunicaciones a que se refiere el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicaciones de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias. En desarrollo del RIE se ha dictado la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992, que en materia de declaración de inversiones directas establece lo siguiente en sus instrucciones 8.^a, 14, 16, 17, 18 y siguientes:

- a) Como regla general (instrucción 8.^a), los impresos de declaración deberán ser entregados por el declarante, debidamente cumplimentados, al fedatario público, sociedad o agencia de valores o a la entidad cuya intervención sea necesaria de acuerdo con la legislación mercantil, *con carácter previo a la formalización de la inversión*. La declaración al Registro de Inversiones será suscrita por el inversor al objeto de interesar del fedatario o de la entidad que intervenga en la operación que dé curso a la declaración a los efectos de su posterior tramitación.

Los modelos impresos de declaración constan de cinco ejemplares. El fedatario público deberá, tras la formalización del correspondiente documento autorizado por él, diligenciar el impreso reteniendo el ejemplar 5 (copia), *que quedará incorporado a su protocolo*, libro-registro o archivo, según proceda, y entregará al interesado el ejemplar 4. El fedatario o entidad interviniente o el titular de la inversión extranjera, en su caso, remitirá los tres ejemplares restantes al Registro de Inversiones Extranjeras *en el plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde la fecha de la formalización de la inversión*. El Registro de Inversiones devolverá al fedatario el ejemplar 2, debidamente diligenciado, como constancia del acto registral, y al titular de la inversión o a la persona que éste designe el ejemplar 3, que servirá al interesado de prueba de que la inversión o su liquidación han sido declaradas.

- b) Si la declaración de la inversión (instrucción 8.^a también) o de su liquidación se efectúa por cambio de residencia, se tramitará directamente por su titular, quien cumplimentará el correspondiente impreso, retendrá en su poder los ejemplares 4 y 5 y remitirá los restantes al Registro de Inversiones en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que pueda acreditarse la nueva residencia. Dicha acreditación se acompañará a la correspondiente declaración de la inversión o de su liquidación.
- c) El modelo impreso a utilizar en la declaración de inversiones directas es el *modelo MC-1A*, sin perjuicio de lo que luego veremos.
- d) Con arreglo a la instrucción 10, el incumplimiento de la obligación de declaración al Registro de Inversiones Extranjeras no impedirá el ejercicio del derecho de transferencia al exterior, pero será constitutivo de infracción a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 40/1979, de Control de Cambios.

- e) *Inversiones en sociedades no cotizadas, sociedades participadas, sucursales y establecimientos*

El modelo impreso, como hemos dicho, es el MC-1A; en el caso de derechos de suscripción, obligaciones convertibles en acciones y otros análogos que por su naturaleza den derecho a participación en el capital de sociedades españolas, la declaración en el modelo MC-1A sólo se efectuará en el momento en que se produzca la adquisición efectiva de las acciones o participaciones derivadas del ejercicio de los derechos comprendidos en dichos instrumentos y reflejará la operación de adquisición en su conjunto.

Si se trata de adquisición de inmuebles constitutiva de actividad empresarial (concepto jurídico indeterminado), la inversión se califica de inversión directa; en este caso, la inversión se declarará en el modelo MC-1A, al que se adjuntará el modelo MC-3A. De este último sólo se cumplimentarán sus apartados «Datos del inmueble» y «Datos de la inversión».

En todo caso, el modelo impreso MC-1A deberá acompañarse de copia del documento de identificación fiscal de la sociedad española, sucursal o establecimiento en España, destinataria de la inversión.

Se cumplimentará un modelo MC-1A para cada operación de inversión y referida a un mismo titular. Las inversiones sucesivas del mismo titular dan lugar a nueva declaración. *Pero el pago de cantidades aplazadas o dividendos pasivos NO ES NUEVA INVERSION* y, por tanto, no se precisa nueva declaración.

Pero sí deben declararse las inversiones en aumentos de capital por transformación de reservas o capitalización de préstamos y créditos o incorporación de saldos de las cuentas de regularización.

Y todo ello según el contenido de la instrucción 14.

Según la instrucción 16, las sucursales en España de personas no residentes deberán remitir a la DGTE durante el primer trimestre de cada año la «Cuenta de enlace con la casa matriz», referida al 31 de diciembre del ejercicio anterior. Dicha cuenta debe contener los epígrafes que se detallan en dicha instrucción.

Los títulos en que se hayan materializado las inversiones directas podrán exportarse o importarse libremente. Pero dicha exportación o importación debe declararse al Registro de Inversiones Extranjeras en el plazo de un mes, a contar de la fecha en que se produce la salida o entrada de los correspondientes títulos. A estos efectos, el interesado suscribirá el modelo impreso MC-2 sin necesidad de intervención de fedatario público o sociedad o agencia de valores. Regula con mayor detalle esta declaración la instrucción 17.

f) *Inversiones en valores negociables*

Se equiparan, según dispone la instrucción 18, a efectos del procedimiento de declaración, las inversiones en valores no cotizados en aquellos casos en que se haya previsto la cotización de las referidas acciones y valores mediante el correspondiente folleto de emisión debidamente verificado y registrado por los organismos competentes.

Los inversores no residentes que suscriban o adquieran valores negociables en el mercado español deberán mantener sus cuentas de valores o depósitos de títulos en una entidad española, salvo en los casos de expor-

tación. Dicha exportación debe declararse por la entidad depositaria al Registro de Inversiones.

Detalla a continuación la instrucción 21 las entidades que pueden actuar como depositarias, administradoras o gestoras de valores representados por anotaciones en cuenta.

Las entidades que se propongan actuar como depositarias, administradoras o gestoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta, adquiridos por no residentes en el mercado español, deberán notificarlo a la DGTE antes de comenzar a ejercer dicha actividad, según un modelo anexo a la Resolución de 6 de julio de 1992.

Las inversiones extranjeras en valores negociables deberán declararse al Registro de Inversiones Extranjeras:

- i) Por sus titulares, ante la DGTE, presentando el ejemplar para dicho organismo del modelo aprobado por la Circular 2/1991, de 24 de abril, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicaciones de participaciones significativas en sociedades cotizadas.
- ii) Por las entidades depositarias, administradoras o gestoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta, quienes remitirán al Registro de Inversiones Extranjeras las comunicaciones mensuales de flujos y anuales de *stocks*. Regula con detalle dichas comunicaciones la instrucción 24.

Se regula asimismo en las instrucciones 27 a 30 de dicha Resolución las declaraciones que deben efectuarse al Registro de Inversiones Extranjeras en los supuestos de canje de valores negociables por valores de sociedades no cotizadas, o viceversa, y en los supuestos de admisión o exclusión de cotización en Bolsa de valores de sociedades españolas en las que existan inversiones extranjeras declaradas al Registro de Inversiones Extranjeras.

13. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EFECTUADAS POR SOCIEDADES ESPAÑOLAS CON PARTICIPACION MAYORITARIA EN SU CAPITAL

Según el artículo 2.5 del RIE, «... se considerarán inversiones extranjeras, en los términos previstos en el artículo 8, las que realicen las sociedades españolas con participación extranjera en su capital, así como las sucursales y establecimientos en España de no residentes, mediante la constitución de sociedades españolas o mediante la adquisición de acciones o participaciones de las mismas».

Y según el artículo 8 del RIE, «... se considerarán extranjeras las inversiones efectuadas por sociedades españolas con participación extranjera en su capital superior al 50 por 100 y por sucursales y establecimientos de no residentes cuando las mismas consistan en la creación de sociedades españolas o en la toma de participación en las mismas calificable como de inversión directa».

Y continúa diciendo que «en estos supuestos, la inversión efectuada por las sociedades españolas indicadas y por sucursales y establecimientos se computará 100 por 100 extranjera. El régimen aplicable a las inversiones extranjeras previstas en el presente artículo será el establecido con carácter general en el artículo 7 del presente Real Decreto para las inversiones extranjeras directas».

Y termina dicho precepto fijando que «excepcionalmente se computará como participación extranjera al 100 por 100 la que efectúe una sociedad española con participación extranjera en su capital igual o inferior al 50 por 100 cuando los socios no residentes tengan una situación de predominio en la sociedad inversora, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar a la Administración la existencia de una influencia decisiva de dichos socios extranjeros en la gestión de la sociedad».

Son, por tanto, inversiones extranjeras las efectuadas por sociedades españolas con participación extranjera en su capital *superior al 50 por 100*, siempre que dichas inversiones consistan en la creación de sociedades españolas o en la adquisición de participaciones o acciones en las mismas calificable de inversión directa (generalmente que representen al menos el 10 por 100 del capital social).

Para poder conocer las sociedades españolas con participación extranjera mayoritaria en su capital social, el anterior Reglamento de Inversiones Extranjeras de 25 de septiembre de 1986 dispuso en su artículo 20.2 la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de sucesivas listas de sociedades españolas que tengan participación extranjera en su capital. La última lista publicada es la aprobada por Resolución de la DGTE de 29 de mayo de 1985, publicada en el *BOE* el día 9 de agosto de 1985. En ella se incluyen aquellas sociedades españolas con participación extranjera en su capital *superior al 25 por 100*.

Debemos recordar que la Circular de la DGRN de 15 de julio de 1976 precisó que en tanto una sociedad española no estuviera incluida en dichas listas sólo a la misma sociedad o a los interesados puede exigirse el cumplimiento de la legislación sobre inversiones extranjeras.

El nuevo RIE no dispone nada acerca de la publicación de estas listas y además deroga expresamente el anterior Reglamento de 1986. Teniendo en cuenta además que en dichas listas figuraban sociedades españolas con participación extranjera en su capital superior al 25 por 100 y que hoy sólo

son tenidas en cuenta, a estos efectos, las sociedades con más de un 50 por 100 de capital extranjero, creo que ni el Notario ni el Registrador pueden solicitar ningún dato sobre participación extranjera en su capital a las sociedades españolas.

No obstante, si el Notario tiene conocimiento directo de que la participación extranjera en la sociedad supera los porcentajes establecidos en la ley deberá aplicar la legislación sobre inversiones extranjeras.

Recordemos que la instrucción 7,6 de la Resolución de 6 de julio de 1992 dispone que «en los casos de inversiones directas efectuadas por sociedades españolas con participación extranjera en su capital superior al 50 por 100, dichas sociedades manifestarán ante el fedatario público o entidad interviniente tal condición y aportarán, a los efectos de formalizar la citada inversión extranjera, certificación de la propia sociedad inversora justificativa de la participación extranjera en su capital».

La instrucción de 11 de marzo de 1992 de la DGTE establece expresamente en su apartado D) que «en el caso de inversiones realizadas por sociedades españolas con participación extranjera en su capital no se necesita, como hasta ahora, justificar el medio de pago, ya que es efectuado por residente aunque el pago se efectúe en divisas o proceda del exterior».

Pero, en mi opinión, esto sólo será válido si la sociedad utiliza como medio de pago pesetas o instrumentos de pago cifrados en pesetas; si paga con divisas o instrumentos cifrados en divisas, habrá que justificar el medio de pago empleado. Ni el artículo 17 del RIE, ni la Resolución de 6 de julio de 1992, instrucción 7,2, autorizan un trato de favor para una sociedad española residente pero que efectúa una inversión extranjera con pago en divisas.

Por lo demás, ya que la inversión efectuada por estas sociedades españolas pueden ser extranjeras, en los casos vistos, deberemos tener en cuenta que tales inversiones pueden precisar de verificación. A tal efecto, dispone la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992, en su instrucción 12,3, que el modelo para solicitar la verificación, en su caso, será el modelo impreso MC-5 y que a la solicitud de verificación deberá acompañarse la última declaración del Impuesto de Sociedades de la sociedad española en que se invierte, salvo en los casos de constitución de sociedades, y la referencia del MC-1A de declaración al Registro de Inversiones de la inversión extranjera en la sociedad española inversora.

Asimismo, la inversión puede requerir una autorización previa, en los casos de inversiones en sectores específicos, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 18/1992, de 1 de julio, y en el artículo 26 del RIE, ya examinado (aunque habremos de tener en cuenta si la participación extranjera corresponde a residentes en países de la CEE y en qué proporción). En estos casos en que la autorización sea preceptiva, estimo aplicable, por analogía, la instrucción 12,3 de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992.

Las sociedades españolas con participación extranjera en su capital superior al 50 por 100 ¿son inversores extranjeros cuando sus inversiones en sociedades tengan el carácter de inversiones de cartera? La respuesta afirmativa se basa en el tenor literal del artículo 2.5 del RIE, pero la respuesta negativa es la más fundada y deriva del tenor literal de otros preceptos como el artículo 8 del RIE y las instrucciones 7,6 y 12,3 de la Resolución de 6 de julio de 1992.

Y para finalizar este apartado diremos que la Resolución de la DGTE citada, en su instrucción 16, establece lo siguiente:

«... 2. Las sociedades españolas con participación extranjera directa y de cartera en su capital superior al 50 por 100 y cuyo capital social más reservas sea superior a 500 millones de pesetas, deberán presentar a la Dirección General de Transacciones Exteriores, en el plazo máximo de siete meses contados a partir del cierre del ejercicio social, una Memoria de actividad.

3. Dicha Memoria se presentará mediante el modelo impreso número MC-4 acompañado de copia de la última declaración del Impuesto de Sociedades. El impreso se cumplimentará, en sus tres ejemplares, por la sociedad declarante, que serán presentados por ésta de acuerdo con el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo al Registro de Inversiones. Este devolverá un ejemplar sellado y conservará los restantes y, en su caso, remitirá a la sociedad el tercero haciendo constar en el mismo las observaciones oportunas.

4. Cuando la Dirección General de Transacciones Exteriores requiriese individualmente la presentación de Memoria anual a las sociedades españolas que no cumpliesen simultáneamente las condiciones a que se refiere el punto 2 de la presente instrucción se utilizará al efecto el modelo impreso MC-4, en defecto de instrucciones específicas.

5. Las sociedades españolas con participación extranjera en su capital superior al 10 por 100 declararán en el modelo impreso MC-R sin necesidad de intervención de fedatario público español, sociedad o agencia de valores, el aumento de participación extranjera resultante en dicha sociedad como consecuencia de la reducción de su capital. Dicho impreso MC-R deberá ir acompañado de copia de la escritura de formalización de la reducción de capital.»

A esta Memoria de actividad se refiere también la instrucción 25 de la misma Resolución, reiterando que debe ser presentada por la sociedad que se encuentre en dichos supuestos y que además puede ser requerida su presentación por la DGTE.

14. LAS INVERSIONES DE CARTERA

Se hallan definidas en el artículo 9 del RIE:

«Constituye inversión de cartera:

- a) La suscripción y adquisición de acciones de sociedades españolas, tanto si se adquieren en mercados organizados como fuera de ellos, así como la adquisición de participaciones sociales cuando se trate de sociedades cuyo capital no esté representado por acciones, *siempre que las indicadas adquisiciones no constituyan inversión directa*.
A efectos del presente capítulo, se equipará a la adquisición de acciones la de valores tales como derechos de suscripción, obligaciones convertibles en acciones u otros análogos que por su naturaleza den derecho a participación en el capital.
- b) La suscripción y adquisición de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por personas o entidades públicas o privadas residentes, ya sean de rendimiento implícito o explícito y de instrumentos financieros emitidos por residentes.
No tendrá la consideración de inversión extranjera la adquisición por no residentes de valores librados singularmente o en cuya emisión no concurren las circunstancias propias de los valores negociables.
- c) La participación en fondos españoles de inversiones colectivas debidamente autorizados o inscritos en los Registros Especiales correspondientes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.»

Las inversiones de cartera *son libres, sin necesidad de verificación previa*. Así lo establece el artículo 10 del RIE.

Sin embargo, no debemos olvidar que la adquisición de acciones o participaciones en sociedades españolas a que se refiere la Ley 18/1992, de 1 de julio, y el artículo 26 del RIE requieren autorización administrativa, salvo las excepciones estudiadas.

El artículo 11 del RIE regula las emisiones de valores en mercados extranjeros:

«1. La emisión o colocación en mercados extranjeros de las acciones y valores a que se refiere el artículo 9 precedente, efectuadas por sociedades o entidades españolas tanto en régimen de oferta pública como de colocación privada, *son libres*.

2. Cuando la emisión o colocación indicadas se refiera a las acciones y valores reseñados en el apartado a) del citado artículo 9, la operación se someterá a verificación previa de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

3. Si la emisión o colocación se refiere a los valores reseñados en el párrafo b) del artículo 9 y éstos estuviesen denominados en pesetas, habrán de observarse las obligaciones y requisitos establecidos en el Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores.»

La instrucción 4,2 de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992 establece que «para la obtención de las verificaciones, autorizaciones y para las declaraciones de las operaciones de inversión reguladas en los artículos 11 y 14 del Real Decreto 671/1992, bastará escrito en el que se expongan los datos relativos a la operación de referencia, conforme se dispone en la presente Resolución».

Y si se trata de solicitud de verificación para la emisión y colocación en mercados extranjeros de acciones y valores participativos de sociedades españolas deberán presentarse los escritos de solicitud de verificación ante la DGTE, adjuntando a dichos escritos el acuerdo y las características de la emisión y, en su caso, el contrato de colocación, según establece la instrucción 19,2 de la misma Resolución.

El procedimiento de autorización y de verificación, por lo demás, es el expuesto a propósito de las inversiones directas; al mismo nos remitimos.

Dicha Resolución regula, además, en su capítulo III, instrucciones 18 y siguientes, las inversiones en valores negociables.

Nos remitimos a lo expuesto en sede de inversiones directas por lo que respecta al procedimiento de declaración de la inversión, comunicación de participaciones significativas, declaraciones de entidades depositarias, exportación e importación de títulos y declaraciones al Registro de Inversiones por la admisión y exclusión de Bolsa de Valores en sociedades españolas y canje de valores.

La instrucción 18 enumera *ad exemplum* algunos valores negociables representativos de empréstitos, como bonos, obligaciones convertibles o no en acciones, letras del Tesoro y pagarés, cédulas, bonos y participaciones hipotecarias...

Aclara, además, que el concepto de valor negociable debe entenderse en los términos de la Ley del Mercado de Valores y demás normas que la desarrollan, caracterizándose los mismos por su negociabilidad en términos de un mercado organizado y su agrupación en misiones.

15. INVERSIONES EN BIENES INMUEBLES

A ellas se refieren los artículos 12 y 13 del RIE.
Establece el primero de ellos:

«1. Constituye inversión extranjera en inmuebles la adquisición por personas físicas o jurídicas no residentes de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España.

Se entiende incluida en esta forma de inversión la adquisición por inversores no residentes de cuotas proindivisas de un inmueble para su disfrute a tiempo parcial.

2. Cuando la adquisición de inmuebles por inversores no residentes constituya en sí misma una actividad de naturaleza empresarial, la inversión se registrará por las disposiciones previstas para las inversiones extranjeras directas.»

Se entienden incluidas, por tanto, la adquisición del dominio y de los derechos reales limitativos del dominio, sean de uso o disfrute, de garantía o de adquisición preferente.

Según establece este precepto, en ocasiones una inversión extranjera en inmuebles será considerada como inversión extranjera directa; esto ocurrirá cuando la adquisición de inmuebles (del dominio o derechos reales sobre los mismos) *constituya en sí misma una actividad de naturaleza empresarial*.

Habrà que aplicar entonces el régimen de las inversiones extranjeras directas. Pero no clarifica el RIE cuándo una adquisición de inmuebles deba ser considerada una actividad de naturaleza empresarial. Habrà que estudiar cada caso concreto; en mi opinión, el criterio a tener en cuenta es el destino que el inversor extranjero quiere dar al inmueble por él adquirido.

No creo que debamos calificar de actividad empresarial la adquisición de inmuebles comprendidos en los artículos 13.2 y 12.2 de la anterior Ley de Inversiones Extranjeras y su Reglamento, respectivamente, ya que los mismos han sido expresamente derogados. Así, si un mismo inversor adquiere más de tres viviendas en una misma propiedad horizontal, para destinarlas a uso propio, no cabrá calificar la inversión de inversión extranjera directa.

Los préstamos y créditos hipotecarios o personales concedidos por residentes a no residentes no tienen la consideración de inversiones extranjeras y por lo tanto no se hallan regulados en el RIE. Los préstamos y créditos concedidos por las entidades delegadas residentes a personas físicas o jurídicas no residentes se hallan reguladas en la Orden de 4 de febrero de 1990, Orden de 16 de abril de 1991 y Resolución de la Secretaría de Estado de Economía de 6 de mayo de 1991. Dichos préstamos, hipotecarios o no, son enteramente libres, con el mismo alcance que la autoridad monetaria determina para la concesión de estos préstamos y créditos a residentes.

Y en la actualidad dichos créditos y préstamos se hallan incluidos en la liberalización global de actos y negocios entre residentes y no residentes a que se refiere el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre.

También se hallan liberalizados, por lo dispuesto en este último texto

legal, las fianzas y avales prestados por no residentes a residentes, o viceversa.

Dispone el artículo 13 del RIE:

«1. Las inversiones extranjeras en bienes inmuebles podrán efectuarse libremente, sin sometimiento al trámite de verificación administrativa previa, salvo lo establecido en los apartados 2 y 3 y siguientes y sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional.

2. Quedan sujetas al trámite de verificación administrativa previa las inversiones que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles y cuyo importe total supere los 500 millones de pesetas.

3. Requerirán igualmente verificación administrativa previa las inversiones en bienes inmuebles que, con independencia de su importe, procedan de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

4. Tendrán la consideración de rendimiento de inversión en bienes inmuebles las rentas obtenidas por el arrendamiento de los mismos, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del presente Real Decreto serán libremente transferibles al exterior.»

No repetiremos ahora la enumeración de los países y territorios fiscales que consta ya en sede de inversiones directas en este estudio.

En el supuesto de que la verificación sea necesaria, deberá solicitarse en la forma que determinan las instrucciones 31 a 35 de la Resolución de 6 de julio de 1992:

- a) El impreso de solicitud será el MC-6.
- b) El procedimiento será el regulado y examinado para la verificación de las inversiones directas.

En cuanto a la declaración de la inversión al Registro de Inversiones Extranjeras rigen las normas de la instrucción 8.^a de la misma Resolución, que ya han sido examinadas, y además las siguientes:

- a) Para la declaración de la inversión se utilizará el modelo MC-3A.
- b) Podrá utilizarse un solo impreso cuando se formalicen en un acto simultáneo y en único documento autorizado por fedatario público español inversiones y desinversiones efectuadas por un mismo titular o comunidad de titulares en bienes inmuebles de igual naturaleza, destino y localidad.
- c) En caso de transmisión de bienes inmuebles entre no residentes se cumplimentará simultáneamente un modelo impreso MC-3A por el adquirente y un modelo impreso MC-3B por el transmitente.

- d) La realización de obras nuevas y ampliaciones de las mismas, reformas y mejoras, susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, sobre inmuebles objeto de inversión extranjera será objeto de declaración al Registro de Inversiones Extranjeras mediante modelo MC-3A en el momento en que se produzca la formalización ante fedatario público de dicha obra nueva, ampliación, reforma o mejora. En dicho impreso deberá constar en el casillero destinado al efecto el número del MC-3A correspondiente a la inversión original que se declaró en su día al Registro de Inversiones.
- e) Cuando el titular de la inversión extranjera entregue cantidades a cuenta, bien directamente a un promotor, bien a un concesionario residente para la adquisición de edificios en construcción al amparo de la legislación aplicable al efecto no se cumplimentará el modelo impreso MC-3A hasta que se otorgue la escritura notarial de adquisición. *En dicha escritura se dejará constancia de la justificación de las referidas cantidades entregadas a cuenta.*
- f) Cuando la adquisición de inmuebles se produzca como consecuencia del ejercicio de un derecho de opción de compra, la declaración en el modelo impreso MC-3A se realizará en el momento de la adquisición de dichos inmuebles, no siendo necesaria su formalización con anterioridad a este momento.
- g) Las inversiones en inmuebles que deban ser consideradas inversiones extranjeras directas se declararán, conforme a la instrucción 14,3 de la misma Resolución, en el modelo impreso número MC-1A al que se adjuntará el impreso MC-3A. De este último sólo se cumplimentarán sus apartados «Datos del inmueble» y «Datos de la inversión».

16. INVERSIONES EN BIENES INMUEBLES Y LA LEGISLACION DE PROTECCION DE LA DEFENSA NACIONAL

La legislación en materia de inversiones extranjeras en bienes inmuebles dictada por razones estratégicas o de defensa nacional está constituida por la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio; la Ley 8/1975, de 12 de marzo; el Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, y la Orden de 21 de octubre de 1983.

De la Ley de 12 de marzo de 1975 transcribiremos los siguientes artículos, en relación con las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros:

«.....»

Artículo 16. En las zonas de acceso restringido a la propiedad por

parte de extranjeros, a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, la extensión total de los bienes inmuebles pertenecientes en propiedad o gravados con derechos reales a favor de personas físicas o jurídicas extranjeras no podrá exceder del 15 por 100 de su superficie, computado y distribuido en cada zona en la forma que reglamentariamente se determine.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, *quedará fuera del ámbito de aplicación de este capítulo y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales y las futuras, siempre que consten en planes aprobados conforme a lo establecido en la legislación urbanística que hayan sido informados favorablemente por el Ministerio militar correspondiente, circunstancia que se hará constar en el acto de la aprobación* (la mejor doctrina y la Orden de 21 de octubre de 1983 equiparan estas expresiones al núcleo urbano, zonas urbanizadas o de ensanche a la de SUELO URBANO en sentido jurídico urbanístico).

.....

Art. 18. En las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros quedan sujetas al requisito de la autorización militar, tramitada en la forma que reglamentariamente se determine:

- a) La adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase.
- b) La constitución, transmisión y modificaciones de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas a favor de personas extranjeras.
- c) La construcción de obras o edificaciones de cualquier clase, así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros. (No se transcriben dos párrafos relacionados con la legislación de Zonas de Interés Turístico Nacional, ya que la Ley de 28 de diciembre de 1963 ha sido derogada por la Ley 28/1991, de 5 de diciembre.)

Art. 19. Será igualmente exigible la autorización militar en todos los casos que previene el artículo anterior a las sociedades españolas cuando su capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras en proporción superior al 50 por 100 o cuando, aun no siendo así, tengan tales características que sus inversiones hayan de considerarse como inversiones extranjeras, de acuerdo con la normativa vigente.

Art. 20. A los efectos establecidos en los artículos anteriores, los Notarios y Registradores de la Propiedad deberán exigir de los interesados el acreditamiento de la oportuna autorización militar, con carácter

previo al otorgamiento o inscripción, respectivamente, de los instrumentos públicos relativos a los actos o contratos de transmisión del dominio o constitución de derechos reales a que dichos preceptos se refieren.

Art. 21. Deberán necesariamente inscribirse en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se establezcan, reconozcan, transmitan, justifiquen o extingan, en favor de personas físicas o jurídicas extranjeras, el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en las zonas restringidas.

Deberán también inscribirse las concesiones administrativas sobre los bienes citados, otorgados a favor de las referidas personas extranjeras.

La falta de inscripción de los títulos indicados que se otorguen a partir de la entrada en vigor de esta Ley, dentro de los dieciocho meses siguientes a sus respectivas fechas, determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones, de lo cual deberán hacer advertencia expresa los Notarios autorizantes en las correspondientes escrituras.

En los casos en que, sin culpa del adquirente, los referidos títulos estén pendientes de la liquidación del Impuesto de Transmisiones o de cualquier otra formalidad que impida la inscripción, el plazo a que se refiere el párrafo anterior se ampliará a veinticuatro meses.

Art. 25. Cuando la adquisición de fincas o la constitución de derechos reales sobre las mismas a favor de extranjeros se verifique por título hereditario universal o singular, los interesados deberán solicitar la autorización exigida por el artículo 18 de esta Ley en el plazo de tres meses o proceder a la enajenación de los bienes en el término de un año, contados ambos desde que el adquirente pudo ejercitar legalmente sus facultades como titular del dominio o del derecho real de que se trate.

Transcurrido el plazo de un año sin haberlo enajenado o el mismo plazo, contado a partir de la fecha en que se negó la autorización solicitada, el Ministerio de Defensa podrá proceder a la expropiación forzosa con arreglo a lo previsto en el párrafo 2.º del artículo 23.

Art. 27. En las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, a que se refiere el presente capítulo, éstos no podrán adquirir por prescripción el dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.»

La disposición final segunda de la Ley de 12 de marzo de 1975, según redacción dada por la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, exige para todos los actos jurídicos sobre bienes inmuebles a que se refieren los artículos transcritos anteriormente, *cualquiera que sea la nacionalidad del adquirente*, la previa autorización del Consejo de Ministros (hoy del Delegado de Gobierno, en virtud de lo dispuesto en la disposición final primera del

Reglamento); si el adquirente es extranjero, dicha autorización sustituye a la autorización militar que prevé la Ley.

La Orden de 21 de octubre de 1983 recoge en anexo la relación de los términos municipales, por distritos hipotecarios, afectados por las limitaciones vistas.

La Circular de la Dirección General de Política de Defensa (DIGENPOL) de 18 de septiembre de 1986 establece que los nacionales comunitarios, al igual que los españoles, no necesitan autorización previa del Ministerio de Defensa para la adquisición de inmuebles en las *zonas de acceso restringido a la propiedad*, EXCEPTO EN CEUTA Y MELILLA.

Y luego, la disposición adicional de la Ley de 1975, redactada por la Ley 31/1990, de 22 de diciembre, establece, en su párrafo primero, inciso primero, que «las limitaciones que para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como para la realización de obras y edificaciones de cualquier clase, son de aplicación en los territorios declarados, o que se declaren, zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros en virtud de las previsiones contenidas en las disposiciones que integran el capítulo III, no regirán respecto de las personas físicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea».

17. OTRAS FORMAS DE INVERSION

Reguladas en los artículos 14 y 15 del RIE. Según el artículo 14 «tendrán la calificación de otras formas de inversión las inversiones extranjeras que tengan por objeto:

- a) Cuentas en participación.
- b) Comunidades de bienes.
- c) Fundaciones.
- d) Agrupaciones de interés económico.
- e) Cooperativas.
- f) Otros supuestos que mediante Real Decreto se determinen por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda».

Destaca la referencia a las comunidades de bienes; en mi opinión, si la inversión extranjera se realiza por varios inversores en uno o varios inmuebles, estaremos en presencia de una inversión en bienes inmuebles y no en el supuesto de comunidad de bienes.

Establece el artículo 15 «que las inversiones a que se refiere el artículo precedente son libres, con sometimiento al trámite de verificación administrativa previa:

- a) Cuando el valor total correspondiente a la participación de los inversores extranjeros sea superior a 500 millones de pesetas.
- b) Cuando, con independencia de su importe, procedan de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio».

En el supuesto de que la verificación fuera necesaria, la solicitud deberá presentarse mediante escrito del interesado en el que se expongan todos los datos relativos a la constitución, formalización o participación de las entidades o patrimonios objeto de la inversión, junto con una copia de dicho escrito y del estatuto o disposición interna por la que vaya a regirse la institución de que se trate. El procedimiento de tramitación es el general, expuesto en sede de inversiones directas. Todo ello en virtud de lo dispuesto en la instrucción 37 de la Resolución de 6 de julio de 1992 de la DGTE.

La declaración de la inversión al Registro de Inversiones Extranjeras se rige por lo dispuesto en la instrucción 39 de dicha Resolución:

- Las inversiones extranjeras referidas se formalizarán mediante escritura pública o documento privado intervenido por fedatario público español, en los términos previstos por las normas civiles o mercantiles aplicables.
- Cuando por cambio de residencia deban declararse estas inversiones o su liquidación deberá hacerse la declaración por su titular en el plazo de seis meses desde que el mismo pueda acreditar la nueva residencia.
- Se formalizará en un solo acto cada operación de inversión referida a un mismo titular, institución española y tipo de operación. A estos efectos, habrá de comprobarse que la escritura de formalización no incluya datos distintos de los consignados en el escrito debidamente verificado o autorizado, en su caso, por el Organismo competente.
- Cada inversión sucesiva del mismo inversor en una misma institución dará lugar a nueva declaración. No es nueva inversión el pago de cantidades atrasadas.
- Para la transmisión de inversiones extranjeras en instituciones españolas entre no residentes habrá de acreditarse simultáneamente la declaración de la inversión por el adquirente y la correspondiente declaración de la liquidación por el transmitente.
- Si hay anticipos del pago de la inversión, no se realiza la declaración al Registro de Inversiones extranjeras hasta la formalización de la operación.
- El fedatario, o el titular de la inversión en su caso, remitirá copia simple de la escritura pública o del documento privado debidamente

intervenido por dicho fedatario, junto con copia del estatuto o disposición interna por la que se rija la institución de que se trate, si no se hubiese presentado ya, al Registro de Inversiones en el plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde la fecha de la formalización de la inversión.

- Una vez recibido, el Registro de Inversiones, mediante oficio, notificará al fedatario y al titular de la inversión o a la persona que éste designe la debida inscripción de la inversión en dicho Registro.

18. LA FORMA DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Según el artículo 17 del RIE:

«1. Las inversiones extranjeras, con la salvedad establecida en el apartado 3 siguiente, así como en los supuestos del artículo 2.2 y en la disposición transitoria primera del presente Real Decreto, se formalizarán en documento autorizado por fedatario público español. Dichos fedatarios públicos, así como los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, con carácter previo al ejercicio de las funciones y atribuciones que les confiere la legislación vigente, deberán exigir a los particulares la presentación de los documentos que acrediten haber cumplido los requisitos exigidos en las normas sobre inversiones extranjeras en España, incluidas las justificaciones de la condición de no residente a que se refiere el artículo 2 del presente Real Decreto y de la forma de aportación de entre las previstas en el artículo 3, según se establezca en las normas de desarrollo de este Real Decreto al objeto, según proceda, de su incorporación a la matriz o libro registro como documentos unidos por el fedatario público o conservación en su archivo por el Registrador de la Propiedad o Mercantil.

2. Las sucesivas transmisiones de los bienes o derechos en que se hubieran materializado las inversiones extranjeras en España, efectuadas en el extranjero entre no residentes, requerirán la intervención de fedatario público español.

3. No será necesaria la intervención de fedatario público para la adquisición, por no residentes, de valores cuya transmisión entre residentes pueda hacerse sin esa intervención, siempre que se efectúen con la participación o mediación de una sociedad o agencia de valores o de cualquier otra entidad cuya intervención sea necesaria para la operación, de acuerdo con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Dichas entidades estarán sujetas a la misma obligación de comprobación documental prevista para los fedatarios públicos y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en el apartado 1 anterior.»

Las excepciones a que se refiere el artículo son, además de la contemplada en el mismo, las siguientes:

- a) Las inversiones extranjeras por cambio de residencia del inversor (art. 2.2 del RIE).
- b) La recogida en la disposición transitoria primera del RIE, según la cual: «A la entrada en vigor del presente Real Decreto, los titulares no residentes de inversiones efectuadas con cargo a las extinguidas cuentas extranjeras de pesetas ordinarias deberán declarar dichas inversiones al Registro de Inversiones, en los términos que se determinen en las normas de desarrollo de este Real Decreto.»

La instrucción 7.^a de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992 precisa que también necesitan la forma pública las adquisiciones *mortis causa* e *inter vivos* a título gratuito y reitera el contenido del artículo 17 del RIE sobre documentación a exigir por el fedatario o entidad interviniente.

Según el artículo 25 del RIE, «las transmisiones de inversiones extranjeras en España efectuadas en el extranjero entre no residentes y con pago en el exterior se someterán a los requisitos de tramitación administrativa que tendría que cumplir el inversor extranjero si la transmisión se efectuase en España entre un residente y un no residente, con excepción de la justificación del medio de pago».

19. LAS INVERSIONES DE LAS PERSONAS JURIDICO-PUBLICAS EXTRANJERAS

Estudiaremos las inversiones efectuadas por Gobiernos y entidades de soberanía extranjera y la nacionalización de los titulares de inversiones extranjeras.

A las primeras se refiere la disposición adicional primera del RIE:

«1. A los efectos de esta disposición, se entiende por Gobiernos y entidades oficiales de soberanía extranjera:

- a) Los Estados extranjeros, las entidades de soberanía extranjera (lo definido no debe figurar en la definición) y las entidades e instituciones oficiales y públicas extranjeras.
- b) Las sociedades y empresas públicas extranjeras, entendiéndose por tales las que tengan mayoría de capital público o estén sometidas al control efectivo de las entidades enumeradas en el apartado anterior, así como las que tengan la calificación de públicas por la legislación de su país de origen.

2. Las inversiones que efectúen los Gobiernos y entidades de soberanía extranjera pertenecientes a Estados miembros de la Comunidad

Económica Europea son libres y se ajustarán a los procedimientos y formalidades establecidos en el presente Real Decreto para las inversiones efectuadas por personas privadas.

3. Las inversiones que efectúen los Gobiernos y entidades de soberanía extranjera pertenecientes a Estados no comunitarios, bien directamente, bien a través de sociedades o entidades domiciliadas en la Comunidad Económica Europea y controladas directa o indirectamente por aquéllos, necesitarán autorización especial del Consejo de Ministros, salvo que en virtud de Tratados internacionales suscritos y ratificados por España se encuentran liberalizadas.

4. En los supuestos en que fuera necesaria autorización para adquirir inmuebles en España destinados a representaciones diplomáticas o consulares, las notificaciones se efectuarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

5. Obtenidas las autorizaciones previstas en los apartados anteriores será necesaria, asimismo, autorización del Consejo de Ministros para toda modificación del objeto social de la sociedad española y para la modificación de cualquier condición sustancial impuesta por la anterior autorización.

Otras modificaciones requerirán autorización previa del Director general de Transacciones Exteriores.»

La solicitud de autorización en sociedades españolas, sucursales y establecimientos en España de no residentes deberá presentarse mediante el impreso MC-5. A dicho impreso se acompañará por triplicado o por duplicado (por triplicado si debe resolver el Consejo de Ministros) la siguiente documentación: i) descripción del objeto social de la sociedad o entidad española en la que se efectúa la inversión, e ii) identificación de todas aquellas entidades públicas de soberanía extranjera que pretendan ser titulares de la inversión extranjera, cuya autorización se solicita, especificando su relación con el sector público del país de origen de la inversión y su grado de influencia o control en la gestión de la entidad inversora (instrucción 13 e instrucción 20 de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992).

Si la inversión necesitada de autorización tuviera por objeto bienes inmuebles, el impreso para solicitarla es el modelo MC-6 y la documentación a acompañar por triplicado o duplicado, según los casos, es: i) la descripción de los datos relativos a la transmisión del inmueble, e ii) la misma identificación a que se refiere el párrafo anterior (instrucción 33 de la misma Resolución).

Y si se tratase de otras formas de inversión, la solicitud de autorización deberá presentarse mediante escrito del interesado en el que se expongan los datos relativos a la constitución, formalización o participación en las entidades o patrimonios objeto de la inversión, acompañando por triplicado o duplicado: i) la descripción del objeto de la institución española a constituir,

formalizar o en la que se va a participar; ii) la identificación de los socios o participantes en la institución española, con especificación de la actividad u objeto de cada uno de ellos, e iii) la misma identificación a que se refieren los párrafos anteriores (instrucción 38 de la misma Resolución).

El procedimiento de tramitación de los expedientes de autorización será el general, expuesto en sede de inversiones directas.

En cuanto a la nacionalización de titulares de inversiones extranjeras en España establece la disposición adicional segunda del RIE lo siguiente:

«1. Las inversiones que hubieran efectuado en España personas jurídicas privadas domiciliadas en países no pertenecientes a la Comunidad Económica Europea se someterán a autorización especial del Consejo de Ministros cuando sus propietarios reales o titulares formales fueran objeto de nacionalización en su país de origen.

2. Dicha autorización especial será exigida tanto si las inversiones privadas hubieran sido especialmente autorizadas conforme al régimen aplicable en el momento de su realización como si las mismas no hubieran necesitado autorización alguna.

3. La autorización deberá ser solicitada al Consejo de Ministros en un plazo no superior a tres meses a partir de la nacionalización del sujeto inversor, sin perjuicio de que el Gobierno pueda adoptar las medidas cautelares y de vigilancia que considere pertinentes a partir de la referida nacionalización.»

En cuanto al procedimiento, impresos y documentación para solicitar la autorización rige lo establecido para las inversiones efectuadas por Gobiernos y entidades de soberanía extranjera.

20. LAS TRANSMISIONES A TITULO LUCRATIVO *INTER VIVOS* Y *MORTIS CAUSA* Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Se hallan reguladas en la disposición adicional tercera del RIE, conforme a la cual:

«1. Los sujetos a que se refiere el artículo 2 del presente Real Decreto podrán adquirir inversiones en España por actos de disposición a título gratuito *inter vivos*, cualquiera que fuese la residencia del transmitente, siempre que dicha adquisición se someta a las condiciones y requisitos establecidos en el presente Real Decreto para la clase de inversión de que se trate, y en particular a las exigencias de verificación, formalización y declaración al Registro de Inversiones de dicha inversión.

Las transmisiones *mortis causa* que den lugar a una inversión extranjera en España deberán declararse al Registro de Inversiones sin necesi-

dad de sometimiento al trámite de verificación administrativa previa y sin perjuicio de su debida formalización por fedatario público español.

2. Requerirán autorización especial del Consejo de Ministros la adquisición a título lucrativo *mortis causa* o *inter vivos* de inversiones en España por Estados y entidades extranjeras de soberanía nacional pertenecientes a Estados no comunitarios, así como la adquisición a título lucrativo de inversiones en sectores específicos por residentes en países no comunitarios.

3. La liquidación de las inversiones referidas en el apartado 1 precedente, así como la transferencia al extranjero de los rendimientos legalmente obtenidos y del producto de su liquidación serán libres, con sujeción a las prescripciones generales de este Real Decreto.»

En cuanto al procedimiento, impresos y documentación para solicitar las autorizaciones a que se refiere esta disposición adicional nos remitimos al régimen expuesto para las autorizaciones de las inversiones de Gobiernos y entidades de soberanía extranjera.

Hay que destacar que para la adquisición a título lucrativo de inversiones en sectores específicos por residentes en países no comunitarios, esta disposición exige autorización del *Consejo de Ministros* en todo caso, ya se trate de adquisición *inter vivos* o de adquisición *mortis causa*.

La autorización en ambos casos de transmisión *inter vivos* o *mortis causa* debe ser previa en todos los casos (por aplicación de las reglas generales).

Y la opinión que anteriormente expongo resulta avalada por el tenor literal de la instrucción 3.^a de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992:

«1. La adquisición por no residentes de inversiones extranjeras en España en virtud de actos de disposición a título gratuito *inter vivos* quedará sometida a las condiciones y requisitos establecidos por el Real Decreto 671/1992 y por la presente Resolución para la clase de inversión de que se trate, y en particular a las exigencias de autorización o verificación, en su caso, y de formalización y declaración de dicha inversión al Registro de Inversiones.

Si la transmisión se efectuase entre dos no residentes, se observarán además los requisitos previstos en la presente Resolución para la liquidación de la inversión respectiva.

2. En virtud de lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 671/1992, la adquisición de inversiones extranjeras en España por actos de disposición *mortis causa*, quedará sometida al trámite previo de autorización administrativa cuando dicha adquisición se realice por Estados y entidades extranjeras de soberanía nacional pertenecientes a Estados no comunitarios o cuando se realice en sectores específicos por residentes en países no comunitarios. Fuera de este su-

puesto, la adquisición de inversiones extranjeras por actos de disposición *mortis causa* no requerirá el trámite de autorización o verificación previa.

En todo caso, la adquisición se ajustará a los requisitos de formalización documental y de declaración al Registro de Inversiones contemplados en la presente Resolución para el tipo de inversiones de que se trate.»

Aunque la autorización deba ser previa a la adquisición *mortis causa*, cabrá autorizar la disposición de última voluntad del causante, así como la escritura de aceptación de la herencia. No es posible autorizar ni la escritura de partición (de la que resulte la adquisición por el no residente de la inversión extranjera) ni la escritura de manifestación de herencia del heredero único ni la de entrega de legado sin dicha autorización.

Una interesante cuestión que no resuelve el RIE es la de determinar las consecuencias jurídicas de la negación de la autorización administrativa: ¿qué eficacia tiene entonces el llamamiento testamentario o abintestado a la herencia? Creo que la cuestión excede del ámbito del presente estudio; en mi opinión, el llamamiento es siempre válido. En la mayoría de los casos la cuestión podrá solucionarse adjudicando los bienes objeto de la inversión a otros coherederos. Si ello no fuera posible habrá que estar a los términos de la resolución administrativa que deniega la autorización, que impondrá (la mayoría de las veces) la venta forzosa de lo recibido, por analogía, con la legislación sobre zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros y con el artículo 124 del Reglamento de Minas.

21. LA LIQUIDACION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y EL DERECHO DE TRANSFERENCIA AL EXTERIOR

Según el artículo 5 del RIE: «las inversiones extranjeras efectuadas de conformidad con las normas establecidas en el presente Real Decreto gozarán del derecho de transferencia al exterior del producto de su liquidación y de los rendimientos legalmente obtenidos, efectuándose los cobros y pagos derivados de los mismos libremente, en concordancia con lo dispuesto en el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, y según el artículo 18 del presente Real Decreto».

Recordemos, además, que según el artículo 13.4 del RIE, «tendrán la consideración de rendimiento de inversión en bienes inmuebles las rentas obtenidas por el arrendamiento de los mismos, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del presente Real Decreto serán libremente transferibles al exterior».

El procedimiento para la declaración de la liquidación al Registro de

Inversiones Extranjeras viene regulado con detalle en la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992.

En parte ha sido ya estudiado (por ejemplo, en el caso de cambio de residencia).

Resumiremos brevemente dicha regulación:

- a) La liquidación de las inversiones extranjeras precisa también de formalización ante fedatario público español o sociedad o agencia de valores (salvo las excepciones examinadas para las inversiones) y de declaración al Registro de Inversiones Extranjeras en el mismo plazo que las inversiones.
- b) Como regla general, según la instrucción 8.^a, «cuando se trate de declaración de liquidación, el titular exhibirá como requisito necesario para la formalización de dicha liquidación, el ejemplar que obre en su poder del impreso de declaración correspondiente a la inversión o bien certificación acreditativa de la inscripción de la inversión en el Registro de Inversiones en los casos de extravío o en los que no exista impreso normalizado. El fedatario o entidad intervinientes, una vez cotejados los datos relativos a la inversión y a su liquidación, diligenciará el impreso de declaración de la liquidación y lo tramitará según el punto 4 anterior».
- c) Para la declaración de la liquidación de inversiones en sociedades no cotizadas, sociedades participadas, sucursales y establecimientos en España de no residentes deberá utilizarse el modelo MC-1B. Si se tratara de liquidación de una inversión en inmuebles, considerada como inversión directa, se acompañará además el impreso MC-3B y de este último sólo se cumplimentarán sus apartados «Datos del inmueble» y «Datos de la liquidación de la inversión». El número de declaración del modelo MC-1B será el del MC-1A, por el que se declaró al Registro de Inversiones la inversión que se liquida. En el caso de desinversiones parciales, se formularán tantos modelos MC-1B, referidos a un modelo MC-1A, como sean necesarios. Si se trata de préstamos hechos por no residentes que deban considerarse inversiones directas se formulará el modelo MC-1B en el momento de la cancelación total del préstamo; si el préstamo se capitaliza, se formalizará el impreso MC-1B por el importe de la operación y simultáneamente habrá de declararse la nueva inversión mediante el modelo MC-1A. Y en estos supuestos y en los de transmisiones entre no residentes el nuevo modelo MC-1A será presentado al fedatario o entidad interviniente junto con el modelo MC-1B, relativo a la declaración de la liquidación de la inversión de procedencia. En estos casos, el modelo impreso MC-1A se tra-

mitará aun cuando el interesado incumpla la obligación de presentación del modelo MC-1B. En este caso, no se cumplimentará el casillero «Número MC-1B de procedencia» de dicho modelo de declaración MC-1A y en el momento de remitirse dicho impreso MC-1A al Registro de Inversiones deberá acompañarse de copia de la escritura de formalización de la operación de referencia y sin perjuicio de las sanciones procedentes (instrucción 15).

- d) Para la declaración de la liquidación de inversiones de valores negociables, la Resolución establece un sistema de comunicaciones mensuales que las entidades depositarias de los valores o que realicen funciones de liquidación deben hacer a la DGTE, según resulta de la instrucción 24.
- e) Y para la declaración de la liquidación de la inversión en bienes inmuebles debe utilizarse el modelo impreso MC-3B. El número de declaración del modelo MC-3B será el del modelo MC-3A, o el del primero de ellos caso de ser varios. En el caso de desinversiones parciales se declarará al Registro de Inversiones la desinversión indicando en el casillero «Número de declaración» del impreso MC-3B el número del impreso MC-3A por el que se declaró la inversión original.

Si el inversor contratante de vivienda en construcción (mejor es entender, en mi opinión, inmueble en construcción) hubiese entregado cantidades a cuenta del precio, conforme permite la ley y acordase con el promotor o, en su caso, con el cesionario residente la cancelación del contrato, aquél podrá transferir libremente al exterior las cantidades devueltas por el cedente o pagadas por el cesionario residente ulterior.

En caso de transmisiones de bienes inmuebles entre no residentes, se cumplimentará simultáneamente un modelo impreso MC-3A por el adquirente y un modelo MC-3B por el transmitente. Y se tramitará el modelo impreso MC-3A de declaración de la inversión haciendo constar en el casillero «Número del MC-3A anterior» el número del modelo MC-3A correspondiente a la declaración de la inversión que se transmite. Cuando el interesado incumpla la obligación de presentación del modelo MC-3B, no se cumplimentará el casillero «Número MC-3A anterior» del nuevo modelo MC-3A de declaración al momento de remitirse dicho impreso MC-3A al Registro de Inversiones, deberá acompañarse de copia de la escritura de formalización de la transmisión de referencia, sin perjuicio de las sanciones procedentes (instrucciones 34,3 y 35).

- f) Para la declaración de la liquidación de otras formas de inversión, la instrucción 40 establece normas análogas a las anteriores. No hay

modelo de declaración; el fedatario o el titular de la inversión extranjera remitirán copia simple de la escritura pública o del documento privado intervenido al Registro de Inversiones en el plazo de treinta días hábiles desde la formalización de la desinversión. La DGTE notificará, mediante oficio al fedatario y al titular de la inversión que se liquida, la inscripción en el Registro. Y en el caso de transmisiones entre no residentes, se declarará la nueva inversión aunque el transmitente incumpla su obligación de presentar el oficio que acredite la inscripción de su inversión, sin perjuicio de las sanciones precedentes.

22. IDEA DE LA INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR

Reguladas en el Real Decreto 672/1992, de 2 de julio, publicado en el *BOE* de 4 de julio de 1992. Distingue también entre inversiones directas, de cartera, en inmuebles y otras formas de inversión y utilizando definiciones para las mismas análogas a las que resultan del RIE.

Se aplica a las inversiones en el extranjero de *residentes en España*, sean nacionales o extranjeros.

Son libres las inversiones de cartera y precisan de verificación las inversiones directas, en inmuebles u otras inversiones, si su importe supera los 250 millones de pesetas o tiene por destino alguno de los países o territorios denominados «paraísos fiscales» según el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

La verificación tiene carácter de previa a la inversión; corresponde otorgarla a la DGTE.

Se regula el Registro de Inversiones Españolas en el Exterior. El procedimiento de declaración al Registro se rige por la Resolución de la DGTE de 7 de julio de 1992 (*BOE* del día 14 de julio del mismo año).

La transmisión entre residentes de estas inversiones se somete a los requisitos generales de inversión y desinversión simultáneas.

Destaca, por su importancia práctica, el artículo 21: «Los sujetos a que se refiere el artículo 1 del presente Real Decreto podrán adquirir inversiones españolas en el exterior, por actos de disposición a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa*, cualquiera que fuese la residencia del transmitente, sin necesidad de verificación previa. Dichas inversiones serán declaradas al Registro de Inversiones.

ALFONSO RENTERÍA AROCENA
Notario
Registrador de la Propiedad

Algunas consideraciones sobre la multipropiedad en Derecho comparado

SUMARIO: PRESENTACION —A MODO DE INTRODUCCION.—CAPITULO I. LA MULTIPROPIEDAD EN EL AMBITO DEL DERECHO ROMANO-GERMANICO. A) FRANCIA. EL MODELO SOCIETARIO; B) PORTUGAL. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN PERIÓDICA; C) ITALIA; D) BÉLGICA; E) ALEMANIA; F) SUIZA; G) GRECIA.—CAPITULO II. LA MULTIPROPIEDAD EN EL MARCO DEL DERECHO COMUNITARIO.—CAPITULO III. LA MULTIPROPIEDAD EN EL AMBITO DEL DERECHO ANGLOAMERICANO: A) REINO UNIDO. EL SISTEMA DE «CLUB»; B) ESTADOS UNIDOS.—CAPITULO IV. LA MULTIPROPIEDAD EN HISPANOAMERICA. A) ARGENTINA; B) URUGUAY.—CAPITULO V. LA MULTIPROPIEDAD EN ESPAÑA.—CAPITULO VI. LAS SOCIEDADES DE INTERCAMBIO VACACIONAL.—CITAS.—BIBLIOGRAFIA GENERAL.

PRESENTACION

Casi siempre los cambios en el Derecho van a caballo de los que se producen en la sociedad. Buena muestra de ello es el fenómeno que se ha dado en llamar «multipropiedad».

Derecho de naturaleza dispar y sin desarrollo legislativo en gran parte de los países en donde se ejerce.

Su naturaleza jurídica varía según el ordenamiento en el que tiene cabida, por lo que resulta difícil, si no imposible, presentar una definición unitaria del mismo.

Mi intención con este estudio es presentar el abanico de posibilidades con que se ofrece el fenómeno en el Derecho comparado.

Llamaremos por igual «multipropiedad» a la establecida en Francia y a la configurada en España, aunque sus naturalezas jurídicas disten mucho, siquiera de la similitud.

Vamos a estudiar más el fenómeno multipropietario que el derecho de multipropiedad en sí, o mejor dicho, vamos a analizar las distintas configuraciones que se han propuesto y se practican en torno a la multipropiedad.

El lector debe tener presente que con «multipropiedad» se designa tanto un fenómeno (etimológicamente, «lo que aparece») como un derecho. Intentaremos a lo largo del texto especificar en qué sentido se utiliza dicho término.

Deseo que se disipen dudas y malinterpretaciones y confío en que el ávido lector descubrirá en estas páginas no sólo la realidad de un derecho en otras latitudes, sino también el sentir y pensar de otros pueblos.

A MODO DE INTRODUCCION

La multipropiedad (conocida en el mundo anglosajón como «time sharing») es un fenómeno de amplio desarrollo en las últimas décadas en la mayor parte de los países del mundo occidental.

Sus causas suelen ser el crecimiento de la población turística (con la consiguiente demanda de apartamentos y plazas hoteleras) y la insuficiente oferta existente en zonas costeras y de montaña.

Hasta ahora el disfrute de períodos vacacionales se ha servido de la «segunda propiedad» en el mar o la montaña y del arrendamiento. Desde hace poco es posible «veranear en multipropiedad».

Como hemos dicho, no se puede hablar de una sola construcción del fenómeno. No obstante, las distintas configuraciones utilizadas suelen llegar a un similar resultado práctico: la utilización de un bien inmueble por un período de tiempo al año, de manera periódica todos los años, de forma perpetua o por el plazo de tiempo que se haya pactado. El título que faculta para esa posesión periódica varía según la configuración realizada, así como el carácter real o personal del derecho.

El derecho de multipropiedad es un «derecho nuevo», y como tal aún no definido con claridad, o al menos con uniformidad.

El estudio del fenómeno en distintos países nos ayuda a adquirir una visión amplia y flexible del mismo, así como a observar la esencia del concepto.

Dar ahora una definición más específica sería temerario por cuanto que supondría tomar partido *ab initio* por una construcción determinada del fenómeno.

Valga, por ahora, esta definición «de resultado», ya que, como hemos dicho, la naturaleza jurídica, contenido, peculiaridades del derecho van a variar según el modelo adoptado.

CAPÍTULO I

LA MULTIPROPIEDAD EN EL AMBITO DEL DERECHO ROMANO-GERMANICO

A) FRANCIA. EL MODELO SOCIETARIO

Comenzamos la exposición de este trabajo con el estudio de la multipropiedad en el país vecino, su configuración, su desarrollo y las opiniones al respecto de la doctrina francesa.

En 1980, GUIDO ALPA cifra en 60.000 el número de multipropietarios franceses.

Parece ser que el disfrute de inmuebles a tiempo compartido apareció en Francia en 1965 y, curiosamente, no en zonas costeras, sino en una estación de esquí de los Alpes franceses (Operación «multipropriété» en Super-Dévoluy); aunque hay autores que afirman la práctica de este fenómeno ya a principios de siglo.

Posteriormente se comenzó a aplicar en inmuebles situados en la Costa Azul.

No obstante, encontramos antecedentes en los años veinte con el desarrollo del llamado método «grenobloise de construction en copropriété», es decir, a semejanza de una comunidad, dando paso después al «methode Paris» o societario.

El método de Grenoble surge debido a la dificultad que encontró el desarrollo de la construcción en sentido horizontal en esa ciudad, dado que se trata de una población fortificada. Consiste, básicamente, en el desarrollo de las siguientes fases (1):

1. Compra de un terreno por una persona.
2. Cesión por dicho adquirente de una cuota a otras personas, constituyéndose así en copropietarios *proindiviso* de la finca.
3. Concesión a uno de los comuneros de un mandato para edificar el inmueble.
4. Adquisición por accesión de un derecho de propiedad a medida que se construye sobre lo construido.
5. Una vez concluida la construcción se procede a la división *in natura* del inmueble, resultando así un régimen de propiedad horizontal.

Los inconvenientes de este método (principalmente la regla de la unanimidad de la copropiedad) pronto hicieron surgir el otro método citado,

(1) MALVINYAUD, PHILIPPE-JESTAZ, PHILIPPE *Droit de la promotion immobilière*, París, 1976, págs. 18-19.

el método Paris, por el cual se constituye una sociedad entre los futuros copropietarios por el tiempo necesario para edificar el inmueble y extinguir la deudas existentes tras la finalización de la obra. A continuación se disuelve la sociedad, y el bien social se adjudica a los socios en copropiedad.

Los inconvenientes de esta segunda fórmula motivaron al legislador a regular la materia y así se promulgó la Ley de 28 de junio de 1938, a la que consideramos el más claro antecedente de la multipropiedad y a la que luego aludiremos.

Es la «Société des Grands Travaux» de Marsella quien registra en 1967 el término más extendido en Europa: «Multipropriété», refiriéndose con él a cualquier sistema de «temps partagé» (tiempo compartido). Al poco tiempo se registraron nuevos términos con que referirse al mismo fenómeno, así como multicopropiedad, propiedad en el tiempo, interpropiedad, pluripropiedad, propiedad estacional, propiedad espacio-temporal, polipropiedad, etc. (2).

Es curioso observar cómo todos los términos se refieren a una modalidad de propiedad, mientras que en Francia, casi desde un primer momento, se ha constituido este fenómeno bajo las pautas del modelo societario.

Al respecto, BERNARD STEMMER (3) propone el uso del término «multi-jouissance» —multidisfrute— por considerarlo más acorde con la realidad en su país. Por su parte, GERARD CORNU se refiere al fenómeno con el término «pseudo-multipropriété» (4).

Esta construcción de la multipropiedad en el país vecino es así pese a las recomendaciones doctrinales, que en su mayor parte siempre vieron la configuración como derecho real la más acertada.

Si se optó por el modelo societario fue debido a que en Francia la eficacia de los pactos de indivisión (en la copropiedad) está limitada a cinco años (en virtud del art. 1.873 del Código Civil francés).

La configuración societaria encontraba también un obstáculo, y éste es la ausencia (aunque muchas veces aparente) de ánimo de lucro en este tipo de sociedades. El artículo 1.832 del Código Civil francés establece que «la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner en común cualquier cosa con la intención de partir los beneficios que puedan resultar».

(2) LEYVA DE LEYVA, JUAN ANTONIO «La propiedad cuatridimensional un estudio sobre la multipropiedad», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, pág. 566, enero-febrero 1985, pág. 35.

(3) STEMMER, BERNARD: «Copropriété Division dans le temps», *Juris-classeur périodique*, 2, 1977, fascículo 8, ap. 7.

(4) CORNU, GÉRARD «Droit Civil», introducción, *Les personnes, les biens*, París, 1980, pág. 466.

Este obstáculo se salva legislativamente en 1971 con la Ley 71/576, de 16 de julio (modificada por la Ley de 11 de julio de 1972), cuyo título II regula las «sociétés constituées en vue de l'attribution d'immeubles aux associés par fractions divisées» (sociedades constituidas con vistas a la atribución de inmuebles a los socios por fracciones divididas).

El artículo 5 de dicha Ley permite la constitución de sociedades que tengan por objeto la construcción o la adquisición de inmuebles con vista a su división en fracciones destinadas a ser atribuidas a los socios en propiedad o disfrute, incluso si no tienen por finalidad la distribución de un beneficio.

Anteriormente a la promulgación de la Ley de 1971 encontramos ya un claro antecedente en la Ley de 28 de junio de 1938, ya citada, que regulaba las «sociétés de construction», y que establecía en su artículo 1 que «... están válidamente constituidas, bajo las diferentes formas reconocidas por la ley, aunque no tengan por objeto el reparto de beneficios, las sociedades que tengan por objeto la construcción o adquisición de inmuebles con vistas a su división en fracciones destinadas a ser atribuidas a los socios en propiedad o en uso, o la gestión y conservación de los inmuebles así divididos», lo cual, a primera vista, parece obviar la necesidad de una regulación específica de la multipropiedad.

No obstante, la Ley de 1938 resultó insuficiente en cuanto a la regulación de la multipropiedad y fue derogada por dos leyes posteriores: la Ley de 10 de julio de 1965, reguladora de la copropiedad por apartamentos (Copropriété par appartements) y la citada Ley de 16 de julio de 1971.

La regulación vigente se halla en la Ley 86/18, de 6 de enero de 1986, «relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance á temps partagé» (relativa a sociedades de atribución de inmuebles en uso por tiempo compartido).

El artículo 1 de dicha Ley (a la que tomamos como punto de partida), siguiendo a la del 71, dice expresamente que los socios no tienen derecho de propiedad ni derecho real alguno sobre las viviendas.

De esta manera se descarta en el Derecho francés la configuración de la multipropiedad como derecho real, desplazando la naturaleza de la misma hacia los derechos personales, dado que el Derecho civil francés, como ya hemos dicho, excluye la constitución de la multipropiedad como una copropiedad con pacto de indivisión indefinido, regulación estatutaria de períodos de uso y exclusión de los derechos de tanteo y retracto (método seguido en algunos países, en su práctica notarial) o como una propiedad *sui generis* sobre el tiempo de uso (solución propuesta por algunos autores).

La sociedad de atribución es un modelo de sociedad extraño y no sólo por el hecho de que no necesita ánimo de lucro para existir, sino, además,

porque entre los socios no existe lo que los romanos llamaban «*affectio societatis*», o ánimo de sentirse parte de la sociedad, dado que el fin que el multipropietario persigue no es el de formar parte de una sociedad, sino el de disponer de un inmueble para disfrutarlo en sus períodos de vacaciones y de una forma más económica que, por ejemplo, adquiriéndolo en propiedad o arrendándolo todos los años.

Mediante este sistema la sociedad de atribución adquiere un inmueble en propiedad y se reserva para sí la titularidad del mismo. De esta manera, el capital social está constituido por el valor del inmueble y es este capital el que determina el valor de las acciones que se emitan.

Corresponde al socio multipropietario, mediante la adquisición de acciones, el disfrute del inmueble durante una o varias semanas al año (según su número de acciones), con una duración ilimitada (o limitada en todo caso a la vida de la sociedad).

La jurisprudencia ha declarado (Casación Civil 13 de noviembre de 1973) que es la sociedad la propietaria del inmueble y no los socios.

Las acciones tienen carácter mobiliario y habitualmente son nominativas. Asimismo, es frecuente que se impongan restricciones en cuanto a su enajenabilidad.

Se observa también la distinción entre socios y multipropietarios asociados. Esta distinción parte de que la sociedad emite acciones ordinarias y acciones privilegiadas, siendo los titulares de las primeras los propietarios del complejo y reservando para los titulares de las segundas un derecho de uso de las unidades del inmueble.

Los socios «privilegiados» están facultados para «utilizar» (término que parece más apropiado que el de «disfrutar») el inmueble en el período que tengan atribuido.

Es interesante la distinción expuesta, sobre todo en cuanto que existen otras sociedades de carácter cooperativo (llamadas sociedades de multipropietarios) en las que dicha distinción no existe, siendo los multipropietarios los mismos (y únicos) que constituyen la sociedad.

La Ley de 1986 se refiere a estas sociedades cooperativas en su capítulo 2 «*Dispositions propres aux sociétés coopératives d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé*»).

El asociado, o «multipropriétaire», está legitimado para disfrutar gratuita y periódicamente de un bien perteneciente a la sociedad, que será normalmente un apartamento en el mar o la montaña, en régimen de propiedad horizontal.

La sociedad se encarga de la administración del inmueble y en ese concepto se cobran unas cuotas a los multipropietarios (socios privilegiados).

La sociedad tiene un derecho de propiedad sobre todo el inmueble. Los

multipropietarios tienen un derecho mobiliario de disfrute («droit de séjour») ajeno al catastro y al Registro.

El derecho de estancia o de disfrute no es un derecho autónomo, sino un derecho derivado de la cualidad de socio.

En ese sentido, el artículo 1 de la Ley de 1986 determina que no es factible conferir a los socios ningún derecho de propiedad o cualquier otro derecho real (la doctrina ha barajado también la posibilidad de configurar la multipropiedad en el marco del usufructo, la copropiedad o la habitación), en contrapartida de sus aportaciones. Esto se ratifica en el artículo 33, que establece que en todo documento que constate la adquisición de partes o acciones de este tipo de sociedad deberá aparecer claramente que dicha adquisición confiere solamente la cualidad de asociado y no la de propietario del inmueble; y en ese mismo artículo, que está prohibido recurrir a cualquier expresión que incluya el término «propriétaire» para calificar la cualidad del asociado, en cualquier publicidad de la sociedad promotora en Francia.

El derecho de estancia («droit de séjour») se puede definir, siguiendo a BENNE (5), como un derecho personal de crédito indisolublemente unido a la cualidad de socio. El disfrute de la cosa no se transmite por un contrato de comodato o arrendamiento distinto al de sociedad, sino que se incluye en este último, y de ahí la inexistencia de la renta o la imposibilidad de pedir por el propietario la inmediata devolución de la cosa en cualquier momento.

El socio adquiere un derecho personal de disfrute que se formaliza mediante la venta de un título-acción que le identifica como socio y que le permite disfrutar de las «ventajas sociales» entre las que está el derecho a usar el inmueble por un tiempo determinado al año.

El ejercicio del derecho es de carácter periódico, mas no su titularidad, ya que la participación social tiene carácter permanente. Al respecto, DAGOT y SPITERI lo califican de «droit á eclipse» (6), puntualizando que esa suspensión temporal afecta sólo al ejercicio del derecho y no al derecho en sí.

Además, pese a que no se le concede la propiedad, el socio multipropietario puede ceder (gratuita u onerosamente), arrendar y disponer de su derecho libremente.

El socio tiene la obligación (concretada en los estatutos de la sociedad) de contribuir en los gastos de conservación, mantenimiento y administración del inmueble, así como en los gastos correspondientes a las instalaciones comunes.

(5) BENNE, JACQUES: «La propriété spacio-temporelle», *Rapport au 73 Congrès des Notaires*, 1976, pág. 720.

(6) DAGOT, MICHEL-SPITERI, PIERRE: «A la recherche de la multipropriété», *La Semaine juridique*, núm. 2418, 1972, ap. 7.

En cuanto a ese tema, el artículo 10 de la Ley de 1971 se remite al artículo 10 de la Ley de Copropiedad.

Por otro lado, la sociedad tiene la obligación de poner a disposición del socio multipropietario el inmueble al principio de su período de uso, así como la obligación de mantenerlo en perfecto estado.

Después de lo expuesto, y siguiendo a MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, podemos dar los rasgos característicos del sistema societario francés de multipropiedad, configurado por la Ley de 1986 (7):

1. Se excluye expresamente la atribución en propiedad a los multipropietarios (art. 1).

2. El objeto de la sociedad de atribución, según el artículo 1.3, «puede extenderse a la prestación de servicios, al funcionamiento de los equipamientos colectivos necesarios para la vivienda o el inmueble...». Con ello se está presuponiendo que la sociedad de atribución es una sociedad hotelera que se va a hacer cargo, una vez vendidas todas las acciones, de la administración del edificio, lo cual hasta cierto punto es lógico, dado que es la sociedad de la que va a conservar en todo momento la propiedad del inmueble.

3. El artículo 8 ordena la elaboración de un título constitutivo que delimite los elementos comunes y los privativos del inmueble, título típico de la propiedad horizontal (el «état descriptif de division»), pero no preceptivo para ésta.

4. El artículo 20 establece que la cesión de acciones puede hacerse en documento privado o notarial, con lo que este tipo de multipropiedad queda al margen del Registro, pese a la existencia del «état descriptif», con lo que la seguridad jurídica es menor que en otros modelos de multipropiedad, y con lo que se elimina la posibilidad de hipotecar la fracción temporal.

La imposibilidad de acceder al Registro puede permitir que se adquiera una acción ya vendida, gravada, embargada o pignorada sin que el comprador tenga conocimiento de ello.

No obstante, autores como DOYON (8) admiten la posibilidad de publicar las unidades espacio-temporales en el «fichier immobilier», detallando los elementos de uso privativo y sus titulares; opinión rechazada mayoritariamente por la doctrina (y no sin pesar) a la vista del Decreto de 4 de junio de 1955, que sólo contempla la inscripción de las fracciones espaciales del inmueble y no a las temporales.

(7) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, LUIS: *La multipropiedad inmobiliaria*, Madrid, 1989, pág. 18.

(8) DOYON, NOEL. «La propriété spacio-temporelle», *La Semaine juridique*, 1974, ap. 8

Esta última característica y otras muchas han hecho surgir numerosas y fuertes críticas a esta configuración del fenómeno multipropietario por parte de la doctrina francesa, que la ha calificado de «pseudomultipropriété de nature sociale» (pseudomultipropiedad de naturaleza societaria).

Siguiendo a BENNE, destacamos los siguientes inconvenientes de la multipropiedad societaria (9):

- a) El interés de la sociedad no se corresponde con el interés individual del multipropietario, con lo que no sólo se constata la ausencia de «affectio societatis» antes señalada, sino que además pueden surgir conflictos entre ambos.
- b) Mediante asamblea general extraordinaria (por otro lado, el único contacto del socio con la sociedad), los socios tienen la posibilidad de modificar el pacto social, lo cual, unido a las causas de extinción de la sociedad, hace del derecho del socio algo carente de la estabilidad que creemos debe tener la multipropiedad.

El régimen de las mayorías en la votación puede poner en peligro el fin social. Sería necesario (según LORA TAMAYO) exigir la regla de la unanimidad para todo lo que implique alteración de la cosa común o cambio en el pacto social, para así no defraudar el fin que en un principio perseguían los socios (10).

- c) En caso de disolución de la sociedad, el bien social (el inmueble) quedaría atribuido de forma indivisa a los socios, y eso quizá en el mejor de los casos, pues si, como proponen algunos autores, se realiza la liquidación en dinero, el socio podría fácilmente ver mermada su inversión debido al inestable valor de las acciones.

La sociedad se nos presenta en la mayor parte de los casos como una pura ficción. En los estatutos de este tipo de sociedades se establecen una serie de normas que son más propias de la comunidad de bienes que de la sociedad, como ya hemos comentado en cuanto a contribución en los gastos del inmueble.

El objeto de la sociedad se limita a la administración del inmueble.

Por otro lado, los bienes sociales (el inmueble) responden de las obligaciones que por cualquier causa contraiga la sociedad, con lo que el diligente socio multipropietario está expuesto en cualquier momento a perder o ver mermada su inversión por el incumplimiento en el pago de los gastos comunes a terceros (por ejemplo, electricidad) de otros socios.

(9) BENNE, JACQUES: *Op cit.*, pág. 820

(10) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO: «La multipropiedad», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 139, pág. 160.

La doctrina francesa propone otras soluciones alternativas al modelo societario, para así salvar estos y otros muchos inconvenientes.

Conviene destacar la solución propuesta por algunos autores, consistente en encuadrar la multipropiedad en la Ley de Propiedad Horizontal de 10 de julio de 1955, que en su artículo 1 habla de inmuebles en que hay una parte común que pertenece *pro cuota* a los condóminos y una parte exclusiva de cada uno.

El período de tiempo fraccionado sería la propiedad exclusiva de cada multipropietario, y el local sería la propiedad indivisa común del conjunto de multipropietarios.

Este sistema sortearía los impedimentos puestos por el artículo 1.832 del Código Civil.

No obstante, la mayor parte de la doctrina propone la constitución de la multipropiedad como derecho real distinto, promulgando una ley que exceptione la aplicación del artículo 1.832 del Código Civil a la multipropiedad y que la configure y regule como un derecho real sobre un inmueble por un período de tiempo al año, con carácter perpetuo, y con posibilidad de publicidad registral que dé al fenómeno la suficiente seguridad jurídica que todos los ordenamientos exigen y que el modelo societario no proporciona.

B) PORTUGAL: EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN PERIÓDICA

Ha sido Portugal el primer país europeo en regular legalmente la multipropiedad si, como el profesor AMIGO (11), no tenemos en cuenta la Ley francesa de 1971 (aunque a nuestro parecer ya se encuentra una regulación aplicable en el título II de la misma).

De cualquier forma es Portugal el primer país que ha configurado el fenómeno como un derecho real.

No obstante, pese a los avances doctrinales en ese sentido, y ante la sorpresa de todos, no habla la ley portuguesa de «multipropiedad» ni de propiedad espacio-temporal, sino que configura el fenómeno como un derecho real, nuevo e «inérito» en Derecho comparado: el derecho de habitación periódica («direito de Habitação Periódica»).

Al respecto de la terminología empleada, creemos conveniente hacer eco de una matización terminológica apuntada por LUCIO VIDAL: «No es el derecho lo que es periódico; es la habitación la que es periódica» (12).

(11) GARCÍA AMIGO, MANUEL: *Informe sobre multipropiedad*, Doc. sesión Parlamento Europeo, serie A, doc. A2-199/88.

(12) LUCIO VIDAL, A.: *O direito real de habitação periódica*, Coimbra, 1984, pág. 56.

El derecho es continuo, pero su ejercicio efectivo tiene una duración temporal limitada.

Valga decir, a título de ejemplo, que todas las facultades que integran el derecho, excepto el uso de la cosa, permanecen aún fuera del período de uso (pudiendo, por ejemplo, el titular constituir cargas sobre su derecho y debiendo cumplir las obligaciones que de él deriven en cualquier momento).

El artículo 1.306 del Código Civil portugués de 1966 establece el principio de *numerus clausus* en el ámbito de los derechos reales, prohibiendo la constitución con carácter real de limitaciones o restricciones al derecho de propiedad, excepto en los casos en que así lo disponga una ley especial («No se permite la constitución, con carácter real, de limitaciones al derecho de propiedad o parcelas de éste, salvo en los casos previstos en la ley; cualquier limitación que resulte a través de un negocio jurídico, que no esté previsto por la ley, tendrá naturaleza obligatoria»).

Esa ley especial es, en lo referente a la multipropiedad, el Decreto-ley 355/1981, de 31 de diciembre, modificado por Decreto-ley 368/1983, de 4 de octubre.

Configura el Decreto-ley citado un derecho real (derecho de habitación periódica), y así se proclama en el artículo 1.1: «con eficacia real».

Se caracteriza por ser perpetuo, enajenable y gravable.

El legislador portugués toma como base el clásico derecho de habitación (regulado en los arts. 1.484-1.490 del Código Civil), pero lo transforma y lo convierte de vitalicio en perpetuo y de intransmisible en fácilmente enajenable.

Como nos dice la propia exposición de motivos, el «nuevo» derecho equivale en la práctica a un régimen de propiedad dividida no ya en tramos horizontales (lo que sería la propiedad horizontal), sino en cuotas temporales.

Continúa la exposición de motivos predicando las ventajas del nuevo derecho y la conveniencia de su desarrollo, para pasar a resumirnos los rasgos característicos del derecho:

1. Sólo podrá ser constituido por períodos mensuales, duración que se acorta a una semana con la reforma de 1983 (art. 1).

2. Se proclama su naturaleza real, por lo que es registrable y oponible *erga omnes*.

No obstante, en base al derecho real, se crean un conjunto de obligaciones *propter rem* (obligaciones reales, es decir, que surgen en virtud de la relación del titular con la cosa), que son todas aquellas referidas a la reparación, conservación y limpieza del inmueble.

3. Estará este derecho representado en un certificado inmobiliario («certificado predial»), que será negociable mediante endoso en aras de su movilidad económica.

4. Los inmuebles no podrán pertenecer a más de una persona individual o colectiva, haciéndose en un principio una sola descripción del complejo inmobiliario en el Registro de la Propiedad.

En cuanto a «complejo inmobiliario», el artículo 1.3 lo define como «complejo urbano destinado fundamentalmente a habitación y a cuyos usuarios están globalmente destinados con fin de recreo y otros fines, determinados servicios, instalaciones y áreas de terreno o construcciones insertas en el complejo».

Los derechos de habitación periódica se establecen como derechos reales *in re aliena* sobre la propiedad del inmueble que conserva el empresario de multipropiedad, estando por ello obligado a la administración (art. 8), conservación (art. 9) y reparación (art. 10) del inmueble.

Como hemos dicho, el derecho de habitación periódica es por naturaleza perpetuo. «Pero podrá fijarse en el correspondiente título constitutivo un límite de duración que, tras la reforma de 1983, no podrá ser inferior a veinte años (art. 4).

El nuevo derecho es además fácilmente transmisible *inter vivos* y *mortis causa*.

Según el artículo 7, «el titular del derecho de habitación periódica puede gravar su derecho o enajenarlo, así como ceder el respectivo uso mediante alquiler o comodato» (art. 7.1).

En el apartado 2 del mismo artículo se nos dice que la transmisión *inter vivos* «se realiza mediante inscripción en el respectivo certificado predial de la correspondiente nota marginal o endoso, con el reconocimiento personal de las firmas» de los transmitentes.

El citado certificado inmobiliario o predial «se emitirá por parte del conservador del Registro inmobiliario competente» e incorporará el derecho correspondiente.

Al respecto, la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de septiembre de 1982, según la cual la inscripción se practicará según el título constitutivo que deberá constar en escritura pública.

Estas palabras confirman que la inscripción tiene efectos meramente declarativos en orden a la oponibilidad del derecho (y no constitutivos). «La constitución o transferencia del derecho real de habitación periódica se produce por mero efecto contractual» (art. 7.4) —en contra de lo que podría llegar a pensarse de la lectura del artículo 2.1—.

En el certificado inmobiliario deberá constar la duración del ejercicio anual, así como la fecha del inicio y terminación del mismo. Para ello normalmente se enumeran las semanas del año, entendiéndose por tales las fracciones de tiempo de siete días consecutivos que empezando en lunes

terminan en domingo, y reservando al menos una semana al año para conservación o reparación del inmueble.

Deberán constar también en el certificado predial los principales derechos y obligaciones del titular del derecho y del propietario del inmueble, así como el límite de duración del derecho (que puede ser perpetuo o temporal, pero en ningún caso inferior a veinte años —art. 4—).

Tenemos así, pues, que la intervención del Registro de la Propiedad se produce en dos ocasiones distintas:

- La primera, con el registro (descripción) de todo el complejo inmobiliario (en los términos en que ya ha sido definido) —art. 2.3—.
- La segunda, con la expedición del «certificado predial» al multipropietario (inscripción del título en el Registro).

Asimismo, el Código del Registro Inmobiliario (Decreto-ley 3056/1983, de 29 de junio) sujeta a registro los hechos jurídicos que originen la constitución, la adquisición o la modificación del derecho real de habitación periódica (art. 2.1).

La imposición de gravámenes y la transmisión se realiza mediante el endoso o inscripción de nota marginal en el certificado predial (lo que obliga al titular a pasar por el Registro su título constitutivo en aras a su posible transmisión posterior).

Se entiende, en cuanto a los gravámenes, que cabe la hipoteca y que recae sobre el derecho y no sobre el inmueble.

La legislación portuguesa establece la aplicación del endoso a la transmisión del derecho, con lo que, según la propia exposición de motivos, asume así «la naturaleza de un título valor dotado de gran movilidad y cuyo valor económico podrá ser rápidamente realizado por su titular» (núm. 3).

Con este sistema se logra además la exención de impuestos en la transmisión, favoreciendo de este modo las inversiones (uno de los objetivos del legislador), tal y como se especifica en el artículo 15.

El endoso se aplica a la transmisión del derecho *inter vivos* (por compraventa o donación) y la nota marginal para la cesión (por arrendamiento o comodato), recayendo ambos (endoso y nota marginal) sobre el certificado predial, y debiendo comunicarse en ambos casos al propietario (y por escrito) tanto la transmisión como la cesión (art. 7.5).

En cuanto a la transmisión *mortis causa*, es posible en cuanto que el derecho tiene carácter perpetuo.

Con esta configuración de la multipropiedad (si es que así podemos denominar al derecho de habitación periódica), se obvian en este país los consabidos obstáculos que encontramos en otros países para su configuración real o personal.

El derecho de retracto sería el único impedimento que se pudiera aplicar a este sistema y es excluido expresamente por el artículo 14, tanto para beneficio de los otros titulares como para el del propietario del inmueble.

Otra característica del fenómeno en Portugal es que el Decreto-ley limita la constitución del derecho a los inmuebles o complejos inmobiliarios urbanos «destinados a fines turísticos» (art. 1.1), y al respecto, el artículo 2.1 exige que «el propietario del complejo inmobiliario declare, en acta pública, su clasificación como bien destinado a fines turísticos».

Asimismo, decir que el derecho se puede constituir también sobre una fracción del inmueble, es decir, que en un mismo complejo inmobiliario coexista un régimen de propiedad (arrendada o no) con uno de multipropiedad (si, por ejemplo, de un complejo constituido por 50 unidades, 25 se disfrutan por sus propietarios o por arrendatarios y otros 25 por titulares de derechos de habitación periódica, perteneciendo, por tanto, la titularidad de estos últimos a un solo titular).

Como garantía (una de ellas) de este sistema de multipropiedad, establece el número 3 de la exposición de motivos «que los inmuebles no podrán pertenecer a más de una persona individual o colectiva» [apar. d)]; según LUCIO VIDAL (13) a fin de establecer una unidad de dirección (con las repercusiones que esto implica, sobre todo en orden a la sucesión cuando los herederos son varios).

Continúa la exposición de motivos diciendo «que en la descripción y designación de las fracciones autónomas objeto de este derecho se observarán, con las anotaciones necesarias, las formas en vigor para la propiedad horizontal» [3.d)].

En cuanto a las facultades y deberes del titular del derecho real de habitación periódica, el Decreto-ley sólo dice que deberán constar en el título constitutivo.

En el artículo 3.1.b) se hace alusión a las «facultades del titular sobre las partes del inmueble o del complejo inmobiliario que sean de uso común».

Al respecto, sólo una matización apuntada por la doctrina portuguesa: con partes de uso común no se refiere a partes comunes del inmueble, que son aquellas que los propietarios sometidos al régimen de propiedad horizontal tienen en copropiedad (ascensores, jardines, etc.) y que vienen recogidas en los artículos 1.420 y 1.421 del Código Civil portugués. El titular de un derecho de habitación periódica no tiene derecho de propiedad sobre el inmueble que disfruta, y menos aún un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes de éste. Se refiere el artículo 3.1.b) a los «determinados servicios, instalaciones y áreas de terreno o construcciones insertas en el

(13) LUCIO VIDAL, A. *Op. cit.*, pág. 60.

complejo» que señala el artículo 1.3, teniendo en cuenta que lo único que tiene el multipropietario portugués sobre esos elementos es, en todo caso, un derecho de uso compartido con los demás titulares.

Asimismo, en el título constitutivo deben constar también los «deberes del titular referentes al ejercicio efectivo de su derecho y el tiempo, lugar y forma de pago de la prestación periódica de que trata el artículo 14» [art. 3.1.c)].

Son éstos los deberes referentes al equipamiento y amueblamiento de las viviendas, reparaciones, conservación y limpieza, y en general a los gastos que éstos conllevan [art. 3.1.d)].

Así pues, se deja al arbitrio de las partes la concreción tanto de las facultades como de los deberes del titular, respetando, claro está, los mínimos que marca la ley.

Al respecto de esos mínimos, el artículo 6, sobre el ejercicio del derecho de habitación periódica, establece que el titular tiene la facultad de habitar la vivienda objeto del derecho y también el deber de hacerlo a la manera de un buen padre de familia. Esto se entiende también para los miembros de la familia que cohabiten con el titular.

En caso de pérdida o destrucción parcial o total del inmueble o de cualquiera de sus partes, el artículo 3.1.e) establece la coparticipación de los titulares en el riesgo o en el valor del seguro; materia, no obstante, que debe determinarse en el título constitutivo.

Los artículos 8, 9 y 10 se ocupan de la administración, conservación y reparación del inmueble.

«La administración del inmueble o del complejo inmobiliario... corresponde al propietario.»

Llamamos la atención sobre este punto, resaltando que, a diferencia de otros modelos de multipropiedad, en el derecho de habitación periódica la administración del edificio no corresponde al conjunto de multipropietarios ni a un administrador nombrado por ellos, sino al propietario del inmueble, que al fin y al cabo es el que cede su uso en virtud del título que se crea (lo mismo ocurre en el arrendamiento, donde el propietario tiene la obligación de mantener al arrendatario en el pacífico uso de la cosa).

La característica recién señalada es consecuencia lógica y directa de la configuración legal que se ha articulado, ya que, a diferencia de otros ordenamientos, el multipropietario portugués no es copropietario del inmueble ni socio de una sociedad.

En cuanto a conservación y reparaciones, se establece que corren por cuenta del propietario, pero el legislador portugués hace una salvedad: excepto las «reparaciones indispensables al ejercicio normal del derecho» (art. 10.2).

No obstante, el titular debe estar a lo establecido en el título constitu-

tivo, que será normalmente el deber de los multipropietarios de sufragar los gastos de conservación y reparaciones mediante una cuota anual [«prestación periódica» en la terminología empleada en los arts. 14 y 3.c)].

En cuanto a las mejoras o innovaciones, corren por cuenta del propietario, que para realizarlas necesita del consentimiento de la mayoría de los titulares.

El pago de impuestos corre a cargo del propietario del complejo (art. 12), pero éste los puede repercutir a los titulares en la prestación periódica que éstos le deben pagar según el artículo 14.

La reforma del artículo 14 por el Decreto de 1983 incluye la posibilidad de sustituir esa prestación periódica por «una suma única a pagar al propietario del inmueble o del complejo inmobiliario junto con el precio de adquisición del mismo derecho».

Si el derecho se encuentra cedido por el titular a un arrendatario o comodatario, el propietario, en virtud del artículo 14.3, puede exigir de aquél el pago de la «prestación periódica correspondiente a la duración de la cesión».

Debemos llamar la atención también sobre el número 4 de ese mismo artículo 14, según el cual se concede privilegio inmobiliario por los pagos de las prestaciones periódicas que debe el titular al propietario y sobre el mismo derecho de habitación periódica.

Esto, a entender de la Procuraduría General de la República Portuguesa, es llevar demasiado lejos la protección del propietario, aunque en general entiende que el propietario «merece tener preferencia sobre ese elemento» (parecer-información de la Procuraduría General de la República Portuguesa, núm. 135/81).

En cuanto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, no es aplicable a la transmisión del derecho de habitación periódica (art. 15), lo que nos parece lógico si tenemos en cuenta la peculiaridad de dicha transmisión, realizada por endoso del certificado predial.

Por último, después de haber analizado, un poco escuetamente, el contenido de este texto legal y la configuración de la multipropiedad en el país vecino, sólo nos queda mencionar la valoración que este «nuevo régimen» ha merecido de la Asociación Portuguesa de la Defensa del Consumidor (Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor —DECO—), que lo ha considerado «altamente ventajoso para las personas interesadas en asegurarse la disponibilidad de un apartamento para breves períodos en localidades de vacaciones» (exposición de motivos, núm. 4).

Y así parece afirmarlo la práctica portuguesa en ese sentido, creciendo cada día el número de multipropietarios portugueses o de otros países que se acogen a este sistema en Portugal.

C) ITALIA

Se fija la aparición de la multipropiedad en este país a mediados de la década de los setenta, cifrándose en 15.000 el número de multipropietarios existentes en 1984 (14).

A pesar de su juventud, es en Italia donde más vías se han abierto a la configuración del fenómeno.

No existe legislación sobre el tema en el Ordenamiento italiano.

Sin embargo, el desarrollo doctrinal de esta figura ha dado pie a la redacción de dos proyectos de ley sobre el tema.

En primer lugar, una comisión, encabezada por Natalio Irti, presentó un anteproyecto de Ley el 20 de junio de 1987 al Ministerio de Obras Públicas; anteproyecto acogido por el Gobierno italiano como Proyecto de Ley número 3987 sobre «Disciplina de la multipropiedad» con fecha de 27 de junio de 1987.

En segundo lugar, un grupo de parlamentarios italianos, encabezados por el senador Elio Fontana, presentó un anteproyecto sobre el tema que ha sido acogido por el Senado como «disegno di legge» número 43, sobre «Disciplina de la multipropiedad de los inmuebles de destino residencial o turístico-hotelero» con fecha de 2 de julio de 1987.

No obstante, pese a estas loables propuestas, no existe aún respuesta legislativa sobre el tema.

La doctrina, no obstante, ha sabido adaptar al Derecho vigente la nueva figura, proponiendo un abanico bastante amplio de configuraciones posibles.

Caselli cita los siguientes modelos de multipropiedad: «multiproprietà azionaria, alberghiera, immobiliare, cooperativa» (15).

La multipropiedad accionaria es una asimilación del modelo societario francés (anterior en el tiempo) al Derecho italiano.

En el esquema italiano, una sociedad adquiere un inmueble en propiedad y emite acciones privilegiadas que facultan a su adquirente para usar una fracción del inmueble durante un período de tiempo, además de concederle el derecho de socio y el de voto en las asambleas extraordinarias.

Una vez que se hayan vendido todas las acciones privilegiadas, se asigna a los multipropietarios (los titulares de las acciones privilegiadas) un paquete de acciones ordinarias proporcional a las acciones privilegiadas adquiridas.

La suma de todas las acciones (ordinarias y privilegiadas) constituye el capital social de la sociedad.

(14) PAU PEDRON, ANTONIO: «La multipropiedad en el Derecho comparado», *Revista de Derecho Registral*, núm 10, 1984, pág. 24.

(15) CASELLI, GIOVANNI *La multiproprietà. Problemi giuridici*, Milán, 1983, pág. 5.

En la modalidad expuesta, todos los socios (privilegiados y ordinarios) participan de la propiedad del inmueble indirectamente a través de la sociedad. La propiedad del inmueble pertenece a los titulares de acciones ordinarias que, como hemos visto, lo son todos.

Los titulares de las acciones privilegiadas tienen además el derecho a usar el inmueble y a recibir una serie de servicios (piscina, sauna, pistas de tenis, etc.).

La determinación de los turnos de uso y la fijación de los servicios a los que la acción privilegiada da lugar se hace en el contrato de compra-venta de las acciones, en el que además se debe estipular la asignación de las acciones ordinarias proporcionales, de las que ya hemos hablado.

Según CONFORTINI (16), el disfrute por turnos de la fracción del inmueble por los titulares de las acciones privilegiadas se asegura mediante el poder conferido por los socios a los administradores para ceder en comodato dichas fracciones por un tiempo proporcional al número de acciones adquiridas.

La administración del complejo inmobiliario se lleva a cabo por la misma sociedad a través de un comité de accionistas, o se encarga a otra sociedad (recordemos que en el modelo francés es la propia société d'attribution la que se hace cargo de la administración del inmueble).

Existe otra modalidad de multipropiedad societaria en Italia (ALPA, «multiproprietà e vincolo alberghiero»), en la que la sociedad, propietaria del inmueble, emite unas acciones impropias, llamadas bonos de disfrute, que sólo confieren a su titular el derecho a usar el inmueble en un período de tiempo determinado.

La diferencia con el primer modelo reside, a nuestro parecer, en que no se confiere al adquirente un verdadero derecho de socio, sino un mero permiso o licencia (más adelante tendremos ocasión de hablar de las «vacation licenses» en el Derecho anglosajón) para usar de la fracción del inmueble asignada por un período de tiempo proporcional al número de «bonos» adquirido.

No obstante, pese a las ventajas que este sistema, el societario, ofrece (principalmente mayor facilidad en la transmisión del derecho y cuotas fiscales más bajas), poco a poco fue cediendo terreno en Italia a otras configuraciones más seguras y satisfactorias para el multipropietario (no olvidemos que este tipo de multipropiedad, si es que puede denominarse así, carece de publicidad registral), decimos, fue cediendo terreno a otras configuraciones, a lo que ayudó la quiebra en 1979 de la sociedad «Multiresidence SPA», en Génova (recordamos que la quiebra de la sociedad es uno de los principales peligros de este sistema).

(16) CONFORTINI, MASSIMO: *La multiproprietà*, Padua, 1983.

Finalmente, decir que es en su mayor parte aplicable a la «multiproprietà azionaria» italiana lo expuesto con referencia al modelo francés, al cual nos remitimos.

Por otro lado, tenemos la «multiproprietà immobiliare», que, a rasgos generales, consiste en una comunidad *proindiviso*, en la que cada cuota tiene atribuido un período determinado de disfrute.

En base al criterio latino «communio est mater discordiarum», el Ordenamiento italiano, como casi todos, limita los pactos de indivisión a diez años.

Concretamente, es el artículo 1.111 del Código Civil italiano de 1942 el que nos dice: «cada uno de los partícipes puede pedir siempre la disolución de la comunidad... El pacto de permanecer en comunidad por un tiempo no mayor de diez años es válido... Si circunstancias graves lo exigen, la autoridad judicial puede ordenar la disolución de la comunidad antes del tiempo convenido» («Ciascuno dei partecipanti può sempre demandare lo scioglimento della comunione; ... Il patto di rimanere in comunione per un tempo non maggiore di dieci anni é valido... Se gravi circostanze lo richiedono, l'autorità giudiziaria può ordinare lo scioglimento della comunione prima del tempo convenuto»).

Se deroga de esta manera la aplicación del artículo 1.100 (todas las alusiones serán a disposiciones del Código Civil de 1942, salvo cuando se exprese lo contrario), en cuanto a indivisión se refiere.

Según el artículo 1.100, las normas que establece el Código sobre comunidad de bienes tienen carácter dispositivo («... si el título o la ley no disponen otra cosa» —«... se il titolo o la legge non dispone diversamente»). Pero el mismo artículo 1.111 prevé esa disponibilidad y la prohíbe («Si se ha estipulado “la indivisión” por un término mayor “a diez años”, éste se reduce a diez años»).

Al respecto de la división, es también de aplicación el artículo 1.116, referido a la división hereditaria. Asimismo, el artículo 720, referido a los inmuebles no divisibles («no cómodamente divisibles o cuyo fraccionamiento originaría perjuicios a la economía pública o a la higiene»), para los que se prevé, en caso de división, la atribución al coheredero (o comunero) que tenga la cuota mayor, adeudando éste el excedente a los demás o, en último caso, la venta en pública subasta.

Resulta evidente que el legislador, influido por el criterio romano antes citado, intenta evitar por todos los medios las situaciones de indivisión. BARASSI habla al respecto de «fatale tendenza della comproprietà alla sua cessazione» (17).

(17) BARASSI, LODOVICO *Proprietà e comproprietà*, Milán, 1951, pág. 27.

La doctrina italiana intenta salvar este impedimento legal en base a otro precepto del Código, el artículo 1.112, en virtud del cual: «La disolución de la comunidad no se puede pedir cuando se trate de cosas que, si se dividieran, dejarían de servir para el uso al que están destinadas».

Se considera que, por naturaleza, la multipropiedad tiene carácter perpetuo, y evidentemente un complejo inmobiliario sometido a régimen de multipropiedad dejaría de servir al uso al que ha sido destinado si los multipropietarios pudieran pedir la división en cualquier momento.

Así pues, al menos para un sector de la doctrina, son admisibles los pactos de indivisión perpetua en los estatutos de multipropiedad ex artículo 1.112.

No falta, por otro lado, la opinión doctrinal, bastante extendida, de que el artículo 1.112 es de interpretación restrictiva, dudándose de que pueda considerarse destino de un bien el establecido únicamente por la voluntad de las partes.

(Para una profundización en el tema, nos remitimos a CALO-CORDA: *La multipropiedad*, que incluye una larga disertación sobre la indivisión en el Derecho italiano.)

Otro sector doctrinal entiende innecesaria la fundamentación de la indivisión en base al artículo 1.112. Al respecto, BENACCHIO afirma que en lo que respecta a la indivisibilidad, se puede observar que la repartición espacio-temporal de la cosa es de por sí suficiente para excluir aquella “*mater discordiarum*” sobre la que se funda la ratio del artículo 1.111. La fijación del goce por turno es ya una especie de la división que hace imposible la división material» (18).

De esta manera se evita la división material no en base al artículo 1.112, sino porque se ha realizado otra división al organizar el goce por turnos de la cosa.

En cuanto al goce por turnos, al que alude BENACCHIO, el artículo 1.102 establece que «cada partícipe puede servirse de la cosa común, siempre que no altere su destino y no impida a los otros participantes hacer igualmente uso de ella según su derecho».

Un gran sector de la doctrina ha venido entendiendo este artículo como otro obstáculo que se plantea a la configuración de la multipropiedad inmobiliaria en el Derecho italiano.

No obstante, estamos con CALO y CORDA en cuanto que el hecho de «que cada partícipe pueda servirse de la cosa en común según el artículo 1.102 del Código Civil quiere decir que los comuneros, dentro de los límites de

(18) BENACCHIO, GIUSEPPE. «Dal condominio alla multiproprietà», *Rivista del Notaio*, XXXVI, abril 1982, pág. 8.

su cuota, no pueden ser privados de la facultad de goce, pero ello no significa que todos deban usar la cosa al mismo tiempo» (19).

Si el uso contemporáneo es imposible, se hace imprescindible el goce por turno, mediante el cual no se impide a ninguno de los comuneros hacer uso de la cosa común.

Confirma esta teoría MESSINEO, según el cual, «il godimento esclusivo é concepibile per turno, cioè auccessivamente, non cumulativamente» («el goce exclusivo es concebible por turno, sucesivamente, y no acumulativamente») (20).

Se resolvería de este modo positivamente el problema planteado por la doctrina, sin necesidad de recurrir al principio de autonomía de la voluntad para obviar en el contrato la aplicación del artículo 1.102.

Creemos, pues, que el goce por turno, consustancial a la multipropiedad, es perfectamente compatible con la letra de dicho artículo.

Debemos hacer referencia a otras soluciones aportadas por la doctrina para configurar la multipropiedad con carácter real, es decir, dentro de lo que se denomina «multiproprietà immobiliare».

Un sector doctrinal propone la tesis de la «propiedad temporal».

Para estos autores, la tesis de copropiedad no parece adecuada con el Derecho vigente (cuestión que ya hemos analizado) ni acorde con el espíritu de la multipropiedad.

Según algún autor, el interés del multipropietario (gozar de la cosa de modo pleno o exclusivo durante un período de tiempo al año) se realiza perfectamente (y exclusivamente, en nuestra opinión) a través del poder inmediato sobre la cosa.

El derecho de propiedad temporal sería un derecho de propiedad pleno, absoluto y perpetuo, cuyo ejercicio se despliega, sin embargo, en períodos anuales limitados y recurrentes.

Así pues, lo que se predica es un derecho perpetuo de ejercicio periódico (nos remitimos aquí a lo dicho sobre el derecho real de habitación periódica cuando hablamos de la multipropiedad en Portugal).

La dificultad de este planteamiento está en la concurrencia, no del ejercicio, pero sí de los derechos de propiedad sobre una misma cosa, lo cual no parece teóricamente posible.

Algunos autores han salvado esta dificultad con una construcción teórica interesante como, por ejemplo, LEYVA DE LEYVA (21). En efecto, entienden estos autores que el objeto del derecho de multipropiedad (el objeto inme-

(19) CALO, EMANUELE-CORDA, TOMASO A. *La multipropiedad*, Madrid, 1985, pág. 6.

(20) MESSINEO: *Manuale de Diritto Civile e Commerciale*, t. III, Buenos Aires, 1954, pág. 531.

(21) LEYVA DE LEYVA, JUAN ANTONIO. *Op. cit.*

diato) no lo constituye la cosa, sino el período de tiempo, siendo el inmueble el objeto mediato que sirve de soporte al tiempo. Se habla en estos casos de propiedad temporal, pero no por su carácter, sino por el objeto sobre el que recae (con rigor la primera sería derecho temporal de propiedad y la segunda derecho de propiedad temporal).

Con respecto a la tesis de la propiedad temporal que hemos expuesto en primer lugar, cabe también una distinta versión propuesta también por la doctrina. Recordemos que lo que se proponía era un derecho de propiedad perpetuo pero con su ejercicio limitado periódicamente. Cabe también, como figura incluíble con la misma terminología, un verdadero derecho temporal de propiedad, es decir, aplicando la temporalidad al derecho y no a su ejercicio.

Según esta configuración, el derecho se extingue terminado el período de uso, para volver a renacer al principio del período siguiente, configurándose así como un verdadero «derecho de eclipse».

Tampoco nos parece ésta la solución más adecuada para configurar este fenómeno. Piénsese que si el derecho nace y se extingue cada año (el derecho y no su ejercicio) esto complicaría en gran medida su inscripción en el Registro.

Otro sector doctrinal propone la construcción de la multipropiedad como un derecho real atípico, «una situación jurídica compleja en la que se entremezclan caracteres propios de los derechos reales y de los derechos de crédito.

Según CALO y CORDA (22), sólo cabe la constitución de derechos reales atípicos en el campo de los derechos reales limitados o «in re aliena», por lo que el inmueble debería tener un propietario distinto de los multipropietarios, y si no es así, en base a lo dispuesto en el artículo 827, esa titularidad la asumiría el Estado («los bienes inmuebles que no están en propiedad de alguien corresponden al patrimonio del Estado»).

Estas son, a grandes rasgos, las vertientes doctrinales por las que circula la «multipropiedad inmobiliarie». La opinión más generalizada apunta a la constitución de la multipropiedad en base a la copropiedad. El resto de construcciones, pese a ser muy interesantes, no parecen adaptarse del todo a la realidad.

La práctica notarial se inclina por la multipropiedad como comunidad con regulación contractual de los períodos de uso.

El tema de la indivisión admite más variaciones, y como hemos visto, se presta a más discusiones doctrinales.

La configuración como copropiedad dependerá también en gran medida de la habilidad del Notario y de la buena fe de los multipropietarios.

(22) CALO, EMANUELE-CORDA, TOMMASO A.. *Op. cit.*, pág. 77.

Conviene hacer, por último, referencia a los otros modelos de multipropiedad que, aunque en menor medida, se articulan también en la práctica italiana.

En la «multiproprietà alberghiera» el multipropietario adquiere una cuota en comunidad sobre el inmueble.

Es una variación de la multipropiedad inmobiliaria, pero se diferencia de ésta principalmente en que el inmueble tiene carácter hotelero y en que la administración (conservación, limpieza, mantenimiento, prestación de servicios y gestión) se confía a una sociedad.

La sociedad gestora administra el inmueble como un hotel (lo que también es frecuente en Portugal, con las salvedades precisas, como hemos visto).

El titular de la cuota de multipropiedad tiene el derecho de disfrutar y disponer de su fracción del inmueble correspondiente durante un período anual previsto en el contrato.

Tiene derecho también a descuentos en cuanto a los servicios no gratuitos (se refiere a los no incluidos en los pagos periódicos en concepto de comunidad) que preste la sociedad gestora, lo cual nos hace pensar que en un mismo hotel pueden convivir multipropietarios e inquilinos hoteleros normales (para los que no rige este descuento).

Esta última característica es muy común en los complejos inmobiliarios de otros países, aunque su régimen no sea completamente hotelero.

Por último, la «multiproprietà cooperativa», que en contra del parecer de MARTÍNEZ PIÑEIRO (23), nos parece derivada no de la multipropiedad inmobiliaria, sino de la societaria o accionaria.

Viene a ser el equivalente del «methode grenoblise», que ya expusimos cuando hablamos de la multipropiedad en Francia.

Consiste en que los interesados en convertirse en multipropietarios constituyen una sociedad cooperativa para construir el complejo.

Una vez construido, los socios no se reparten el uso por turnos, sino que adquieren fracciones del inmueble (de carácter real) con las facilidades que en la adquisición ofrece el cooperativismo.

Una vez vendidas todas las fracciones, el inmueble no pertenece ya a la sociedad, sino a los socios, pero aquélla permanece para garantizar la administración y gestión del complejo (con la economía en los gastos que supone en comparación a la gestión realizada por una sociedad privada).

Su nota diferenciadora del método de Grenoble es la permanencia de la sociedad y la forma de adquisición de las fracciones —no por accesión, sino por compraventa— en la «multiproprietà cooperativa».

(23) MARTÍNEZ PIÑEIRO-CARAMÉS, EDUARDO: *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido*, Madrid, 1989, pág. 36.

Por último, una obligada referencia a la configuración propuesta en los proyectos de ley de los que antes hemos hecho mención.

Ambos contemplan el fenómeno como una modalidad de la copropiedad, aunque el Proyecto IRTI contempla la posible configuración societaria del fenómeno.

El derecho del multipropietario es perpetuo y transmisible *inter vivos* y *mortis causa*.

El Proyecto FONTANA impone otro requisito: que el inmueble o complejo inmobiliario esté situado en zona calificada como turística-hotelera (art. 1.1).

Por otro lado, el Proyecto IRTI incluye una serie de normas tendentes a la protección de los adquirentes en sus artículos 5-8.

Se hace patente en ambos textos el interés de la doctrina en dotar de una seguridad inexistente en muchos casos a un fenómeno que ya se configura en la práctica según los patrones establecidos en estos proyectos de ley.

D) BÉLGICA

En Bélgica el fenómeno se conoce desde finales de los años 60 y ha experimentado un crecimiento que, si bien no alcanza las tasas de otros países, parece, no obstante, interesante.

Sin embargo, más interesante que su desarrollo es la configuración que ha recibido en base a la regulación legal de la copropiedad.

GUY LEGRAND denomina a este sistema «fórmula belga» de la pluripropiedad («*pluripropriété*») (24), que pese a la cercanía jurídica del Ordenamiento francés, es una fórmula totalmente distinta a la elaborada en ese país.

La configuración que la práctica, y no el legislador, ha dado a la multipropiedad en Bélgica, no es societaria, como en Francia, sino inmobiliaria.

Ya vimos, cuando hablamos de la multipropiedad societaria francesa, los impedimentos existentes en ese país para una configuración real de la multipropiedad, y la solución de los mismos no por vía interpretativa doctrinal, sino por vía legislativa (Leyes de 1971 y 1986, ya examinadas).

En Bélgica la situación es, al menos aparentemente, distinta.

Como llevamos viendo a lo largo de nuestro estudio, las principales objeciones que se hacen a la configuración de la multipropiedad en base a la comunidad, son la exigencia del uso en común y la prohibición de los pactos de indivisión indefinida.

(24) LEGRAND, GUY: *La multipropriété belge, ou la double copropriété*, Portefeuille, tendances, 8 febrero 1975, pág. 62.

El uso por turnos normalmente no encuentra demasiados obstáculos para su establecimiento contractual, en base al principio de la autonomía de la voluntad.

En cuanto a la indivisión de la cosa, el artículo 815 del Código Civil belga dispone que «Nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión, y la partición puede ser provocada siempre, no obstante prohibiciones y convenciones contrarias. Se puede, no obstante, convenir la suspensión de la partición durante un tiempo limitado; esta convención no es obligatoria por más de cinco años, pero puede ser renovada. Esta convención es oponible frente a terceros...»

Aparentemente, este artículo deja fuera de lugar la constitución de la multipropiedad como comunidad, dado que ésta exige para existir la indivisibilidad indefinida, o al menos por un largo período de tiempo.

No obstante, parte de la doctrina acude a otro artículo del mismo texto legal: el artículo 577 bis, en virtud del cual «1. En defecto de pacto y de normas especiales, la propiedad de una cosa que pertenece indivisiblemente a varias personas se regula del modo siguiente: "apartados 2-11"», incluyéndose el artículo 815 como una norma reguladora de las que menciona el artículo 577 y, por tanto, quedando incluida en lo que este artículo dispone.

Lo que establece, en definitiva, es el principio de libertad contractual («en defecto de pacto») en la constitución de la copropiedad.

De esta forma, en el Derecho civil belga pueden distinguirse tres tipos de comunidad (25):

Una ordinaria, de carácter fortuito, como la hereditaria; otra forzosa, de mantenimiento necesario, como en el caso de la comunidad sobre un muro medianero; y una tercera, voluntaria, creada voluntariamente entre dos o más personas, y en su propio beneficio, a la que no sería de aplicación el artículo 815 y en la que podríamos encuadrar el fenómeno multipropietario.

Nos parece interesante incluir los comentarios de BENNE con respecto a este artículo 577 bis: «regula los derechos y obligaciones de los condueños en defecto de pacto entre ellos. Su párrafo 1 dispone expresamente que la ley es supletoria de la voluntad» (26).

Sigue diciendo que «siempre se puede, cualquiera que sea el tipo de indivisión, eludir las reglas legales previstas por este artículo».

Así pues, vemos que los estatutos de multipropiedad adquieren una gran importancia, puesto que es en ellos donde se regula su régimen jurídico (en general ocurre lo mismo en todos los países que carecen de legislación específica sobre el tema).

(25) LAURENT, F. *Principes de Droit Civil*, t. X, Bruselas, 1876, págs. 233-236

(26) BENNE, JACQUES' *Op. cit.*, pág. 807

Estas normas convencionales se denominan «acte de base» (acta básica).

Al respecto, WATELET considera que en el acta básica deben constar (27):

- La inaplicación del artículo 815 del Código Civil (lo cual nos parece superfluo en vista a lo ya comentado en cuanto al artículo 577 del mismo texto legal).
- Las cuotas indivisas de cada pluripropietario.
- Los períodos de goce.
- Los bienes objeto del pacto.
- Las cargas y deberes de los pluripropietarios.
- La persona encargada de la administración del inmueble.

Al respecto, y tras el examen de un acta básica (la del complejo Helix); LEGRAND señala las siguientes notas características de la pluripropiedad belga (28):

- * La pluripropiedad es una copropiedad particular donde el disfrute está dividido en períodos de tiempo determinados que se dan en la misma época todos los años.
- * Cada cuota parte de la pluripropiedad está unida al derecho de disfrute del inmueble entero durante un período de tiempo.
- * La indivisión surge, como ya hemos dicho, de un convenio libremente acordado por los pluripropietarios desde el momento de su adhesión al «acte de base».
- * El derecho de disfrute exclusivo durante un período determinado de tiempo al año forma parte del estatuto real de la indivisión (el uso por turnos es parte constitutiva del derecho y no una simple modalidad de ejercicio).
- * Los pluripropietarios no pueden exigir la división del inmueble más que por una decisión unánime de todos ellos.
- * La cuota parte de un multipropietario (el derecho de multipropiedad) es libremente negociable, es decir, transmisible *inter vivos* y *mortis causa* (suponemos, porque el autor citado no dice nada al respecto); así como gravada con hipoteca y embargada, pero teniendo en cuenta que los acreedores no podrán pedir la partición o la venta en pública subasta del inmueble.

La respuesta es, a grandes rasgos, la pluripropiedad belga de naturaleza real.

(27) WATELET: *La redaction des actes notariés*, Bruselas, 1980 pág. 359

(28) LEGRAND, GUY. *Op cit*, pág. 73.

Otro sector doctrinal, encabezado por LEVY MORELLE (29), entiende que la construcción doctrinal elaborada en torno a los artículos 815 y 577 del Código Civil carece de fundamento.

Parten de la base de que el artículo 815 es de orden público, y por lo tanto de carácter imperativo, aplicable en todo caso, aun en contra de pacto.

Ante la imposibilidad de constituir una copropiedad perpetua, según la interpretación que se hace de los artículos citados, estos autores proponen otras soluciones:

Se pensó en un primer momento en la multipropiedad societaria francesa, pero el Ordenamiento belga no contempla, como el francés, la constitución de sociedades civiles sin ánimo de lucro.

LEVY MORELLE recurre entonces a la fórmula asociativa.

Sabemos que la asociación es la reunión de bienes o servicios para lograr un fin determinado. Cuando los socios tienen «ánimo de partir entre sí las ganancias» (art. 1.665 del Código Civil español), se habla de sociedad —civil o mercantil—.

Cuando no existe ese ánimo de lucro, se habla entonces de asociación «en sentido estricto».

Dentro de esta última figura es donde cabría encuadrar el fenómeno, recibiendo así el nombre de «pluripropiedad asociativa».

El principal problema que se plantea a la configuración asociativa es que la asociación está desprovista de personalidad jurídica, por lo que no podría ser titular del inmueble.

La solución que proponen estos autores es la atribución en propiedad a los asociados en proporción a su cuota en la asociación. De esta manera se elude la aplicación del artículo 815 del Código Civil.

Por otro lado, un sector doctrinal encabezado por STENGERS (30) ha propuesto una construcción del fenómeno en base al derecho real de uso.

El artículo 628 del Código Civil belga permite su regulación convencional y, por tanto, su adaptación a la figura multipropietaria.

Es un derecho con importantes ventajas fiscales que, dado su carácter real, otorga la necesaria seguridad jurídica, ya que es posible su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La única dificultad práctica para el correcto funcionamiento de la multipropiedad bajo el marco de este derecho sería, quizá, su duración, ya que legalmente se contempla como derecho temporal o, en todo caso, vitalicio.

(29) LEVY MORELLE, JACQUES: «La copropriété portagée dans le temps Indivision volontaire, société ou association?», en *Copropriété*, Bruselas, 1985

(30) STENGERS, MARIE-LAURE. «La multipropriété», *Revue Habiter*, núm. 79, págs. 43-44.

E) ALEMANIA

Debido a su situación geográfica y a sus condiciones climáticas, el desarrollo del fenómeno en este país es menor que en otros países que gozan de mejores playas y más sol, ya que se encuentra reducido casi exclusivamente a complejos de montaña.

El número de complejos aproximado era de unos 20 en 1991 si nos atenemos a las cifras aportadas por RCI e Interval International.

En cuanto a su desarrollo legal, tampoco existe en Alemania una regulación específica sobre tiempo compartido.

La doctrina germana ha propuesto cinco sistemas de caracterización jurídica, aunque en la práctica son tres los más utilizados.

Pasamos a analizar estos últimos para luego dar cuenta de los restantes.

En primer lugar, se utiliza el modelo societario.

La sociedad es la propietaria del inmueble, y los socios tienen atribuido un derecho de disfrute periódico sobre el mismo de tanta duración como participación tenga el socio en la sociedad.

El derecho del multipropietario es un derecho personal derivado del contrato de sociedad.

Para todo lo referente a esta configuración nos remitimos a lo expuesto reiteradamente cuando se trató del modelo societario en general y de la multipropiedad societaria francesa e italiana («azionaria») en particular.

En segundo lugar, se utiliza en la práctica notarial también el sistema que hemos denominado «multipropiedad inmobiliaria», basada en la copropiedad.

La base de esta configuración en Alemania es la copropiedad romana o *pro indiviso*.

El artículo 749 del Código Civil alemán («Bürgerliches Gesetzbuch» —BGB—) establece que «cada comunero puede pedir la división de la comunidad en cualquier momento. Aunque se haya decidido previamente que la acción de división no sea posible, temporalmente o nunca, en caso de existir razones importantes, se puede pedir la acción de división. Bajo la misma condición se puede pedir la disolución sin plazo, aunque éste haya sido fijado previamente. Un acuerdo que impida o limite el derecho de división en contra de los aquí presentes preceptos no tendría vigor».

De la lectura de este precepto se deduce que la eficacia del pacto de indivisión se limita a reducir las causas de división a los «graves motivos». No se prohíbe este tipo de pactos, sino que se limita su eficacia a la no existencia de graves motivos que hagan conveniente la división.

La eficacia de los pactos de indivisión se limita entre los comuneros a lo ya expuesto, pero según el artículo 751.2 carecen de eficacia *erga omnes*, por lo que no pueden afectar a terceros.

La multipropiedad se puede constituir, pues, y de hecho así se hace, como una copropiedad (comunidad *pro indiviso*), en la que los comuneros han previsto el uso por turnos de la cosa y han pactado la indivisión indeterminada del inmueble. Pero este pacto de indivisión tiene mero efecto obligacional (y no real), por lo que no es inscribible en el Registro, de lo que se deriva su ineficacia frente a terceros.

Así pues, como señala O'CALAGHAN, «es una situación de copropiedad con efectos *inter partes*, pero no frente a tercero», añadiendo que «un acreedor de uno de los copropietarios puede provocar el embargo y la ejecución de la vivienda» (lo que supondría su división), «aunque los demás "multi"propietarios recibirían la parte proporcional a su derecho, tras la ejecución» (como efecto de la propia división) (31).

Por último, la multipropiedad se configura también como derecho real «in re aliena», concretamente como una servidumbre (derecho regulado en los arts. 1.009 y sigs. BGB).

Según esto, el derecho de propiedad sobre el inmueble pertenecería a una persona. Posteriormente, este propietario constituiría una serie de servidumbres personales en virtud de las cuales se concede, con eficacia real, la facultad de uso sucesivo del inmueble.

Cada titular de un derecho de servidumbre tendrá derecho a usar de la vivienda en un período de tiempo al año determinado y especificado en el título de su derecho.

Sobre la disponibilidad o no de este derecho existen serias dudas en la doctrina. En todo caso, sería en el título constitutivo donde, de admitirse, debe concretarse esta posibilidad.

Esta configuración tiene eficacia real y parece predicarse su naturaleza perpetua o, en todo caso, indefinida.

Es frecuente la utilización de la servidumbre junto con la copropiedad para evitar, de esta manera, la quiebra del sistema en caso de embargo instado por los acreedores.

Por otro lado, un sector doctrinal ha propuesto la caracterización del fenómeno como una verdadera multi-propiedad, es decir, mediante la concurrencia de una multitud de propiedades independientes sobre un mismo inmueble.

No obstante, tanto el artículo 925.2 BGB como el 54.2 de la Ley sobre Copropiedad establecen que la única vía para la concurrencia de dominios es la copropiedad o propiedad por cuotas, siendo jurídicamente inviable la existencia de más de un derecho de propiedad (por definición, absoluto) sobre una misma cosa.

(31) O'CALAGHAN MUÑOZ, XAVIER. *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad*, Madrid, 1987, pág. 88

Por último, un modelo similar al establecido por la ley en Portugal: un derecho de habitación periódica.

Se trata de un derecho real, permanente, transmisible *inter vivos* y *mortis causa*, que concede el derecho a disfrutar de un inmueble por un período de tiempo al año y por tantos años cuantos se hayan pactado en el título de constitución.

A diferencia de la habitación periódica portuguesa, los autores alemanes proponen su perpetuidad.

Su eficacia real y sus notas de fácil transmisibilidad y perpetuidad han hecho que la figura sea vista con buenos ojos por teóricos y prácticos del sector inmobiliario.

F) SUIZA

Pese a lo que pudiera pensarse por la gran afluencia turística que recibe Suiza, la multipropiedad en este país no alcanza tan altas cuotas de crecimiento como en otros países occidentales (tan sólo 13 complejos afiliados a alguna de las dos sociedades de intercambio internacionales más importantes, RCI e Interval International).

La causa parece ser el escaso desarrollo de la propiedad inmobiliaria. Según datos recogidos por PAU PEDRÓN, a principios de la década de los 80, el 70 por 100 de los suizos era arrendatario del piso que habitaba (32).

Asimismo, la propiedad horizontal es de regulación reciente. Concretamente, en la Ley de 19 de diciembre de 1963, que entró en vigor el 1 de enero de 1965, modificando el Código Civil suizo con la inclusión de los artículos 712.a) a 712.t).

No obstante, el fenómeno es conocido tanto por la doctrina como en la práctica suiza, recibiendo la denominación de «*teilzeiteigentum*».

La multipropiedad se configura en Suiza de dos maneras diferentes: según el sistema de la copropiedad o bajo el modelo societario patentado por Francia.

En cuanto a la configuración real, como una copropiedad con reglamentación de los turnos de uso y exclusión de la acción de división, el Ordenamiento suizo no parece oponerse a la idea.

Así, el artículo 647.1 del Código Civil suizo establece que «los copropietarios pueden convenir reglas para el disfrute y administración que se separen de las determinaciones legales e inscribirlas en el Registro».

Según esto, no sólo se admite la posibilidad de los pactos en cuanto al uso de la cosa por turnos, sino que además se predica la eficacia real de los mismos.

(32) PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Op. cit.*, pág. 36.

Al respecto de la inscripción en el Registro, recoge PAU PEDRÓN (33) datos sobre la respuesta oficial del Ministerio Federal de Justicia a la consulta formulada por el Instituto Suizo para el Planteamiento Territorial, según la cual no podrá consignarse en el Registro de la Propiedad la expresión «*teilzeiteigentum*» (multipropiedad).

En cuanto a la eficacia de los pactos de indivisión, destacamos la flexibilidad del artículo 650 del Código Civil, según el cual «cada copropietario tiene derecho a solicitar la partición de la copropiedad, salvo si estuviere excluido por negocio jurídico, por división en propiedad horizontal o por destinación de la cosa a un fin duradero. La partición puede ser excluida por negocio jurídico por un plazo máximo de treinta años. Si se trata de inmuebles, la convención debe, para ser válida, ser recibida de forma auténtica y puede ser anotada en el Registro de la Propiedad. La partición no debe ser provocada en tiempo inoportuno».

La posibilidad de incluir la multipropiedad en este marco legal se logra considerando que, aunque no parezca suficiente el largo plazo concedido para los pactos de indivisión [treinta años; diez según PAU PEDRÓN (34)], la perpetuidad de los mismos es admisible en base a la «destinación de la cosa a un fin duradero».

La segunda configuración que recoge la práctica suiza es, como hemos dicho, la multipropiedad societaria, por la cual (y una vez mas) una sociedad adquiere en propiedad un inmueble y distribuye su uso periódico entre los socios, que adquieren, en virtud de su participación en la sociedad, un derecho de disfrute sobre el inmueble por un período de tiempo; derecho personal y condicionado a la posesión de la cualidad de socio.

Sobre este modelo, dada su escasa aplicación y su falta de características especiales en este país, nos remitimos a lo expuesto a lo largo del trabajo, especialmente a su aplicación en Francia e Italia.

Por último, destacar la existencia de una interesante figura similar a la multipropiedad en cuanto a sus efectos, pero de distinta naturaleza jurídica: la «*multilocation*» o multiarriendo.

Su práctica en este país está más generalizada que la multipropiedad propiamente dicha.

Consiste en un pacto realizado entre propietario y arrendatario, en virtud del cual éste arrienda a aquél el inmueble por un período de tiempo determinado al año, pero (y aquí está su peculiaridad) durante un número determinado de años.

No es la obligación de alquilar el inmueble todos los años al mismo arrendatario, sino que se trata de un solo contrato de arrendamiento al que

(33) PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Op. cit.*, pág. 36

(34) PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Op. cit.*, pág. 37.

podríamos llamar «discontinuo», limitado a un período de tiempo al año, todos los años.

Este derecho personal se recoge en un título susceptible de transmisión *inter vivos y mortis causa*.

G) GRECIA

Hemos mencionado en el apartado anterior el creciente desarrollo del multiarriendo en Suiza.

Es precisamente este sistema el utilizado en Grecia.

No creemos que este sistema configure una verdadera multipropiedad (en ninguno de los sentidos en que la hemos interpretado), pero sus efectos aparentes son muy similares y, por tanto, nos parece necesario al menos perfilar los rasgos generales del fenómeno en este país.

Recibe el fenómeno citado el nombre de «multiinquilinato», figura que se regula en Grecia por la Ley 1652, de 14 de octubre de 1986.

El multiinquilinato consiste básicamente en la adquisición de un derecho personal de arrendamiento por un período temporal determinado al año (normalmente una semana o dos), pero durante un número de años determinado, y en virtud de un solo contrato.

Según el artículo 1.1 de la Ley, «por el contrato de “timesharing” (resulta curiosa la utilización de la terminología anglosajona), el arrendador asume la responsabilidad de poner a disposición del arrendatario, cada año, durante el período de duración del contrato, el uso de un alojamiento de carácter turístico y de prestar los servicios conexos durante el período determinado en el contrato; mientras que el arrendatario está obligado a pagar el precio del arrendamiento que se haya convenido».

Como ya hemos explicado con respecto a la «multilocation» suiza, no es el derecho a que el propietario le alquile todos los años el inmueble, sino que en virtud del contrato el multiinquilinato adquiere el derecho de arrendamiento por todos los años por los que se pacte.

Según el sistema configurado por la ley, sólo se puede poner en práctica en unidades hoteleras, es decir, el propietario del inmueble, persona física o jurídica, deberá cubrir los servicios propios de un hotel hacia los multiinquilinos.

Es necesaria, para la constitución de un complejo inmobiliario en este régimen, una licencia oficial concedida por el OGT (Organismo Griego de Turismo).

La ley establece, asimismo, que la duración del multiinquilinato no podrá ser inferior a cinco años ni superior a sesenta.

La formalización en escritura pública, así como la inscripción en el

Registro de la Propiedad son preceptivas y de su incumplimiento se pueden derivar sanciones administrativas como la revocación de la afectación de la empresa a sus cláusulas por parte de la Secretaría General del OGT.

Por último, en lo referente al multiinquilinato, la ley prevé el subarriendo y también la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* del derecho del multiinquilino (art. 2).

El control administrativo de la figura es manifiesto en cuanto que el contrato sólo puede realizarse sobre aquellos inmuebles calificados como «alojamiento turístico», lo cual implica el previo permiso del OGT y la exclusión del inmueble de la legislación sobre áreas fronterizas (a la que luego haremos mención) por la Secretaría de dicho Organismo.

Además, el arrendador debe poner en conocimiento del OGT todos los contratos que realice.

Los términos de los contratos y las modalidades de cesión y subarriendo vienen definidas a través de decisiones del Ministerio de Economía Nacional.

A pesar de referirse la ley citada sólo al contrato de multiinquilinato, cabe la configuración de la multipropiedad con carácter real mediante la reglamentación de los períodos de uso del inmueble, al amparo de los artículos 1.002 y 1.117 del Código Civil, de la Ley 3741/1929 y del Decreto Legislativo 1024/1971, según la opinión de MARTÍNEZ PIÑEIRO (35).

Cabe también, y la práctica lo demuestra, la configuración societaria del fenómeno en los términos ya expuestos, según el modelo francés e italiano.

La principal dificultad que encontraba la multipropiedad, en todas sus formas, en este país es la legislación sobre áreas fronterizas.

Estas normas, a las que nos referimos, son: Decreto Presidencial 22/24, de junio de 1927, Acta Parlamentaria de 18 de febrero de 1927, Decreto Legislativo de 5 de mayo de 1926, Ley 3250/1924 y Decreto Legislativo 3/4, de septiembre de 1924.

En virtud de estos preceptos se prohíbe a los extranjeros adquirir derechos reales en inmuebles situados en zonas fronterizas.

Se considerarán fronterizas todas aquellas zonas que geográficamente lo sean y que no hayan sido exceptuadas de tal calificación por resolución del Consejo de Ministros.

La violación de estos preceptos se considera delito y acarrea la nulidad del acto.

La prohibición afecta también a arrendamientos de duración mayor a tres años y según el Tribunal Supremo (en una sentencia de 1983) se extiende también a las sociedades griegas controladas o administradas por extranjeros.

(35) MARTÍNEZ PIÑEIRO-CARAMÉS, EDUARDO: *Op. cit.*, pág. 34.

Como ya hemos dicho, para el establecimiento de un complejo en régimen de multipropiedad es conveniente (por el freno que supondría a la inversión extranjera en caso contrario) la exclusión del inmueble de la regulación sobre áreas fronterizas mediante su calificación como «alojamiento turístico» por la OGT.

La exclusión de estos complejos de dicha normativa es otra manifestación del fuerte control que ejerce la Administración griega sobre la figura.

No obstante, es lógico pensar que a partir de la entrada de Grecia en la Comunidad Europea, las normas sobre áreas fronterizas devienen inaplicables en cuanto a otros ciudadanos miembros de la Comunidad.

Sin embargo, el freno ejercido por dicha legislación en la inversión extranjera en este sector hasta la promulgación de la Ley de 1986 se hace palpable en el dato de que en 1991 aún no existían complejos afiliados a las sociedades internacionales de intercambio RCI e Interval International, siendo, como es Grecia, un país con condiciones inmejorables para el desarrollo turístico costero.

CAPÍTULO II

LA MULTIPROPIEDAD EN EL MARCO DEL DERECHO COMUNITARIO

Según la Comisión de las Comunidades Europeas (propuesta de documento de trabajo, «Timesharing») (36), en 1986 existían en el ámbito de la Comunidad 300 urbanizaciones regidas por este sistema (se entiende, en las diferentes variantes estudiadas), cada una de ellas integrada por término medio por unos 50 apartamentos, lo que nos da un resultado de unas 15.000 unidades sometidas a multipropiedad.

Teniendo en cuenta que cada apartamento suele estar dividido en 51 títulos de multipropiedad, nos podemos hacer una idea de las dimensiones que alcanza el fenómeno en el ámbito que tratamos: 250.000 multipropietarios según el informe del profesor GARCÍA AMIGO —«siendo unos 250.000 los multipropietarios en Europa»—).

Este vertiginoso desarrollo del fenómeno ha motivado, al menos, la inquietud de los órganos comunitarios. De esta inquietud damos cuenta a continuación de forma un tanto esquemática:

(36) Draft Working Document «Timesharing», XI/382/86. EN FF/DH, 26 mayo 1986.

- «Propuesta de resolución sobre la necesidad de colmar la laguna jurídica existente en materia de multipropiedad», presentada por el señor Honn ante el Parlamento Europeo el 17 de octubre de 1986 (37).

Dicha propuesta hace especial hincapié en la necesidad de regular el fenómeno en lo referente a su caracterización jurídica y a la protección de los adquirentes.

Se solicita la acción normativa de la Comisión, especialmente en dos puntos: la definición de la naturaleza del derecho y el establecimiento de una cláusula de resolución en favor del adquirente que le permita desistir del contrato durante los treinta días posteriores a su celebración.

- «Propuesta de resolución sobre la mejora de los servicios turísticos y los sistemas de calefacción y de aireación de los apartamentos de multipropiedad y de otros alojamientos para vacaciones», presentada por el diputado señor Stewart ante el Parlamento Europeo el 10 de noviembre de 1986 (38).
- «Propuesta de resolución sobre los fraudes inmobiliarios en los Estados miembros», presentada por los Diputados señor McMillan-Scott y señoras Jepsen, Larive-Greondaal, Opoenheim, Jackson, Braunmoder, Banotti y Duri ante el Parlamento Europeo el 9 de marzo de 1987 (39).

En ella se pone de manifiesto que el mayor índice de fraude dentro del sector inmobiliario se produce en contratos de multipropiedad.

- «Propuesta de resolución en relación con las irregularidades en promociones inmobiliarias, primordialmente en zonas turísticas de la cuenca mediterránea», presentada por el Diputado señor Romera Alcázar ante el Parlamento Europeo el 18 de marzo de 1987 (40).

En ella se constata la existencia de los llamados «piratas inmobiliarios» y se advierte sobre la situación de fraude en la que se hallan, creando perjuicios no sólo a los adquirentes estafados por ellos, sino también a los agentes de la propiedad inmobiliaria que actúan en el marco de la legalidad, que se ven enfrentados a una competencia desleal y que se sienten desprestigiados por la mala imagen que causan dichos inversores ilegales.

(37) Doc. sesión Parlamento Europeo 17 octubre 1986, serie B, doc. B2-1026/86.

(38) Doc. sesión Parlamento Europeo 10 noviembre 1986, serie B, doc. B2-1030/86.

(39) Doc. sesión Parlamento Europeo 9 marzo 1987, serie B, doc. B2-1679/87.

(40) Doc. sesión Parlamento Europeo 18 marzo 1987, serie B, doc. B2-79/87

- «Propuesta de resolución sobre la elaboración de un Reglamento de Conciliación y de Arbitraje que regule las relaciones contractuales en materia de adquisición de inmuebles en país extranjero», presentada por el Diputado señor Lafuente López ante el Parlamento Europeo el 23 de septiembre de 1987 (41).

Se propone el arbitraje como medio idóneo para la solución de conflictos entre personas (normalmente vendedor y comprador) de distintas nacionalidades, a fin de evitar las situaciones de indefensión en las que se pueda encontrar un ciudadano de la Comunidad que adquiere un derecho sobre un inmueble situado en país distinto del suyo.

Es interesante la opinión de la Comisión de Juventud, Cultura, Educación, Información y Deporte, que estimó conveniente no la elaboración de un Reglamento de Arbitraje, sino la unificación o uniformización de los contratos en los Estados miembros a través de un «contrato comunitario de alquiler, compra, multipropiedad, etc.».

(Hemos hecho mención a estas cuatro últimas propuestas por la incidencia que tienen en cuanto a la puesta en práctica del fenómeno multipropietario, aunque no se refieran específicamente a él.)

Las comisiones encargadas del estudio de todas y cada una de las propuestas fueron la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos, la de Medio Ambiente, Salud Pública y Protección al Consumidor y la de Juventud, Cultura, Educación, Información y Deporte.

- «Proyecto de informe sobre la necesidad de colmar la laguna jurídica existente en el sector de la multipropiedad», redactado por el Diputado señor García Amigo.
- «Propuesta de resolución sobre la necesidad de colmar la laguna existente en el sector de la multipropiedad», basada en el informe antedicho y presentada por el propio señor García Amigo ante el Parlamento Europeo el 30 de septiembre de 1988 (42).

Debido a la importancia del informe y la propuesta del señor García Amigo, dedicaremos más adelante unas líneas a su contenido.

- Pregunta escrita número 1290/88 del diputado señor Vandemeulebroucke en cuanto a la armonización comunitaria de la fórmula multipropietaria, realizada ante la Comisión el 10 de octubre de 1988.

(41) Doc. sesión Parlamento Europeo 23 septiembre 1987, serie B, doc. B2-934/87

(42) Doc. sesión Parlamento Europeo 3 octubre 1988, serie A, doc. A2-199/88

- Respuesta por parte de la Comisión a la pregunta escrita número 1290/88, expuesta por el señor Cockfield (23 de noviembre de 1988): «No entra dentro de las prioridades actuales de la Comisión proponer una armonización de las reglas que rigen la multipropiedad» (43).
- «Propuesta de directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores» (44), presentada al Consejo por la Comisión el 24 de julio de 1990 (a ella también dedicaremos unas palabras más adelante).

Retomamos ahora la mencionada propuesta del profesor García Amigo para exponer, al menos, sus líneas generales, ya que es en ella donde más claramente se exponen los deseos comunitarios en la materia.

Pone patente el informe de García Amigo las divergencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, lo cual supone un obstáculo para una mayor expansión del fenómeno.

Se aboga por una acción comunitaria para la armonización de las legislaciones de los distintos países comunitarios, la cual cumpliría tres fines generales:

- Defender y salvaguardar los intereses legítimos de los turistas multipropietarios.
- Permitir una mayor expansión del turismo.
- Concienciar en mayor medida a todos los ciudadanos de su pertenencia a una misma comunidad.

El medio de llevar a cabo dicha armonización es la Directiva, y así el proyecto de resolución «pide a la Comisión que presente una propuesta de Directiva para armonizar las legislaciones nacionales en el ámbito de la multipropiedad».

Tal Directiva debería contener regulación sobre los siguientes aspectos («contenido mínimo de la futura Directiva de la multipropiedad»):

- Derechos y obligaciones de los multipropietarios.
- Cláusulas generales de los contratos.
- Organización de la multipropiedad.
- Regulación de las sociedades promotoras y administradoras.
- Publicidad engañosa o fraudulenta.

(43) Pregunta y respuesta se incluyen en *DOCE* 24 abril 1989, núm. C 104, pág. 30.

(44) *DOCE* 28 septiembre 1990, núm. C 243, pág. 2.

- (Establecimiento de) un período de reflexión para rescindir el contrato de compraventa por el adquirente.

Resalta la propuesta como principales problemas que plantea la práctica del fenómeno los siguientes: las tácticas de marketing excesivamente duras y engañosas; el uso insuficiente del período de reflexión; las escasas garantías jurídicas; la falta de control sobre las cuotas anuales en concepto de gastos; la ausencia de control sobre la administración del complejo; la oscuridad en cuanto a los deberes complementarios; la dificultad en la reventa de los derechos, y la ausencia de protección legal.

Señala también que los abusos más frecuentes suelen ser: la falta de entrega de escrituras; defectos en la construcción del edificio; irregularidades urbanísticas; obras inacabadas; ventas sin saneamiento por vicios ocultos; publicidad engañosa, entre otros.

Será labor de la Directiva futura, y esperemos que cierta, asegurar la práctica de la multipropiedad en cuanto a estas materias (labor ya realizada, mejor o peor, por algunos países, como ya hemos visto) y sobre todo armonizar las legislaciones existentes en los países miembros y, creemos, algo más, la práctica notarial de los países donde no haya regulación específica.

Parece ser que el fundamento primero de la solicitada «acción comunitaria» reside no tanto en el interés de configurar de una manera definitiva el derecho de multipropiedad como en el de proteger a los consumidores adquirentes.

La propuesta de resolución alude a este tema, ya que según el artículo 222 del Tratado de Roma se dispone que «el presente Tratado no prejuzga, en modo alguno, el régimen de la propiedad de los Estados miembros».

Solamente la protección de los consumidores puede y debe motivar la intervención comunitaria en este sentido.

Como diremos más adelante, es precisamente en esa dirección hacia donde se orienta la acción legislativa del Consejo.

«Por otra parte, la multipropiedad, como fenómeno social, afecta a otros importantes campos comunitarios, como es el caso de turismo (...), se encuentra (la multipropiedad) en íntima relación con la acción de la Comunidad en este sector económico.»

Hemos visto hasta ahora que los distintos países europeos analizados, integrados casi todos en la Comunidad Europea, configuran diferentes modelos de multipropiedad en la práctica y (cuando existe legislación específica) en las leyes. Así, mientras Grecia habla de «multiinquilinato», Francia estructura un modelo basado en la sociedad y Portugal crea el interesante «derecho real de habitación periódica».

Es este quizá el mayor obstáculo que se plantea a la acción comunitaria.

Esto ha hecho imposible el pensar en «uniformización», y se ha optado

por hacerlo en «armonización»; y aun en ese caso nos planteamos de qué manera se pueden «armonizar» las distintas configuraciones que el fenómeno recibe.

Creemos que el profesor Amigo ha sido consciente de ello, y de ahí que se aconseje la regulación armonizadora en materia de protección al consumidor en cualquiera de los sistemas existentes.

De ahí también que la Directiva sea el instrumento idóneo. Recordemos que la Directiva tiene el carácter general que se exige y que sólo vincula a los países en cuanto a sus fines, dejando a los mismos la elección de los medios óptimos para lograrlos.

El artículo 100 del Tratado de Roma establece que «el Consejo adoptará... directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros...». Por otro lado, el artículo 100.3 del Acta Unica Europea nos dice que «la Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1, referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de... protección de los consumidores, se basará en el nivel más elevado», es decir, tendrá como mínimo el establecido por el país que regule de una manera más favorable para el adquirente su propia protección como consumidor.

En cuanto a la propuesta de Directiva del 24 de julio de 1990, por su proximidad cronológica, merece unas palabras.

Esta propuesta de Directiva establece en su anexo una lista de cláusulas abusivas, determinadas por su objeto o por su efecto. Concretamente se establece que será abusiva toda cláusula que tenga por objeto o efecto establecer la fecha de conclusión del contrato, de tal manera que se prive al consumidor de la posibilidad de retirarse del contrato en un plazo mínimo de siete días consecutivos tras efectuarlo, cuando se trate de un contrato para la compra de intereses en propiedad compartida en un edificio.

Es en este punto en el único en donde se alude directamente a los contratos de multipropiedad («propiedad compartida»), aunque toda la Directiva sería aplicable al fenómeno que nos ocupa.

No podemos finalizar este apartado sin referirnos, por último, a una asociación que pese a no haber nacido ni operar en el ámbito del Derecho comunitario sí se mueve en el ámbito europeo.

Nos referimos a la «European Holiday Timeshare Association» (EHTA), que no es más que la expresión internacionalizada de la «Timesharig Development Association» (TDA).

La asociación tiene su sede en Londres y se constituyó en 1985 para proteger y promover los intereses de todas las personas que vendan o adquieran derechos de uso intermitentes por un período de años, pudiendo ser estos de carácter real o personal.

Su principal finalidad es, pues, la protección de los multipropietarios, para lo cual ha elaborado un código de prácticas en orden a orientar la constitución y regulación de complejos en multipropiedad en aquellos países europeos que carezcan de regulación específica.

Su dirección la lleva a cabo un secretario general, bajo la supervisión de tres vicepresidentes ejecutivos. Su labor normativa la realiza el Consejo. Dispone también de un vicepresidente en cada país europeo en el que opera.

La asociación trabaja en estrecha cooperación con las autoridades gubernamentales de los Estados y con las instituciones comunitarias.

Agrupar entre sus miembros a promotores, compañías de intercambio, compañías fideicomisarias («trustees») y publicistas, relacionados todos con el mundo de la multipropiedad.

La importancia práctica de esta asociación reside principalmente en su influencia sobre las legislaciones de los Estados en la materia y en el establecimiento de un Tribunal internacional de arbitraje para resolver los conflictos que surjan entre los distintos sujetos que operan en el sector y siempre y cuando éstos lo hayan establecido así.

Se establecen dos tipos de procedimiento de arbitraje, ambos mediante consulta con el «Chartered Institute of Arbitrators». El primero conoce de las demandas de los multipropietarios o adquirentes «anticipados» contra promotores de multipropiedad, mientras que el segundo conoce de los conflictos entre la propia asociación (EHTA) y sus miembros.

El procedimiento arbitral parece idóneo para resolver este tipo de conflictos por su mayor rapidez y por su viabilidad en orden a resolver las controversias cuando se dan entre sujetos de distintas nacionalidades, lo cual, en el fenómeno que tratamos, es muy frecuente.

CAPÍTULO III

LA MULTIPROPIEDAD EN EL AMBITO DEL DERECHO ANGLOAMERICANO

A) REINO UNIDO. EL SISTEMA DE «CLUB»

Ante de comenzar a exponer, a grandes rasgos, el desarrollo del fenómeno multipropietario en el Reino Unido, conviene hacer unas precisiones introductorias motivadas por dos razones:

- La peculiar configuración del Derecho inmobiliario anglosajón en comparación con el Derecho civil continental, y

— La distinta y compleja terminología empleada, en la mayor parte de los casos, sin posible traducción a nuestro idioma.

Estas y otras muchas razones hacen conveniente, a mi parecer, estas notas introductorias, muy útiles para quien, como yo, no esté acostumbrado a tratar con el Derecho del otro lado del canal de La Mancha.

Asimismo, creo convenientes estos apuntes para comprender mejor, al menos en cuanto a la terminología se refiere, el epigrafe que dedicamos a la multipropiedad en Estados Unidos.

Al respecto, me permito recomendar al lector el estudio realizado por FERNANDO BAZ IZQUIERDO en su tesis doctoral dedicada al Derecho inmobiliario e hipotecario inglés (45), que nos ha servido de guía para la elaboración de estas notas introductorias y del cual encontrará el lector la correspondiente reseña en la sección bibliográfica de este mismo trabajo.

El Derecho inmobiliario inglés: el derecho común y la equidad

«El Derecho inmobiliario inglés es, sin duda, la parte del Derecho inglés de acceso más difícil para el jurista del continente y probablemente también para el indígena» (46).

En primer lugar, debemos señalar que el Derecho inmobiliario inglés está compuesto por tres sistemas distintos; el «Common Law» (Derecho común), el sistema de la «Equity» (equidad) y el sistema legislativo.

Como sabemos, el Derecho anglosajón tiene como fuente primordial la costumbre y la actuación jurisprudencial, plasmada en lo que se denomina «precedente». El Derecho común es el ejemplo histórico más claro de creación jurisprudencial del Derecho, partiendo de la base no de una ley escrita, sino de las costumbres locales, en algunos casos ancestrales, que de alguna manera han tomado forma escrita por esa misma labor de los tribunales.

No obstante, la inflexibilidad procesal y la rigidez de la jurisdicción del «Common Law» propiciaron el nacimiento y desarrollo de otro sistema paralelo, creado por obra del Canciller para cubrir las «lagunas tutelares» que dejaban los tribunales ordinarios. Este nuevo sistema se denominó «Equity» y tenía su personificación en el Tribunal de la Cancillería.

Las sentencias de este Tribunal fueron poco a poco creando un cuerpo de normas sustantivas recogidas en principios jurídicos o «máximas de equidad», a modo de apéndice de las de Derecho común.

(45) BAZ IZQUIERDO, FERNANDO: *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español*, Madrid, 1980.

(46) BAZ IZQUIERDO, FERNANDO: *Op. cit.*, pág. 39

Este sistema nació con la triple función de «llenar las lagunas del “Common Law”, corregir los abusos que se producían en su aplicación y, en ocasiones, rivalizar con él» (47).

La Ley de Judicatura de 1873 unió ambos sistemas jurisdiccionales y sustantivos y concedió competencia a todos los tribunales del país para juzgar en Derecho común y en equidad.

No obstante, esta fusión jurisdiccional no implicó una uniformización procedimental y aún permanece como consecuencia de la antigua división de tribunales, una división de derechos. «Determinados derechos podían hacerse valer ante los tribunales de Derecho común o tribunales ordinarios del rey, por cuya razón eran denominados derechos legales (“legal rights”), mientras que otros, por el contrario, careciendo de la protección de tales tribunales podían, en cambio, hacerse valer ante el Canciller o primer secretario del rey (...), por lo que se les denominaba derechos equitativos (“equitable rights”)». Como decimos, esta distinción persiste y reside principalmente en que los derechos equitativos son de menor solidez que los legales, ya que mientras estos últimos son oponibles *erga omnes*, los primeros sólo lo son frente a quienes en conciencia no pueden dejar de reconocer su existencia ni oponerse a su efectividad.

Por otro lado, la equidad permanece también como un tipo de proceso cuya característica principal es su mayor rapidez y economía para los litigantes, así como una mayor flexibilidad con respecto a la aplicación de las normas del Derecho común en aras de la justicia y la equidad.

La propiedad: sistema de las pertenencias

Debemos distinguir bien dos términos, que en nuestro idioma se corresponden con una sola palabra: «ownership» y «property».

El primero es expresión de una relación jurídica entre personas y referida a cosas, mientras que el segundo se refiere principalmente a los objetos sobre los que tal relación recae.

La «property» puede ser de dos tipos: «land» o inmueble y «chattel» o mueble —dentro de los que se incluyen los derechos personales—.

Podríamos traducir «ownership» por dominio, en cuanto expresión de la relación jurídica inmobiliaria del más amplio contenido posible, sólo utilizable en Derecho inmobiliario en una acepción muy genérica. Debido a ese carácter abstracto, los ingleses utilizan otro término para definir un derecho sobre una cosa: «estate», que cabría traducir como pertenencia.

En términos de Derecho inglés (el «estate») puede ser definido como el

(47) BAZ IZQUIERDO, FERNANDO. *Op. cit.*, pág. 45.

derecho de poseer, disfrutar y disponer de un inmueble con sujeción a las limitaciones de tiempo y contenido que hubiesen sido establecidas.

En el Derecho inglés, los inmuebles no pueden ser objeto de dominio («ownership»). Cualquier título sobre bienes inmuebles está basado en la posesión («seisin»), en el sentido de que el título de quien posee prevalece contra quienes no pueden demostrar un mejor derecho a esa posesión.

La relación que se da entre el poseedor de un inmueble y el inmueble en sí es una relación de pertenencia, tal y como ha quedado definida más arriba.

Las pertenencias se clasifican según su duración temporal y contenido; y además, varias personas pueden ostentar simultáneamente distintas pertenencias sobre un mismo inmueble.

Atendiendo a su duración, la pertenencia podríamos considerar «más plena», y por tanto más cercana, al derecho de propiedad del Derecho continental, es el «estate in fee simple absolute in possession», tipo de pertenencia ilimitadamente heredable.

La situación se complica en cuanto que, además, en Derecho inglés existen pertenencias legales y pertenencias equitativas. Esto lo explica BAZ IZQUIERDO, autor al que seguimos en esta exposición, de la siguiente manera (48):

«Las peculiares estructuras inmobiliarias del Derecho común generaban muy graves inconvenientes prácticos» (principalmente de orden impositivo y en cuanto a su transmisión *inter vivos* y *mortis causa*).

«Con miras a soslayar este cúmulo de consecuencias adversas, comenzó a ser práctica común una modalidad contractual que pronto se denominaría cesión fiduciaria de inmuebles —«use of lands»— (a la que luego se asimilaría el fideicomiso *inter vivos* —«trust»—). Era, en esencia, una transmisión de la titularidad de la tierra que (...) provocaba una adquisición a nombre del cesionario pero en beneficio del transmitente y de sus herederos.»

Ocurría que en el ámbito del Derecho común el pacto de fiducia no tenía efectos, por lo que si el adquirente era infiel al compromiso contraído, el cedente carecía de protección jurídica para anular el pacto realizado.

«Esta laguna jurídica fue llenada por el Canciller, que sin interferir en la jurisdicción de los tribunales de Derecho común (...) concedía acción personal» contra el cesionario que incumpliese sus obligaciones morales.

De esta manera surgieron las ya citadas pertenencias legales («legal estates») y equitativas («equitable estates»). En el caso expuesto, el cedente transmite la pertenencia legal, reservándose la equitativa, que es la amparada en equidad.

(48) BAZ IZQUIERDO, FERNANDO: *Op. cit.*, pág. 90.

Las pertenencias legales fueron configuradas como derecho *in rem* y las equitativas como derecho *in personam*, aunque en la actualidad el ámbito personal de eficacia de éstas está ampliado a cualquier persona excepto el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso de la pertenencia legal.

El fideicomiso

Hemos hecho ya referencia a las cesiones fiduciarias, en cuanto que fue el primitivo sistema que hizo posible la creación de pertenencias legales.

Los fideicomisos *inter vivos* («trust») son la perpetuación de aquellas cesiones. A diferencia de las cesiones fiduciarias, en el fideicomiso, el fiduciario («trustee») suele asumir una posición más activa, colaborando en la administración de las fincas.

El «simple trust» o fideicomiso simple se constituye mediante la transmisión de la pertenencia plena a un tercero llamado fiduciario, que posee en nombre de un beneficiario. Si el fiduciario tiene la orden de vender la propiedad, el fideicomiso se denomina «trust for sale».

«El fideicomiso es una relación jurídica triangular que se establece entre quien vincula la propiedad (fideicomitente o “settlor”), un tercero (fiduciario o “trustee”) al que transmite su titularidad dominical o algunas de las facultades que lo integran para que haga uso de ellas de conformidad con los términos de la vinculación y la persona en cuyo beneficio se establece ésta (fideicomisario o beneficiario; “cestui que trust”).»

Por último, en cuanto a este tema, decir que los fiduciarios no pueden exceder del número de cuatro, lo cual, como veremos, tiene importantes consecuencias prácticas en orden a la configuración que recibe la multipropiedad en el Reino Unido.

La copropiedad

A partir de la Ley de Derecho de Propiedad («Law of Property Act») de 1925, la posibilidad de constituir comunidades por cuotas ha quedado relegada al ámbito de las normas equitativas. La presunción en Derecho común es a favor de la comunidad en mano común o germánica («joint tenancy»).

La sección 16 de la Law of Property Act de 1925 establece que «no existe la posibilidad de que subsista o sea creado un derecho legal sobre una porción indivisa de tierra».

Debido a esto podemos distinguir dos modalidades de cotitularidad

mancomunada: la propia o genuina y la impropia o asimilada. Esta última es la que «en virtud de un imperativo legal constituye el obligado ropaje jurídico para que la pluralidad de derechos que nace distribuida en cuotas pueda comparecer en el ámbito del Derecho común o de los derechos llamados legales.

Después de 1925 una comunidad por cuotas legal («a legal tenancy in common») no es admisible en Derecho común, pero sí en equidad.

Para constituir comunidades por cuotas, la Ley de 1925 acudió a la institución fideicomisaria, creando el fideicomiso estatutario o legal («statutory trust») que, en definitiva, es un fideicomiso para venta, en el cual los fiduciarios (que, como sabemos, no pueden ser más de cuatro) ostentan la titularidad plena como comuneros en mano común.

La administración y disposición de los intereses comunes se hace a través del fideicomiso estatutario. Los fiduciarios son comuneros en mano común de la pertenencia legal, mientras que los comuneros por cuota son los beneficiarios del «trust» en el ámbito de la equidad.

Los fiduciarios, según el régimen vigente, tienen potestad para efectuar la división con el consentimiento de los beneficiarios.

El fenómeno multipropietario

Después de lo dicho, parece evidente que en el Reino Unido no se pueda dar un modelo de multipropiedad de carácter real, tal y como la entendemos desde la perspectiva jurídica del «Civil Law» continental.

La especial configuración de la multipropiedad como un tipo de comunidad *pro indiviso* o por cuota y la necesidad de la existencia de un «legal estate» hizo necesaria la utilización de la institución fideicomisaria, tal y como hemos expuesto más arriba.

De otro lado, como los «trustees» no pueden ser más de cuatro, los multipropietarios (al menos, no todos) no pueden ser sino beneficiarios, portadores de un «equitable estate» en comunidad sobre el inmueble.

Así pues, el fiduciario (o fiduciarios, comuneros en mano común) ostenta la pertenencia legal sobre el inmueble, mientras que los multipropietarios (beneficiarios del «trust» o «grantees») son titulares de una pertenencia equitativa dividida en cuotas.

Realmente, los multipropietarios de este sistema, detentadores de un «equitable estate», tienen un derecho personal y no real, y está dirigido contra el fiduciario y no sobre el inmueble. De todas formas, no podemos asimilar totalmente las «equitable estates» con los derechos personales, dado que pese a su carácter obligacional contienen un fuerte carácter real.

No obstante, el sistema es válido, y la práctica lo demuestra, para

albergar en su seno un sólido sistema de multipropiedad a la que no cabe calificar de real, en el sentido que lo hemos hecho hasta ahora, aunque a efectos judiciales este «interest in personality» pueda ser tenido en cuenta como derecho real («interest in land»).

Por todo ello, y siguiendo a EDMONDS (49), la multipropiedad en el Reino Unido ha dado lugar a cuatro sistemas que tienen en común el hecho de que en todos la «legal estate» la tiene el promotor o un tercero (por ejemplo, un banco), fiduciario del fideicomiso:

1. Sistemas de club («Club Plans»)

La principal característica de este sistema es que los multipropietarios son miembros de un club y esa cualidad de miembros es la que les faculta para el uso del apartamento en el período que tengan asignado.

2. Licencias («Licenses»)

El fiduciario concede licencias de vacaciones a los multipropietarios. La licencia es un derecho de naturaleza equitativa que, a diferencia del arrendamiento real, no confiere la posesión exclusiva del inmueble.

Este derecho personal de goce inmobiliario o «license» «ha sido utilizado por los propietarios-arrendadores de fincas como recurso para eludir las severas restricciones a sus derechos y amplia protección a los arrendatarios contenidas en las varias leyes arrendaticias («Rent Acts») vigentes» (50).

3. Arrendamientos («Leases»)

El arrendamiento real tiene en Derecho común el carácter de «legal estate», es decir, que es más asimilable a un derecho real que a uno de crédito.

Esta figura vendría a ser lo que hemos venido denominando «multiarrendando», práctica común en países como Suiza, y consistente en el arrendamiento periódico, discontinuo y sucesivo del inmueble a los «multipropietarios».

(49) EDMONDS, JAMES: *International Timesharing*, Londres, 1986, pág. 20

(50) BAZ IZQUIERDO, FERNANDO: *Op cit.*, pág. 360.

4. Sistema societario («Company Plans»)

En este caso la explotación se cede a una «Public Limited Company» o sociedad de responsabilidad limitada, que cede el uso del inmueble a sus accionistas, que por el hecho de serlo se convierten en los multipropietarios de este sistema (modelo similar al de las «sociétés d'attribution» francesas).

El sistema más extendido es el de club, y a él vamos a dedicar algunas palabras.

El procedimiento habitual es el siguiente (51):

Los inmuebles suelen ser propiedad de varias sociedades inmobiliarias domiciliadas en Inglaterra; las acciones de las compañías propietarias se ceden en fideicomiso a un tercero («trustee») que será poseedor en nombre ajeno.

Simultáneamente se constituye un club, integrado por miembros fundadores y miembros ordinarios. Los fundadores del club son habitualmente la sociedad propietaria (promotora) y una sociedad administradora del complejo. Los miembros ordinarios serán los multipropietarios, que verán garantizado el ejercicio de sus derechos por la acción protectora del club. «El objeto del club es asegurar el derecho de los multipropietarios al disfrute de la villa o apartamento.»

Para hacer efectivo el derecho de los socios, una vez vendidos los derechos (representados en las participaciones del club), se les entrega un certificado con el carácter de título nominativo: «Membership certificate» o «Holiday certificate».

Pese a que, como hemos dicho, el derecho del multipropietario es de carácter equitativo, es transmisible *inter vivos* y *mortis causa*.

Es frecuente la limitación temporal del derecho, cuyo plazo suele ser de veinte años o el que se estime para la vida útil del inmueble (el plazo máximo de los «equitable interest» es de ochenta años).

Pasado el plazo, en virtud del «trust» constituido («trust for sale»), el fiduciario vende el complejo, y el producto de la venta se reparte entre los multipropietarios según sus cuotas.

A su vez, el denominado genéricamente «sistema de club» ofrece al usuario anglosajón tres modalidades (52):

(51) LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 65.

(52) Al respecto es recomendable la obra citada de JAMES EDMONDS, en la cual, además de describir minuciosamente los sistemas que trataremos a continuación, se incluyen modelos de los estatutos utilizados para su puesta en marcha.

a) «Club Proprietary»

En este caso los multipropietarios ostentan un derecho de crédito frente al propietario del inmueble, persona individual o social. El miembro del club recibe un certificado que acredita su posición de miembro y en virtud del mismo tiene derecho de usar el inmueble del club, sin que este derecho lleve aparejado ningún derecho sobre los beneficios que produce el inmueble.

Su característica esencial es que corresponde al promotor la provisión de servicios del club, y de ahí el escaso control que pueden ejercer los multipropietarios sobre su actuación.

b) «Unincorporated members' club»

En este tipo de club existen dos clases de miembros: miembros fundadores y miembros «sobrevenidos».

Los primeros son el promotor y sus representantes, mientras que los segundos son los verdaderos multipropietarios, es decir, los que adquieren un derecho de «time sharing» en el complejo.

Por otro lado, este club carece de personalidad jurídica, por lo que la titularidad real del complejo la asume un «trustee», en beneficio de los miembros del club.

En la escritura de constitución o reglas del club se determina la transmisión del dominio sobre el inmueble al «trustee», así como la expedición de cincuenta certificados de vacaciones por cada unidad, a favor del promotor, que es quien se encarga de venderlos.

Otro documento importante de esta configuración es el contrato de «trust» celebrado entre el promotor (o miembros fundadores) y el «trustee», en virtud del cual se transmite a este último la propiedad del inmueble, pero en beneficio de los adquirentes del derecho, miembros «sobrevenidos» del club.

La duración del sistema tiene un plazo máximo de ochenta años (por mandato de la regla inglesa contra la perpetuidad), pasado el cual, el patrimonio deviene enajenable.

c) «Incorporated members' club»

Con este sistema también se transmite la titularidad del inmueble a un tercero, pero a diferencia de como ocurría en el modelo anterior, el club de miembros sí que tiene reconocida personalidad jurídica propia.

Para lograr este resultado se incorpora como miembro de la sociedad a todo adquirente de un derecho «time share».

Una ventaja de esta construcción es que el club, al tener personalidad jurídica propia, no queda sujeto al pago de impuestos por el superávit que provenga de la existencia de entradas por suscripciones de acciones superior a los gastos de la empresa (53). Además, con este sistema se evita la aplicación de la regla general contra la perpetuidad que afecta a los clubes del sistema anterior.

Otras características de estos sistemas, en cuanto a su aplicación se refiere, suelen ser:

- La sumisión a los tribunales de Inglaterra, lo cual deja fuera (o al menos lo pretenden) cualquier otra jurisdicción, aun la que corresponda al lugar donde esté situado el inmueble. A su vez, es bastante frecuente que el complejo esté situado fuera de Inglaterra y en muchas ocasiones en España, tierra nuestra que por sus especiales características de sol, mar y agitada vida nocturna parece ofrecer a los ingleses todo aquello de lo que no pueden gozar en las islas.
- La inaplicación de las leyes fiscales sobre transmisión de inmuebles, cuando una promotora vende las unidades del complejo a compradores ingleses o cuando estos multipropietarios transmiten sus «holiday certificates». En teoría, y en aplicación del Derecho inglés, la transmisión lo es de una participación en el club, pero en la práctica, como ya hemos visto, se asemeja mucho a una transmisión de inmuebles.

Ante estos dos problemas, parte de la doctrina española ha alzado su voz a la vista de las dimensiones que tiene la inversión inmobiliaria inglesa en nuestro país.

Al respecto, LORA TAMAYO ha analizado la situación a tres niveles: sustantivo, fiscal y administrativo (54):

- a) Sustantivo, en cuanto que el artículo 10.1 CC establece que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad se regirán por la ley del lugar donde se hallen», y el artículo 10.5 que «... a falta de sometimiento expreso se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos...».

(53) MUNAR BERNAT, PEDRO A.: *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho comparado*, Madrid, 1991, pág. 193.

(54) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO: «La multipropiedad», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 73, enero 1987, págs. 144 y sigs.

Por su parte, el artículo 11.2 nos dice que «si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiera para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero».

Como vemos, suponen estas normas claras limitaciones a la discrecionalidad contractual anglosajona en nuestro país.

Está claro que, como ya hemos dicho, el derecho de multipropiedad que adquiere el británico es más un derecho personal que real, pero es un derecho personal («interest in personality») que se hace efectivo con la ocupación de un bien inmueble («interest in land»), por lo que el multipropietario, si bien no es titular con carácter real, sí es poseedor y, por lo tanto, le es aplicable el artículo 10.1 CC.

Asimismo, y partiendo de la base de la aplicabilidad del principio de «lex rei sitae», debemos tener en cuenta el artículo 11.2 CC, ya citado, a la hora de contratar, aun en el extranjero.

Así pues, la ley de situación regulará:

1. El contenido de los derechos sobre los bienes. La «lex rei sitae» será además competente para determinar si un derecho real desconocido entre nosotros y constituido en el extranjero está o no ajustado a los principios informadores de nuestro sistema inmobiliario.

Esta opinión me parece también aplicable al derecho de habitación periódica portugués, desconocido en nuestro Derecho.

2. Los medios o modos de adquisición o transmisión de los derechos sobre los bienes.
3. La competencia de los Tribunales españoles en relación con los inmuebles sitos en España (art. 62 LEC), y además, para el caso de que se ejerciten acciones personales, la competencia del Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación.

En resumidas cuentas, para la aplicación del Derecho español es básico aclarar si el derecho del multipropietario es de carácter real o personal, cuestión que, como sabemos, no se aparece clara ni para los propios juristas anglosajones.

- b) En el plano fiscal, con el sistema de club, la sociedad evade el impuesto sobre los beneficios de las ventas, la tasa por licencia de apertura, el impuesto municipal sobre licencia fiscal; y el multipropietario adquirente el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.
- c) Por último, dado que lo frecuente es que la sociedad promotora declare que el inmueble se adquiere para uso de sus socios, se somete un fraude ante la Administración, que es la encargada de

otorgar la verificación previa sobre las inversiones extranjeras en España (Real Decreto Legislativo 1265/1986).

Esta adquisición será nula de pleno derecho por fraudulenta.

El problema de fondo, a mi parecer, no es otro, además de la mala fe de los promotores, que la especial configuración del fenómeno en el Reino Unido, configuración no contemplada y difícilmente comprensible por nuestro Derecho y, por tanto, incalificable, pero única solución posible en el Derecho anglosajón.

Por otro lado, los juristas anglosajones han denunciado los frecuentes fraudes que, en relación con la actividad inmobiliaria se producen en muchos países europeos.

Para evitar estos supuestos se creó en Londres la «Timeshare Developers Association» (TDA), compuesta por promotores de «time share» y sociedades de intercambio.

A esta asociación ya hemos hecho mención en el capítulo dedicado a la multipropiedad en el ámbito de Derecho comunitario, pero ahora cobra importancia para nosotros tanto por su representatividad como por haber elaborado unas «Reglas y código de ética» con el loable propósito de proteger a los adquirentes de cualquier derecho «time share».

Esta asociación ofrece una doble protección: *a priori*, en cuanto que ofrece cierta garantía al adquirente de que el promotor, por estar afiliado a TDA, cumplirá en su actuación con el código de ética mencionado; y *a posteriori*, en cuanto que, mediante el arbitraje, intenta soluciones a los problemas surgidos después de la venta.

Pese al carácter contractual de estas reglas de ética (su obligatoriedad depende de la afiliación del promotor a TDA) el nivel de confianza es alto, en cuanto que actualmente son casi treinta los promotores y dos las sociedades de intercambio (RCI e Interval International) afiliadas a esta asociación.

Por otro lado, debemos destacar el apoyo que TDA (en su expresión internacionalizada EHTA) presta a las autoridades comunitarias en el estudio de la multipropiedad y su funcionamiento en aras de una no muy lejana armonización europea en este terreno.

B) ESTADOS UNIDOS

Es en este país donde la multipropiedad ha alcanzado un mayor desarrollo, tanto legislativamente como en cuanto a su difusión práctica.

Los datos manejados sobre el número de multipropietarios en Estados Unidos son dispares e incluso contradictorios.

Así, según ALPA, en 1980 eran cerca de 4 millones (55). Para BUREK el número de titulares de este derecho era de 300.000 en 1979 (56).

Por otro lado, EMANUELE CALO considera que «el número de multipropietarios ha crecido vertiginosamente, pasando de los 40.000 de 1976 al medio millón de 1983» (57).

Debido a la diversidad jurídica existente entre los diversos estados y a la diversidad de esquemas empleados en la materia es difícil dar una cifra exacta de las proporciones que en este país cobra la figura.

Por nuestra parte recurrimos a los informes de RCI e Interval International, según los cuales son 1.421 los complejos afiliados a una u otra asociación (cifras de 1991).

Sea como fuere, el hecho es que el fenómeno que analizamos ha encontrado en Estados Unidos un gran desarrollo, y por lo general una favorable acogida. Según una encuesta realizada entre 10.000 multipropietarios, el nivel de satisfacción con la multipropiedad es de 86,3 por 100 (58).

De todas formas, no faltan tampoco críticas al sistema, que considero derivadas no de la multipropiedad en sí, sino de su defectuoso funcionamiento (por mil causas ajenas al fenómeno) en un complejo concreto o por la falta de regulación y de protección al adquirente.

Antes de comenzar la exposición de la configuración que recibe el fenómeno en Estados Unidos nos parece conveniente apuntar unas precisiones o advertencias derivadas no de la multipropiedad en sí, sino del marco en el que se desenvuelve, es decir, de la especial constitución del Derecho (especial para los que, como nosotros, se rigen por el «Civil Law») en Estados Unidos y en general en los países que se rigen según los principios del «Common Law».

Ciñéndonos al área estadounidense, conviene recordar que la competencia legislativa pertenece, excepto para determinadas materias reservadas a la legislación federal, a los estados, y que es a éstos a los que corresponde constituir su propio régimen jurídico público y privado, de acuerdo con la Constitución federal y con sus propias Constituciones.

Esto explica, como veremos más adelante, la diversidad normativa existente en Estados Unidos en lo referente a multipropiedad y en general a todo el Derecho privado.

Por otro lado, diversas asociaciones, con carácter más o menos oficial

(55) ALPA, GUIDO: «La multiproprietà nell'esperienza francese», *Rivista del Notariato*, XXXIV, 1980, pág. 1191.

(56) BUREK, ANTHONY S.: «Uniform Real Estate Time-Share Act», en *Real Property, Probate and Trust journal*, t. XIV, 1979, pág. 683.

(57) CALO, EMANUELE: «Multipropiedad y "consumer protection" en los Estados Unidos de América», *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1986, pág. 915.

(58) CALO, EMANUELE: *Op. cit.*, pág. 915.

(los denominados «lobbies» o grupos de presión) redactan, cuando lo crean necesario, determinados textos normativos llamados «Model Acts» y «Uniform Acts», cuya principal finalidad es servir de base para las leyes de los estados o ser adoptados literalmente como texto legal para una determinada materia, a fin de uniformizar la normativa de los estados.

La principal asociación encargada de realizar estas «model acts» es la «National Conference of Commissioners on Uniform State Laws», de la que hablaremos más adelante.

En la fecha en que llega la multipropiedad (en general, «Time Share» o «Timesharing») a Estados Unidos, es decir, a principios de la década de los 70, la posibilidad de la figura no se encontraba recogida en ninguna de las leyes reguladoras del condominio («Condominium Acts») en los estados ni en la «Uniform Condominium Act».

La primera reacción legislativa, en los estados en que la hubo, para adecuar la nueva figura a la legalidad, consistió en la reforma de las leyes sobre condominio estatales en cuanto a dos puntos fundamentales:

- Permitiendo la regulación contractual del uso por turnos de la cosa común.
- Permitiendo los pactos de indivisión perpetua o ampliando los plazos existentes.

Se decantaron por esta solución los estados de Colorado y New Hampshire (ambos en 1977) y Utah (1975), entre otros.

El crecimiento y extensión del fenómeno hizo tomar otras medidas al legislador, que vio la necesidad de regular la figura y no dejar todos sus aspectos al libre albedrío de la voluntad contratante. Asimismo, suponemos está en el ánimo del legislador el velar por la protección del consumidor y de la seguridad jurídica, con lo cual muchos estados (según CALO, 22 en 1984) optaron por promulgar leyes específicas sobre el tema («Specific Timesharing Laws»).

Según EDMONDS, «antes de 1983 diez estados habían adoptado leyes sobre “timeshare”. En 1982, Arizona, Connecticut y Hawaii promulgaron legislación sustantiva y reformas con reglas de «timeshare». Asimismo Oregón también emprendió la tarea de adoptar reglas administrativas sobre el tema. Otros estados concedieron competencia a la Procuraduría General del Estado, a la Comisión de “Real Estate” o a la Comisión de “Securities” para que estableciesen reglas sobre el tema» (59).

En 1983 fueron 24 estados los que legislaron sobre multipropiedad (de entre ellos, Alabama, Arkansas, Colorado, Georgia, Louisiana, Maryland,

(59) EDMONDS, JAMES: *Op. cit.*, pág. 170.

Mississippi, Nevada, Carolina del Norte, Oregón, Dakota del Sur, Utah, Vermont, Washington, Wyoming, Virginia, Tennessee y Florida (estas tres últimas reformando sus leyes específicas preexistentes).

En 1984 fueron Idaho, Maryland, Rhode Island, West Virginia, Colorado, Florida, Louisiana, Minnesota y Pennsylvania los estados que promulgaron leyes específicas o reformaron las ya existentes sobre multipropiedad.

«La acción legislativa de los estados en 1985 incluye a Alaska, Illinois, Indiana, Missouri, Montana, Texas, Virginia y Wisconsin» (60).

No obstante, lo más interesante del programa legislativo norteamericano en lo referente a «Time share» es la labor desarrollada por tres de los grupos de presión («lobbies») a los que antes hemos hecho alusión, concretamente la labor desarrollada por la «National Conference of Commissioners on Uniform State Laws», y por otras dos asociaciones: la «American Land Development Association» (ALDA) y la «National Association of Real Estate License Law Officials» (NARELLO).

En cuanto a la «National Conference...» tenemos que es una asociación fundada en 1892 y compuesta por 307 miembros (jueces, profesores de Derecho, abogados y juristas en general). Su principal función es la redacción de leyes uniformes y modelo propuestas para su libre adopción por los estados o como base a las leyes de éstos sobre una determinada materia.

En lo que a nuestro tema concierne, propuso en el marco de su conferencia anual de 1979 la «Uniform Real Estate Time-Share Act», conocida por sus siglas URETSa, que en 1980 pasa a denominarse «Model Real Estate Time-Share Act» (MRETSa).

Al respecto, y con el fin de aclarar ciertas dudas terminológicas a ciertos autores, decir que la ley de la «National Conference of Commissioners» se adoptó en 1979 con el nombre de «Uniform...». No obstante, y como se recoge en la «Prefatory Note» de la ley, «los comisionados, en 1980, reconsideraron su acción y concluyeron, por razones prácticas, que debería ser promulgada esta vez como una ley modelo («model act»), con lo que a partir de ese año (concretamente de la Conferencia anual celebrada en los meses de julio y agosto) pasó a denominarse «Uniform Law Commissioners' Model Real Estate Time-Share Act».

Fue reformada en 1982 para adaptarla a las exigencias de la «Florida Real Estate Timesharing Act» (FRETSa) de 1981.

Esta ley a su vez (la MRETSa) ha servido de base a las leyes de multipropiedad de numerosos estados.

En lo relativo a ALDA, debemos hacer una matización de carácter práctico: su nombre actual (desde 1985) es ARRDa («American Resort and Residential Development Association»).

(60) EDMONDS, JAMES: *Op. cit.*, pág. 171

Es una asociación de 800 empresarios («developers») de distintos sectores relacionados con el turismo y la construcción fundada en 1969 y con sede en Washington.

NARELLO está compuesta por 700 miembros, funcionarios del Estado. Tiene su sede en Centerville y funciona desde 1930 (61).

En febrero de 1983, NARELLO, junto con el «National Time Sharing Council/Resort Time Sharing Council» de ALDA, redactó la ley modelo conocida como «ALDA/NARELLO Time Share Act».

Son estas dos leyes modelo citadas (MRETSA y ALDA/NARELLO TSA) las que van a servir de base a nuestra exposición de la regulación de la multipropiedad en Estados Unidos, pues aunque no son directamente aplicables en ningún estado, y menos aún en el Estado Federal, han servido de fundamento a las leyes promulgadas y reflejan el sentir de empresarios y juristas sobre el tema.

Antes de comenzar el estudio de estos textos nos parece conveniente apartarnos de ellos para dar una visión general de los modelos que contractual o legislativamente (de acuerdo con las leyes estatales) se pueden configurar en la práctica estadounidense y sin perjuicio de las normas concretas de cada territorio.

Configuración del fenómeno

Hemos diferenciado cinco modelos en la configuración del fenómeno en Estados Unidos (modelos que no son excluyentes, pero, creemos, que sí son los más utilizados en la práctica, con estas u otras denominaciones):

1. «TIME SHARE OWNERSHIP» (TSO), también denominada «Tenancy in common».

Viene a ser lo que hemos venido denominando «multipropiedad inmobiliaria» con base en la copropiedad.

Efectivamente, consiste en una comunidad sobre un inmueble en la que los condóminos han reglamentado el uso por turnos («use periods») y han excluido la acción de división, contractualmente.

RCI nos dice de ella que «el adquirente recibe un derecho indiviso en cuota sobre un apartamento, y tal derecho está en proporción a la fracción de tiempo adquirida. Un acuerdo separado entre los adquirentes especifica el tiempo de goce» (62).

(61) Todos los datos referentes a estas asociaciones han sido extraídos de la *Encyclopedia of Associations* en su 24 edición, 1990, págs. 3111, 5396 y 5424

(62) Esta definición y las siguientes atribuidas a RCI vienen citadas en CALO-CORDA, *op. cit.*, pág. 140.

La posibilidad práctica de esta construcción dependerá de que las «condominium acts» contemplen o no estas modificaciones contractuales o de que estén permitidas en virtud de una «Time Share Act» en el estado de que se trate. Asimismo, es en todo caso la legislación estatal la que determina el carácter real o meramente obligacional de dichos pactos, así como su acceso al Registro.

Debemos advertir también que en lo referente a derechos reales sobre inmuebles se aplica la ley del lugar donde estén sitios, por lo que un contrato en el que se excluya la acción de división, formalizado en un estado donde dicha exclusión esté permitida, no tendrá validez si el inmueble está situado en un estado que no contemple tal modificación.

2. «INTERVAL OWNERSHIP»

Podríamos denominar a esta figura «propiedad temporal» o «propiedad a intervalo».

En ella, la temporalidad juega un doble papel:

- El ejercicio del derecho está limitado temporalmente al período de uso pactado en el contrato (normalmente una o dos semanas).
- El derecho de propiedad tiene una duración temporal limitada, sujeta a plazo fijo o a condición resolutoria (normalmente la destrucción o inservibilidad del edificio).

Una vez cumplido el plazo de duración del Derecho, en la práctica se produce uno de estos dos efectos:

- La propiedad de todo el inmueble vuelve al promotor («developer»), o bien
- Los multipropietarios se convierten en condóminos («tenants in common») del inmueble.

Resulta ilustrativa, por su claridad, la definición dada por RCI a esta figura; «el adquirente recibe un derecho inmediato de propiedad por un período fijo en un apartamento específico y por un número de años, en general la duración del edificio. Al final de tal plazo, los propietarios retornan al régimen de comunidad (“tenancy in common”)».

Se ha apuntado la idea (en ese sentido se pronunció la Barnstable County Superior Court of Massachusetts) de que la «interval ownership» no es más que un «arrendamiento a título de propietario», figura similar a la que en otra secciones (*vid.* Suiza o Grecia) hemos denominado «multiloca-

tion» o «multiinquilinato» (opinión compartida por eminentes juristas, como BUREK (63) y ALPA (64).

No estoy de acuerdo con esta idea, dado que en la «interval ownership», el vendedor, promotor, «developer» no conserva la propiedad del inmueble, sino solamente una expectativa de derecho para cuando se cumpla el plazo fijado, un derecho de reversión.

Durante ese tiempo será frecuente su permanencia como administrador o gestor del inmueble, cubriendo generalmente los servicios de limpieza, conservación y distintas prestaciones hacia los multipropietarios.

En apoyo de esta idea debemos decir que no siempre el derecho de propiedad sobre el inmueble retorna al promotor. En muchos casos, como ya hemos dicho, los multipropietarios siguen conservando la titularidad del inmueble por cuota en comunidad *proindiviso*, es decir, convirtiéndose de «interval owners» en «tenants in common».

3. La tercera forma que nos parece destacable en cuanto a la configuración del fenómeno es lo que RCI ha denominado «EQUITY INTEREST», y que se conoce habitualmente como «CLUB MEMBERSHIP».

«Resort Condominiums International» lo define de la siguiente manera: «el adquirente es titular de acciones de una sociedad que es propietaria de uno o varios apartamentos. Las acciones normalmente transfieren el goce de un período anual específico en un apartamento determinado. Las áreas comunes son objeto de propiedad común por parte de los accionistas y su derecho es proporcional a su participación en la sociedad».

Lo que el multipropietario adquiere es un derecho personal (derecho mobiliario) traducido en su derecho de socio. Anexa a este derecho va la facultad de usar u ocupar el inmueble por un período determinado de tiempo al año cuya duración dependerá del número de acciones adquiridas.

En el ámbito anglosajón esta construcción se enmarca frecuentemente dentro de un club de vacaciones, y de ahí la denominación de este tipo de multipropiedad como «club membership».

Sobre la estructura y funcionamiento de estos clubes nos remitimos a lo ya expuesto sobre los «vacation clubs» en el Derecho inglés.

4. «TIME SHARE LICENSE» (también «Vacation License»)

No está demasiado claro lo que la doctrina norteamericana (y menos la española) entiende por «time share license».

(63) *Op. cit.*, pág. 684.

(64) ALPA, GUIDO: *La multiproprietà. Aspetti giuridici della proprietà turnaria o della proprietà turistico-alberghiera*, Bolonia, 1983, pág. 27.

Si recurrimos al diccionario, nos encontramos con un término que podríamos traducir por licencia, título o permiso.

Esto nos hace excluir *a priori* cualquier connotación real en esta figura.

Según DAVIS, «la "license" confiere "rights to use" además de "direct interest in real property"» (65).

Asimismo, INGERSOLL (66) incluye las «vacation licenses» en el modelo clasificatorio que denomina «Right-to-use» (derecho a usar).

Son licencias que conceden a su titular el derecho a usar un inmueble durante un período de tiempo anual especificado en el contrato y durante el tiempo de vigencia de la licencia.

El derecho que se concede al multipropietario en virtud de la «vacation license» no es un derecho real, y menos aún, claro está, un título de propiedad, sino meramente un permiso para ocupar el apartamento.

Puede derivar directamente de un contrato o de otro derecho. Así, por ejemplo, podríamos decir que el socio de un «Vacation Club» tiene licencia para ocupar el inmueble en las condiciones vistas más arriba (*vid.* apartado anterior, referido al «Club Membership»).

No obstante, aquí nos interesa en cuanto que no derive de otra relación contractual distinta a la que constituye el «right to use» propiamente dicho.

Como tal derecho personal, contractual u obligacional, no tiene eficacia real, y no sabemos nada acerca de su transmisibilidad. En principio, nada parece negar la posibilidad de vender, donar o heredar la licencia de multipropiedad, pero habrá que estar a lo que se pacte en el contrato y, en todo caso, a lo que la ley y la jurisprudencia determinan sobre el tema.

5. «VACATION LEASE»

Por último, conviene destacar la práctica de esta figura, que asimilamos a lo que hemos denominado «multiarriendo» o «multilocation».

Consiste básicamente en un arrendamiento a largo plazo, pero con ejercicio limitado a un período de tiempo al año, de tal manera que el resto del año el arrendamiento permanece, pero no se puede ejercitar.

El copropietario contrata arrendamientos periódicos y sucesivos en el tiempo por un número de años determinado.

Tenemos así una concurrencia de derechos, pero no sobre una misma cosa (dado que no es un derecho real), sino con respecto a una misma

(65) DAVIS, THOMAS J., JR.: «Time-sharing ownership. Legal and practical problems», *St. John's Law Review*, 1978, pág. 1185.

(66) INGERSOLL, WILLIAM B.: «Introduction, glossary of terms and checklist of federal regulatory concerns for timesharing», en *The legal aspect of real estate time-sharing*, Washington, 1982, págs. 11-24.

persona (con carácter obligacional), lo cual que nos parece, en principio, teóricamente imposible, ni contrario a derecho.

Regulación positiva

Una vez examinadas las propuestas, doctrinales en unos casos, derivadas de la práctica en otros, vamos a pasar a analizar las normas generales que establece la legislación sobre la multipropiedad, en base principalmente a las dos leyes modelo citadas más arriba (MRETSA y ALDA/NARELLO TSA).

Como tendremos ocasión de comprobar más adelante, las disposiciones de las dos leyes modelo, así como las de las leyes estatales de multipropiedad, se preocupan no tanto de configurar la naturaleza (o naturalezas) posible del fenómeno, cuanto de la administración del complejo inmobiliario, la protección del consumidor en la compra y en el ejercicio de su derecho, el control de las empresas que trabajan en el sector y la publicidad de los derechos mediante el registro.

Por lo general, estas normas son aplicables a (o mejor dicho, se aplican sin perjuicio de) todos los modelos de multipropiedad que contemplan. Además, cada texto recoge varias posibles configuraciones del fenómeno que tendremos oportunidad de analizar a lo largo de la exposición.

A nuestro entender, la MRETSA propone dos modelos generales en cuanto a la configuración de la multipropiedad (secc. 1-102): «Time Share' means a time share estate or a time share license»; para pasar, acto seguido, a definir:

1. «Time Share estate» quiere decir un derecho a ocupar una unidad (un apartamento) durante cinco o más periodos de tiempo separados, por un plazo (período) de al menos cinco años, llevando aparejado un dominio absoluto o durante años en un complejo sometido a régimen de tiempo compartido o en una porción del mismo (núm. 14).

A nuestro entender, se está hablando de «Interval ownership», contemplándola en su doble vertiente descrita, es decir, tanto en el caso de que la propiedad revierta al promotor como cuando los multipropietarios la conservan por cuotas una vez cumplido el plazo de duración fijado.

El comentario («coment») número 4 a ese mismo precepto parece incluir dentro de la definición de «Time share estate» tanto a la propiedad temporal perpetua (propiedad perpetua con ejercicio limitado a un período anual) como a la propiedad temporal propiamente dicha (la que además tiene un plazo fijado en el contrato, es decir, de carácter temporal en cuanto a su naturaleza) y a la comunidad («tenancy in common»).

Las dos primeras serían a su vez la «interval ownership». La comunidad se denomina «Time share ownership» (TSO).

Concretamente dice, en lo que a nosotros interesa:

«... "Interval ownership" implica la cesión de diferentes propiedades durante años cubriendo diferentes períodos de ocupación para todos los multipropietarios en un apartamento sometido a régimen de "time share", junto con un porcentaje indiviso de participación en el restante (áreas comunes). Desde el momento en que cada propiedad por años lleva aparejada un derecho a ocupar el apartamento en períodos separados de tiempo (uso periódico sucesivo), la propiedad por años (propiedad temporal) que representa la "interval ownership" satisface la definición de "Time share estate" si el número de períodos de ocupación es al menos de cinco, y el derecho tiene al menos cinco años de duración.»

Así pues, quedan excluidos de la aplicación de la ley los inmuebles sometidos a propiedad a intervalo cuando los derechos se pacten por menos de cinco años o cuando el número de períodos de uso (que puede ser o no igual al número de multipropietarios) sea menor de cinco.

Continúan los comentarios recogiendo otro modelo de «Time share»:

«Otra forma de "time-sharing", comúnmente denominada "time sharing ownership" (TSO), consiste en la cesión de una cuota de participación *proindiviso* a cada multipropietario junto con un derecho a ocupar el apartamento durante un período de tiempo determinado (a cada uno). TSO, asimismo, satisface la definición de "time share estate".»

Tenemos, pues, que la denominada anteriormente «Tenancy in common» también es admitida por la ley dentro del marco general de la «Time share estate», a la que podríamos denominar con el equivalente castellano de «multipropiedad de carácter real».

2. «Time Share License» quiere decir «un derecho a ocupar un inmueble durante cinco o más períodos de tiempo separados por un plazo de al menos cinco años, sin llevar aparejado un dominio absoluto o durante años» (18).

La principal diferencia (si no la única) con el «Timeshare estate» es, como vemos, el hecho de que por la vía de la «license» no se concede la propiedad (ni derecho real alguno) sobre el inmueble.

Según se deduce de los «coments» a este precepto, no es necesario que los períodos estén perfectamente determinados; basta con que sean determinables por el concedente («licensor») o por los concesionarios («licensees»).

Los comentarios definen esta figura como un derecho o permiso exclusivo para ocupar un inmueble durante un período de tiempo al año (más o menos determinado, como hemos dicho) y por un número de años determinado.

Este modelo de «Time share» se aplica en numerosos estados, según los

comentarios, y recibe los nombres de «Vacation License» o «(Time share) Club Membership».

Ya dijimos más arriba que en cuanto a los clubes de vacaciones, la licencia es un derecho secundario (jurídicamente) frente a la participación del socio en el club.

Quede claro con esto que de las distintas formas expuestas anteriormente como modelos de «time share» en Estados Unidos, la única que no se contempla en la MRETSa es la «Vacation Lease». Todas las demás se encuentran, si no expresamente al menos sí de forma tácita, recogidas en su articulado (de hacémoslo patente ya se encargan los comentaristas oficiales de la ley).

En cuanto al texto de los empresarios de ALDA y NARELLO, aunque no incluye una definición de los distintos tipos de configuraciones posibles, sí se puede deducir de su sección 1-102 («Certain Definitions») lo que entiende en general por «Time share» y cuando es aplicable el texto que se propone.

Ya el prólogo de la ley nos dice que «esta ley modelo no distingue entre “fee” y “right-to-use time share ownership” como tales».

Con ello creo que debemos entender que a los efectos de esta ley, tal multipropiedad es la basada en la propiedad real o en los derechos reales en general como la de carácter obligacional.

Luego, en la sección 1-102, citada, nos define lo que quiere decir con «Time share»: es el derecho (debe entenderse, de cualquier naturaleza, real u obligacional), de cualquier modo probado o documentado, a usar y ocupar uno o más apartamentos sometido a régimen de tiempo compartido en un período previamente fijado. El derecho a usar y ocupar surge en virtud de un acuerdo (33).

El conjunto de apartamentos sujeto a este régimen se denominará «Time share Property», y el régimen en sí, en cuanto aplicado a todo un complejo, a parte de él o a varios complejos (relacionados entre sí), se denomina «Time share Plan» (6).

Desde el punto de vista del multipropietario, el régimen de multipropiedad sería un «Unit ownership Plan», en cuanto referido al sistema a la aplicación en un apartamento («unit») con respecto al cual cada multipropietario tiene una distinta participación de propiedad o un mero derecho a usar.

Hemos dicho más arriba que esta «model act» contempla en general dos configuraciones de la multipropiedad: la real y la obligacional.

Es significativo al respecto el número 18 de esta sección (1-102), según el cual «owner» quiere decir cualquier persona propietario o copropietario de un interés «time share» (a los efectos de esta ley) de una manera distinta a un título obligacional.

Se excluye de esta manera de la definición «owner» cualquier interés «time share» con carácter de derecho personal.

En este mismo número, la ley continúa diciendo que «será considerado el propietario del “time share”, es decir, propietario de su porción espacio temporal, mientras que el “developer” (promotor) será tratado como el propietario de todos los “timeshares”».

Según esto, si la propiedad la conserva el promotor, ¿qué derecho adquieren los multipropietarios?

Si en la primera parte de este número 18 se excluye de la definición «owner» el que lo es con carácter obligacional, ¿cómo se entiende que la segunda parte afirme la permanente titularidad del promotor?

Pensamos que la solución adecuada es pensar que se atribuye a los multipropietarios el derecho de propiedad sobre su porción espacio temporal o sobre una cuota de participación, quedándose el promotor con una titularidad plena sobre el inmueble en concepto de «trust».

No recoge expresamente el texto nada sobre la multipropiedad de carácter obligacional, pero la consideramos admitida en su marco de aplicación por verse incluida en el término general de «Time share», según la definición del mismo que la propia ley propone.

Incluye el texto de ALDA y NARELLO una figura que merece al menos una aclaración por nuestra parte. Es el «Multilocation Plan». Hablamos de «multilocation» cuando analizamos la multipropiedad en Suiza (*vid. supra*) y lo definíamos como un multiarriendo, figura similar (en cuanto a sus efectos prácticos), pero no incluíble en el concepto de multipropiedad, tal y como la hemos venido entendiendo.

A los efectos de esta ley, un «multilocation plan» es una cosa bien distinta. Se trata de un «plan de “time share” aplicado a más de un complejo sometido al mismo régimen, de acuerdo con lo cual los multipropietarios pueden, mediante reserva u otro procedimiento similar, ocupar apartamentos en régimen de tiempo compartido en más de un complejo».

La titularidad de los distintos inmuebles puede pertenecer a un mismo promotor o (por qué no) a varios que entre sí hayan pactado este sistema.

El «multilocation plan» se lleva a cabo mediante un «exchange program», es decir, un programa de intercambio por el que los multipropietarios pueden elegir pasar un año sus vacaciones en un complejo diferente al suyo.

El «multilocation plan» puede ser de ámbito estatal, interestatal e incluso internacional (para lo cual se requerirá la participación de una sociedad internacional dedicada exclusivamente a dichos intercambios como, por ejemplo, RCI).

Los problemas pueden surgir cuando las legislaciones de los diferentes estados sobre este tema no sean compatibles.

Al respecto de estas colisiones interestatales, y del ámbito de aplicación de la ley en general, el texto de ALDA y NARELLO establece (prólogo) que estarán sometidos a la aplicación de la ley:

1. Los complejos situados en el estado que la adopte.
2. Los complejos situados en otros estados cuando la venta de los mismos se hubiere realizado en el que la haya adoptado.
3. Los complejos situados en el estado en el que es de aplicación, aunque no hubiesen sido vendidos en dicho estado.

Con una primera lectura de este párrafo nos damos cuenta de los problemas que se abren al mismo entre dos estados, de los cuales uno haya adoptado la ley y el otro no. ¿Qué pasará cuando el estado (A) establezca que todas las transmisiones patrimoniales se han de regir por su legislación propia, y el inmueble en cuestión esté situado en el territorio del estado (B), que ha adoptado literalmente el texto de esta ley?

La intención de los redactores de esta «model act» ha sido sin duda que sea adoptada por todos los estados, pero eso no es ni va a ser así.

En cuanto a su aplicación, y antes de pasar a analizar otras cuestiones, la ley de ALDA y NARELLO, en su sección 1-105, establece que ningún complejo de «time share» estará sujeto a las siguientes leyes:

1. «State Securities Act».
2. «State Lands Sale Act».
3. Cualquier otra ley estatal que exija inscripción con esta «agency» (órgano administrativo) o la de otro estado como condición para la oferta de venta de «time shares».

Se establece en esta sección 1-105 la exclusividad de esta ley en cuanto a «time share» se refiere, excluyendo la aplicación a la figura de otras leyes que pudieran afectarla.

Constitución

Sección 2-102, MRETSA («Time share instrument»). «Excepto para lo previsto en la subsección (b), más de 12 “time shares” pueden ser creados en un complejo sólo por un instrumento “time share” que contenga o prevea las siguientes materias: (...)»

Las materias a las que hace referencia son, a rasgos generales, la descripción del complejo, su localización, la determinación de los períodos de tiempo en que está dividido su uso, la cuota de participación de cada multipropietario a efectos de autogobierno (los derechos de voto asignados

a cada titular) y previsiones en cuanto a la gestión y administración del complejo.

Quedan excluidos de la aplicación de esta norma los inmuebles en régimen de multipropiedad constituidos por menos de 12 multipropietarios (exclusión total) y aquellos apartamentos que perteneciendo a un mismo promotor estén situados en complejos distintos (exclusión parcial —de algunos requisitos—).

Por otro lado, la ALDA/NARELLO TSA exige la concesión de un «Time share Permit» al empresario, sin el cual no será posible la venta (y ni siquiera la oferta) de apartamentos en régimen de multipropiedad. Así lo establece el artículo II, conteniendo una amplia regulación sobre el tema (secc. 2-101/2-109).

Extinción de la multipropiedad: la acción de división

La acción de partición es excluida expresamente por la sección 2-104 de MRETS y 10-104 de ALDA/NARELLO TSA, en términos similares. En definitiva, excluye el mantenimiento de cualquier acción de división, excepto en la medida que lo permitan los documentos constitutivos de la multipropiedad.

Se refiere, por supuesto, a la acción de división entre los multipropietarios (cuando la multipropiedad constituida tenga carácter real, se deduce), lo cual no es aplicable a los casos en que una unidad espacio-temporal pertenezca a su vez en comunidad a dos propietarios, en cuyo caso serían aplicables (en lo referente a esa unidad espacio temporal) las reglas del condominio.

Téngase en cuenta que en las «condominium acts» norteamericanas rige el mismo principio que en los códigos europeos en cuanto a comunidad. Es inválido todo pacto de indivisión de duración indefinida, excepto que las propias «condominium acts» lo permitan para el caso de la multipropiedad.

Lo que en muchos países se ha hecho por vía doctrinal, En Estados Unidos se ha conseguido por vía legislativa, reformando las leyes sobre condominio o excepcionando su aplicación para el caso de que una ley especial («specific time sharing acts») así lo establezca.

No obstante, las «model acts» establecen supuestos de extinción de la multipropiedad. Son éstos:

- Cuando se haya constituido por un plazo determinado, al cumplirse el mismo (secc. 10-110, ALDA/NARELLO TSA).
- Cuando se haya previsto en los documentos «time share», antes del término fijado, con la mayoría de votos que se haya establecido (también en la secc. 10-110).

- Por acuerdo de al menos el 80 por 100 de los multipropietarios (secc. 2-105, MRETSA).
- Por destrucción material del complejo, aunque en estos casos creemos (y cuando la multipropiedad esté constituida con carácter perpetuo) continuaría una comunidad sobre el suelo.

El modelo de ALDA y NARELLO establece que la asociación de multipropietarios continúa después de la terminación de la multipropiedad. Ambas leyes modelo establecen una amplia regulación en cuanto a distribución de los bienes restantes y en general sobre la situación «post-termination».

Administración del complejo

Corresponde al administrador la conservación y el mantenimiento de las partes comunes del edificio, lo cual incluye, según el texto de ALDA y NARELLO, todas las partes de un complejo distintas de los apartamentos [secc. 1-102 (6)] y todos los muebles, enseres y utensilios de los que disponen los apartamentos (7).

El administrador es el representante de los intereses de los multipropietarios. A ellos debe rendir cuentas y en su beneficio debe gestionar dichos intereses.

El artículo III de la MRETSA se dedica por entero a regular todo lo referente a la administración del complejo.

Según la sección 3-101 es el promotor el que antes de transferir el primer título de multipropiedad debe crear o proponer un administrador, que normalmente será una sociedad («management entity»), o bien el propio promotor («developer»), que permanezca una vez vendidos todos los títulos, desempeñando esas tareas de administración.

La existencia de un administrador distinto de los multipropietarios será necesaria en cuanto éstos sean más de 12.

La sección 3-102 del mismo texto recoge los poderes del administrador.

Es en el artículo IX donde se regula la administración del complejo en el texto de ALDA y NARELLO.

En la sección 11-101 se establece la obligación de constituir una asociación de multipropietarios en cuanto el número de éstos sea mayor a 12. Dicha asociación no deberá tener ánimo de lucro.

La constitución de esta asociación se entiende sin perjuicio de que se pueda designar además una entidad administradora del complejo, aunque la ley no hace mención de la misma.

Los poderes de la asociación se establecen en la sección 11-102.

No obstante, la propia asociación puede funcionar como órgano administrador del complejo, nombrando un consejo ejecutivo que ejerce los poderes atribuidos por la ley.

Las decisiones se tomarán en ese caso, bien por el consejo («Board of Directors»), bien mediante referéndum de todos los multipropietarios, regulado en la sección 11-105, o la iniciativa directa de los mismos, con las condiciones expresadas en la sección 11-106.

Ambos textos contemplan la iniciativa, el referéndum y la revocación como modos de participación del multipropietario en la administración del complejo (secc. 3-114, MRETSA, y 11-105, ALDA/NARELLO TSA).

En la sección 3-115 de MRETSA se prevé que, por iniciativa directa, los multipropietarios modifiquen el reglamento del complejo mediante una petición firmada por, al menos, un tercio de los votantes.

La atribución del número de votos a cada multipropietario se hará en el título constitutivo y en relación con el número de períodos adquiridos y con la temporada en que éstos están fijados.

Son la iniciativa directa y el referéndum los únicos medios de modificar los estatutos del complejo.

Protección de los adquirentes

Las dos leyes modelo citadas incluyen normas «fiscalizadoras» del fenómeno en cuanto a su puesta en práctica se refiere.

La intención del legislador no es sólo configurar el marco legal en que puedan tener cabida distintas formas de multipropiedad, sino también proteger al adquirente de posibles estafas, timos, fraudes e inseguridades que le hagan perder su derecho o que supongan en general un perjuicio económico para él.

Con efectos publicitarios y de control, que no constitutivos (y de ahí su diferencia con el «time share instrument»), el promotor debe disponer una declaración de oferta al público regulada en las secciones 4-102/4-105 MRETSA.

La «Public Offering Statement» debe contener los datos del promotor y los del complejo, la determinación de los períodos temporales de uso y de los apartamentos sujetos a «time share», una copia del contrato tipo y de los estatutos de constitución, así como otras cuestiones relativa a servicios, administración, presupuesto, etc.

Por otro lado, el adquirente tiene un derecho a cancelar el contrato en los siete días siguientes a la firma del mismo según la sección 4-106 MRETSA, plazo que se limita a cinco días en el texto de ALDA y NARELLO (secc. 3-101).

Se regulan asimismo en ambos textos previsiones en cuanto a las garantías de calidad.

Son, en general, requisitos en cuanto a la venta sin cargas del apartamento y la calidad en la construcción del edificio. Estas garantías vienen

reguladas en las secciones 4-111/4-114 MRETSA y, en términos similares, secciones 5-101 y 5-102 ALDA/NARELLO TSA.

Es intención del legislador proteger, y del adquirente ser protegido, de la publicidad engañosa que hace que la adecuación de lo ofrecido a lo existente sea muchas veces utópica.

Son conocidos de todos las tácticas publicitarias de determinadas agencias que, en muchos casos, casi obligan a comprar algo que no se desea en absoluto.

Sólo decir que en las leyes modelo que analizamos se establecen medidas tendentes a lograr la efectiva protección del consumidor frente a la publicidad engañosa.

Las secciones 4-101, 4-105 y 4-118 MRETSA establecen reglas en este sentido. Para ello se encarga al órgano administrativo correspondiente (que será el que cada estado establezca con competencia para ello), el control del «Public Offering Statement» del que ya hemos hablado, ejemplo que han seguido leyes de numerosos estados.

Asimismo, ALDA/NARELLO TSA incluye un artículo sobre la publicidad («advertising») —art. IV—, tendente también a la protección de este tipo de consumidores.

Pero el control administrativo en el texto de los empresarios se establece en torno al «Time share Permit», del que ya hemos hablado, necesario para la venta de apartamentos en régimen de multipropiedad y en el que se detallan todos los datos referentes a promotor y complejo.

La inscripción en el Registro correspondiente (tanto de la empresa promotora como del complejo) viene regulada por la MRETSA en el artículo V.

«Un promotor no puede ofrecer ni transferir un derecho de “time share” a menos que el mismo esté inscrito en el órgano administrativo competente» (secc. 5-102 MRETSA).

De esta manera se ejerce un doble control administrativo: 1) en cuanto a la concesión de la licencia del promotor para vender, y 2) en cuanto a la inscripción del complejo en el Registro.

A modo de resumen aclaratorio, recordar que mientras el control administrativo en la MRETSA se manifiesta principalmente en el «Public Offering Statement» y en la inscripción en el Registro del «time share», el texto de los empresarios de ALDA y NARELLO exige tan sólo la intervención administrativa en cuanto a la concesión del «Time share Permit» (los poderes del órgano administrativo competente se especifican en el art. VII de este texto).

Es, como decimos, un tema muy interesante, susceptible de un estudio más profundo, estudio que excede las fronteras de nuestra investigación, pero que no vendría mal al legislador español en la redacción de ese futuro texto que regule la figura (creemos que conviene recordar que los princi-

pales problemas que motiva la aplicación práctica del fenómeno no surgen normalmente de su configuración, sino de la falta de control y fiabilidad de las agencias promotoras y de las sociedades de administración. Aunque no es una presunción, de lógica es que si existe mala fe no será esta del multipropietario que invierte sus ahorros en unas vacaciones en el mar).

Conclusión

Como dice CALO, «la experiencia americana se revela llena de sugerencias y no debería ser olvidada» (67).

Con él estamos en apuntar, a modo de conclusión y como resumen (que creemos no viene nada mal), los rasgos que según hemos podido comprobar caracterizan esta figura en el panorama norteamericano:

1. Limitaciones geográficas, como las que recoge la ley de Hawaii, en orden a la constitución de complejos de «time share» sólo en zonas turísticas. (Aunque no hemos comentado nada, por no estar este tipo de normas incluidas en ninguna de las «model acts» analizadas, numerosas leyes estatales incluyen este tipo de limitaciones.)

2. Extinción de la multipropiedad ligada a la destrucción del inmueble. Como hemos podido advertir, es extraña la constitución de la multipropiedad con carácter perpetuo. Se suele limitar a un número de años (los que se prevén para la duración del inmueble) a la misma vida útil del complejo.

Una vez cumplido el plazo, la propiedad revierte al promotor o permanece en los multipropietarios pero en régimen de comunidad *pro indiviso* («tenancy in common»).

3. Regulación en los textos legales de métodos de participación de los multipropietarios en la administración del complejo, además de la exigencia de nombrar a una entidad de gestión y administración distinta de la asociación de multipropietarios, a la que se atribuyen también poderes de control y revocación de la actividad del administrador.

4. Prohibición de gestión separada de los servicios recreativos y de conservación y mantenimiento, a fin de que todos ellos estén bajo el directo control de los multipropietarios (mediante el control a la entidad de administración).

5. Normas relativas a la protección del consumidor (como consumidor que es el adquirente). Aparte de las ya citadas (*vid. supra* «protección de los adquirentes»), también el control estatal sobre la publicidad y los medios de venta.

(67) CALO, EMANUELE-CORDA, TOMMASO: *Op. cit.*, págs. 933-934.

6. Establecimiento de un órgano administrativo para controlar la actividad de los promotores y para aprobar las licencias correspondientes, de las que ya hemos hecho mención.

7. Establecimiento de un registro para las empresas que operan en el sector, a fin de llevar a cabo el control mencionado.

8. Registrabilidad de los complejos y de los derechos adquiridos, a fin de proteger a los adquirentes frente a terceros. Esto ocurrirá sólo cuando los derechos adquiridos tengan carácter real.

Valgan estas características y otras muchas que no citamos como línea a seguir en la elaboración de una futura ley que regule esta figura.

Téngase en cuenta que para adecuar la multipropiedad al Ordenamiento español sólo es necesaria una pequeña reforma del Código Civil (a lo sumo tres artículos), pero para regular verdaderamente el fenómeno no basta con eso, sino que habría que procurar al adquirente seguridad, tranquilidad y justicia, sin mermar un ápice su autonomía personal.

CAPÍTULO IV

LA MULTIPROPIEDAD EN HISPANOAMÉRICA

A) ARGENTINA

El fenómeno de la multipropiedad en Argentina comienza su desarrollo a partir de 1979, y se localiza en las principales zonas turísticas —Mar del Plata, Bariloche, Buenos Aires—.

No existe por el momento legislación específica sobre el tema, por lo que, como en otros países, entre ellos España, las configuraciones posibles son producto de la práctica notarial y de la doctrina. No obstante, hemos de señalar la existencia de varios proyectos de regulación de los que luego daremos cuenta.

Podemos encontrar en este país las dos modalidades más comunes de multipropiedad: el modelo societario y la multipropiedad como derecho real.

El modelo societario encuentra en el Ordenamiento argentino el problema de la exigencia del ánimo de lucro como fin para constituir y mantener una sociedad civil.

Así el artículo 1.648 del Código Civil argentino establece que «Habría sociedad cuando dos o más personas se hubieren mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado.»

Un sector doctrinal salva este impedimento con una interpretación

amplia de la norma, y así GUILLERMO A. BORDA (68) opina que pueden asumir la forma de sociedades civiles aquellas que aunque no dejan un beneficio en dinero, sí procuran una utilidad apreciable en dinero, como puede ser el ahorro que supone normalmente acogerse a estos «planes de vacaciones».

Por otra parte, MARIO CARREGAL entiende esa «utilidad» como «el gasto que el adquirente no desembolsa para disfrutar de un apartamento» (69) —mediante un arrendamiento del mismo, por ejemplo—.

No obstante, no nos parece necesaria esta solución doctrinal, dado que en el ámbito mercantil la Ley 19550, en su artículo 1, sustituye la expresión «utilidad apreciable en dinero» del Código Civil o la de «ánimo de partir el lucro» del artículo 282 del Código de Comercio «participando de los beneficios», en la que creemos caben de mejor manera las sociedades de multipropiedad.

La configuración de la multipropiedad como derecho real se concreta en su constitución como condominio.

El condominio es definido en el artículo 2.673 del Código Civil argentino como «el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa, sobre una cosa mueble o inmueble».

La multipropiedad se entiende como un derecho de naturaleza real y perpetua que atribuye el uso y el goce alterno de una cosa por un espacio de tiempo predeterminado.

Esta fórmula elimina los inconvenientes del modelo societario, pero encuentra también algunos obstáculos que son sorteados de la mejor manera posible por la doctrina.

Por un lado, el artículo 2.648 del Código Civil establece para la copropiedad el uso y goce solidario de la cosa. Este obstáculo se salva por el carácter supletorio que al parecer tiene esta norma en el Derecho civil argentino, pudiendo las partes, por tanto, disponer en el contrato de constitución el uso por períodos alternativos de tiempo.

Por otro lado, el artículo 2.692 del Código Civil establece que «cada condómino está autorizado a cerrar en cualquier momento la división de la cosa común cuando no está sujeta a comunidad forzosa». El artículo siguiente (art. 2.693) añade que «los condóminos no pueden renunciar de modo indeterminado al derecho de cerrar la división; pero está permitido pactar la suspensión de la división por un término no superior a cinco años y renovar este pacto cada vez que lo consideren conveniente».

(68) BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho civil*, t II, Buenos Aires, 1978, pág. 254.

(69) CARREGAL, MARIO. Conferencia pronunciada en la I Jornada Notarial Iberoamericana de Tiempo Compartido, Buenos Aires, 1985.

Estos obstáculos legales no se escribieron pensando en el fenómeno de la multipropiedad, y ante el silencio legal se barajan diversas soluciones:

Una de ellas es en base a la declaración judicial de indivisión forzosa para los casos de multipropiedad, ya que el artículo 2.715 del Código Civil menciona como una de las causas de indivisión forzosa la división nociva [«habrá indivisión forzosa... cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada (por vía judicial) cuanto fuese necesario para que no haya perjuicios»].

Dicha nocividad sería la de ir contra el interés colectivo que pueda existir en la multipropiedad, aunque sobre esta interpretación existen serias dudas en la doctrina.

Otra solución, señalada por CALO-CORDA (70), sería la de encuadrar la multipropiedad dentro del marco legal de la propiedad horizontal, cuya ley reguladora (Ley 13512/1984) establece en su artículo 18 que «a los efectos de la presente ley quedan derogados los artículos..., 2.693 del Código Civil».

La doctrina argentina ha aportado otras dos soluciones dentro del esquema de la multipropiedad de carácter real:

En primer lugar, la configuración de la multipropiedad dentro del derecho de usufructo. El derecho del multipropietario sería así un derecho real limitado, concurrente con otros sobre una cosa ajena.

De este sistema se han señalado dos inconvenientes: por un lado, que el derecho de usufructo es vitalicio y, por tanto, no transmisible *mortis causa* y, por otro, que la multipropiedad de carácter real parece exigir que la propiedad del inmueble recaiga en los multipropietarios (71).

En segundo lugar, diversos autores —HIGHTON, ALVAREZ JULIA, LAMBORIS, entre otros (72)— han apostado por una configuración del fenómeno como derecho real autónomo, ya que «la multipropiedad tiene elementos absolutamente típicos y complejos que la diferencian de la esencia condominal» (73).

(70) CALO, EMANUELE-CORDA, TOMMASO A.: *Op. cit.*, pág. 38.

(71) CARRER, AIDA GRACIELA-GODOY, NATALIA A.: «Crítica al encuadramiento del negocio de multipropiedad en la normativa de los derechos de usufructo, uso y habitación Inconvenientes de su aplicación», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987, pág. 193.

(72) HIGHTON, ELENA I.-ALVAREZ JULIA, LUIS-LAMBORIS, SUSANA: *Nuevas formas de dominio: clubes de campo, cementerios y cementerios privados, tiempo compartido o multipropiedad*, Buenos Aires, 1987, págs 277-281.

(73) COMISIÓN DE ESTUDIOS ESPECIALES DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CAPITAL FEDERAL: «La multipropiedad como derecho real autónomo», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987, pág. 198.

Cualquier asimilación de la multipropiedad hacia otras figuras, como puedan ser el condominio o el usufructo, no haría más que desnaturalizar estas últimas.

Por último, vamos a hacer mención de los intentos de regulación legislativa que se han llevado a cabo en este país.

Es en el VI Congreso Nacional de Derecho Registral cuando se dejan definitivamente sentadas las bases de lo que es o quiere ser la multipropiedad en Argentina. En él se la define como «el derecho que pertenece a una pluralidad de sujetos y que recae sobre un objeto común e indiviso, en virtud del cual a cada uno de los titulares le corresponde, en forma exclusiva y alternada, el uso y el goce de este bien durante un período de tiempo anual previamente determinado».

En 1986, año de celebración del Congreso, y como consecuencia del mismo, se elaboraron dos proyectos legislativos sobre la figura:

En primer lugar, el presentado por ALBERTO NATALE (74). En segundo lugar, el presentado por RICARDO ALEJANDRO TERRILE y NORMA ALLEGRENE DE FONTE en sus dos versiones, original y modificada (75).

El «Proyecto Natale» [me he permitido utilizar la denominación que del mismo nos ofrece MUNAR BERNAT (76)] incluye, a mi parecer, una ambigua definición del Derecho, en cuanto que no hace referencia de forma clara a la naturaleza del título, sino tan sólo a su manifestación práctica: «el derecho de usar durante un período de tiempo semanal, todos los años, una unidad habitacional de un edificio que tiene, además, unos servicios generales» (art. 1).

En los artículos siguientes parece aclararse la cuestión en cuanto que se establece la indivisión forzosa perpetua del inmueble (art. 3) —lo que presupone un régimen de comunidad—, así como la transmisibilidad del derecho y su susceptibilidad de gravamen y embargo (art. 4).

El régimen se constituye a través de escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 7).

No se incluye norma alguna sobre la protección de los adquirentes.

El «Proyecto Fonte-Terrile» es más extenso que el anterior (38 artículos frente a 15).

Contempla la multipropiedad como un nuevo derecho real, rechazando su configuración dentro del marco de los derechos personales, lo que, según la exposición de motivos, acarrearía «inseguridades, restricciones e incer-

(74) Trámite parlamentario número 45, publicado en *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987.

(75) Trámites parlamentarios números 84 y 142, respectivamente, publicados en *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987.

(76) MUNAR BERNAT, PEDRO A: *Op cit.*, pág. 120

tidumbres, que implica el disfrutar de una cosa con el permiso de otros sujetos y no por la relación directa e inmediata con la cosa».

El nuevo derecho se define en el artículo 5 como «el derecho real que una persona tiene, por una cuota parte indivisa, sobre una unidad habitacional exclusiva equipada para su uso y goce durante un período de tiempo, con periodicidad y alternancia anual, previamente determinada o determinable», y sin que ninguno de los multipropietarios pueda pedir la división de la unidad, que queda excluida en el artículo 4.

Es destacable en la definición antedicha la inclusión de los llamados «períodos fijos y flotantes», modalidades de adjudicación de períodos utilizadas ambas en la práctica.

El derecho de multipropiedad quedaría así configurado como un «derecho de propiedad perpetuo, con amplias facultades de disposición, limitado, en cuanto a su ejercicio de uso y goce, por el derecho cuantitativamente proporcional y cualitativamente igual de los demás concurrentes» (art. 6).

Se exige también el otorgamiento de escritura pública y la inscripción del derecho en el Registro (arts. 9-15).

Por último, nos parece interesante hacer mención de dos normas incluidas en el capítulo VIII («Disposiciones complementarias»):

- Exigencia de adecuación de todos los complejos al sistema establecido por la ley en un plazo máximo de dos años desde su entrada en vigor.
- Inmutabilidad del régimen expuesto, en el caso de asociación a una red de intercambio internacional.

B) URUGUAY

El desarrollo práctico de la multipropiedad en este país es aún muy escaso. Sin embargo, nos parece interesante su tratamiento en este estudio tanto por las configuraciones propuestas por la doctrina cuanto por la existencia de un proyecto de ley sobre la materia.

La doctrina uruguaya ha recurrido a distintas figuras jurídicas para dar cabida en su Ordenamiento al nuevo Derecho. Vamos a exponer brevemente estas propuestas de caracterización jurídica.

— Modelo societario

Consiste, como ya sabemos, en la atribución al titular de una participación social de un derecho a disfrutar de un inmueble propiedad de la sociedad por un período de tiempo al año y mientras dure su estatus de socio.

Con este sistema, similar al establecido en Francia, se quiebra según muchos la propia esencia de la multipropiedad, que por definición parece

exigir cierto derecho real sobre el inmueble y no un derecho personal como sería el que vincula a un socio con su sociedad.

A juicio de parte de la doctrina, esta solución es «atípica y poco adecuada a la reglamentación de la nueva figura» (77). Además, su aceptación práctica ha sido muy escasa.

— Configuración como derecho real

Dentro de esta solución genérica se ha pensado en encuadrar la multipropiedad dentro de varios derechos reales, concretamente los derechos de uso y habitación, de usufructo y de condominio.

Los artículos 541 y 549 (en cuanto al uso y la habitación) y los artículos 493 y siguientes (en cuanto al usufructo) del Código Civil uruguayo hacen imposible un sistema de multipropiedad dentro del marco legal de los derechos citados.

La fórmula comunitaria tiene el inconveniente de la imposibilidad de pactar la indivisión, siquiera temporalmente (arts. 1.755-1.756 CC).

La imposibilidad de encajar la figura en los esquemas propuestos ha motivado la actuación legislativa en dos momentos.

En primer lugar, tenemos un proyecto de Ley de Regulación de Tiempo Compartido, presentado a la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay por ARIEL LAUSAROT (78).

En él se contempla la multipropiedad como derecho de propiedad pleno, concurrente con otros derechos de propiedad, pero distinto de ellos, autónomo, diferenciado no por el objeto material sobre el que recae, sino por el elemento temporal.

Es la materialización legal de la llamada «propiedad cuatridimensional», propugnada por numerosos autores (CONFORTINI, MAZZU, LEYVA DE LEYVA, entre otros).

Los multipropietarios son propietarios, pero no por cuotas, no son comuneros, ya que cada uno tiene un derecho de propiedad independiente sobre un período espacio temporal diferenciado no sólo por longitud, altura y profundidad, sino también por la cuarta dimensión: el tiempo.

El derecho es perpetuo y constante (aunque el art. 9 contempla la posibilidad de enajenaciones temporales), pero la utilización del inmueble viene siempre determinada por el elemento temporal.

(77) RIGHETTI, JOSÉ-STAWSKY, RAFAEL-VILLANUSTRE NANO, HUGO. «Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987, pág. 378.

(78) Con entrada en la Cámara con fecha de 8 noviembre 1988.

El proyecto establece además la subsidiariedad de la legislación sobre propiedad horizontal (art. 3).

El derecho es transmisible *inter vivos* y *mortis causa*, y pueden establecerse sobre él cualesquiera gravámenes.

El obligatorio registro de los promotores del sector en el Ministerio de Turismo (art. 8) y la inscripción del Reglamento en el Registro de Transmisiones de Dominio son las únicas reglas tendentes a la protección de los multipropietarios.

En definitiva, un proyecto, a mi parecer, interesante en cuanto a su configuración del derecho, pero insuficiente en cuanto a la regulación del mismo (apenas nada sobre administración, organización de los multipropietarios y extinción del régimen), por lo que, en verdad, no es vana la remisión a la legislación sobre propiedad horizontal.

En segundo lugar, tenemos el anteproyecto de Ley de Multipropiedad, elaborado por PLADA CAMACHO y presentado en la III Jornada Notarial Iberoamericana (79).

Es un extenso texto (33 artículos), en el que se presenta un derecho de multipropiedad de carácter real basado en el condominio.

Se excluye el ejercicio de la acción de división.

Se viene a configurar una copropiedad con pacto de uso por turnos e indivisión perpetua.

Se contempla la inscripción no sólo del Reglamento de Multipropiedad (art. 15), sino también del derecho de cada multipropietario en el Registro de Traslaciones de Dominio (art. 12).

Es de destacar, por último, la distinción que se establece entre los términos «multipropiedad» y «tiempo compartido»: el primero se refiere al derecho adquirido, mientras que el segundo quiere significar el régimen establecido.

CAPÍTULO V

LA MULTIPROPIEDAD EN ESPAÑA

La práctica de la multipropiedad en España comenzó a mediados de la década de los setenta.

Aún no existe respuesta legislativa en la materia, por lo que las distintas soluciones propuestas tienen su fuente principal en la labor de Notarios y

(79) Publicado en: PLADA CAMACHO, MABEL: «Soluciones notariales al fenómeno de la llamada pluripropiedad o propiedad a tiempo compartido», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987, págs. 404-415.

Registradores que «haciendo equilibrios» con el derecho vigente han dado salida, al menos provisional, a este nuevo derecho.

En esencia, se viene configurando como un tipo de comunidad por cuotas (romana o *pro indiviso*) sobre un inmueble, habitualmente un apartamento o villa incluido a su vez en un complejo turístico (situado normalmente en una de nuestras costas).

Se parte de la base de los artículos del Código Civil dedicados a la comunidad de bienes (lib. II, tít. III).

Según el artículo 392 CC: «a falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título» (tít. III), lo cual parece consagrar el principio de la autonomía de la voluntad.

Esto aparte, se suelen citar dos obstáculos a la configuración de este especial tipo de copropiedad: la regulación del uso por turnos y la exclusión de la acción de división.

Son ambos presupuestos necesarios y consustanciales a la multipropiedad.

Empezando por el segundo, la exclusión de la acción de división («*actio communi dividundo*») choca frontalmente con el artículo 400, según el cual «ningún copropietario será obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común», limitándose en ese mismo artículo la eficacia de los pactos de indivisión a diez años.

Parte de la doctrina considera este artículo de carácter imperativo, por lo que no sería posible excluir su aplicación para el caso de la multipropiedad.

Aun admitiendo que se pueda dar multipropiedad real no perpetua, el plazo del código para la indivisión (diez años) es en todo caso insuficiente, por lo que se han venido adoptando diversas soluciones, a saber:

- Afirmar el carácter dispositivo de los artículos dedicados a la comunidad, incluso del 400, en base al artículo 392, y así excluir expresamente en los estatutos de multipropiedad la posibilidad de pedir la división, al menos por un plazo equivalente al de la vida útil del complejo.
- Acogerse a lo dispuesto por el artículo 401 CC, según el cual «los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso al que se destina».

Si entendemos que el uso del complejo es precisamente su disfrute en régimen de multipropiedad, la división haría inservible este fin y, por tanto, en base a este artículo, podría pactarse la indivisión.

Al respecto, la Resolución de 18 de mayo de 1983 de la DGRN (80),

(80) BOE núm. 156, de 1 julio 1983.

que permite la exclusión de la acción de división para un tipo de comunidades que denomina «funcionales» (con la finalidad de alcanzar un destino común), dentro de las que se podrían incluir las comunidades de multipropietarios.

Aplicar, por analogía, los artículos 369 CC y 4 LPH, referidos a la propiedad horizontal. Según el primero «Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división, y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable».

La parte privativa de cada condueño en la multipropiedad sería el período de disfrute, mientras que las partes comunes sería el inmueble.

El artículo 4 LPH excluye expresamente la posibilidad de ejercitar la acción de división.

A mi entender, y hasta que no haya respuesta legislativa al respecto, la solución apropiada debe basarse en la resolución DGRN citada, la cual da pie para considerar la multipropiedad como una comunidad funcional en la que la sombra de una arbitraria división haría naufragar todo intento de constitución.

La indivisión perpetua en sí no es inherente a la multipropiedad, pero la que parece claro es que el plazo establecido por el código es demasiado corto, en cuanto que incluso es menor que la vida media útil de un complejo turístico.

En cuanto a la regulación del uso por turnos, según parte de la doctrina es contrario al artículo 394 que parece imponer el uso solidario de la cosa común: «Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho».

A mi entender, y al de la doctrina mayoritaria, el uso solidario no es consustancial a la comunidad, por la que se pueden pactar usos por turnos cuando el solidario no sea posible.

La inscripción en el Registro de la Propiedad del pacto antedicho dota al mismo de eficacia frente a terceros y carácter real.

Así pues, y la práctica notarial lo demuestra, la multipropiedad en nuestro Derecho se configura como una copropiedad *pro indiviso* sobre un inmueble, con exclusión estatutaria de la acción de división y regulación del uso por turnos.

Esta es, además, la solución que parece más favorable a la doctrina, aunque no faltan autores de reconocido prestigio que presentan alternativas interesantes que conviene tener en cuenta; así O'CALAGHAN (81), partidario

(81) O'CALAGHAN MUÑOZ, XAVIER. «La multipropiedad», *Actualidad civil*, núm. 27, 29 junio-5 julio 1987, pág. 1667.

de enmarcar la multipropiedad en el marco de la comunidad *pro indiviso*, o LEYVA DE LEYVA y la denominada «propiedad cuadridimensional» (82).

Paralelamente a los esfuerzos de Notarios, Registradores y juristas en general, la Comisión de Codificación se ocupa de preparar un anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, que en caso de devenir ley no sólo dotará de regulación a la multipropiedad y a los complejos urbanísticos, sino que además vendrá a derogar la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal.

Al parecer queda aún bastante para la redacción de un texto definitivo, pero podemos aventurar algunas notas que se desprenden de su última redacción (borrador de 18 de diciembre de 1991).

El borrador de anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios (BALCI, a partir de ahora), se encuentra dividido en siete títulos, a saber:

- Título I. Reglas comunes (arts. 1-37).
- Título II. Complejos urbanos (arts. 38-42).
- Título III. Propiedad horizontal (arts. 43-50).
- Título IV. De la multipropiedad (arts. 51-53).
- Título V. Comunidad de aprovechamiento por turno (arts. 54-62).
- Título VI. Derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real (arts. 63-64).
- Título VII. Régimen disciplinario (art. 65).

Completan el texto tres disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y una disposición final.

En el título I se regulan cuestiones tales como el ámbito de aplicación de la ley (art. 1), la constitución de los distintos tipos de comunidad (arts. 3-7), el régimen de la propiedad separada (arts. 8-13), la participación de los propietarios y sus derechos (arts. 14-25), los órganos de gestión (arts. 26-30) y la extinción del régimen creado (art. 36).

Ya en el título IV, el artículo 51.1 define la multipropiedad como «la atribución del dominio de una vivienda o local a varios partícipes en *pro indiviso*, de tal manera que a cada uno de ellos corresponde, en exclusiva y frente a todos, un turno de aprovechamiento que le confiere durante un período fijo de cada año, lo que no excluye la continuidad de posesión de derecho, el disfrute de la vivienda o local y del mobiliario instalado en el mismo con carácter de permanencia y para su servicio».

En otras palabras, se acoge al marco de la comunidad para crear dentro de ella una nueva modalidad en la que los adquirentes concurren en el disfrute de un inmueble organizado por turnos, de tal manera que el ejercicio del derecho se limita al período pactado (período fijo, con lo que

(82) LEYVA DE LEYVA, JUAN ANTONIO: *Op. cit.*

tácitamente se excluye el sistema de períodos flotantes que tanto éxito tiene en otros sistemas de naturaleza no real).

«La multipropiedad sujeta a su régimen todas las viviendas y locales que integran la finca que se constituya en esta modalidad, sin que sea posible que afecte solamente a parte y quede el resto sujeto al régimen de propiedad horizontal u otro permitido en la ley» (art. 51.2).

El artículo 52 establece el régimen de constitución del sistema en los siguientes términos:

- Escritura pública otorgada por el promotor (primer dueño de la finca), en la que se especifique la descripción del complejo y de los servicios comunes, así como la descripción de cada unidad y de los turnos en que se divide su aprovechamiento.
En ella también deberá constar la sociedad que asume la prestación de los servicios y el precio estipulado para ello. La existencia de una sociedad de servicios es obligatoria en cuanto que el número de turnos exceda de cincuenta.
- Posibilidad de inscripción de cada turno de aprovechamiento en folio independiente en el Registro de la Propiedad.

Merece especial mención el artículo 53, que en su apartado 2 incluye la facultad por parte del adquirente de resolver su contrato con el promotor en los siete días siguientes al otorgamiento de la escritura.

La indivisión permanente del inmueble se establece con carácter general en el artículo 2.2 («el derecho de comunidad especial inherente a cada propiedad no atribuye la facultad de pedir la división...»), para todas las modalidades contempladas en el BALCI.

Para la regulación de cualesquiera otras cuestiones referentes al funcionamiento del régimen de multipropiedad, el BALCI nos remite a su título I, del que destacaremos las siguientes notas:

- Elaboración o modificación de estatutos: es competencia de la Junta de propietarios (art. 7.1).
- Exclusión de los derechos de tanteo y retracto en caso de enajenación de la propiedad separada —se refiere al derecho de multipropiedad— (art. 8.1).
- Servidumbre legal necesaria para las obras de conservación y mejora de los elementos comunes (art. 10).
- Organos de la comunidad: «Son órganos de la comunidad las Juntas de propietarios, general o especiales, el presidente de la comunidad, el administrador y el secretario» (art. 14.1).
- Nombramiento y remoción del presidente, del administrador y del secretario: «Los nombramientos se harán por un año y quedarán

prorrogados tácitamente sólo por otro año». «No hay límite en el número de prórrogas sucesivas expresas» (art. 26.4). «Los nombrados pueden ser removidos por la Junta en cualquier momento» (art. 26.5).

- Las sociedades de servicios: podrá concertarse la prestación de todos los servicios a precio alzado con una sociedad especial de las que con ese fin se regulan en la propia Ley (arts. 32 y 65). «La comunidad de propietarios no quedará nunca vinculada por plazo superior a seis años» (art. 33.1).
- Extinción del régimen: se contemplan tres supuestos de extinción (art. 36.1):
 1. Por consentimiento unánime de todos los propietarios.
 2. Por acuerdo de la Junta en los casos en los que legalmente proceda.
 3. En los demás casos señalados por la ley o por el título de constitución.
- Liquidación: una vez extinguido el régimen, puede facultarse al administrador o a otra persona para vender los bienes comunes y para repartir su importe entre los propietarios en proporción a sus cuotas, y siempre y cuando hubieran sido satisfechas las deudas de la comunidad (art. 37.2).

Por último, en lo referente a la multipropiedad, decir que en la disposición transitoria primera se establece la adecuación de las comunidades existentes a la nueva ley desde su entrada en vigor.

Especial mención merecen los títulos V y VI del BALCI, dedicados a las comunidades de aprovechamiento por turno y a los derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real, respectivamente.

La comunidad de aprovechamiento por turno supone un gravamen para la propiedad de un inmueble. Este gravamen que confiere a cada partícipe en la comunidad el «derecho al disfrute exclusivo de un apartamento o vivienda determinado durante un período fijo de cada año, por todo el tiempo que dure la comunidad» (art. 54.2), duración que no será inferior a cinco años ni superior a treinta (art. 54.3).

Los períodos no pueden ser inferiores a siete días.

Se crea con esto un derecho real limitado, distinto al de copropiedad y similar en contenido al creado por el legislador portugués, con el nombre de «derecho real de habitación periódica».

El derecho es inscribible en el Registro de la Propiedad, en folio separado del que tenga la comunidad (art. 56.4).

Queda excluida la posibilidad de estipular derechos de tanteo y retracto tanto a favor del promotor como de los demás partícipes (art. 57).

Se establece también la posibilidad de resolución del contrato por el comprador en siete días desde la venta.

La intervención de una sociedad de servicios de las reguladas por la ley es preceptiva y está obligada, junto con el propietario, a otorgar la escritura pública del conjunto. Esta sociedad asumirá la obligación de prestar todos los servicios mientras dure la comunidad por un precio alzado anual (art. 56.2). Sus obligaciones y responsabilidades vienen detalladas en el artículo 60.

Por último, unas palabras sobre los derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real.

La inclusión de estos derechos supone la legalización expresa de lo que hemos venido denominando multipropiedad obligacional.

Se trata de derechos personales que permiten la utilización de un inmueble por un período de tiempo al año, de forma sucesiva a distintos titulares y durante un número de años determinado, que no puede exceder de quince (art. 63.2.1).

En esta figura podría incluirse el multiarriendo, tal y como lo hemos presentado al hablar de la multipropiedad en Suiza o en Grecia.

Como única limitación a la contratación en este sentido, la exigencia de que los contratos se sujeten a la legislación y jurisdicción españoles, con lo que, sin duda, se intenta remediar la denunciada situación de fraude inmobiliario llevado a cabo en España por inversores extranjeros y al amparo de cláusulas de sumisión a tribunales y legislaciones extranjeras.

Se excluye también la posibilidad de resolución del contrato por el usuario en los siete días siguientes a su celebración (art. 63.2.3).

El artículo 63.2.4 prohíbe el pago anticipado de rentas, «salvo las relativas a períodos cuyo disfrute haya de comenzar dentro del plazo de un año».

El artículo 64 excluye el ámbito del artículo anterior lo que hasta ahora conocemos como «modelo societario», en los siguientes términos: «Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los acuerdos de los órganos sociales sobre utilización por los socios de los bienes de una sociedad, siempre que fueren válidos conforme a la respectiva legislación aplicable.»

De esta forma, no queda cabo suelto en cuanto a la configuración o configuraciones de las que es susceptible el fenómeno.

Los redactores del BALCI han querido dar fe de las distintas soluciones propuestas por la doctrina y distinguir de manera precisa lo que, según ellos, es multipropiedad de lo que no lo es.

Si el texto deviniera ley en su actual redacción, al menos cuatro alternativas se ofrecen al usuario para lograr una solución similar, al menos en sus efectos prácticos:

- Adquirir un derecho de multipropiedad propiamente dicha.
- Adquirir una participación en una comunidad de aprovechamiento por turnos.
- Contratar el aprovechamiento por turno sin carácter real de un inmueble.
- Suscribir una acción en una sociedad que ofrezca a sus socios el disfrute por turnos periódicos de un inmueble.

CAPÍTULO V

SOCIEDADES DE INTERCAMBIO VACACIONAL

Según EDMONDS, no podría existir la multipropiedad sin el servicio de intercambio vacacional que realizan estas sociedades (83).

Los sistemas de intercambio internacional permiten que un multipropietario que ha adquirido su derecho en un complejo situado en la Costa del Sol pase sus vacaciones en uno situado en las playas de Florida sin necesidad de alojarse en un hotel o de alquilar un apartamento.

Es quizá una de las mayores ventajas que se ofrecen al multipropietario, hasta tal punto que muchos llegan a confundir el derecho que adquieren con el servicio de intercambio que contratan.

La afiliación a estos sistemas es, por supuesto, voluntaria, pero la mayor parte de los complejos en régimen de «time share» se encuentran incluidos en alguna red de intercambio internacional.

El contrato celebrado entre el multipropietario y una sociedad de intercambio es un contrato separado, diferente y ajeno al contrato que realiza con el promotor, el contrato de adquisición del derecho «time share».

Es frecuente que la filiación inicial sea propuesta, solicitada y organizada por el promotor del conjunto turístico, pero el contrato de afiliación se realiza entre el multipropietario y la sociedad.

Existen principalmente dos compañías dedicadas al intercambio de períodos vacacionales. Estas son: Resort Condominium International (RCI) e Interval International.

«Resort Condominium International, Inc.» es una filial de Endless Vacation Systems Inc. (EVS) y se creó en Indianápolis (Estados Unidos) en 1974. Es la primera organización de intercambios del mundo y a ella pertenecen más de 800.000 socios familiares, con 1.565 conjuntos residenciales (datos de 1991).

Interval International Inc. es la segunda compañía del intercambio inter-

(83) EDMONDS, JAMES: *Op. cit.*, pág. 51

nacional. Forma parte del Worldex Corporation Group, que inició su actividad en Estados Unidos en 1976 para extender su campo de acción a Europa en 1978 (84).

En 1991 eran 477 complejos distribuidos por 14 países los afiliados a esta sociedad.

El funcionamiento del sistema de intercambio es el siguiente:

Un afiliado compra sus vacaciones «Time share» a un promotor, que haya firmado un acuerdo de afiliación de conjunto residencial con una sociedad de intercambio.

La sociedad se compromete a poner a disposición de cada afiliado, contra el pago de la cuotas de intercambio correspondientes, el programa de intercambios.

Asimismo, la sociedad suele poner a disposición de sus afiliados distintas publicaciones y guías en las que se detallan las características y situación de los complejos con los que existe la posibilidad de intercambio.

Como hemos dicho, es frecuente que la solicitud inicial de afiliación la realice el promotor en nombre del usuario.

La afiliación comenzará cuando la sociedad acepte la solicitud, notificándose y asignando un número de afiliación. Tras el período inicial de afiliación será el usuario el que directamente deberá mantener al día su afiliación mediante el pago periódico de una cantidad de dinero por los servicios de intercambio.

Las condiciones de afiliación de RCI especifican que para realizar un intercambio se ha de depositar la disposición sobre el propio período vacacional en la reserva de «spacebank» de RCI. Todo afiliado cuyas vacaciones no estén especificadas o sean flotantes deberá obtener primero del propietario una asignación de tiempo por escrito.

La participación en el Programa de Intercambios depende no sólo de la afiliación, sino también de que su conjunto residencial mantenga los niveles de calidad y gestión exigidos por la sociedad de intercambio, ya que:

- Puede que el promotor no cumpla sus obligaciones según estipula su acuerdo de conjunto residencial afiliado.
- Puede que no se renueve el acuerdo o quede terminado por una de las dos partes contratantes.

Una vez que se deposita el período, el usuario cede todos sus derechos a usar la unidad durante ese año natural en el período correspondiente.

La sociedad de intercambio asignará el período depositado a un usuario

(84) EDMONDS, JAMES *Op cit*, pág. 58.

que lo demande y buscará para el depositante un período vacacional en el complejo que éste solicite.

Una vez depositados los períodos, se podrán retirar por el afiliado si lo solicita por escrito, salvo que:

- Ya hayan sido asignados a otro o utilizados de otro modo.
- Que el afiliado haya recibido un intercambio confirmado.

Por cada intercambio el afiliado debe pagar una cuota a la sociedad, distinta de la que periódicamente paga para mantener su afiliación vigente.

En las condiciones de afiliación a estas sociedades se suelen establecer las siguientes causas de terminación:

- Si el afiliado comete una violación material de las condiciones.
- Si el afiliado es una empresa y entra en liquidación o quiebra.

Es frecuente también el establecimiento de cláusulas de sumisión a determinadas leyes y tribunales.

Al respecto, decir que RCI somete las disputas al Derecho inglés y su solución a la conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Interval International las somete a las leyes del estado de Florida y a la jurisdicción de los Tribunales del Condado de Dade, en Florida.

Por último, decir que es frecuente que estas sociedades se atribuyan poderes discrecionales para modificar los términos del contrato o condiciones de afiliación.

JOSÉ A. BENITO ARENAS

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil*, III, vol. 1, Barcelona, 1985.
- ALPA, GUIDO: «La Multiproprietà nell'esperienza francese», *Rivista del Notariato*, XXXIV, 1980. *La Multiproprietà. Espetti giuridici della proprietà turistica o della proprietà turistico-alberghiera*. Bolonia, 1983.
- BARASSI, LODOVICO. *Proprietà e comproprietà*. Milán, 1951.
- BAZ IZQUIERDO, FERNANDO: *El Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español*, Madrid, 1980.
- BENACHIO, GIUSEPPE. «Dal condominio alla multiproprietà», *Rivista del Notariato*, XXXVI, abril 1982.
- BENNE, JACQUES. «La propriété spacio-temporale», *Rapport au 73 congrès des notaires de France*, Estrasburgo, 1976.
- BIASCA, PIERRE: «La propriété spacio-temporale en querte d'un statut», *Gazette du Palais*, 1976.

- BORDA, GUILLERMO A.: *Tratado de Derecho civil Contratos II*, Buenos Aires, 1978.
- BUREK, ANTHONY S.: «Uniform Real Estate Timesharing Act», en *Real Property, Probate and Trust journal*, t. XIV, 1979.
- CALO, EMANUELE: «Multipropiedad y "Consumer Protection" en los Estados Unidos de América», *Revista de Derecho privado*, noviembre 1986
- «Nota sobre el proyecto de ley italiano de multipropiedad», *Revista de Derecho Privado*, marzo 1988
- CALO, EMANUELE-CORDA, TOMMASO A.: *La multipropiedad*, Madrid, 1985
- CARRER, AIDA GRACIELA-GODOY, NATALIA A.: «Crítica al encuadramiento del negocio de multipropiedad en la normativa de los derechos de usufructo, uso y habitación. Inconvenientes para su aplicación», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987.
- CASELLI, GIOVANNI: *La Multiproprietà. Problemi Giuridici*, Milán, 1983
- COMISIÓN DE ESTUDIOS ESPECIALES DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CAPITAL FEDERAL «La multipropiedad como derecho real autónomo», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987.
- CONFORTINI, MASSIMO. *La Multiproprietà*, Padua, 1983
- CORNU, GERARD: *Droit Civil*, París, 1980.
- DAGOT, MICHEL-SPITERI, PIERRE: «A la recherche de la multipropriété», *La Semaine Juridique*, núm 1418, 1972
- DAVIS, THOMAS J. Jr.: «Time-sharing ownership. Legal and practical problems», *St John's Law Review*, 1978
- DE CUPIS, ADRIANO: «Multiproprietà e comproprietà», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1984-4.
- DOYON, NOEL: «La propriété spacio-temporelle», *La Semaine Juridique*, 1974
- EDMONDS, JAMES: *International Timesharing*, Londres, 1986.
- Encyclopedia of Associations*, 24 ed., 1990.
- GARCIA AMIGO, MANUEL: «Informe y propuesta de resolución sobre la necesidad de colmar la laguna jurídica existente en el sector de la multipropiedad». Doc. sesión Parlamento Europeo, 3 octubre 1988, serie A, doc. A2-199/88.
- HERRERO GARCIA, M. JOSÉ. *La multipropiedad*, Madrid, 1989.
- HIGHTON, ELENA I.-ALVAREZ JULIA, LUIS-LAMBORIS, SUSANA: *Nuevas formas de dominio: clubes de campo, cementerios y cementerios privados, tiempo compartido o multipropiedad*, Buenos Aires, 1987.
- HOON, M.: «Propuesta de resolución sobre la necesidad de colmar la laguna jurídica existente en el sector de la multipropiedad» Doc sesión Parlamento Europeo, 17 octubre 1986, serie B, doc B2-1026/86.
- II JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA: Conclusiones. *Revista internacional del Notariado*, XXXV, núm 81, 1985.
- INGERSOLL, WILLIAM B.: «Introduction, glossary of terms and checklist of Federal regulatory concerns for timesharing», en *The legal aspect of Real Estate Timesharing*, Washington, 1982.
- LAFUENTE LÓPEZ, JOSÉ M.: «Propuesta de resolución sobre la elaboración de un reglamento de conciliación y de arbitraje que regule las relaciones contractuales en materia de adquisición de inmuebles en un país extranjero». Doc. sesión Parlamento Europeo, 23 septiembre 1987, serie B, doc B2-934/87
- LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil*, Bruselas, 1876.
- LEGRAND, GUY: *La multipropriété belge, ou la double copropriété*, Portefeuille, Tendances, 8 febrero 1975.
- Propriétaire de ses vacances*, Portefeuille, Tendances, 22 enero 1975.
- LEVY MORELLE, JACQUES: «La copropriété partagée, dans de temps. Indivision volontaire, société ou association?», en *Copropriété*, Bruselas, 1985.

- LEYVA DE LEYVA, JUAN ANTONIO: «La propiedad cuadrídimensional», *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, núm. 566, enero-febrero 1985.
- «Nueva reseña sobre multipropiedad y multiarrendamiento», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, marzo 1988
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO: «La multipropiedad», *Boletín de información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, enero 1987, núm. 23.
- «La multipropiedad», *Revista de Derecho notarial*, núm. 139.
- LUPOI: *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milán, 1971.
- LUCIO VIDAL, A.: *O direito real de habitação periodica*, Coimbra, 1984.
- MALINVAUD, PHILIPPE-JESTAZ PHILIPPE. *Droit de la Promotion Immobilière*, París, 1976
- MARTÍNEZ PIÑEIRO-CARAME, EDUARDO: *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido*, Madrid, 1989.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, LUIS: *La multipropiedad inmobiliaria*, Madrid, 1989. «La multipropiedad y la acción de división», *Revista de Derecho registral*, núms. 11-12.
- MASON, BURT. *Timeshare. All you need to Know*, Londres, 1988.
- McMILLAN-SCOTT, EDWARD y otros: «Propuesta de resolución sobre los fraudes existentes en el sector inmobiliario en los Estados miembros». Doc. sesión Parlamento Europeo, 9 marzo 1987, serie B, doc. B2-1679/86
- MESSINEO. *Manuale de Diritto Civile e Commerciale*, Buenos Aires, 1954.
- MEZQUITA DEL CACHO: «La propiedad por períodos», *Boletín de información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, enero 1987.
- MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ M.: «La multipropiedad», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. V (apart. IX), Madrid, 1985
- MUNAR BERNAT, PEDRO A.: *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho comparado*, Madrid, 1991
- O'CALAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad*, Madrid, 1987.
- «La multipropiedad», *Actualidad civil*, núm. 27. 1987.
- PAU PEDRÓN, ANTONIO. «La multipropiedad en el Derecho comparado», *Revista de Derecho registral*, núm. 10, 1984.
- «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, núm. 584, enero-febrero 1988
- PLADA CAMACHO, MABEL: «Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo partido», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987.
- RIGHETTI, JOSE-STAWSKY, RAFAEL-VILLANUSTRE NANO, HUGO: «Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987.
- ROBB, LOUIS A.: *Diccionario de términos legales inglés-español*, México, 1972.
- ROCA GUILLAMÓN, JUAN: «Consideraciones sobre la llamada multipropiedad», *Revista de Derecho notarial*, julio-diciembre 1982.
- ROMERA ALCÁZAR: «Propuesta de resolución sobre irregularidades en promociones inmobiliarias, primordialmente en zonas turísticas de la cuenca mediterránea». Doc. sesión Parlamento Europeo, 18 marzo 1987, serie B, doc. B2-79/87.
- ROODHOUSE, ALAN M.: «Fractional time period ownership of recreational condominiums», *Real Estate Law Journal*, t. IV, 1975
- STEMMER, BERNARD. «Copropriété. Division dans le temps», *Juris-classeur périodique*, 2, 1977.
- STENGERS, MARIE-LAURE. «La multipropriété», *Revue Habiter*, núm. 79.
- STEWART y otros: «Propuesta de resolución sobre la mejora de los servicios turísticos y sobre los sistemas de calefacción y de aireación de los apartamentos de alquiler amueblados, de los apartamentos en multipropiedad y de otros alojamientos para vacaciones». Doc. sesión Parlamento Europeo, 10 noviembre 1986, serie B, doc. B2-1030/86.

- TAMBORRINO, FRANCESCO: *Comprare e vendere in multiproprietà*, Milán, 1988.
- TIMESHARE DEVELOPERS ASSOCIATION: *Reglas y código de ética*, Londres, 1985.
- TRANCHINI DE DI MARCO, MARCELA-CAUSSE, JORGE. «El tiempo compartido como condominio», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987.
- «Encuadre pragmático del negocio», *Revista de Derecho notarial*, CXXXV, enero-marzo 1987.
- URÍA, RODRIGO. *Derecho mercantil*, Madrid, 1990.
- WATELET: *La redaction des actes notariés*, Bruselas, 1980.

Arrendamientos y finca hipotecada

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: 1. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2. PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL: 2.1. *Argumentos principales:* a) Interpretación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria; b) Causas de resolución de los arrendamientos protegidos. 2.2. *Argumentos secundarios:* a) Capacidad dispositiva del arrendador; b) Compatibilidad del arrendamiento con el derecho de propiedad; c) Oponibilidad a terceros del contrato de arrendamiento; d) El posible carácter fraudulento de los arrendamientos concertados sobre inmueble hipotecado; e) Prevalencia de la legislación arrendaticia o de la legislación hipotecaria. 3. REPLANTEAMIENTO.—II. EL ARRENDAMIENTO COMO GRAVAMEN: 1. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y ACTOS DE DISPOSICIÓN. 2. LA FRONTERA ENTRE ARRENDAMIENTOS-GRAVAMEN Y ARRENDAMIENTOS QUE NO LO SON: a) Arrendamientos sujetos a prórroga forzosa; b) Arrendamientos con renta vil; c) Recapitulación. 3. SOBRE LA OponIBILIDAD A TERCEROS DE LOS ARRENDAMIENTOS PROTEGIDOS. 4. GRAVAMENES CONCERTADOS SOBRE INMUEBLES HIPOTECADOS. SU EFICACIA FRENTE AL ADJUDICATARIO DE LA FINCA TRAS LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA.—III. EL ARRENDAMIENTO COMO CONTRATO: 1. LA CONSTITUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE INMUEBLE HIPOTECADO. VALIDEZ Y EFICACIA: 1.1. *Planteamiento*, 1.2. *Eficacia interpartes:* a) Eficacia y oponibilidad; b) Venta quita renta, o venta no quita renta. 1.3. *Eficacia y oponibilidad respecto de terceros:* 1.3.1. El contrato de arrendamiento ante el acreedor hipotecario: a) La cláusula de no arrendar y sus consecuencias; b) Derechos del acreedor hipotecario durante la fase de seguridad en la hipoteca; c) La acción de devastación y su operatividad en este caso. 1.3.2. El contrato de arrendamiento ante el adjudicatario. 2. LA ADJUDICACIÓN HIPOTECARIA. ¿UN SUPUESTO DE «SUCESIÓN» EX ARTÍCULO 57 DE LA LAU DE 1964?. 2.1. *La «ratio-legis»*. 2.2. *El tenor literal del texto*. 2.3. *Interpretación propuesta*.—IV. CONCLUSIONES.—V. COROLARIO.

I. INTRODUCCION

1. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional (1), dictada en recurso de amparo, ha salido al paso de la controversia

(1) STC 6/1992, de 16 de enero. Recurso de amparo 1317/1988. BOE número 308, de 13 de febrero de 1992 (suplemento). Ponente: don Fernando GARCIA-MON y GONZÁLEZ REGUERAL.

relativa a la posible subsistencia de los arrendamientos celebrados sobre inmueble previamente hipotecado, tras la adjudicación del inmueble en el procedimiento sumario previsto en la Ley Hipotecaria.

La sentencia estima el recurso de amparo interpuesto por la arrendataria de una vivienda contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia, recaída en el procedimiento previsto en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que, mediante exhorto, había ordenado el desalojo del inmueble en el plazo de ocho días y, caso de no verificarse éste, el lanzamiento de sus ocupantes.

En la demanda se invoca, básicamente, infracción del artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 270 de la LOPI, por considerar que la referida providencia del Juzgado constituye un supuesto de violación del derecho de defensa y tutela jurídica.

En los hechos de la demanda se relata que la arrendataria tuvo conocimiento extrajudicial de la celebración de una subasta de la vivienda que ocupaba a instancia de una entidad de crédito. Por ello compareció en los autos para hacer constar su condición, con la finalidad de evitar perjuicios irreparables. Declaradas desiertas la primera y segunda subastas, el acreedor hipotecario solicitó la adjudicación de la vivienda con el conocimiento de que se encontraba ocupada y el juez, sin dar traslado a la recurrente y sin previa notificación, dictó una diligencia de lanzamiento acordada mediante exhorto. La arrendataria presentó ante el Juzgado escrito solicitando la modificación de la diligencia, y al no obtener respuesta, interpuso recurso de nulidad, que fue rechazado mediante providencia; presentó entonces recurso de reposición, que a su vez fue desestimado por otra providencia del JPI número 2 de Orihuela, de fecha 28 de junio de 1988. Contra esta última providencia se interpone el recurso de amparo (2).

Nótese que —como acertadamente precisa el Ministerio Fiscal en el correspondiente escrito de alegaciones (3)— la cuestión suscitada en el recurso se circunscribe a determinar si la recurrente, en su calidad de arrendataria de la finca subastada, está legitimada para intervenir en el procedimiento sumario para instar la nulidad de determinadas actuaciones y, sobre todo, si la resolución del juez que le niega esa legitimación vulnera los derechos fundamentales invocados. No se trata aquí, por tanto, de dilucidar cuáles son los derechos del arrendatario ocupante de una vivienda hipotecada frente al adjudicatario del inmueble tras la ejecución de la hipoteca —pues, como afirma el Ministerio Fiscal y corrobora el Tribunal, ésta es una cuestión «de legalidad ordinaria» que debe ventilarse mediante el correspondiente juicio declarativo—, sino, más bien, de determinar si la

(2) STC 6/1992, cit., Antecedentes, punto 2

(3) STC 6/1992, cit., Antecedentes, punto 9.

falta de legitimación del ocupante de la vivienda en el procedimiento del artículo 131 de la LH produce indefensión desde el punto de vista constitucional (no procesal). A esta cuestión se refiere preferentemente la sentencia, si bien marginalmente se alude en ella a cuestiones de Derecho civil [lo que tal vez (4) puede parecer impropio de este tipo de recurso].

Entre estas cuestiones, abordadas indirectamente en la sentencia, aparecen algunos argumentos —favorables o contrarios a la subsistencia del arrendamiento— que habían sido ya adoptados por la jurisprudencia del TS sobre esta cuestión. Por ejemplo, el relativo a la indefensión, argumento de cariz preferentemente procesal. El Ministerio Fiscal sostiene en su escrito de alegaciones (5) que la falta de legitimación de la arrendataria en el procedimiento previsto en el artículo 131 LH no la coloca en situación de indefensión, porque, según el artículo 132.4^º (párrafo quinto) de la propia Ley, los terceros poseedores y los interesados tienen abierta la vía del juicio declarativo ordinario para defender convenientemente sus derechos, y así lo ha entendido el TC en sus Sentencias 41/1981 y 64/1985. Esta argumentación del Ministerio Fiscal aparecía ya en las Sentencias del TS de 31 de octubre de 1986 (tercer fundamento de derecho) y de 17 de noviembre de 1989 (quinto fundamento de derecho) para establecer la extinción del arrendamiento tras la ejecución hipotecaria; se decía en ellas que, contra la indefensión de la arrendataria invocada en los motivos del recurso, se alza la consideración de que ésta ha tenido oportunidad procesal de defender sus derechos en juicio declarativo con dos instancias y un recurso de casación. Mas el TC rechaza en esta ocasión la invocación del Ministerio Fiscal, porque del artículo 24 CE deriva el deber de corregir cualquier situación en que se produzca una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, teniendo en cuenta que «la indefensión de alcance constitucional es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material produciendo una lesión efectiva... un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa...» (quinto fundamento de derecho de la sentencia), y, consiguientemente, debe propiciarse una interpretación del artículo 132 LH que elimine los efectos no queridos o en flagrante contradicción con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dado que el lanzamiento acordado por el juez coloca a la arrendataria en posición gravemente disminuida para

(4) Sobre la eficacia del recurso de amparo puede consultarse: J. L. CASCAJO CASTRO Y GIMENO SENDRA, «El recurso de amparo», *Temas clave de la Constitución Española* (colección dirigida por Pedro de Vega), Madrid, 1988, pág. 79; PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, pág. 257; F. CORDÓN MORENO, *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, 1987, pág. 156; R. BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982.

(5) STC 6/1992, cit., Antecedentes, puntos 7 y 9.

una eficaz defensa de su derecho, obligándola a interponer una demanda de juicio declarativo para reponerla en la posesión, de la que ha sido unilateralmente privada (sexto fundamento de derecho de la sentencia).

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional invocada —Sentencias TC 41/1981, 64/1985 y otras mencionadas por el TC para apoyar que la arrendataria no queda indefensa— versaba sobre supuestos fácticos no relacionados, como en este caso, con terceros poseedores por título arrendaticio (tercer fundamento de derecho de la sentencia).

Otros importantes pronunciamientos indirectos que contiene esta sentencia son:

- En el sexto fundamento de derecho se dice que al adjudicatario del piso hipotecado no se le perjudica por mantener al arrendatario en la posesión del mismo, «pues justamente se le da lo que el ordenamiento jurídico permite, es decir, el dominio de la finca». Este es un argumento de peso para sostener la subsistencia de los arrendamientos tras la adjudicación hipotecaria, posiblemente inspirado en la STS de 23 de febrero de 1991, en donde se afirma (quinto fundamento de derecho) que el dominio del adjudicatario no se ve afectado por la existencia de un derecho personal arrendaticio; opinión contraria a la sustentada por el mismo ponente —Jaime Santos Briz— en la STS de 31 de octubre de 1986, donde se sostiene que la protección al poseedor-arrendatario *ex* artículo 446 CC cede ante la deparada al verdadero propietario (el adjudicatario del inmueble (6)).
- El TC invita al legislador a modificar la LH para introducir «una nueva previsión en el proceso del artículo 131 de la LH que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada» (séptimo fundamento de derecho *in fine*). Alude así a un aspecto de política legislativa en que aparecen enfrentados dos principios —la protección del crédito territorial, pilar básico de la legislación hipotecaria, y la estabilidad de los arrendamientos, preocupación de la legislación especial arrendaticia— inconciliables desde la perspectiva del Derecho positivo.

La sentencia concluye con un fallo en que, estimando el recurso interpuesto por la arrendataria del inmueble, decide anular la providencia del Juzgado de Orihuela, de 28 de junio de 1988, reconocer a la recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva y restablecerla en su derecho, ordenando al juez ejecutor se abstenga de ordenar el alzamiento.

(6) *Vid infra* 2.2 b).

2. PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL

La cuestión relativa a la posible subsistencia de los arrendamientos protegidos, concertados sobre inmueble hipotecado, tras la ejecución de la hipoteca, había sido objeto de controversia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tradicionalmente éste había venido manteniendo una postura que podríamos denominar clásica (7), favorable a la extinción de dichos contratos tras la adjudicación del inmueble, cuyas Sentencias más representativas, recientes, son las de 31 de octubre de 1986 (RA 6022), 23 de diciembre de 1988 (RA 9814) y 17 de noviembre de 1989 (RA 7890), dictadas a propósito de arrendamientos urbanos protegidos por la LAU de 1964. Mas, últimamente, se va afirmando una corriente interpretativa contraria, favorable a la subsistencia de estos contratos de arrendamiento tras la ejecución de la hipoteca, que, a pesar de las críticas doctrinales, se refleja en las SSTs de 9 de junio de 1990 (RA 4749) y 6 de mayo de 1991 (RA 3566) —dictadas a propósito de arrendamientos rústicos protegidos por la LAR de 1980, en juicio de retracto arrendaticio interpuesto frente al adjudicatario de la finca— y 23 de febrero de 1991 (RA 1591), sobre subsistencia de un arrendamiento de local de negocios protegido por la LAU de 1964 en parecidas circunstancias.

A primera vista puede parecer que la disparidad de supuestos contemplados en estas sentencias obstaculiza una valoración global del problema, pues unas de ellas se refieren a arrendamientos urbanos y otras a arrendamientos rústicos (8), en unas se reclama el derecho a la prórroga y en otras

(7) Esta corriente encontró apoyo doctrinal en diversos autores que se mostraron partidarios de la extinción de los arrendamientos en tales circunstancias. Así, p. ej: GINOT LLOVATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», *ADC*, VIII, fasc. 14, 1955, págs. 1167-1226; MORO LEDESMA, «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca», Dictamen, *ADC*, IX, fasc. 4, 1956, págs. 1325-1347; BOLAS ALFONSO, «A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca», *RDP*, 1989, págs. 122 y ss.; J. M. QUINTANA, «Inscripción del arrendamiento de bienes inmuebles. Efectos en cuanto a terceros del arrendamiento no inscrito. El derecho de retorno», en *R.C.D.I.*, julio-diciembre 1987, págs. 1677-1729, ESTRADA ALONSO, E., «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», en *R.C.D.I.*, núm. 591, 1989, págs. 411 a 433; C. CUADRADO GONZÁLEZ, «Los efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», *Rev. La Ley*, año XII, núm. 2781, 5 de julio de 1991; GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la Sentencia de 23 de febrero de 1991)», *R.C.D.I.*, núm. 607, noviembre-diciembre 1991, págs. 2225-2259.

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 y 20 de noviembre de 1987 declaran que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de los arrendamientos posteriores (tercer fundamento de derecho) Según Bolas Alfonso, las fincas ejecutadas a las que se refieren tales resoluciones no se encontraban arrendadas («A propósito del arrendamiento urbano...», loc. cit., pág. 122).

(8) En el citado trabajo de Estrada Alonso, el autor opta por analizar separadamen-

el derecho de retracto arrendaticio... Mas, con todo, y admitiendo obviamente la distinta regulación contenida en la LAU respecto de la LAR, el conflicto radica fundamentalmente en la oposición de dos principios generales encontrados, que no son otros que el de dotar de estabilidad a los contratos de arrendamiento, inspirador de la legislación arrendaticia, frente al que persigue dotar de seguridad a la hipoteca y al crédito territorial, pilar básico de la Ley Hipotecaria. Su traducción al Derecho positivo viene dada a través de la institución de la prórroga forzosa —art. 57 de la LAU, arts. 25 en relación con los 12, 13, 74 y 78 de la LAR—, así como la enumeración de causas de «terminación» del contrato —art. 114 de la LAU, cap. VIII de la LAR—, que favorecen los derechos del arrendatario; mas el adjudicatario persigue adquirir la finca libre de arrendamiento, invocando a estos efectos lo dispuesto en el artículo 131, regla 17.^a en relación con la 4.^a, de la Ley Hipotecaria, cuya *ratio* consiste en propugnar que los derechos reales, cargas y gravámenes sobre el inmueble hipotecado no deben prevalecer frente a la hipoteca que se ejecuta.

En las sentencias aludidas, el TS baraja distintos argumentos que trataremos de exponer sistemáticamente. Unos argumentos principales versan sobre la interpretación del artículo 131.17 de la LH y, correlativamente, la correspondiente a las causas de resolución de los arrendamientos protegidos. Al hilo de estos razonamientos surgen otros argumentos secundarios que se refieren a:

- a) La capacidad dispositiva del arrendador.
- b) La compatibilidad del arrendamiento con el derecho de propiedad.
- c) La oponibilidad a terceros del contrato de arrendamiento.
- d) El posible carácter fraudulento de los arrendamientos concertados sobre el inmueble hipotecado.
- e) La prevalencia de la legislación arrendaticia o de legislación hipotecaria.

2.1. Argumentos principales

a) Interpretación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria

Este precepto contiene un mandato dirigido al juez del procedimiento especial para ordenar que se *cancelen*, además de la hipoteca ejecutada, «todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aqué-

te unos y otros contratos. Igualmente, Amorós Guardiola, en «Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca (comentario a la Sentencia del TS de 4 de mayo de 1961)», *ADC* 1961, pág. 1019, nota 7.

lla, incluso las que se hubieran verificado después de la certificación prevenida en la regla cuarta», una vez verificado el remate o la adjudicación y consignado el precio, (regla 17.^a). A su vez, la regla 4.^a del propio artículo 131 ordena el juez que admita las demandas del procedimiento hipotecario, reclamar del registrador de la Propiedad una certificación que contenga, entre otros extremos, una «relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes...»

A pesar de que en estos textos no se hace expresa referencia a los contratos de arrendamiento sobre la finca en cuestión, el TS deduce de ellos la ineficacia de un derecho personal nacido con posterioridad a la hipoteca frente al adjudicatario del inmueble, utilizando una técnica de interpretación que presupone que el derecho real de hipoteca es «de mejor condición» que el derecho personal arrendaticio, sobre todo cuando éste no está inscrito (STS de 31 de octubre de 1986 —segundo fundamento de derecho—, 23 de diciembre de 1988 —tercer fundamento de derecho— y, en cierto sentido, STS de 17 de noviembre de 1989 —quinto fundamento de derecho—). Frente a esta interpretación (9), la STS de 9 de junio de 1990, en un juicio de retracto arrendaticio de finca rústica, opone que los arrendamientos no inscritos no están contemplados en el artículo 131, regla 17.^a, de la LH, «excepto cuando existe fraude o mala fe», como establecen las SSTs de 31 de octubre de 1986 y 23 de diciembre de 1988 (tercer fundamento de derecho de la STS de 9 de junio de 1990); así, el propio TS se interpreta a sí mismo para dejar sentado que solamente los arrendamientos fraudulentos están contemplados en el artículo 131.17.^a de la LH (10). En otros supuestos, el TS sostiene que en este precepto de la LH no existe referencia a derechos personales que no tienen acceso al registro (SSTs de 23 de febrero de 1991 —tercer fundamento de derecho— y 6 de mayo de 1991 —segundo fundamento de derecho—, a propósito del derecho de retracto sobre una finca rústica) (11).

(9) Vigorosamente defendida, entre otros, por GARCÍA GARCÍA, *La ejecución hipotecaria...*, cit., pág. 2231; y recientemente se adhiere a este parecer LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo y Díaz Alabart, t. XX, vol. 1.º, Madrid, 1992, págs. 170 y ss.

(10) El argumento parece muy forzado, pues ni los arrendamientos en general ni los fraudulentos se mencionan en dicho precepto.

(11) Doctrina que, a su vez, califica García García de «extraña, por no llamarla pintoresca» (*op. cit.*, pág. 2231). A nuestro juicio, el argumento resulta poco convincente porque, en primer lugar, se ha discutido acerca del posible carácter real de los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa, por lo menos en cuanto a sus efectos, pero, sobre todo, porque entre los derechos reales y los derechos personales no existe relación de jerarquía, sino diferencia de efectos.

b) Causas de resolución de los arrendamientos protegidos

En relación con la interpretación sobre el artículo 131 de la LH, se plantea el TS la cuestión relativa a la adjudicación hipotecaria como posible causa de resolución del contrato de arrendamiento. Tal cuestión, a su vez, guarda relación con cuál sea el carácter —taxativo o meramente enunciativo— del artículo 114 de la LAU y los artículos 75 a 78 de la LAR, según los casos. A este respecto, la doctrina se ha pronunciado en el sentido de admitir otras causas generales de resolución del contrato no reseñadas en la Ley (12), opinión aceptable *a priori* que, sin embargo, choca con el carácter *excepcional* atribuido a la legislación arrendaticia. A este respecto, la STS de 23 de febrero de 1991 es tajante: el artículo 57 de la LAU —afirma en el tercer fundamento de derecho— resultaría infringido si el arrendamiento (de local de negocio en este caso) se resuelve por causa no señalada en la Ley.

Desde otra perspectiva, la STS de 23 de diciembre de 1988 declara en el tercer fundamento de derecho que cuando el arrendamiento resulte gravoso para la propiedad, como lo era en este caso, queda resuelto por aplicación analógica (admitida en el artículo 8 LAU) del artículo 114.12.^a de la LAU al supuesto de ejecución hipotecaria. Esta argumentación incurre en el absurdo de aplicar analógicamente la LAU en perjuicio del arrendatario, por lo que choca con el principio inspirador de esta legislación que propugna la estabilidad de los contratos de arrendamiento. Y hace alusión al problema que supuso en su día para el legislador en esta materia regular la suerte que debían correr los arrendamientos concertados por el usufructuario al extinguirse el usufructo (13). La LAU establece en el artículo 114.12.^a que tales arrendamientos solamente se resolverán en caso de haber sido concertados en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad; y probablemente se refiere a este caso el artículo 78 de la LAR, que incluye entre las causas de resolución del arrendamiento a instancia de quien resulte propietario del inmueble «la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada» (14). En ambos textos legales, esta causa de resolución

(12) García García cita dos ejemplos de resolución no prevista en el artículo 114 de la LAU: uno, el arrendamiento concertados por los padres de un menor, sobre una finca propiedad de éste, cuando llega el menor a la mayor edad; otro, la donación de finca urbana con prohibición de arrendar por tiempo determinado, cuya infracción por parte del arrendador daría lugar a la ineficacia del contrato (*La ejecución hipotecaria*.., cit., pág. 2234)

(13) Sobre este aspecto volveremos *infra*, III.2.

(14) A este respecto García García sostiene que el artículo 78 de la LAR se refiere a casos en que se produce una ineficacia negocial en el título de adquisición del derecho sobre la finca que ostentó el arrendador, mientras que los supuestos de existencia previa de un derecho real sobre la finca, limitador de las facultades del propietario, estarían

del arrendamiento viene establecida por vía de excepción: en la LAU, de manera expresa; en la LAR, porque el principio de estabilidad del contrato se refleja en el artículo 74, que impone «al adquirente de la finca arrendada» —aunque estuviera amparado por el artículo 34 de la LH, dice este texto— la subrogación en todos los derechos y obligaciones del arrendador inicial. Si existe o no analogía entre la extinción del usufructo y la adjudicación hipotecaria es un tema que no abordaremos por el momento (15); indudablemente, ambos supuestos hacen referencia a una misma duda: si el arrendador tiene la capacidad dispositiva necesaria para concertar un arrendamiento cuya eficacia se proyecta más allá del momento en que pierda su derecho sobre la finca. Desde esta perspectiva, la STS de 31 de octubre de 1986, que declara extinguido el arrendamiento tras la ejecución hipotecaria, afirma en el segundo fundamento de derecho que la ejecución hipotecaria es una de las causas de limitación de las facultades del arrendamiento si llega a resolverse el derecho del arrendador; mientras que en la sentencia de 23 de febrero de 1991 y con el mismo ponente (Santos Briz) se sostiene que el artículo 114 de la LAU no incluye la ejecución hipotecaria entre las causas de resolución o extinción del arriendo (tercer fundamento de derecho), por lo que falla a favor de la subsistencia del contrato. La STS de 6 de mayo de 1991 (segundo fundamento de derecho) se pronuncia en este último sentido para defender la eficacia de un arrendamiento rústico, y la de 9 de junio de 1990, en un supuesto en que el arrendatario de una finca rústica ejercita la acción de retracto frente al adjudicatario del inmueble, afirma que el artículo 1.571 del CC es inaplicable a los arrendamientos protegidos, añadiendo que el artículo 57 de la LAU exige la prueba de que el arrendamiento se concertó en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad para permitir excepcionalmente la resolución del contrato (16).

2.2. Argumentos secundarios

a) Capacidad dispositiva del arrendador

Las sentencias aludidas hacen referencias que recuerdan la problemática planteada en torno a la capacidad del arrendador cuando su derecho sobre

contemplados en otro precepto (el artículo 13 de la LAR); en *La ejecución hipotecaria.*, cit., pág. 2247. El autor apoya su opinión en la de C. CUADRADO GONZÁLEZ. *Los efectos de la hipoteca.*, cit.

(15) Consideraremos esta posibilidad *infra*, III.2 l.

(16) Esta declaración resulta sorprendente, en primer lugar, porque se cita un artículo de la LAU para resolver un caso en que era de aplicación la LAR, en la que para nada se menciona esta excepcional causa de resolución (*vid.* art. 78 LAR), en

la finca —propiedad, usufructo— se encuentra en situación claudicante en el momento de arrendar. Pero mientras que el supuesto de finca arrendada por quien ostenta un derecho temporal de usufructo sobre ella fue abordado —con mayor o menor fortuna— por el legislador (arts. 480 CC, 114.12.^a y 57 de la LAU y, acaso, art. 78 o 13 de la LAR), la posición jurídica del arrendador que pierde su derecho de propiedad por consecuencia de la ejecución hipotecaria es silenciada por el Derecho positivo (17), a pesar de los intentos de la doctrina por interpretar que el artículo 131 de la LH contempla esta hipótesis. A este respecto, un sector doctrinal ha sostenido que el propietario de una finca hipotecada tiene limitadas sus facultades dispositivas —y el arrendamiento de larga duración podría ser una manifestación de ellas— durante la llamada «fase de seguridad de la hipoteca» (18). Sin embargo, y aun admitiendo la restricción de la facultad de arrendar en este caso, lo cierto es que las consecuencias previstas por el legislador en caso de contravención son las establecidas en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario reformado en 1959, en desarrollo del artículo 117 de la LH, y entre las medidas adoptadas no se incluye la más radical, que sería declarar extinguido el contrato de arrendamiento.

La postura jurisprudencial al respecto ha quedado en parte expuesta en el apartado anterior (causas de resolución de los arrendamientos protegidos); en una valoración conjunta de esta doctrina, sólo cabe deducir la vacilación del Tribunal Supremo, que se contradice a sí mismo incluso en sentencias dictadas por un mismo ponente. A ello puede añadirse la afirmación contenida en la STS de 9 de junio de 1990, segundo fundamento de derecho, en un supuesto de retracto arrendaticio de finca rústica, según la cual el artículo 78 de la LAR no es aplicable al nuevo propietario, adjudicatario de la finca, que no ejercitó su facultad de resolver, mientras que, por el contrario, los arrendatarios ejercitaron el derecho de retracto en tiempo y forma; con lo que, indirectamente, parece admitir la ejecución hipotecaria como causa de resolución del arrendamiento ex artículo 78 de la LAR, si bien en este caso los arrendatarios se anticiparon al adjudicatario en reclamar sus respectivos derechos.

segundo lugar, porque el artículo de la LAU en que se establece la excepción es el 114.12 y no el artículo 57, aunque es cierto que éste contiene una remisión legal.

(17) Con todo, el artículo 219 del RH admite el evento de que sobre una finca hipotecada se concierte un contrato de arrendamiento que disminuya el valor de la finca. Para Álvarez Caperochipi, este precepto constituye un buen argumento para mantener que el arrendamiento es oponible al rematante de una finca subastada judicialmente. *Curso de Derechos Reales*, t. II, Madrid, 1987, pág. 177.

(18) Representativa de esta tendencia es la postura de DORAL GARCÍA, «La conservación de la cosa hipotecada», *RDP*, 1962, y *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967; y le cita CHICO ORTIZ, *Estudios de Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, 1989, pág. 1501, a propósito de la acción de devastación.

b) Compatibilidad del arrendamiento con el derecho de propiedad

En la STS de 31 de octubre de 1986, el recurrente, arrendatario de un local de negocios objeto de ejecución hipotecaria, invocaba, para defender la subsistencia del contrato de arrendamiento frente al nuevo propietario y adjudicatario del inmueble, violación del artículo 446 del CC (tercer motivo del recurso); el Tribunal Supremo desestimó su recurso, afirmando que la protección a «todo poseedor» que depara el artículo 446 del CC está subordinada a los preceptos que regulan el derecho del verdadero propietario, en este caso el adjudicatario del inmueble (tercer fundamento de derecho). Frente a esta opinión, la STS de 9 de junio de 1990, en un supuesto similar que versaba sobre juicio de retracto arrendaticio en finca rústica, declara en el tercer fundamento de derecho que los adquirentes en pública subasta a quienes se opone el derecho de retracto arrendaticio no sufren mayor perjuicio que el nacido de la Ley al reconocer el derecho de retracto, y cita en apoyo de esta tesis la anterior STS de 19 de febrero de 1968. A igual conclusión conduce en un supuesto semejante (retracto en arrendamiento rústico) la STS de 6 de mayo de 1991, en donde se afirma que el arrendamiento es compatible con el dominio porque el arrendatario es poseedor civil (segundo fundamento de derecho). Y la STS de 23 de febrero de 1991 declara que el dominio de la adjudicataria no se ve afectado por la existencia de un derecho personal arrendaticio, pues el propietario conserva el *ius possidendi*, como se deduce del artículo 2.057 de la LEC (quinto fundamento de derecho).

El argumento de que la posesión del arrendatario es compatible con el derecho de propiedad del adjudicatario es invocado —impropiamente, dado el carácter del recurso de amparo— en la STC de 16 de enero de 1992, a la que ya hemos hecho referencia. Se resume en la consideración de que, al fin y al cabo, tras la ejecución hipotecaria se otorga al adjudicatario lo que la Ley le concede, que es únicamente el dominio, el derecho de propiedad. Ciertamente es que, desde un punto de vista de estricta justicia, este derecho de propiedad desnudo de las facultades de goce, de uso, de disfrute, sobre el inmueble puede ser poco atractivo para el adjudicatario, muy especialmente cuando éste concurrió a la subasta y ofreció un precio en la ignorancia de que iba a verse privado de las facultades más importantes, prácticamente, del dominio, bien por ignorar la existencia del arrendamiento de larga duración, ya que por considerar que tal inconveniente quedaría soslayado por la interpretación tradicional que ha venido sentándose en torno al artículo 131 de la LH. Como dice García García en su crítica a la STS de 23 de febrero de 1991 (19), aplicarle al adjudicatario de la subasta la distinción entre posesión mediata e inmediata, aparte de no ser conforme

(19) *La ejecución hipotecaria*..., cit., pág. 2242.

con el precepto invocado (el artículo 2.057 de la LEC) —que, según este autor, favorece los derechos de terceros «de mejor derecho», es decir, a los nacidos con anterioridad a la constitución de la hipoteca—, no deja de ser una «broma de mal gusto» para el adjudicatario...

Sin embargo éste es, como ya advertíamos, uno de los argumentos de mayor peso en favor de la subsistencia de los arrendamientos frente al adjudicatario del inmueble. En primer lugar, porque es técnicamente correcto, ya que existen numerosísimos supuestos en que la propiedad de una finca no conlleva la posesión inmediata de la misma; así en el caso de la finca dada en usufructo, finca arrendada, derechos de uso y habitación, aparcería rústica, por ejemplo; son casos en que el nudo propietario no puede reclamar la posesión inmediata. En segundo lugar, porque, desde un punto de vista puramente patrimonial, y cuando se trata del ejercicio del derecho de retracto por parte del arrendatario, el adjudicatario recibe el precio pagado por la finca en la subasta, que tendrá que desembolsar el retrayente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 y concordantes de la LAR, por lo que el valor económico de su activo patrimonial no se ve disminuido. Cabe añadir que el arrendamiento puede resultar rentable, en términos puramente económicos, singularmente cuando la renta pactada sea conforme con las previsiones del artículo 219 del RH.

c) Oponibilidad a terceros del contrato de arrendamiento

La legislación arrendaticia se caracteriza, entre otros extremos, por el fortalecimiento de la eficacia y oponibilidad de los contratos de arrendamiento frente a futuros adquirentes de las fincas, apartándose de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.257, párrafo primero, del CC. Los preceptos que de manera más patente reflejan esta particularidad son los artículos 57 de la LAU y 74 de la LAR, fruto de una considerable evolución tendente a perfeccionar desde el punto de vista de la técnica legislativa, este excepcional principio. Concorre a la misma finalidad la admisión de la inscribibilidad de estos contratos en el Registro de la Propiedad, que a su vez cobra expresión legal en el precepto del artículo 2, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria (20).

Estas normas excepcionales y sus concordantes han sido invocadas en los litigios para fundamentar la subsistencia de los arrendamientos protegidos, no obstante el cambio de titularidad dominical subsiguiente a la adjudicación del inmueble al rematante de la subasta tras el procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en el artículo 131 de la LH.

(20) Sobre el juego y alcance de estos preceptos volveremos a tratar más adelante, *sub* II 3 y *sub* III 1.2.a)

En la STS de 23 de diciembre de 1988 se declaró la resolución del contrato de arrendamiento de un local de negocios concertado después de haber sido iniciado el procedimiento hipotecario, a instancia de la entidad adjudicataria del inmueble, en recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que resolvió a favor de la subsistencia del contrato. Se daba la circunstancia de que la renta pactada inicialmente, capitalizadas al 6 por 100, no llegaba a cubrir ni siquiera la mitad de la cuantía del crédito garantizado por la hipoteca. En apoyo del fallo se afirma en el tercer fundamento de derecho que el artículo 225 de la LH sólo hace eficaces *erga omnes* los derechos inscritos (21).

Frente a esta interpretación, las sentencias que se pronuncian a la subsistencia del arrendamiento argumentan:

- Que la ejecución hipotecaria no constituye excepción legal a la prórroga forzosa establecida en el artículo 57 de la LAU (STS de 6 de mayo de 1991, segundo fundamento de derecho) (el argumento se fórmula *obiter dicta*, ya que en este caso se resolvería acerca de un juicio de retracto sobre una finca rústica).
- Que, tratándose de un arrendamiento rústico, la ejecución hipotecaria del inmueble no obstaculiza el ejercicio del derecho de retracto frente al adjudicatario de la finca, porque las excepciones a la prórroga forzosa establecida en el artículo 25 de la LAR están previstas en los artículos 12 y 13 de la propia Ley, y no son aplicables al haber sido concertado el arrendamiento por quien era propietario de la finca (STS de 9 de junio de 1990, segundo fundamento de derecho).
- Que el adjudicatario es causahabiente del anterior propietario que concertó el arriendo y queda subrogado en la posición jurídica del arrendador, por lo que no es «tercero» a los efectos del artículo 1.257 del CC (STS de 6 de mayo de 1991, cuarto fundamento de derecho, en juicio de retracto en arrendamiento rústico).

En definitiva, estos pronunciamientos ponen énfasis en la prorrogabilidad forzosa del contrato, cuyas excepciones legales están previstas de

(21) El argumento resulta poco convincente a nuestro juicio, pues, de una parte, si el arrendamiento de autos hubiera estado inscrito, no hubiera resultado eficaz en este caso frente al adjudicatario recurrente, porque el juez, de oficio, hubiera decretado la cancelación (art. 131, reglas 17.^a y 4.^a, de la LH). Y, por otra parte, el artículo 57 de la LAU dota al arrendamiento protegido, independientemente de que esté o no inscrito, de una oponibilidad a terceros superior incluso a la que depara el Registro. Como dice Amorós Guardiola, en expresión más gráfica que exacta, «el arrendamiento urbano de la Ley especial es oponible a terceros aun sin inscripción», *Arrendamiento*, loc. cit., pág. 1022.

manera taxativa, para subrayar la subsistencia del contrato a pesar del cambio de titularidad dominical. Mas tampoco resultan convincentes para justificar la eficacia del contrato frente al adjudicatario, porque lo que propiamente afirman dos de ellos (SSTS de 6 de mayo de 1991, en el segundo fundamento de derecho, y 9 de junio de 1990) es que la adjudicación hipotecaria no constituye excepción a la prórroga forzosa, pero la cuestión de fondo —¿y frente a *quién* es oponible esta prórroga forzosa?— queda soslayada. El tercer argumento citado (el de la STS de 6 de mayo de 1991, cuarto fundamento de derecho) sí que, en cambio, aborda frontalmente el problema, al enfocarlo desde una nueva perspectiva: el de la posible «subrogación» en el contrato por parte del adjudicatario.

A este respecto, la expresión utilizada por la LAR difiere de su correlativa en la LAU. El artículo 74 de la LAR es más contundente cuando impone «la subrogación» de «el adquirente de la finca» en los «derechos y obligaciones del arrendador»; a partir de este tenor literal sería difícil llegar a demostrar que el adjudicatario no se encuentra incurso en esta hipótesis; lo que dice la LAR es que cualquier adquirente queda subrogado forzosamente en el contrato entero, si bien no todos los adquirentes se encontrarán incluidos, pues el artículo 78 de la propia LAR hace referencia a aquellos adquirentes que traigan causa de un arrendador cuyo derecho sobre la finca se encontrara en «situación claudicante», en cuyo caso faculta «al que resulte propietario» para resolver. Restaría así por dilucidar si el hecho de encontrarse la finca hipotecada al concertarse el arrendamiento, unido a la posterior ejecución de la hipoteca y consiguiente pérdida de la propiedad por parte del arrendador, constituye una de las causas de «resolución del derecho del arrendador» que facultan al adquirente para resolver el contrato. El artículo 57 de la LAU y su concordante, el artículo 114.12.^a, presentan una dicción más restringida: el artículo 57 menciona la figura de la «sucesión» para hacer oponible a ciertos terceros —los que «sucedan» al arrendador— únicamente una de las características especiales del contrato: la prórroga forzosa; las «situaciones claudicantes» contempladas en la LAR bajo la expresión «resolución del derecho de arrendador» aparecen contempladas en el artículo 114.12.^a, que se refiere exclusivamente a la extinción del derecho de usufructo del inicial arrendador. Se ha querido hacer uso de una interpretación analógica de este texto para extenderlo al supuesto de ejecución hipotecaria, como ya hemos expuesto. Mas, en rigor, ni el artículo 57 de la LAU impone de manera expresa la prórroga forzosa al adjudicatario, ni el artículo 114.12.^a contempla el supuesto de la ejecución hipotecaria como «situación claudicante», ni la interpretación analógica es correcta pues el artículo 8 de la LAU no puede ser utilizado para justificar una interpretación que desfavorece los intereses del arrendatario, ya que ello sería contrario a la *ratio* de la LAU.

d) El posible carácter fraudulento de los arrendamientos concertados sobre inmueble hipotecado

La STS de 23 de diciembre de 1988 (segundo y tercer fundamentos de derecho) declara ineficaz el contrato de arrendamiento de local de negocios concertado «con ánimo defraudatorio», y deduce este carácter fraudulento de dos circunstancias concurrentes en el caso, concretamente; el haber sido concertado con posterioridad al inicio del procedimiento hipotecario (dado que el Registrador de la Propiedad había ya expedido la certificación de cargas prevenida en el artículo 131, regla 4.^a, de la LH, a petición del juez encargado del procedimiento) y, además, el haberse pactado una renta insuficiente respecto del criterio expresado en el artículo 219 del RH (capitalizada al 6 por 100 no llegaba a cubrir la responsabilidad asegurada). Abunda en esta argumentación la STS de 17 de noviembre de 1989, al fallar que el contrato de arrendamiento era inexistente dado que fue concertado verbalmente, una vez iniciado el procedimiento hipotecario, a favor de familiares próximos del arrendador (su hija y yerno), y más aún habiendo sido éste declarado en concurso de acreedores y vulnerando la cláusula de no arrendar que figuraba en la escritura de préstamo hipotecario.

Este argumento resulta especialmente importante para el tema que nos ocupa. En resumen, sólo reputa inexistentes los arrendamientos celebrados con mala fe, con ánimo defraudatorio, lo que resulta coherente con la teoría general del contrato. Falta en ellos un requisito ineludible: el consentimiento de las partes respecto del objeto del contrato, por existir discordancia entre lo declarado y lo realmente querido por las partes. Se trata de un supuesto de simulación que conlleva la inexistencia de la declaración de voluntad necesaria para la perfección y eficacia del negocio.

En una consideración global de esta jurisprudencia, resulta que realmente el TS distingue entre arrendamientos válidamente celebrados, que declara en principio subsistentes, y arrendamientos fraudulentos, que no son eficaces frente al adjudicatario porque no existen para el Derecho. Por esto —por las irregularidades existentes en el momento de su perfección— y no por estar o no contemplados en el artículo 131 de la LH (como interpreta la STS de 9 de junio de 1990 en el tercer fundamento de derecho, antes mencionada) es por lo que se hacen inoponibles al adjudicatario del inmueble. Resume esta precisión la STS de 23 de febrero de 1991, citada, en el sexto fundamento de derecho, al declarar que deben subsistir los arrendamientos concertados mediando buena fe entre arrendador y arrendatario, mientras no se acredite confabulación o fraude contra el acreedor hipotecario ni contra el adjudicatario, como ocurrió en las SSTs de 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989. Y en la Sentencia de la Audiencia

Provincial de Segovia de 14 de octubre de 1991 (22), a propósito del ejercicio de la acción de retracto *ex* artículo 48 de la LAU, se valorarán conjuntamente las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado el problema de la subsistencia de los arrendamientos tras la ejecución hipotecaria, para llegar a la conclusión de que, según la jurisprudencia, la extinción de los arrendamientos no opera *ope legis*, sino únicamente en aquellos arrendamientos concertados fraudulentamente, o bien cuando resultan notoriamente gravosos para el propietario (en este último caso, por aplicación analógica del artículo 114.12.^a de la LAU).

Por consiguiente, el momento de conclusión del contrato cuando es posterior al comienzo del procedimiento hipotecario, la renta insuficiente o el hecho de haber sido declarado el arrendador en concurso de acreedores, son circunstancias tenidas en cuenta por el Tribunal Supremo para declarar el carácter fraudulento del contrato de arrendamiento, y por ello la ineficacia del contrato, también frente al adjudicatario. El punto relativo a la renta, además, puede influir a la hora de calificar el contrato como «gravamen» (23), con lo cual podría subsumirse tal contrato en lo establecido por el artículo 131, reglas 17.^a y 4.^a, de la LH. En relación a la cuantía de la renta, la STS de 23 de febrero de 1991, que declara subsistente un arrendamiento de local de negocios, consideró que la cláusula de «no arrendar por renta anual que capitalizada al *porcentaje legal* anual no cubriese la responsabilidad total asegurada» no resultó infringida al arrendar, aplicando el criterio el artículo 219 del RH para concretar el significado de la expresión «porcentaje legal» inserta en el pacto (24).

e) Prevalencia de la legislación arrendaticia o de la legislación hipotecaria

El problema examinado ha sido abordado también desde la perspectiva de la oposición que ocupan las legislaciones encontradas en el conjunto del ordenamiento positivo. Tanto el carácter de la legislación hipotecaria como el de legislación arrendaticia había sido objeto de discusión doctrinal, y la postura mayoritaria había sostenido que la legislación arrendaticia está integrada por normas de «Derecho excepcional» (25), mientras que la LH, en

(22) Rev. *La Ley*, año XIII, núm. 2.938, Madrid, jueves 13 de febrero de 1992 (ponente: Conde-Pumpido Tourón) *Vid.* especialmente el cuarto fundamento de derecho

(23) Acerca de este aspecto *vid. infra*, punto II.

(24) García García opina que el porcentaje del 6 por 100 establecido en el artículo 219 del RH no es «legal», sino el «reglamentario», y que podría interpretarse que la cláusula en cuestión hacía alusión al «interés legal del dinero»; por ello —dice— lo correcto hubiera sido declarar la ineficacia de la cláusula por indeterminación del pacto (*op. cit.*, pág. 2241).

(25) Esta opinión puede ser considerada como «lugar común» en la doctrina

sus aspectos sustantivos, ocupa igual rango que el del CC, por lo que sus preceptos son de «Derecho común» o, en expresión de ciertas sentencias, de «Derecho privado tradicional» (26). Era éste un ingenioso planteamiento para llegar a demostrar la prevalencia del Derecho excepcional (la legislación arrendaticia) sobre el Derecho común (la legislación hipotecaria) y deducir la subsistencia de los arrendamientos protegidos tras la ejecución hipotecaria.

Esta argumentación subyace en el segundo fundamento de derecho de la STS de 9 de junio de 1990. Tras destacar que la LAR tiene un sentido «socializante» y «protector de quien trabaja la tierra», sostiene que la legislación arrendaticia configura un «Derecho excepcional» cuyos principios «no pueden quedar desvirtuados por los del Derecho privado tradicional» (en alusión al artículo 131 de la LH), porque ello «conduciría a un resultado diametralmente opuesto al querido por la ley especial», por todo lo cual falla a favor de la subsistencia del arrendamiento rústico (27).

La principal objeción que suscita tal razonamiento radica, a nuestro juicio, en atribuir al artículo 131 de la LH un carácter de Derecho sustantivo que precisamente este precepto no tiene, aun admitiendo la teoría acerca de la igualdad de rango entre el CC y los *preceptos sustantivos* la LH. El artículo 131 de la LH es una norma de carácter adjetivo (28) y marcadamente procedimental; tiene por destinatarios al Registrador de la Propiedad y al juez ejecutor, a quienes ordena cancelar ciertas inscripciones y anotaciones, por lo que en modo alguno puede ser considerado como precepto de Derecho privado y sustantivo. No es ésta, por tanto, la razón por la cual debería «ceder» ante los principios que provocaron la necesidad de dictar las excepcionales normas de la LAR.

En esta perspectiva «normativista», la STS de 23 de febrero de 1991 descende al terreno puramente cronológico —al principio de que las leyes se derogan por otras posteriores— para declarar la subsistencia de un arrendamiento urbano teniendo en cuenta que el artículo 57 de la LAU es de

(26) *Vid* sobre esta postura intermedia, predominante, y otras que propugnan la desigualdad de rango entre el CC y la LH. CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1989, págs. 90 y 91.

(27) El razonamiento de esta sentencia contradice abiertamente las declaraciones de la clásica STS de 5 de febrero de 1945, también sobre arrendamientos rústicos, en donde se decía que la hipoteca «pulveriza», cuando su efectividad llega, cuantas limitaciones a la facultad de disfrute se establezcan después de su constitución, y que, de no entenderse así, el efecto hipotecario «sería vacuo», pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute por tantos años que, si se abonaran por anticipado, reducirían poco menos que a la nada el valor de la finca. *Vid.* el análisis de este enfrentamiento jurisprudencial en GARCÍA GARCÍA, *La ejecución hipotecaria...*, cit., págs. 2242 y ss.

(28) Así lo reconocen, entre otros muchos, el propio GARCÍA GARCÍA, en su *op. cit.*, págs. 2233 *í. f.* y 2237.

aplicación preferente a la LH «por ser la LAU de fecha posterior» (tercer fundamento de derecho). Este razonamiento es sencillamente falso, pues lo cierto es que el precepto cuestionado —el artículo 131, regla 17.^a, de la LH— procede de la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1986, de 14 de mayo, de las reglas 3.^a, 7.^a, 8.^a, 12.^a, 13.^a, 14.^a, 15.^a y 17.^a del artículo 131 LH, si bien, aunque es cronológicamente posterior al artículo 57 de la LAU de 1964, esta reforma tuvo por objeto adaptar el precepto a una reciente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (29). Por lo demás, en la fecha en que se dicta esta sentencia, el artículo 57 de la LAU de 1964 había sido suprimido —aunque, naturalmente, sin efectos retroactivos— por el artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica.

Con todo, el planteamiento normativista puede ser válido desde el terreno de los principios generales propugnados en los respectivos bloques normativos. El deseo de fortalecer la estabilidad de los arrendamientos rústicos y urbanos ante los cambios de titularidad real sobre la finca movió al legislador a establecer las excepcionales normas sobre prorrogabilidad de los contratos, mientras que la protección del crédito territorial inspira al legislador las normas que potencian la seguridad de la hipoteca. En realidad, los dos principios tienen algo de especial, o de excepcional, en el conjunto de los propios del Derecho civil, y en el conflicto examinado chocan con cierta violencia. Cuál de ellos deba prevalecer es una cuestión de política legislativa expresamente silenciada por el legislador, que tuvo oportunidad, en 1959, de incluir la extinción de los arrendamientos entre los efectos de la acción de devastación, con ocasión de la reforma del artículo 219 del RH, pero no lo hizo; en 1985 suprimió el carácter forzoso de la prórroga de los arrendamientos, aflojando en cierta medida la tensión entre ambas legislaciones; en 1986 pudo incluir en las reglas 17.^a y 4.^a del artículo 131 de la LH los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa, pero en lugar de ello mantuvo las imprecisas expresiones de «gravámenes» y «cargas» y la expresa referencia a los «anotados» o «inscritos» (30). Ahora, en 1992, el Tribunal Constitucional invita expresamente

(29) Según CHICO ORTIZ, *Estudios de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1989, pág. 86. Acerca de esta reforma vid. LÓPEZ LIZ, *El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Desarrollo práctico del procedimiento tras su reforma por Ley de 14 de mayo de 1986*, 1987.

(30) Una cuarta oportunidad para precisar este extremo es la reforma del Reglamento Hipotecario en lo relativo al procedimiento notarial de ejecución de hipotecas, operada por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo (BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992). El artículo único del mismo añade al artículo 236 quince artículos que se enumeran con letras. Pero se mantienen las expresiones de «gravámenes» y «cargas» en los preceptos correlativos a los que versan sobre procedimiento judicial (vid. texto introducido de los artículos 236.b).1.3.^a, 236.d).1, 236.f).4 y 236.i).3 por el Real Decreto).

al legislador a regular esta cuestión de Derecho sustantivo; se avecina, seguramente, una reforma que fije definitivamente la prevalencia de uno u otro principio.

3. REPLANTEAMIENTO

La cuestión debatida en las sentencias que hemos examinado plantea la dificultad de obligar al análisis de preceptos insertos en puntos muy distantes entre sí. Parece evidente que el ordenamiento privado no contiene una solución expresa al respecto, por lo que es preciso proceder a una interpretación de normas próximas al problema para intentar subsumirlo en sus respectivas hipótesis de hecho. Esta labor de subsunción resulta en ocasiones muy forzada y provoca de hecho radicales discrepancias entre los intérpretes. Uno de los obstáculos más importantes se encuentra en el carácter especial o excepcional de las normas implicadas, carácter que impide utilizar en la interpretación argumentos basados en el Derecho civil común o general. Ocurre así, por ejemplo, cuando se quiere afirmar que un arrendamiento no inscrito se extingue por consecuencia de la adjudicación hipotecaria, o que se extingue por la analogía que guarda el supuesto con el de extinción de usufructo concertado en condiciones gravosas para la propiedad, o cuando se sostiene que el derecho arrendaticio, derecho personal, es de «peor condición» que el derecho de hipoteca, de naturaleza real.

En el problema examinado se relacionan aspectos heterogéneos. Por una parte, la legislación registral, que es aplicable al régimen de la hipoteca y sólo parcialmente a los contratos de arrendamiento. Por otra, la legislación arrendaticia, cuya óptica esencial debiera ser sólo el arrendamiento como contrato, pero que en algunos puntos sobrepasa este ámbito propio para adentrarse en el terreno de los derechos reales. Ninguno de estos bloques normativos presenta un punto de conexión que claramente permita resolver nuestra cuestión.

Parece conveniente, por ello, analizar por separado dos aspectos que presenta el contrato de arrendamiento. Primeramente consideraremos el arrendamiento como gravamen, puesto que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin mencionar a los arrendamientos en concreto, hace referencia a los gravámenes inscritos. La aplicabilidad del precepto a estos contratos requiere previamente averiguar si constituyen o no gravámenes, cuestión que guarda relación con la controversia doctrinal en torno a la naturaleza del contrato de arrendamiento, así como a la de los derechos que confiere al arrendatario. Y requiere también deducir, por el contrario, el régimen que siguen los gravámenes no inscritos desde la perspectiva de la legislación hipotecaria. Y en segundo lugar examinemos las particularidades que pre-

senta el arrendamiento como contrato, puesto que la legislación arrendaticia, al instaurar el sistema de prórrogas forzosas especialmente, dota al contrato de una eficacia anómala que sitúa a la figura contemplada en un punto intermedio entre los derechos personales y los reales.

No aspiramos en este trabajo a propugnar una solución unívoca a tan compleja cuestión. Solamente ofrecemos una exposición armónica del problema, que trata de prescindir de adhesiones incondicionales al Derecho registral o al Derecho de arrendamientos —error en el que con frecuencia incurrían los intérpretes— en el deseo de centrar el problema en su justo punto, que es el Derecho civil considerado en su conjunto.

II. EL ARRENDAMIENTO COMO GRAVAMEN

1. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y ACTOS DE DISPOSICIÓN

Los negocios jurídicos patrimoniales pueden ser de tres tipos: de administración, de disposición y de atribución.

Son actos o negocios de administración aquellos que tienen por finalidad la conservación y defensa de los bienes que forman parte de un patrimonio, así como los dirigidos a obtener de los bienes aquellos rendimientos que normalmente deben proporcionar de acuerdo con su destino económico. Por ejemplo, el arrendamiento de una cosa.

Son actos o negocios de disposición aquellos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido. Por ejemplo, la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa.

Son actos o negocios de atribución los que producen la transferencia de un derecho subjetivo de un patrimonio. Por ejemplo, la concesión del derecho de usufructo (31).

El concepto de gravamen aparece íntimamente relacionado con el de negocio dispositivo: la constitución de un gravamen presupone una actividad dispositiva que conlleva un empobrecimiento, y en eso se opone al acto de mera administración (32).

Constituyen gravámenes todos los actos y negocios jurídicos que provocan una disminución del valor del patrimonio sobre el que recaen; por el contrario, los actos que se limitan a conservar un patrimonio son actos de

(31) Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, reimpresión de la segunda edición de 1983, Madrid. 1986, págs. 74 a 76.

(32) GITRAMA, *La administración de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 17.

administración (33); y los que ocasionan el ingreso de un derecho subjetivo en el patrimonio son actos de atribución patrimonial.

La trascendencia práctica de esta distinción dogmática viene dada por la necesidad de determinar cuál sea la esfera de actuación de los representantes sobre patrimonios ajenos confiados —por la ley o por la autonomía de la voluntad— a su administración o gestión. Desde esta perspectiva los autores se han planteado la cuestión de si el arrendamiento constituye o no gravamen.

El contrato de arrendamiento ha sido, tradicionalmente, uno de los negocios más conflictivos a la hora de establecer la capacidad necesaria para concertarlo. Claro es que la tiene el propietario o el usufructuario, pero en el caso de encontrarse la cosa bajo administración se ha discutido si el representante puede válidamente arrendar los bienes del representado —incluso si debe hacerlo para explotar adecuadamente el patrimonio— o si, por el contrario, precisa de un poder especial o acaso de una autorización judicial, según los casos.

Esta cuestión guarda relación con la naturaleza real o personal del derecho arrendaticio. A este respecto, en el Derecho romano, el arrendamiento de cosas en general (*locatio conductio rei*) confería al *conductor* —*inquilinus* o *colonus*, según versara sobre fundos urbanos o rústicos, respectivamente— únicamente un derecho personal cuyo contenido se reducía a poder exigir al *locator* una indemnización cuando éste le impedía el uso de la cosa o bien cuando un nuevo propietario le privaba del mismo en virtud de su poder dominical. Mas el *conductor* carecía de facultad para defender la cosa frente a terceros, pues en el caso de venta de la cosa arrendada tal posibilidad exigía pacto, entre comprador y vendedor, de respetar al arrendatario. Si el *locator* ostentaba la condición de usufructuario de la cosa, la *locatio conductio* se extinguía al concluir el usufructo, por lo que el arrendamiento no era oponible al nudo propietario.

Con todo, existieron en el Derecho romano casos especiales en que la protección del derecho del arrendatario era mayor. La especialidad de tales casos vino dada por el largo plazo de duración del contrato. Aparece así la figura de la *conductio agrivectigalis*, o arrendamiento rústico del *ager* perteneciente a las ciudades, a largo plazo y mediante una renta pública fija (*vectigal*). A pesar de las mayores facultades otorgadas a este arrendatario público, en orden a la disposición de su derecho, el posible carácter real de la correspondiente acción aparece discutido. En la época posclásica se admite la figura de una *conductio perpetua*, que puede recaer incluso sobre propiedad privada, generadora de un derecho denominado primeramente *ius*

(33) BONFANTE, «Il concetto di atto di amministrazione», en *Scritti giuridici vari*, t. III, Turín, 1926, pág. 338

perpetuum y luego *ius emphyteuticum*, el cual acaba por configurarse como verdadero derecho real (*vid.* CJ 4, 66).

Vemos así cómo la duración muy larga, o perpetua, del primitivo contrato de *locatio conductio* transforma el derecho del arrendatario en un derecho sobre la cosa que participa de algunas características propias de los derechos reales, aproximándolo a la noción de gravamen (34).

El Código Civil contempla dos supuestos en los que el derecho de arrendatario entra en conflicto con terceros propietarios de la cosa arrendada: uno es el del artículo 480, que autoriza al usufructuario para arrendar la cosa usufructuada; otro, el del artículo 1.571, relativo a los derechos del arrendatario en caso de venta de la cosa a un comprador. Ambos casos los resuelve el Código conforme al concepto clásico sobre la *locatio conductio* en el Derecho romano. El arrendatario no podrá oponer su derecho al uso y goce de la cosa frente al nudo propietario una vez expirado el plazo del derecho de usufructo, ni tampoco frente al comprador, nuevo propietario de la finca, en este caso salvo pacto en contrario en el que el arrendatario no es parte. De estas normas se deduce que, por propia naturaleza, el arrendamiento no es oponible a terceros; el derecho de arrendatario carece, en principio, de una característica propia de los derechos reales: la eficacia frente a terceros.

Sin embargo, en los referidos supuestos, esta regla general presenta excepciones, hecho en sí que apunta hacia una diversificación de situaciones según el tipo de arrendamiento concertado y, a su vez, a la consideración de que la inoponibilidad a terceros no es esencial en el concepto de arrendamiento: el arrendamiento concertado por usufructuario será oponible frente al nudo propietario una vez finalizado el usufructo, si es rústico, y mientras dure el año agrícola (35), y el arrendamiento de finca que pasa a ser propiedad del comprador subsistirá «salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

El Código Civil introduce así, por la vía del artículo 1.571, el problema de la eficacia de los arrendamientos inscritos frente a los terceros adquirentes de la propiedad de la finca. En relación a este precepto se ha llegado a opinar que el arrendamiento no inscrito confiere al arrendatario un derecho personal y el inscrito, un derecho real (36); mas esta tesis ha sido comúnmente superada bajo el argumento de que la inscripción en sí no altera la naturaleza de los derechos (37), y por ello la doctrina mayoritaria

(34) D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, págs. 469 a 473.

(35) La excepción no por nimia deja de ser significativa.

(36) Así MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. II, 6.ª ed. revisada por J. M. Bloch, Madrid, 1969, pág. 274.

(37) LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario», en *ADC*, enero-diciembre 1956; en parecido sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, Barcelona, 1948, pág. 47.

sostiene que se trata de un supuesto excepcional de inscribibilidad de derecho no real (38). Roca Sastre añade que la Ley Hipotecaria hubiera debido respetar la forma propia del aseguramiento registral de los derechos personales, que es la anotación preventiva, reservando la inscripción para registrar únicamente los derechos reales (39).

Los primeros comentaristas del Código Civil advirtieron ya la necesidad de distinguir entre arrendamientos que constituyen gravamen y arrendamientos que tienen eficacia puramente personal, con ocasión de examinar la procedencia de los contratos celebrados por el marido —entonces administrador legal de los bienes de la esposa— sobre inmuebles pertenecientes a su cónyuge. Y afirmaba Manresa que mientras que el arrendamiento en sí supone un acto de administración indispensable para una adecuada gestión del patrimonio de la esposa, el arrendamiento oponible a terceros —el inscrito— configura un acto de dominio para el cual el marido precisaría poder especial (40). En la oponibilidad a terceros del derecho arrendaticio —admitida entonces no por el Código Civil, sino por el artículo 2 de la LH— vieron los autores la naturaleza de gravamen de ciertos arrendamientos.

Los primeros brotes legislativos de protección social del arrendatario —que se inician en España a partir de los años veinte— aportarán un nuevo criterio de distinción al respecto: el de la duración del contrato (fuertemente potenciada a medida que se va introduciendo la institución de la prórroga forzosa). Esta especialidad, unida a la política de congelación de las rentas propia de las primeras normas especiales arrendaticias (41), ha fortalecido, si cabe, la aplicación de la noción de gravamen a los arrendamientos protegidos. Como dice Amorós Guardiola, «el arrendamiento urbano, en su actual regulación de favor, entraña una carga para la titularidad del propietario arrendador, que puede traducirse en un gravamen o disminución económica del precio de venta del local» (42).

Esta última afirmación ha sido reiterada por la doctrina. Así, en relación con la LAU de 1955, articulada por Decreto de 21 de abril de 1956 —cuyo

A propósito de la inscripción registral de los arrendamientos, *vid.* J. M. QUINTANA, *op. cit.*

(38) *Vid.* por todos LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho civil*, III bis (Derecho inmobiliario registral), Barcelona, 1984, págs. 93 y ss.

(39) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, cit., págs. 39 y 40.

(40) MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. II, 6.^a ed. revisada por J. M. Bloch, Madrid, 1969, pág. 64 en relación con pág. 22.

(41) Sobre este aspecto a lo largo de la evolución de la legislación arrendaticia anterior a la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955, *vid.* GARCÍA CANTERO, «La renta base su aumento y reducción en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», en *ADC*, 1956, págs. 1276 y ss.

(42) *Arrendamiento..*, loc. cit., pág. 1021.

artículo 57 presenta un texto idéntico al del propio artículo en la versión de 1964—, opinaba Nart (43) que un arrendamiento concertado por usufructuario, en que se pactaran rentas ridículas, y oponible al nudo propietario al concluir el usufructo de manera indefinida por el sistema de prórrogas forzosas, constituye un auténtico gravamen. López Jacoiste afirmará al respecto que ya en los preceptos del Código aparece la exigencia de poder de disposición para otorgar arrendamientos cuyo término exceda de seis años, en el supuesto del artículo 1.548 (argumento que parece válido no obstante la reforma operada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo); el linde fronterizo que marca el Código entre los arrendamientos que constituyen actos de mera administración y los que integran la constitución de un gravamen es el mismo que emplea para declarar inscribible el contrato (44). Dado que este criterio estándar es el de larga duración (más de seis años, conforme al artículo 2.5.º de la LH), no es necesario añadir que el sistema legal de prórrogas forzosas hace que este plazo se rebase *de facto* en la mayoría de los casos.

A pesar de estas opiniones, que resultan convincentes, no faltan otras expresamente negativas, o cuando menos intermedias, en torno a la configuración del arrendamiento como gravamen. Por ejemplo, Moro Ledesma (45), en un análisis histórico que comienza en el Derecho romano y atraviesa por los *Códices* de 1865 y 1942, el *Code*, el BGB y el Código civil suizo, concluye que el derecho arrendaticio, en el ordenamiento español, tiene «dudosa naturaleza real». Y más recientemente O'Callaghan sostiene que, si bien la inscripción de un arrendamiento no altera la naturaleza personal del derecho arrendaticio, la constitución de un arrendamiento inscribible o sujeto a prórroga forzosa «compromete de tal modo la finca que parece evidente que no puede tenerse como un simple acto de administración» a los efectos de la capacidad necesaria para contratar; en tal caso se trata —según el mismo autor— de un acto «de administración extraordinaria», «no de disposición», que requiere mayor capacidad en los sujetos, análoga que la prevista para los actos de disposición, citando en apoyo de su tesis el artículo 1.548 del CC y las SSTs de 30 de marzo de 1987 y 12 de noviembre de 1987 (46).

La Ley 592 del Fuero Nuevo de Navarra aborda la cuestión relativa a la naturaleza del otorgamiento de arrendamiento en estos términos: «El

(43) «Ex arrendamientos», en *ADC*, IV-3. 1955, pág. 935.

(44) LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso...», cit., en *ADC*, cit., pág. 1240

(45) «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca» (dictamen), en *ADC*, 1956, págs. 1325-1347, en particular págs. 1329 a 1336 y 1374.

(46) O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, Madrid, 1989, págs. 116 y ss.

contrato de arrendamiento cesa al extinguirse el poder de disposición o administración del arrendador sobre la cosa arrendada, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.» En este texto se advierte que el arrendamiento puede ser considerado tanto como acto de administración como de disposición, según las condiciones en que se concierte (47).

A nuestro juicio, en la consideración del arrendamiento como posible gravamen —cuestión importante para determinar si el artículo 131 de la LH contempla los contratos de arrendamiento— conviene deshacer previamente algunos equívocos. La sede adecuada para examinar el concepto de gravamen se encuentra en la teoría de los actos o negocios dispositivos, entendidos como actos que provocan una disminución del valor económico de la cosa. La noción de gravamen así establecida es independiente —pero no antagónica— del concepto de derecho real y, a su vez, de la categoría de los derechos que tienen acceso al Registro. Así como la inscribibilidad de un derecho subjetivo, en el derecho de cosas, no afecta a la naturaleza real o personal de tal derecho, tampoco la noción de derecho real equivale a la de gravamen; cierto es que, en la mayoría de los casos, las tres nociones —derecho real, inscribibilidad y gravamen— coinciden (así, por ejemplo, el derecho de usufructo participa simultáneamente de estos tres aspectos). Mas en una línea puramente conceptual las tres notas no son interdependientes, y en el caso del derecho arrendaticio lo que determina que se considere como gravamen es un criterio económico más que jurídico: el de posible desvalorización del inmueble.

A este respecto, como ha afirmado López Jacoiste, el valor económico de un inmueble viene dado por su valor en renta y por su valor en venta (48). La constitución de un arrendamiento en ocasiones (no automáticamente) puede ser un factor jurídico desencadenante de una disminución de ese valor. Los criterios tradicionalmente observados para determinar cuáles arrendamientos desvalorizan el inmueble y cuáles, por el contrario, se limitan a conservarlo han sido el de la duración del contrato (que puede disminuir el valor en venta) y el de la cuantía de la renta. Por consiguiente, el contrato de arrendamiento, en ciertos casos, puede llegar a constituir un verdadero gravamen.

Por otra parte, y desde la perspectiva de la capacidad necesaria para celebrar actos y negocios dispositivos, parece claro que la constitución de un derecho real limitado sobre una cosa, en sus tres modalidades admitidas (de goce, de garantía y de adquisición preferente), requiere consentimiento expreso del *dominus*. Y en este sentido, al margen del criterio de la desva-

(47) En cuanto al arrendamiento concertado por usufructuario, la Ley 408 dispone en el párrafo segundo que «se resolverá, en todo caso, al extinguirse el usufructo»

(48) *Op cit*, pág. 1247.

lorización de la cosa, todo derecho real limitado constituye igualmente un gravamen.

2. LA FRONTERA ENTRE ARRENDAMIENTOS-GRAVAMEN Y ARRENDAMIENTOS QUE NO LO SON

a) *Arrendamientos sujetos a prórroga forzosa*

En línea lógica con lo expuesto anteriormente, parece claro que los arrendamientos sometidos al artículo 57 de la LAU de 1964 constituyen un gravamen, independientemente de cuál sea la cuantía de la renta pactada. Lo mismo puede afirmarse respecto de los arrendamientos rústicos sometidos al artículo 25 de la LAR de 1980. La pérdida de valor del inmueble opera en este caso respecto de su valor en venta, porque, con toda seguridad, pocas personas estarán dispuestas a adquirir por compraventa un inmueble de estas características, dada la derogación del principio «venta quita renta» formulado en el artículo 1.571 del CC por lo dispuesto en los artículos 57 de la LAU y 25 de la LAR.

Sin embargo, de esta consideración no cabe deducir automáticamente que los arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de las leyes especiales constituyan en todo caso actos de mera administración. En concreto, los celebrados con posterioridad al Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, o los arrendamientos sujetos al CC por estar excluidos del ámbito de aplicación de la LAU y de la LAR. Si bien todos éstos nos están necesariamente sujetos a prórroga legal, nada impide que se pacte en ellos una larga duración, o incluso la propia prorrogabilidad del contrato, y en tales casos constituirán gravámenes por idénticas razones que las aducidas anteriormente.

b) *Arrendamiento con renta vil*

Cuando la renta pactada es muy baja, se produce una desvalorización de la rentabilidad, o valor en renta, del inmueble. Al igual que en el caso anterior, lo mismo puede tratarse de arrendamientos rústicos que urbanos, sometidos o excluidos de la legislación especial, o posteriores al «Decreto Boyer». La dificultad que plantea este grupo de arrendamientos-gravamen radica en precisar cuál es el criterio que permite adjudicar a la renta el calificativo de «vil». Probablemente sea éste un criterio puramente económico: por ejemplo, el estudio del valor de mercado (del arrendaticio); a él hace referencia, en cierto modo, el proporcionado por el artículo 1.520

del CC (49), que contempla la hipótesis de un arrendamiento concertado por el comprador de un inmueble sujeto a pacto de retroventa y obliga al retrayente, en su caso, a pasar por los arriendos concertados «según costumbre del lugar» en que radique el inmueble, mediando buena fe.

Un segundo criterio legal respecto de la noción de «renta vil» lo encontramos en el artículo 219 del RH, reformado en 1959 (posterior, por lo tanto, a la LAU). A ciertos efectos —en concreto los de fijar cuáles arrendamientos, por la escasa cuantía de la renta, constituyen presupuesto de ejercicio de la acción de devastación contemplada en el artículo 117 de la LH— el Reglamento sienta la presunción *iuris tantum* de disminución del valor del inmueble cuando la renta, capitalizada al 6 por 100 anual, no llega a cubrir la responsabilidad total asegurada mediante hipoteca.

c) *Recapitulación*

Por lo expuesto, podrán ser considerados como gravamen:

1. Todos los arrendamientos de larga duración: el plazo que permite adjudicarles el calificativo de gravamen puede ser el de seis años, como se ha venido haciendo tradicionalmente (50), y dentro de este grupo quedan incluidos los arrendamientos sujetos a prórroga legal, como es evidente.

2. Todos los arrendamientos cuya renta sea insuficiente. El criterio establecido en el artículo 1.520 del CC al respecto es el de los usos locales, «la costumbre del lugar», y coincide con criterios económicos tales como el que nos proporcionan los estudios del valor del inmueble en el mercado arrendaticio. Y para los arrendamientos concertados sobre inmueble hipotecado existe un precepto orientativo específico, el establecido en el artículo 219 del RH; en este último grupo de arrendamientos no parece decisivo el hecho de la posible sujeción a prórroga legal del contrato para establecer el carácter gravoso del arrendamiento.

3. SOBRE LA OPORTUNIDAD A TERCEROS DE LOS ARRENDAMIENTOS PROTEGIDOS

El artículo 57 de la LAU de 1964, al instituir la prórroga forzosa del contrato «aun cuando un tercero suceda al arrendador en su derecho», ha

(49) La problemática en torno a la finca retrovendida y la liberación de gravámenes ha sido abordada en profundidad por RUBIO TORRANO, *El pacto de retroventa*, Madrid, 1990, especialmente págs. 237 y ss.

(50) Como expone Doral García, los plazos conforme a los que se cifra si los arrendamientos son o no de larga duración varían de unos países a otros: doce años en Francia, nueve años en Bélgica y en Italia (art. 923 del Código). Cfr. *La fase de seguridad en la hipoteca*, cit., págs. 326-328.

llevado a pensar que el arrendamiento contemplado es oponible *erga omnes*, que tiene cierta naturaleza de derecho real y que convierte —por esta vía— al arrendamiento en gravamen. Tales opiniones, sin embargo, parecen excesivamente radicales.

A propósito de los arrendamientos inscribibles afirma Lacruz Berdejo: «... el arrendamiento inscrito era el único que tenía eficacia contra cualesquiera adquirentes (aunque inscribieran su título) hasta que las leyes de arrendamientos extendieron este efecto a la casi totalidad de la locación de inmuebles. Dada la regulación actual de esta materia, lo más justo sería que se aceptasen legislativamente las consecuencias naturales de la oponibilidad, frente a cualquier adquirente, de los contratos de arrendamiento comprendidos en la legislación especial, haciéndose al menos necesaria la inscripción para que pudieran tener eficacia *erga omnes*, en cuanto a la prórroga, los arrendamientos superiores a una cierta suma, superficie, etc.» (51).

En este denso párrafo concentra Lacruz distintas consideraciones: primera, el arrendamiento sometido a prórroga es oponible a «la casi totalidad» de futuros adquirentes de la finca; segunda, tales arrendamientos oponibles a terceros debieran ser objeto de obligatoria inscripción; tercera, la inscripción haría oponible *erga omnes* los arrendamientos superiores a una cierta suma.

Nótese que esta oponibilidad no es la oponibilidad *erga omnes* que caracteriza a los derechos reales (52). La eficacia *erga omnes*, propia de estos últimos, significa que el ejercicio del derecho subjetivo es directo sobre la cosa (inmediatividad) y su contenido no se limita al poder de exigir una conducta humana, mientras que la oponibilidad a terceros, establecida por el artículo 57 de la LAU —en parecidos, no idénticos, términos en el artículo 74 de la LAR—, viene delimitada por la noción de «sucesión» o «subrogación» en la posición de arrendador.

El concepto de «sucesión» empleado en el artículo 57 de la LAU comprende dos instituciones diversas: la sucesión traslativa en la titularidad real sobre la finca y la subrogación personal en los derechos y obligaciones del arrendador. Lo que hace la LAU no es establecer una oponibilidad *erga omnes* del derecho arrendaticio considerado como posible gravamen real; no adjudica a este derecho la nota de la inmediatividad, sino más bien, soslayando el controvertido tema de la naturaleza del derecho arrendaticio, otorga al arrendatario la facultad de exigir el pacífico goce de la cosa (una con-

(51) LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho civil*, III-bis (Derecho inmobiliario y registral), Barcelona, 1984, pág. 94.

(52) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, 1.ª parte, Barcelona, 1988, pág. 21, y también en el t. II, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 177.

ducta de carácter obligacional) de ciertos terceros, y no de todos los terceros en general, sino sólo aquellos que se encuentran comprendidos en la frase «que suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones». Dicho más brevemente: el arrendatario carece de *ius vindicandi* (excepto en caso de ejercitar la acción de retracto).

Cabría también preguntarse, a la vista de este precepto de la LAU, en qué se diferencia el arrendamiento inscrito del arrendamiento (no inscrito) sujeto a prórroga forzosa, en lo relativo a su oponibilidad frente a terceros. Si el artículo 57 de la LAU dotara al derecho arrendaticio de una plena oponibilidad *erga omnes*, sobraría el precepto del artículo 2-5.º de la LH; si aquel precepto instaurase un derecho real, no sería necesaria la inscripción del derecho para obtener la protección que depara el registro, porque la publicidad registral quedaría suplida por la publicidad proporcionada por la norma (53) (ni siquiera el tercero hipotecario podría desconocerlo). Cuando el legislador, en su día, incluye en la legislación arrendaticia la mencionada frase, ¿qué propósito persigue?

En relación con los arrendamientos no inscritos, afirma J. M. Quintana (54) que la legislación hipotecaria permite la inscripción con la finalidad de hacer oponibles a futuros adquirentes de la finca los contratos sujetos al Código Civil, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 1.549. Añade que los arrendamientos rústicos protegidos producen efectos contra tercero aunque no estén inscritos, conforme al artículo 74 de la LAR, y los urbanos también dado el carácter forzoso de la prórroga instituido en el artículo 57 de la LAU, si bien tras el Decreto de 30 de abril de 1985 la subsistencia del contrato por el plazo pactado no obstante la transmisión de la finca suscita problemas de interpretación (55).

A nuestro juicio, a la pregunta sobre el propósito del legislador anteriormente formulada puede responderse sucintamente que perseguía dotar de estabilidad al arrendamiento, y ello no solamente en previsión de cambios en la titularidad dominical de la finca, sino muy concretamente en otros casos, como el de consolidación de la propiedad en el nudo propietario al

(53) Ocurre así, por ejemplo, en los retractos legales

(54) «Inscripción de arrendamientos de bienes inmuebles . », en *R C D.I.*, cit., págs. 1687 y ss.

(55) Este autor hace depender la ineficacia de los arrendamientos urbanos concertados tras la supresión de la prórroga forzosa de la existencia de buena fe (desconocimiento de la existencia del arriendo) en el adquirente de la finca e inscribiente (tercero hipotecario), teniendo en cuenta que el artículo 55 de la LAU (subsistente tras el Decreto Boyer) impone al arrendador-transmisor de la finca la obligación de declarar si está o no arrendada bajo pena de falsedad en documento público. Mas admite como obstáculo para este razonamiento que, aun cuando el transmisor declarara que la finca vendida no estaba arrendada, «no se puede desconocer que el derecho de arrendamiento va acompañado de una cierta publicidad posesoria» (*op. cit.*, pág. 1691)

expirar el término del usufructo constante de un arrendamiento concertado por el usufructuario en uso de su facultad de disfrute.

La expresión «aun cuando un tercero suceda al arrendador», en efecto, procede del Decreto de 13 de abril de 1956, por el que fue aprobado el texto articulado de la Ley de Bases para la reforma de la legislación de arrendamientos urbanos, de 22 de diciembre de 1955, y supuso una modificación al texto del artículo 70 de la anterior LAU de 31 de diciembre de 1946, el cual establecía la prórroga forzosa para el caso en que el inmueble «cambie de dueño o titular arrendador». A su vez, la expresión «o titular arrendador» (del artículo 70 de la LAU de 1946) representó un añadido sobre el texto de un Decreto de 1931 que sólo hacía referencia al «cambio de dueño».

Según Ginot Llovateras (56), estas modificaciones legislativas se producen como reacción del legislador de 1946 respecto a una jurisprudencia que, en una interpretación literal de la ley, había negado la procedencia de la prórroga forzosa en supuestos de arrendamiento concertado por usufructuario al finalizar el plazo del usufructo; tal técnica interpretativa quedaría vedada a partir de la promulgación de la LAU de 1956.

Si bien se mira, el artículo 57 de la LAU tiene consecuencias distintas que las del artículo 2-5.º de la LH. Conforme a elementales principios de Derecho registral, la inscripción dota al derecho arrendaticio: *a)* de una presunción *iuris tantum* de exactitud y veracidad que en modo alguno depara la LAU (art. 38.1 de la LH); *b)* de una eficacia *erga omnes* provisional, pero plena y total, que comprende todo tipo de cambios en la titularidad —dominical o de un derecho real de disfrute— sobre la finca, mientras que el artículo 57 de la LAU sólo establece que el derecho a la prórroga del contrato será exigible en los casos de transmisión —«por sucesión»— de la relación obligacional, y *c)* de una protección al tercero hipotecario que, en rigor, no proporciona el texto de la LAU; el artículo 57 de esta última sólo le afecta a este tercero adquirente de buena fe (por ejemplo, el adjudicatario de finca hipotecada y arrendada) en el plano obligacional, como posible subrogado en la obligación del arrendador de prorrogar el contrato, no en el plano de la transmisión de un gravamen, y supeditado ello a que verdaderamente se produzca tal subrogación personal (57).

(56) «El arrendamiento otorgado por el usufructuario», en *ADC*, enero-diciembre de 1956, pág. 1218.

La prorrogabilidad del arrendamiento concertado por usufructuario una vez finalizado el usufructo ha sido uno de los temas más controvertidos en la doctrina relativa a la LAU de 1956. *Vid.* también LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso...», *cit.*, en *ADC*, *cit.*, págs. 1235 a 1265.

A nuestro juicio, muchas de estas valiosas observaciones pueden ser de utilidad para el examen del tema que nos ocupa.

(57) Ginot Llovateras ha defendido la tesis de que esta subrogación no llega a producirse en el caso de transmisión —por venta judicial— de la finca («La hipote-

Desde luego, forzoso es reconocer el mérito de la opinión de Ginot Llovateras acerca de los defectos de redacción presentes en el artículo 57 de la LAU (58), característica que —por otra parte— es al parecer constante en la LAU (59). Como afirma este autor, «uno de los puntos vulnerables del artículo 57 es el de no distinguir netamente entre prórroga forzosa y subrogación de un tercero en la posición del arrendador», y añade: «otro es el de decir que la subsistencia del contrato tiene lugar cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones». Parece como si el propósito del legislador de dotar de estabilidad al arrendamiento hubiera quedado burlado por la limitación que entraña la utilización del término «sucesión» en lugar de la expresión «cambio de dueño» empleada en la versión originaria del precepto.

Otra cuestión que suscita la interpretación del texto del artículo 57 de la LAU radica en dilucidar si lo que pretende es establecer la prórroga forzosa del contrato en los casos en que se produzca una subrogación personal en las relaciones obligatorias (¿y cuáles...?) correspondientes al arrendador o si, por el contrario, sienta por imperativo legal una subrogación forzosa al respecto.

Lacruz Berdejo y Ginot Llovateras se inclinan por considerar que estamos ante un supuesto de subrogación forzosa. Según Lacruz, el adquirente de una finca arrendada asume *ope legis* la posición del arrendador (si bien no por ello se transforma el derecho arrendaticio en un derecho real oponible *erga omnes*; el único derecho real del arrendatario es la posesión, que el ordenamiento protege mediante acciones reales, mas el derecho arrendaticio en sí está protegido por acciones personales) (60). Ginot Llovateras dice que aunque la LAU impone la subrogación personal, este efecto no se produce en caso de consolidación del usufructo en la nuda propiedad, porque falla en tal caso un presupuesto del concepto de «sucesión», el nexo causal o negocio entre transmitente y adquirente, ya que la extinción del usufructo y su absorción por el derecho del nudo propietario se produce sin intervención de la voluntad de los titulares respectivos (61). Y en el supuesto de ejecución hipotecaria, sobre este argumento aplicado por analogía, añade que en estos casos —finca arrendada por usufructuario y finca

ca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *ADC*, VIII, 3 y 4, 1955, pág. 1224).

(58) «El arrendamiento otorgado por el usufructuario», cit., págs 1219 y ss.

(59) *Vid.* al respecto PÉREZ SERRANO, «La LAU ante la gramática», en *ADC*, enero-diciembre 1956, págs. 1067-1089.

(60) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2.º, 1.ª parte, cit., pág. 21.

(61) GINOT LLOVATERAS, «El arrendamiento concertado por usufructuario», cit., pág. 1220.

hipotecada y arrendada— ocurre lo mismo con las fincas arrendadas por quien es heredero fiduciario; una vez resuelto el derecho del arrendador, no se produce la transmisión de su derecho a quien resulte propietario (62).

En nuestra opinión, lo que en realidad ocurre es que la LAU emplea defectuosamente el término jurídico «sucesión», porque tal concepto implica un elemento volitivo incompatible por naturaleza con la imposición legal, forzosa, de la subrogación personal. Cabría por ello pensar que el precepto sólo resultará operante en los casos en que exista un acto o negocio jurídico —con el correspondiente elemento volitivo— entre el anterior y el nuevo titular: al adquirente no se le debe imponer el respeto a un contrato de arrendamiento cuya existencia le resulta desconocida. Volveremos a tratar de este tema más adelante (63), pero en cualquier caso, y por lo que ahora interesa, la subrogación contemplada en el precepto confiere al derecho del arrendatario, sin prejuzgar por ello su posible naturaleza real, unas características próximas a las del censo enfiteútico y, en este sentido, convierten al arrendamiento sujeto a prórroga forzosa en un gravamen.

4. GRAVÁMENES CONCERTADOS SOBRE INMUEBLES HIPOTECADOS. SU EFICACIA FRENTE AL ADJUDICATARIO DE LA FINCA TRAS LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

En el procedimiento especial hipotecario, la regla 4.^a del artículo 131 de la LH ordena al juez reclamar del Registrador una *certificación* que contenga la «relación de todos los censos, hipotecas, *gravámenes* y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes», y la regla 17.^a del mismo artículo dispone que «una vez verificado el remate o la adjudicación... se dicte auto... ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla cuarta...»

Se trata, como hemos dicho, de preceptos de marcado carácter procedimental, por lo que, en rigor, sólo indirectamente afectarán a derechos sustantivos, y, por otra parte, su eficacia se proyecta preferentemente en el plano del Derecho registral adjetivo o formal, de funcionamiento del me-

(62) GINOT LLOVATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», cit., págs. 1124 y 1125.

López Jacoiste sostiene que el artículo 57 de la LAU de 1956 ha venido a derogar el aforismo *Resolutio jure dantis resolvitur jus concessum*, pero que tal derogación deberá ser objeto de interpretación restrictiva (no susceptible de extensión analógica a supuestos distintos del de extinción del derecho de usufructo del arrendador), *op cit.*, pág. 1264.

(63) *Infra*, III.2.

canismo de la publicidad registral, al margen de la realidad jurídica que puede desenvolverse fuera del Registro. Una cosa es cancelar la inscripción o anotación de un gravamen y otra muy diferente es la extinción del gravamen como derecho. Ambos efectos del auto judicial —cancelación y extinción— sólo se producirán simultáneamente en el caso de tratarse de una hipoteca, porque la inscripción de este gravamen real es constitutiva y no existe hipoteca sin inscripción (salvo en las hipotecas legales), pero si el gravamen consiste en una servidumbre o un derecho de usufructo, por ejemplo, el precepto sólo dispone que se cancele la inscripción, mas nada establece —no podría hacerlo— acerca de su posible subsistencia como realidad extrarregistral; lo que propiamente ordena esta norma (examinada en su correcto contexto) es que, en lo sucesivo, este gravamen no será oponible frente a terceros hipotecarios —personas que de buena fe y a título oneroso adquieran e inscriban la propiedad u otros derechos reales limitados sobre la finca—, quienes «serán mantenidos en su adquisición» como si el gravamen no existiera (art. 34 LH) (64). La cancelación de una inscripción no constitutiva no prejuzga la subsistencia extrarregistral del gravamen.

Se podría oponer a esta argumentación que, «cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera» (art. 97 LH); mas, como dice Roca Sastre, la presunción es *iuris tantum*, por lo que puede demostrarse que el derecho objeto del asiento cancelado existe en la realidad, por el principio de legitimación, si bien frente a terceros opera como presunción *iuris et de iure* por lo dispuesto en el correlativo artículo 76 de la LH, a su vez reflejo del principio de fe pública registral (65).

Por otra parte, el precepto del artículo 131 LH se refiere a gravámenes «anotados» o «inscritos», no a los que puedan existir fuera del Registro: ¿cómo, si no, podría el Registrador *certificar* acerca de su existencia?... Por ello, este precepto de la Ley Hipotecaria no podrá ser correctamente invocado para fundamentar la inoponibilidad de un arrendamiento-gravamen no inscrito frente al adjudicatario de un inmueble, como acertadamente declaró la STS de 23 de febrero de 1991, en ponencia de Santos Briz, en su tercer fundamento de derecho, ya examinada.

No es éste el parecer de García García, que critica la anterior resolución bajo el argumento de que el legislador no puede hacer de mejor condición un derecho no inscrito que un derecho inscrito (66). Mas es lo cierto que el legislador de 1986, al redactar de nuevo estas normas, únicamente se propuso ordenar la materia registral y, concretamente, armonizarla con la

(64) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III (Registro de la Propiedad). Barcelona, 1948, págs. 583 y ss.

(65) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, cit., pág. 588.

(66) GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria extingue .», cit., en *R.C.D.I.*, cit., pág. 2231.

normativa procesal, en relación con los gravámenes inscritos, de cuyo propósito no cabe derivar consecuencias lejanas en orden a la subsistencia o la extinción del derecho del arrendatario; tales disposiciones legislativas deben buscarse en su sede adecuada: el Derecho sustantivo (Código Civil, LAU o LAR, según los casos).

En nuestra opinión, parece que el artículo 131, reglas 17.^a en relación con la 4.^a, no contempla la totalidad de los casos —de arrendamientos sobre finca hipotecada— que pueden presentarse. Una interpretación monolítica de este precepto —todo arrendamiento posterior a la hipoteca subsiste o, por el contrario, se resuelve tras la ejecución hipotecaria— sobrepasaría los límites de esta norma, la cual solamente ordena que se cancelen ciertos arrendamientos (los que sean gravámenes, inscribibles e inscritos con posterioridad a la inscripción de hipoteca). Curiosamente, las sentencias que han atendido al precepto para resolver el problema en uno u otro sentido versaban todas ellas sobre arrendamientos no inscritos, por lo que, en rigor, la norma en que se han apoyado no era aplicable al supuesto.

Otro punto sorprendente en torno a la interpretación que se ha hecho de este precepto —globalmente expuesta *supra*, 1.2.1.a)— ha sido el deducir del mismo que un derecho personal (como el arrendamiento) no debe ser «de mejor condición» que uno real (como la hipoteca) para defender la extinción del arrendamiento, o bien la postura contraria, esto es, afirmar que la Ley Hipotecaria ordena la extinción de los gravámenes y derechos reales posteriores a la hipoteca, pero no la de los derechos personales como el arrendamiento, por lo que éste subsiste.

Pues bien, parece que ambos razonamientos son incorrectos, como ya anunciábamos. En primer lugar, porque confunden abiertamente el plano registral con el extrarregistral y el aspecto procesal con el sustantivo; en segundo lugar, porque si algún arrendamiento dejara de subsistir a los efectos registrales, conforme a este artículo, será precisamente el inscrito, ya que el no inscrito no está contemplado en la norma, y en tercer lugar, el arrendamiento no inscrito que no podrá gozar de la eficacia registral será únicamente el arrendamiento-gravamen, ya que los que no lo son nada tienen que ver con el artículo 131 de la LH. Por lo demás, dentro de la hoy criticada teoría que mantiene la radical distinción entre derechos personales y derechos reales, éstos tienen respectivamente una eficacia diferente, pero no mejor ni peor, por lo que ni son incompatibles ni menos aún deben prevalecer unos sobre otros.

En definitiva, para el análisis del presente punto debemos partir de la base de que el artículo 131 de la LH se refiere a «gravámenes» y a «inscripciones», mas los casos que puedan presentarse exceden de este doble límite. Por tanto, se hace preciso distinguir, de un lado, entre arrendamientos inscritos y no inscritos; de otro, arrendamientos-gravamen y arrenda-

mientos no gravosos. Veamos ahora, en concreto, lo que dispone el precepto en orden a su eficacia:

1. Arrendamientos inscritos: La Ley Hipotecaria ordena que se cancelen los posteriores a la hipoteca, en aplicación del principio *prior tempore potior iure*. Registralmente no prevalecen frente al adjudicatario de la propiedad de la finca (si bien ello depende de la exigencia del requisito de la buena fe en este tercero). Mas ello no significa que extrarregistralmente no subsistan; su eficacia la examinaremos al tratar del arrendamiento como contrato.

2. Arrendamientos (gravamen) no inscritos: El Derecho registral otorga una protección al tercero hipotecario. ¿Se encuentra en este caso el adjudicatario de la finca arrendada...? El concepto de buena fe exigido por el artículo 34 de la LH se traduce, a estos efectos, en la ignorancia acerca de la existencia del arrendamiento. En algunos de los casos contemplados en las sentencias examinadas (67) se admite como hecho que el adjudicatario conocía que el inmueble se encontraba arrendado; ¿reuniría en tal caso el requisito de la buena fe? Parece que no. Mas si el arrendatario pretendiera entonces la inscripción de su derecho arrendaticio, ¿la admitiría el Registrador?... Parece que tampoco, o, aun y así, procedería a cancelarla de inmediato por mandato legal (art. 131.17.³ de la LH). Y ¿admitiría el Registrador una inscripción de dominio de la finca adjudicada libre de gravámenes? Parece que sí, por la presunción de buena fe, que es principio general del Derecho civil reiterado en el artículo 34.2 de la LH (la presunción, sin embargo, es *iuris tantum*, por lo que el arrendatario podría desvirtuarla en un juicio declarativo). Con todo, prevalecería seguramente el principio *prior tempore*, que, aplicado a este caso, significa la imposibilidad de hacer valer registralmente un derecho arrendaticio posterior a la constitución de la hipoteca frente al adjudicatario de la finca.

3. Arrendamientos-gravamen: Los gravámenes inscritos o anotados que lo estén con posterioridad a la hipoteca se cancelan. Los no inscritos ya no tendrán acceso al Registro. Extrarregistralmente pueden ser eficaces.

4. Arrendamientos no gravosos: No les afecta el artículo 131 de la LH. Su eficacia, registral o extrarregistral, habrá que buscarla en la sede normativa adecuada. Un ejemplo de estos últimos pueden ser los concertados tras el Decreto Boyer cuyas rentas sean suficientes. Este tipo de arrendamientos no tienen por qué extinguirse ni registralmente —los que, conforme al artículo 2.5.^º de la Ley Hipotecaria, accedan al Registro— ni extrarregistralmente tras la adjudicación hipotecaria (68).

(67) Así, por ejemplo, en la STC 6/1992, de 16 de enero (recurso de amparo 1317/1988), citada.

(68) García García entiende, sin embargo, que la extinción del arrendamiento no inscrito tras la ejecución de la hipoteca es la solución más adecuada para los arrendamientos no gravosos.

III. EL ARRENDAMIENTO COMO CONTRATO

1. LA CONSTITUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE INMUEBLE HIPOTECADO. VALIDEZ Y EFICACIA

1.1. *Planteamiento*

La posibilidad de concertar un arrendamiento sobre un inmueble previamente hipotecado provoca un conflicto de intereses entre al menos tres sujetos: el hipotecante, el arrendatario y el acreedor hipotecario (69). A ellos cabe añadir el futuro adjudicatario, en su caso, de la finca, quien podría verse afectado por el derecho del arrendatario a la prórroga forzosa, o simplemente por el plazo, o por el retracto legal, sin haber sido parte en el contrato de arrendamiento.

El hipotecante persigue obtener un rendimiento económico de la finca. Tal interés es legítimo, pues se encuentra protegido por el principio general de libre transmisibilidad de los derechos, así como por el propio juego del régimen de la hipoteca, que no es obstáculo, ni siquiera, para la transmisión del dominio del bien sobre el que recae.

El arrendatario tiene derecho a agotar el contenido del contrato en los términos pactados con el arrendador y, en su caso, con los derechos que le otorga la legislación especial. Tratándose de un arrendamiento sujeto a la LAU, el artículo 57 de esta última ampara su derecho, y en parecidos términos se expresa el artículo 74 de la LAR para los arrendamientos rústicos.

El acreedor hipotecario, quien calibró la garantía ofrecida por el deudor partiendo de una determinada valoración de la finca, persigue que su garantía permanezca inalterada. La prórroga obligatoria del contrato puede en ocasiones provocar una disminución del valor del inmueble, sobre todo si la renta concertada fuera insuficiente. Este interés está protegido mediante la «acción de devastación» derivada de los artículos 117 de la LH y 219.2 del RH.

La protección que la legislación arrendaticia depara al arrendatario conculca el principio de eficacia puramente personal, característica de los contratos en general, así como el clásico principio «venta quita renta», propio del concepto romano de la *locatio*, y proyecta indudablemente con-

mientos concertados tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985 (*Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Barcelona, 1990, pág. 556, nota 49)

(69) Tomamos este planteamiento de BOLAS ALFONSO, «A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca», en *RDP*, 1969, cit., págs. 126 y 127.

secuencias jurídicas para terceros, cuyo contenido y alcance trataremos de perfilar a continuación.

1.2. *Eficacia interpartes*

a) Eficacia y oponibilidad

El principio *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*, indica que los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes, porque su eficacia consiste en generar obligaciones, vínculos jurídicos entre acreedor y deudor. Conforme a este elemental principio, los terceros que no participaron en la perfección del contrato son ajenos a las relaciones obligacionales establecidas, en su doble vertiente de derechos y deberes, si bien los contratos pueden contener estipulaciones a favor de terceros, en los términos del artículo 1.257.2 del CC, o, por el contrario, perjudicarles, en cuyo caso aparece la figura del contrato en daño de tercero (de construcción preferentemente doctrinal) (70).

El derecho a la prórroga forzosa del contrato, establecido en el artículo 57 de la LAU, plantea (ya lo hemos apuntado al tratar del arrendamiento-gravamen) el problema de delimitar frente a quién es oponible el contrato —en rigor, sólo la prórroga— una vez transmitida a un tercero la propiedad del inmueble.

En la teoría general del contrato, la oponibilidad es categoría distinta a la eficacia. Como dice Lacruz, los terceros deben respetar las relaciones que la convención ha establecido entre las partes, y en este sentido el contrato les es oponible, máxime —afirma— cuando por contrato se constituye un derecho eficaz *erga omnes*, como el usufructo o las servidumbres, en cuyo caso, independientemente de su naturaleza, en el campo de las relaciones obligacionales, los terceros deben respetar todas las válidamente constituidas (71). A nuestro juicio, éste es el correcto punto de arranque para sostener la oponibilidad de la prórroga forzosa del arrendamiento fren-

(70) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. II, Barcelona, 1967, págs. 322 y ss.

Sobre el contrato en daño de tercero en general, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1986, págs. 292 y ss.

Sobre la posible aplicación de esta figura al caso que nos ocupa, vid. LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso», cit., en *ADC*, 1956, pág. 1255, en donde se muestra partidario de aquélla en el supuesto de arrendamiento concertado por el usufructuario, y GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a la práctica de los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, núm. 20, abril-junio 1958, págs. 111 y ss., donde rechaza la tesis propuesta por López Jacoiste.

(71) LACRUZ BERDEJO, *op. y loc. cit.* en nota anterior.

te a terceros; los terceros —acreedor hipotecario, adjudicatario del inmueble en su caso— deben respetar esta convención válida (72). Mas no se trata aquí de la consitución de un derecho real, sino personal, por lo que la eficacia frente a terceros no es total y absoluta —recordemos que el arrendatario carece de *ius vindicandi*—, sino que se traduce en una oponibilidad de las facultades que comporta —en particular las de poseer, prorrogar indefinidamente el contrato y ejercitar en su caso el retracto legal— frente a los sucesivos adquirentes de la finca; lo que se les opone es el contrato de arrendamiento, y precisamente —afirma Lacruz en otro lugar— por la condición de arrendadores que han adquirido forzosamente en virtud de la transmisión de la finca en su favor (73).

En suma, el contrato de arrendamiento en sí, al margen de constituir derechos reales —la posesión, tanteo y retracto legal—, genera relaciones obligacionales. Tales relaciones, protegidas por acciones personales —y no reales— son oponibles a terceros que adquieren la finca arrendada, porque la Ley —el artículo 57 de la LAU y el artículo 74 de la LAR— así lo establece para los casos en que produzca «sucesión» o subrogación en el contrato (74). Mas, con todo, el arrendatario no puede «reivindicar» —salvo en lo relativo a la posesión y a los derechos de tanteo y retracto (porque son derechos reales)— y únicamente puede exigir de ciertos terceros (los que «sucedan» al arrendador) una conducta, esto es, el cumplimiento de las obligaciones que a su favor estableció el arrendador, particularmente la de mantenerle en la pacífica posesión de la cosa (75). Consecuentemente, el incumplimiento por parte del arrendador «sucedido» por un adquirente se traducirá en un incumplimiento contractual —nunca en una acción reivin-

(72) Amorós Guardiola señala: «El derecho personal es también jurídicamente eficaz frente a terceros o el tráfico jurídico en general, que no puede desconocer la existencia de un vínculo preconstituido y amparado por el derecho; la diferencia reside en que la eficacia del derecho real se da también frente a un tercero especialmente cualificado, el tercer adquirente que entra en relación con la cosa y viene obligado a respetar los derechos constituidos sobre ella con anterioridad, lo que no ocurre en la oponibilidad frente a terceros del vínculo meramente obligacional» (*Arrendamiento*, loc. cit., págs. 1021-1022 y nota 14).

(73) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. I, 1ª parte, Barcelona, 1988, pág. 21.

(74) En los arrendamientos sujetos al Código Civil o los regidos por el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, de supresión de la prórroga forzosa, la oponibilidad queda aparentemente vedada por lo dispuesto en los artículos 1.571 del CC (para las transmisiones por compraventa) y 480 (caso de extinción del usufructo).

(75) En el Derecho romano, el arrendatario no podía oponer al contrato a futuros adquirentes, pero sí dirigirse contra el arrendador para solicitar una indemnización de daños y perjuicios en caso de ser perturbado por un nuevo dueño en su derecho. *Vid.* D'ORS, citado *supra* en nota 34 de este trabajo. Este principio lo mantiene el artículo 1.571 del CC.

dicatoria— cuyas consecuencias habrá que estudiar en esta última sede (el incumplimiento del contrato).

Aplicadas estas ideas al caso que nos ocupa, podría seguirse de ellas una consecuencia interesante en orden a conciliar los intereses del arrendatario con los del adjudicatario: independientemente de cuál fuera la decisión judicial respecto a la posesión definitiva de la finca, el arrendatario expulsado tiene el derecho, si no ya al cumplimiento forzoso en forma específica —punto éste que polariza los fallos del TS—, al menos, indudablemente, a percibir una indemnización derivada de un incumplimiento contractual (cumplimiento por equivalente). Difícil cuestión será la de establecer quién debe pagarla, si al arrendador o el adjudicatario. Parece que, de seguirse la interpretación que niega el acontecimiento de este fenómeno jurídico (la sucesión), el deudor será el arrendador (pues, como hipotecante, dejó de pagar una deuda garantizada con hipoteca sobre la finca arrendada, acto que desencadenó el procedimiento hipotecario y la consiguiente adjudicación de la «posesión judicial» de la finca a favor de un tercero). Por el contrario, si se interpreta que el adjudicatario «sucede» al arrendador en su obligación de mantener al arrendatario en la posesión pacífica de la finca, parece que aquél, como nuevo dueño, podrá reivindicar la plena propiedad de la finca, mas, como sucesor del arrendador, incurrirá en un incumplimiento contractual.

b) Venta quita renta o venta no quita renta

El problema acerca de la oponibilidad *inter partes* o frente a terceros del contrato de arrendamiento ha sido abordado históricamente desde la perspectiva de la transmisión *intervivos*, por compraventa, de la finca arrendada.

De antiguo se había suscitado la cuestión acerca de si debía el comprador respetar el arrendamiento o, por el contrario, éste se resolvía al consumarse la compraventa. En el Derecho romano, como ya hemos apuntado anteriormente, la primitiva *locatio conductio* sólo generaba a favor del *locator* una acción personal del resarcimiento de daños frente al *conductor* cuando éste expulsaba al arrendatario por un acto de propia autoridad o mediante un interdicto posesorio (pues el *locator* no era considerado, ni tan siquiera, como poseedor de la finca). En este contexto no es de extrañar que el arrendatario no pudiera dirigirse contra el comprador de la finca en caso de venta realizada por el arrendador, aunque sí pedirle resarcimiento de daños por incumplimiento de sus obligaciones (76). Se consagra así la regla

(76) Vid. D. 19, 2, 25, 1, y D'Ors, *Derecho privado romano*, cit., págs. 469 y ss., en particular § 169, nota 2. Vid. además C. 4, 65, 9, y D. 19, 1, 13, 30

«venta quita renta», que, tras una larga evolución, tiene reflejo en el artículo 1.571 del CC (77).

Tal concepción romana del arrendamiento contrasta con la concepción germana, fortalecedora de las relaciones de hecho sobre las cosas en una protección de la apariencia que cristaliza en la institución de la *Gewere*. En este otro modo de entender las situaciones de dominio sobre las cosas surge, como consecuencia lógica, la regla contraria, por la que la compraventa —relación de derecho— no prevalece frente al arrendamiento —relación de hecho— o, lo que es igual, «venta no quita renta» (78), y así se origina la especialísima oponibilidad frente a terceros del arrendamiento, inspiradora de la legislación especial arrendaticia, que derogará en este punto lo dispuesto por el artículo 1.571 del Cc (79).

Para el caso que nos ocupa, el juego del precepto del artículo 1.571 del CC con el artículo 57 de la LAU nos conduce de nuevo a distinguir los supuestos que pueden presentarse: en los arrendamientos sometidos al Código Civil, el comprador puede dar por terminado el arriendo, en cuyo caso el arrendatario puede exigir del arrendador (vendedor) una indemnización de daños y perjuicios. Tal regla no rige en caso de arrendamientos protegidos, por que el artículo 57 LAU y el 74 LAR establecen la oponibilidad de la prórroga frente a terceros. Dedicaremos un futuro apartado al análisis de este segundo supuesto (80).

1.3. *Eficacia y oponibilidad respecto de terceros*

1.3.1. El contrato de arrendamiento ante el acreedor hipotecario

a) La cláusula de no arrendar y sus consecuencias

Con frecuencia se pacta en los préstamos hipotecarios una cláusula por la cual el prestatario se compromete frente al prestamista a no arrendar la

(77) También en la Ley 592 del Fuero Nuevo de Navarra, primer inciso.

Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, pág. 198.

El artículo 1 571 del CC es aplicable al adquirente de la finca por dación en pago (STS de 8 de noviembre de 1966); los daños y perjuicios a que se refiere el precepto comprenden las costas del juicio de desahucio y se regulan conforme a lo dispuesto por el artículo 1 106 del CC (STS de 8 de mayo de 1931)

(78) Vid. la pormenorizada exposición de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2ª, Barcelona, 1982, págs. 246-251, y la bibliografía allí citada, de donde extraemos estas ideas.

(79) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, pág. 215, y STS de 9 de junio de 1990, que cita otras anteriores.

(80) El apartado III.2.

finca hipotecada. Este tipo de cláusulas —que, probablemente, pueden ser consideradas «de estilo»— adopta diversas variantes, en una graduación de intensidad que comienza desde la simple exigencia de *notificación* del arrendamiento al acreedor hipotecario, o bien el *consentimiento* de éste para arrendar, hasta sancionar con el *vencimiento anticipado* del préstamo la contravención al compromiso.

El alcance de las mencionadas cláusulas se proyecta en una doble vertiente del Derecho civil. Por una parte, desde la perspectiva del Derecho de obligaciones, constituyen un pacto inserto en un contrato, con eficacia *inter partes*, cuya validez encuentra amparo en lo dispuesto por el artículo 1.255 del CC. No parece que la cláusula de no arrendar atente contra la Ley, la moral o el orden público, por lo que en principio puede considerarse lícita y eficaz *inter partes* (81), si bien, en su versión máxima, podrían tal vez configurar una cláusula penal abusiva y, como tal, susceptible de ser moderada por los Tribunales (art. 1.154 del CC). Desde esta perspectiva, la cláusula de no arrendar configura una obligación negativa, accesoria de otra principal, cuyo cumplimiento es en principio exigible coactivamente por parte del acreedor hipotecario y cuyo incumplimiento genera, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios para el caso de contravención.

Mas, de otra parte, desde la perspectiva de los derechos reales, la cláusula de no arrendar podría configurar a su vez una prohibición de disponer voluntaria y a título oneroso. La primera duda que suscita este planteamiento radica en averiguar si las limitaciones de la facultad de disposición del propietario comprenden solamente los actos de enajenación del bien o incluyen además la constitución de derechos reales limitados, como las servidumbres, derecho de usufructo hipotecas, etc.; Lacruz opina afirmativamente, añadiendo que tales cláusulas prohibitivas «no suelen extenderse a los actos de obligación, aunque *en rigor cabría prohibir también el arriendo o cualquier otra cesión de la cosa sin enajenación de la titularidad real y por tiempo limitado*» (82).

Las prohibiciones de disponer voluntarias pueden entenderse de dos modos: o como obligación del dueño, cuya infracción da lugar al pago de una pena o al resarcimiento de daños, pero no invalida la disposición, o bien como gravamen, que elimina la posibilidad de disponer de la cosa e invalida el acto de disposición (en nuestro caso, el arrendamiento). Por lo tanto,

(81) Según García García, en su versión máxima (la que sanciona con el vencimiento anticipado de la hipoteca, *sic.*), la cláusula en cuestión es «totalmente ilegal e inadmisibile en Derecho» (*La ejecución hipotecaria* ..., cit., loc. cit., pág. 2240) Insiste en esta idea a lo largo de otro artículo: «No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos, en revista *La Ley*, año X, núm. 2 374, Madrid, martes 5 de diciembre de 1989.

(82) LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho civil*, III, vol. I, 2.^a parte, Barcelona, 1988, pág. 59

habrá que atender a la *formulación* de la cláusula de no arrendar en cada contrato de préstamo hipotecario y, si es preciso, interpretar la intención de las partes para establecer su eficacia real o personal.

La anterior distinción tiene extraordinaria trascendencia para la cuestión que nos ocupa (sigue siendo la de examinar la subsistencia de los arrendamientos de finca hipotecada tras la ejecución de la hipoteca y adjudicación del inmueble al mejor postor). Pues en muchos de los supuestos de préstamos hipotecarios —lo son algunos de los resueltos en las sentencias antes examinadas— existe la cláusula de no arrendar, a pesar de lo cual el prestatario hace caso omiso, la contraviene, al arrendar la finca hipotecada. De momento, y en el ámbito puramente obligacional, esta contravención a lo pactado genera para el acreedor hipotecario unos derechos: el primero de ellos, exigir coactivamente el cumplimiento de lo pactado *ex* artículos 1.255, 1.258, 1.098 y muy especialmente el 1.099, todos del Código Civil (lo pactado era no arrendar, luego el prestatario que arrienda incurre en incumplimiento frente al prestamista), y, consiguientemente, obtener el resarcimiento de daños y perjuicios *ex* artículo 1.101 CC y concordantes, porque el prestatario ha incurrido en responsabilidad contractual.

Ahora bien, si del tenor de la cláusula, adecuadamente interpretada, resulta que se trata de una prohibición de disponer con eficacia real, las consecuencias de la contravención podrían ser bien distintas: el arrendamiento así concertado sería eficaz, por carecer el arrendador de capacidad de disposición, y pudiera ser éste un razonamiento válido para defender la ineficacia —no la nulidad ni la anulabilidad— del arrendamiento.

Sin embargo, la validez de las prohibiciones de disponer con eficacia real ha sido tradicionalmente cuestionada. Para Lacruz, el criterio legal aplicable al respecto es proporcionado por los artículos 26.3.^º y 27 de la LH; y si bien estos preceptos se limitan a negar acceso al Registro a las prohibiciones de disponer a título oneroso, su alcance no se circunscribe en este caso a la eficacia estrictamente registral —hacerlas inoponibles a terceros— porque la Ley Hipotecaria establece como regla general que el Registro recibe todos los derechos reales, y por ello la no inscribibilidad significa esta vez que las prohibiciones de disponer a título oneroso carecen de eficacia real (83).

En conclusión, la cláusula de no arrendar contravenida en algunos de los supuestos de la jurisprudencia examinada configura, además de un pacto lícito (siempre que no sea abusivo) entre prestamista y prestatario, una prohibición de disponer voluntaria, a título oneroso y con eficacia obligacional. La contravención por parte del prestatario que arrienda el inmueble

(83) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t III, vol. 1, 2.^a parte, Barcelona, 1988, pág. 57.

no obstante el compromiso no invalida el acto dispositivo —el contrato—, mas integra el incumplimiento de una obligación de no hacer. Esta clase de obligaciones tienen los efectos siguientes: *a)* son susceptibles de cumplimiento coactivo *ex* artículos 1.099 y 1.098 del CC, por lo que en principio el acreedor hipotecario (no, sin embargo, el adjudicatario, que es el verdadero perjudicado) podrá exigir «que se deshaga lo mal hecho» (el arrendamiento) (84); *b)* su incumplimiento genera responsabilidad contractual, por lo que el acreedor hipotecario (no el adjudicatario) podrá exigir el resarcimiento de daños *ex* artículo 1.101 CC y concordantes.

b) Derechos del acreedor hipotecario durante la fase de seguridad en la hipoteca

En relación con la hipoteca, la doctrina se ha planteado la cuestión de cuáles son las facultades dispositivas del hipotecante respecto de la cosa gravada antes de que llegue a producirse la extinción de la hipoteca, ya sea por pago de la deuda garantizada, bien por la ejecución de aquélla.

Como regla general, el propietario de la cosa (bien sea el hipotecante, bien un adquirente posterior) conserva todos los poderes o facultades de aprovechamiento económico y de disposición que integran el derecho de propiedad; en esta circunstancia radica precisamente la ventaja de la hipoteca como derecho real de garantía (85): el titular dominical puede «capitalizar» su propiedad —mediante la obtención de crédito— sin necesidad de verse privado de las facultades dominicales (86).

Sin embargo, el hecho de concurrir sobre la cosa gravada el derecho de otra persona distinta del propietario (el acreedor hipotecario) hace necesario establecer un mecanismo tendente a asegurar que la garantía se mantenga incólume, así como sujetar el ejercicio de la actividad dispositiva del propietario a una suerte de *ius prohibendi*, atribuido al acreedor hipotecario, para evitar, o bien remediar el posible menoscabo —físico o jurídico— de la cosa. Este mecanismo cristaliza en la llamada «acción de devastación» contemplada en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, que es el fiel trasunto del contenido del artículo 188 del Reglamento Hipotecario de 1915 (87).

(84) El cumplimiento forzoso en forma específica perjudicaría en este caso al arrendatario, por lo que probablemente no sea posible y por lo tanto origine un incumplimiento susceptible de generar responsabilidad contractual.

(85) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. IV (Hipotecas), Barcelona, 1948, pág. 675.

(86) LASARTE, *Curso de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1990, pág. 271.

(87) ROCA SASTRE, *op. cit.* (t. IV), págs. 676 y 677.

La parca redacción del artículo 117 de la LH, sobre todo al contrastarla con la de otras legislaciones extranjeras, había suscitado controversia en torno a la capacidad dispositiva del hipotecante para arrendar a largo plazo la finca. En sentido afirmativo es posible opinar que, dado que no existen dudas acerca de la capacidad del hipotecante para enajenar la finca, con mayor razón tendrá poder suficiente para arrendar, puesto que «quien puede lo más puede lo menos» (88). Por la negativa se ha alzado la tesis de Doral García, quien sostiene que el dueño de la finca no puede comportarse como un propietario normal y debe atemperar el alcance de sus facultades de disfrute y disposición —material o jurídica— conforme a su influencia en el mantenimiento del valor de la cosa (89).

Fue Ginot Llobateras uno de los primeros en hacer aplicación de esta concepción sobre la capacidad dispositiva del hipotecante al acto de arrendar; llevando al límite la tesis restrictiva, considera que la actuación del propietario hipotecante sobre la finca adolece de un «germen patológico» que la supedita a su conducta ulterior, de tal modo que si al constituirse la hipoteca hubiera certeza absoluta de incumplimiento de la obligación asegurada y subsiguiente ejecución, la posición del propietario sería la de un titular temporal del derecho. En apoyo de esta brillante argumentación cita, entre otras, la STS de 19 de mayo de 1952, en la que se declaró resuelto un contrato de arrendamiento otorgado por un heredero fiduciario, por considerar que su derecho estaba sujeto a condición resolutoria (90).

Mas de estas teorías restrictivas no se deduce inexorablemente —a nuestro juicio— ni la falta de capacidad dispositiva del hipotecante ni la resolución *ope legis* del arrendamiento tras la ejecución hipotecaria. Es de tener en cuenta que la tesis de Ginot Llobateras al respecto se formula en el año 1955, con anterioridad a la reforma del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, operada en 1959, cuya finalidad era precisamente desvanecer las dudas interpretativas que había suscitado el deficiente texto del artículo

(88) Ahora bien, en coherencia con esta vía interpretativa, será preciso deducir la insubsistencia del arrendamiento a instancia del adquirente en subasta de la finca, pues éste es el efecto previsto para el caso de la venta de la finca hipotecada en el artículo 1.571 del CC.

(89) DORAL GARCÍA, «La conservación de la cosa hipotecada», *RDP*, 1962, págs. 500-515, y *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967. Como dice Doral, el propietario hipotecante puede vender, pero la venta no perjudica al acreedor, puede volver a hipotecar, pero la hipoteca no afecta al primer acreedor, establecer un derecho real limitado de disfrute, que no afecta al acreedor, puede dividir o segregar la finca, mas no por ello afecta, sin su consentimiento, al acreedor. . (*La fase de seguridad...*, cit., pág. 398)

Le sigue, en cierta medida, CHICO ORTIZ, en *Estudios de Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, 1989, págs. 1501 a 1505

(90) GINOT LLOVATERAS, *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su ejecución*, loc. cit., págs. 1224 y 1225.

lo 117 de la LH en la doctrina; y, tras la reforma, se contempla —tímidamente, hay que reconocerlo— el supuesto que había preocupado a aquel autor. La inclusión en la hipótesis de hecho de la norma del evento consistente en arrendar una finca hipotecada impide de raíz sostener que el hipotecante carece de poder de disposición para arrendar. Y es más: entre los efectos que se establecen para el acontecimiento de tal evento no se incluye el de resolución del contrato tras la adjudicación hipotecaria. La postura de Doral García, posterior a la reforma del artículo 219 RH, pone énfasis en la delimitación de la esfera de competencia del dueño sobre la finca hipotecada, que deriva del hecho de ser una competencia compartida con la que ostenta el acreedor hipotecario sobre la finca. Por ello, el propietario hipotecante no podrá establecer con *eficacia permanente* cargas o limitaciones que impliquen una disminución del valor de la finca, y, de establecerlas, creará *situaciones jurídicas carentes de firmeza*. El arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca no se asienta en la *relación jurídica de propiedad*, sino en la *relación de garantía*; la propiedad sobre la finca, durante la fase de seguridad en la hipoteca, alberga un *estado cuestionable* del que, por tanto, participa el arrendamiento (91).

Del artículo 219.2 del RH se ha querido deducir en algunas de las sentencias comentadas *supra* que los arrendamientos por renta superior a la determinada en el precepto subsisten tras la ejecución hipotecaria, mientras que los de renta inferior quedan resueltos. Mas, como acertadamente comenta García García, este precepto nada dispone en orden a la posible eficacia del arrendamiento frente al adjudicatario de la finca, porque entre las medidas adoptadas no se contempla la de rescindir o anular el contrato ni siquiera en concepto de «medidas que el juez estime conveniente» (92).

En conclusión, el acreedor hipotecario —y no otra persona— puede evitar o remediar las actuaciones del deudor que produzcan menoscabo del valor de la finca. Los remedios instituidos por el legislador son estrictamente: solicitar al juez que declare vencido el crédito: decretar la administración judicial de la finca; ordenar la ampliación de la hipoteca (por ejemplo, extendiéndola a las rentas que produzca el inmueble), o bien adoptar cualquier otra medida que estime pertinente. Se presume —*iuris tantum*— que el valor de la finca queda disminuido cuando la renta anual concertada, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada. Mas a partir de este precepto —que parece ser de interpretación restrictiva, por el criterio *odiosa sunt restringenda*— ni es posible deducir la resolución

(91) *La fase de seguridad*, cit., págs. 331 a 334.

(92) GARCÍA GARCÍA, *La ejecución hipotecaria...*, loc. cit., pág. 2239, con expresa referencia al parecer de La Rica, quien intervino en la reforma reglamentaria.

ope legis de ningún arrendamiento ni menos aún la instancia del adjudicatario. Unicamente el acreedor hipotecario está legitimado activamente para ejercitar la acción de devastación.

En realidad, el artículo 219 del RH proporciona argumentos interpretativos favorables a la subsistencia del arrendamiento en cuestión (93), aunque en rigor no contempla exactamente el problema de la eficacia del contrato frente al adjudicatario. Estos son:

1. El hipotecante puede válidamente arrendar, no carece de capacidad dispositiva. De lo contrario, este supuesto no podría constituir hipótesis de hecho de una norma reglamentaria.

2. Un criterio legal, puramente orientativo, para determinar cuáles arrendamientos suponen una desvalorización del inmueble es el del valor de la renta, que el Reglamento fija en los términos antes transcritos. Mas la desvalorización del inmueble por consecuencia de un arrendamiento cuya renta es insuficiente, en sí misma, no autoriza ni al acreedor hipotecario siquiera para solicitar del juez la declaración de resolución del contrato en cuestión (art. 219 RH).

c) La acción de devastación y su operatividad en este caso

Por las razones en parte expuestas en el apartado anterior, el acto de arrendar una finca hipotecada, en ciertos casos, constituye presupuesto específicamente establecido para el ejercicio de la acción de devastación *ex* artículos 117 LH y 219 RH. Legitimado activo para interponerla es el acreedor hipotecario. Entre los efectos previstos para el caso de prosperar la acción no figura el de facultar al actor para solicitar del juez que declare resuelto el contrato lesivo.

En términos generales, abundan en la doctrina hipotecarista opiniones escépticas acerca de la utilidad de este remedio jurídico (94). Con anterioridad a la reforma del artículo 219 del RH, afirmaba Roca Sastre que la regulación establecida en el artículo 117 de la LH resultaba deficiente, en parte, por tratar simultáneamente dos presupuestos de ejercicio contradictorios («evitar» o «remediar» el daño) y, además, por no especificar debidamente a qué tipo de administración judicial se refiere el texto. Por ello, este

(93) En este sentido, Alvarez Caperochipi, citado en nota 17 del presente trabajo

(94) Como explica Doral García, ello es consecuencia de la teoría procesalista acerca de la hipoteca que minimiza los efectos que produce ésta antes de la ejecución, el autor considera superada esta concepción de la hipoteca —cuyo principal expositor es Carnelutti— y construye su obra en torno a la concepción de la hipoteca como relación jurídica de garantía, cobrando así relevancia la fase de seguridad y su reflejo procesal, la acción de devastación (*La fase de seguridad.*, cit., págs. 79-103).

autor proponía incluir entre los efectos de la acción los de facultar al actor para solicitar el vencimiento anticipado del crédito o pedir ampliación de la hipoteca, tal y como establece el artículo 2.743 del *Código* de 1942 (95). A pesar de la buena acogida de estas propuestas con ocasión de la reforma del Reglamento Hipotecario, la operatividad de la acción sigue siendo puesta en entredicho. García García, por ejemplo, señala que «en todo caso el artículo 219.2.^a RH es de poca utilidad y no se ha usado nunca en la práctica» (96). Y Bolas Alfonso opina que «a pesar de las buenas intenciones del legislador, estas normas dejan bastante que desear, pues aparte de la dificultad de concretar en la realidad el supuesto de hecho, ni siquiera aclaran estos artículos si el juez podrá declarar la rescisión e ineficacia del arrendamiento. Además —añade—, la admisión de la acción de devastación es en fase de seguridad, pero no en fase de ejecución de la hipoteca...» (97). Posiblemente, la acción de devastación resulte de mayor utilidad en los casos de hipoteca con pacto de exclusión de responsabilidad personal del deudor, en los términos que admite el artículo 140 LH.

En los supuestos de las sentencias examinadas, el acreedor hipotecario (entidad bancaria) no ejercitó la acción de devastación, ello con el agravante de que en algunos de esos casos figuraba en la escritura de hipoteca la prohibición de arrendar la finca. Aunque lo hubiera hecho, no parece que el juez hubiera podido decretar la resolución del arrendamiento. Y en fase de ejecución ya no es posible el ejercicio de la acción. Por todo ello, este remedio se revela como inoperante para solucionar el tema que nos ocupa.

1.3.2 El contrato de arrendamiento ante el adjudicatario

El adjudicatario de una finca arrendada, en el procedimiento especial hipotecario, entra en conflicto de intereses con el arrendatario, tercer poseedor. Este conflicto de intereses ha dividido a la jurisprudencia, que se inclina últimamente por fallar en sentido favorable a los derechos del arrendatario (98).

En el ordenamiento español, semejante postura jurisprudencial lesiona los intereses del adjudicatario, que se encuentra con la sorpresa de tener que soportar las consecuencias de un contrato de tracto sucesivo sin haber sido

(95) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. IV (Hipotecas). Barcelona, 1948, págs. 675-682.

(96) *La ejecución hipotecaria*, loc. cit., pág. 2238

(97) «A propósito del arrendamiento urbano...». cit., en *RDP*, 1989, pág. 127. Este autor opina que del artículo 219 RH pueden extraerse interpretaciones favorables y contrarias a la subsistencia del arrendamiento tras la adjudicación hipotecaria (loc. cit.).

(98) *Vid. supra*, I

parte. La sorpresa puede ser beneficiosa o ruinosa, según la conservación o merma en la rentabilidad del inmueble producida por la cuantía de la renta pactada. Mas, ante todo, el adquirente que acude a la subasta confiando en los datos del Registro no tendría por qué soportar ningún tipo de sorpresa. En líneas generales, pensamos que el conocimiento o ignorancia del arriendo, por parte del adjudicatario, es relevante a la hora de establecer cuáles son sus medios jurídicos de defensa. No olvidemos que la propia LAU —para suplir la deficiencia de publicidad que la doctrina atribuye a los arrendamientos protegidos— impone la obligación de declarar sobre este hecho, bajo pena de falsedad en documento público, en los casos de enajenación de la finca arrendada llevada a cabo por el arrendador (art. 55.2 LAU).

En defensa del adjudicatario es elogiable la coordinación de sus intereses con los del arrendatario operada en el sistema alemán; según Doral García (99) y Moro Ledesma (100), la Segunda Comisión que intervino en la elaboración del Código Civil, después de aceptar el principio «venta no quita renta», se abstuvo de aplicarlo a la enajenación forzosa, buscando así no reducir el número de postores en las subastas, mas correlativamente se adoptó el criterio de dotar al rematante de un derecho extraordinario de denuncia, en caso de subsistencia del arrendamiento, para hacerlo cesar una vez transcurrido un lapso de tiempo.

En los contratos de arrendamiento cuyo objeto sea una finca hipotecada, el adjudicatario de la finca, tras la ejecución de la hipoteca, se encuentra en la posición de tercero. Sus derechos frente al arrendatario se encuentran indirectamente contemplados en diferentes disposiciones, según el tipo de arrendamiento concertado. Se hace preciso, por ello, distinguir al menos cuatro grupos de supuestos:

1.º Los arrendamientos sujetos al Código Civil.

Los arrendamientos rústicos o urbanos excluidos del ámbito de aplicación de la legislación especial se rigen por las normas del Código Civil (o foral, en su caso). El Código Civil aborda el problema de la eficacia del contrato de arrendamiento frente a terceros adquirentes de la finca en los artículos 1.571 y 480. El primero de ellos faculta al comprador de la finca arrendada para dar por resuelto el contrato de arrendamiento, en cuyo caso el arrendatario tiene derecho a exigir del vendedor una indemnización. El artículo 480 contempla el problema de los arrendamientos concertados por quien es sólo titular temporal, o limitado, del derecho sobre la finca —en concreto, el usufructuario— para, con parecido criterio, establecer la reso-

(99) DORAL GARCÍA, *La fase de seguridad*, cit., pág. 328.

(100) MORO LEDESMA, «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca» (dictamen), en *ADC*, 1955, cit., pág. 1344

lución del arrendamiento al finalizar el usufructo (en este caso sin añadir nada en cuanto a una posible indemnización). En Navarra, el Fuero Nuevo reformado en 1987, con técnica legislativa modélica, emplea una fórmula abstracta que comprende todos los casos posibles de extinción de la titularidad sobre la finca (L. 592 FN). Ambos supuestos del Código —actos de enajenación de la finca (cuyo ejemplo paradigmático es el contrato de compraventa) y resolución del derecho del arrendador (con expresión principal en la extinción del usufructo)— guardan una cierta semejanza con el supuesto de transmisión de la finca por adjudicación hipotecaria: la venta judicial es el negocio por el cual el adjudicatario adquiere y, por tratarse ante todo de una compraventa, el caso sería subsumible en la hipótesis de la norma del artículo 1.571 del CC, si bien con la diferencia —a la que algunos otorgan especial relevancia— de tratarse de una venta judicial o forzosa. Y también se ha opinado que el supuesto de adjudicación hipotecaria guarda una cierta analogía con el de resolución del derecho del arrendador por expiración del usufructo, partiendo para ello de la teoría restrictiva acerca de las facultades dispositivas del hipotecante sobre la finca (101).

2.² Arrendamientos urbanos sujetos a la LAU.

La LAU atiende igualmente a los casos de enajenación de la finca constante el arrendamiento (si bien con la defectuosa fórmula del artículo 57) y de resolución del derecho del arrendador. Respecto al primer aspecto, los posibles derechos del adjudicatario dependen de la interpretación que se haga de la expresión «suceda» contenida en la norma; a este respecto, la doctrina mayoritaria defiende que se trata de un supuesto de «subrogación personal» forzosamente impuesta por la Ley (102). Se entiende por ello que la LAU deroga al artículo 1.571 del CC en lo relativo al régimen de los arrendamientos en caso de transmisión de la propiedad de la finca. En cuanto a la extinción del derecho de usufructo del arrendador, aparece contemplada entre las causas de resolución del contrato (art. 114.12.³) de forma matizada: la resolución del contrato solamente se producirá en tal caso cuando se pruebe que el usufructuario concertó el contrato de arrendamiento «en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad»; puede entenderse por ello que la LAU, al establecer el principio de que la extinción del usufructo no es causa de resolución del contrato más que en contados casos excepcionales, se aparta igualmente del régimen del Código en este punto. La aplicabilidad del régimen de extinción del usufructo al supuesto de adjudicación hipotecaria resulta controvertida por idénticas razones que las

(101) Expuesta *supra* en el punto b) del apartado 1.3.1 anterior.

(102) *Vid infra*, III.2

relativas a la transmisión por compraventa, mas en el caso de que se consideren aplicables resultaría, como regla general, que el arrendamiento subsiste y, como excepción, que el arrendamiento-gravamen se resuelve tras el cambio de titularidad sobre la finca (103).

3.^º Arrendamientos rústicos sujetos a la LAR (104).

La redacción dada al artículo 74 LAR supera, a nuestro juicio, algunos de los obstáculos imputables al artículo 57 de la LAU en orden a considerar la posible inclusión del supuesto de adquisición por adjudicación hipotecaria en su hipótesis de hecho. Ello porque, de una parte, el artículo 74 se refiere en abstracto a «el adquirente de la finca» (apartándose del límite que supone la expresión «que suceda al arrendador», propia de la LAU) y no se ve la razón por la cual el rematante pudiera verse excluido y, de otra, porque —continúa el precepto— «quedará subrogado en todos sus derechos y obligaciones», entre las cuales figura, evidentemente, la de prorrogar el contrato, si bien en los términos previstos en los artículos 25 y concordantes de la LAR, que no establecen una prorrogabilidad indefinida. Esta regla general, claramente enunciada en la LAR, únicamente podría quebrar, a nuestro juicio, en caso de tratarse de arrendamientos concertados de mala fe, y ello atendiendo no a su resolución, sino a la inexistencia del contrato por defecto de declaración de voluntad.

A su vez, los casos de resolución del derecho del arrendador aparecen contemplados, también genéricamente, en el artículo 78 de la LAR, donde se faculta «al que resulte propietario» para pedir la resolución del contrato, ello «sin perjuicio de las acciones que correspondan a quienes (lo) concertaron». En el artículo 13, esta Ley especial establece en concreto que el arrendamiento rústico concertado por el usufructuario u otros titulares de derechos de goce sobre la finca se resolverá al extinguirse el derecho del arrendador, si bien respetando la conclusión del año agrícola y salvo pacto en contrario. Este sistema se aparta diametralmente en tal punto al propio de la LAU, aproximándose al del Código Civil.

La aplicación del artículo 78 al supuesto de adjudicación hipotecaria, o extensión análoga en el caso del artículo 13, requerirá sin embargo demostrar que el arrendador y deudor hipotecario es un «titular temporal del derecho sobre la finca» [tesis de Ginot Llovateras, a la que nos hemos referido *supra* 1.3.1.b)].

(103) Como expusimos *supra*, no todos los arrendamientos constituyen gravamen. Lo son aquellos que requieren poder de disposición para concertarlos. Los dos criterios decisivos al respecto son la larga duración pactada, que puede darse en arrendamientos no sujetos a prórroga forzosa, y la escasa cuantía de la renta.

(104) *Vid* SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, págs. 231 a 253, y bibliografía reseñada.

Tras estas consideraciones resulta que los derechos del adjudicatario frente a un arrendatario protegido por la LAR son contradictorios. Si la hipótesis se subsume en el supuesto genérico del artículo 74, aplicable a cualquier adquirente, el arrendamiento será prorrogable; por el contrario, si se opina que la adjudicación hipotecaria guarda analogía con la extinción de un derecho real de goce, resulta que el arrendamiento podrá ser resuelto a instancias del actual titular (arg. ex. artículo 13 LAR).

4.º Arrendamientos urbanos concertados tras el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril.

Este último grupo de arrendamientos es el de mayor interés por su actualidad. Hoy día ya no se presentarán, por lo general, más casos de arrendamientos urbanos sujetos a prórroga forzosa, si bien el Real Decreto-ley no prohíbe que se pacte expresamente la sujeción del contrato a lo dispuesto en el artículo 57 LAU (105). Ahora bien, al parecer, la supresión de la obligatoriedad de la prórroga forzosa —que es lo que, en rigor, establece el Real Decreto-Ley en el artículo 9— ha producido *de facto* una tendencia a pactar plazos de duración prudencialmente largos (tres o cinco años como mínimo), sobre todo cuando el arrendatario asume voluntariamente la realización de obras costosas en el inmueble. La prorrogabilidad de estos contratos se rige por las disposiciones del Código Civil relativas a la tácita reconducción (arts. 9 del Real Decreto-ley y 1.566 del CC).

Los arrendamientos de finca hipotecada posteriores al 9 de mayo de 1985 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, según su disposición final) en los que no se haya pactado expresamente la sujeción al artículo 57 de la LAU de 1964 carecen de la específica oponibilidad a futuros adquirentes de la finca prescrita en la legislación especial. Conservan, sin embargo, la general oponibilidad que produce todo contrato en el sentido de imponer a terceros el deber de respetar las convenciones válidamente celebradas. Se podría creer que para estos arrendamientos rigen los artículos 1.571 y 480 del CC, que siguen la máxima «venta quita renta»; mas, según Albarcar López, ello no es así, puesto que el Real Decreto-ley se limita a excluir la aplicación obligatoria del artículo 57 de la LAU y dota al contrato de la duración que libremente estipulen las partes. Este pacto no sería respetado —señala el magistrado— si el contrato pudiera resolverse

(105) Según Albarcar López, cabe también pactar un plazo de duración por tiempo indefinido, en cuyo caso se entenderá hecho el contrato por años, meses o días, según la fijación del alquiler, por aplicación del artículo 1.581 CC, o por referencia a un hecho, condición o suceso. No serán válidos los pactos de duración a perpetuidad ni aquellos en que se atribuya a una sola de las partes la facultad de fijar la duración (*Ley de Arrendamientos Urbanos Comentarios y jurisprudencia*, t. I, Granada, 1989, pág. 694). Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil*, t. XX, vol. I, cit., págs. 613 y ss

por el hecho de haber sido vendida la finca, y esta interpretación puede extenderse a los supuestos de sucesión de heredero fiduciario por el fideicomisario, adjudicación hipotecaria y transmisión mediante contrato transaccional (106).

En nuestra opinión, la infracción —por parte del adjudicatario— al deber jurídico de respetar válidas —pero ajenas— convenciones podría conducir hacia una suerte de responsabilidad (necesariamente extracontractal), en cuyo origen de producción cobrará relevancia la buena fe en el tercero. En el caso, frecuente, de que el rematante acudiera a la subasta a sabiendas de que el inmueble se encontraba arrendado, cabe interpretar que opera en el supuesto una posible declaración tácita de voluntad en el sentido de respeto al plazo de duración pactado por los contratantes. Incluso en el caso contrario, de ignorancia acerca del arriendo en el rematante, puede esgrimirse en favor de la subsistencia del contrato el argumento de la publicidad posesoria como excluyente de la buena fe. No es óbice para ello pensar que el adjudicatario tiene deber de conocer sólo los datos deparados por el Registro, pues que el arrendamiento sea inscribible no significa que los no inscritos puedan ser desconocidos por terceros de buena fe; para dotar de publicidad a estos hechos, el ordenamiento solamente prevé el instituto de la posesión.

2. LA ADJUDICACIÓN HIPOTECARIA: ¿UN SUPUESTO DE «SUCESIÓN» EX ARTÍCULO 57 DE LA LAU DE 1964?

La simple lectura del texto de la LAU sobre prórroga forzosa produce la impresión de que adolece de una deficiente técnica legislativa. Literalmente menciona la figura jurídica de la «sucesión», instituto que, en rigor, se refiere a la transmisión derivativa de los derechos subjetivos (reales o personales), mas la norma no especifica a cuáles derechos subjetivos del arrendador se refiere, y en lugar de ello menciona alternativamente la obligación de prorrogar el contrato o bien todas las obligaciones del arrendador. La fórmula, considerada en su tenor literal, no es correcta, porque propiamente sólo puede haber sucesión en los derechos (¿cómo puede alguien «suceder» en algo que no existe?... Ello no es posible en la sucesión *inter vivos*, en principio); para aludir a las modificaciones subjetivas de la relación obligatoria, el término adecuado es el de «subrogación», que puede darse por voluntad de la partes o excepcionalmente por imperativo de la Ley (107).

(106) ALBARCAR LÓPEZ, cit., págs 695 y 696. Cree este autor que estos arrendamientos están sujetos a las causas de extinción previstas en el artículo de la LAU.

(107) Sobre este punto nos remitimos a las obras de Sancho Rebullida, quien lo ha abordado en profundidad. Vid «La novación de la obligación en el Derecho español»,

Semejante texto normativo ha causado perplejidad en la más destacada doctrina, y ha originado esforzadas interpretaciones que, por diversos senderos, desembocan globalmente en dos conclusiones antagónicas a la hora de considerar al tercero adjudicatario incurso o ajeno a la norma.

No es éste el lugar ni la ocasión de condensar todos los argumentos vertidos al respecto (108); buena parte de ellos han sido ya aludidos en los epígrafes precedentes. Pero esta consideración general lleva a pensar que, probablemente, se ha producido una discordancia entre las pretensiones del legislador —la *ratio legis*— y lo realmente establecido en el artículo 57 de la LAU. Por eso analizaremos separadamente estos dos aspectos interpretativos.

2.1. *La ratio legis*

De la larga evolución legislativa y subsiguientes reacciones doctrinales que provocaron las sucesivas redacciones de los preceptos relativos a la prórroga forzosa (109) (a la que hemos hecho ya sucinta referencia *supra*,

en *R C D.I.*, XXXVIII, núms. 404-405, enero-febrero de 1962, págs. 1 a 22, posteriormente publicado en sus *Estudios de Derecho civil*, t. I, Pamplona, 1978, págs. 221 a 242; *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), t. XVI, vol. I, Madrid, 1980, págs. 660 y ss; *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1985, págs. 293 a 318, y bibliografía allí citada

(108) Sobre las opiniones de Ginot Lloveras y López Jacoste, repetidamente citadas, Doral García dedica el apartado 3 del capítulo III de su obra a la interpretación histórica, teleológica, sistemática y lógica del artículo 57 de la LAU; concluye que «el arrendatario es poseedor sin título, ya que el arrendamiento tiene carácter personal y el derecho del concedente se ha extinguido; no hay, por tanto, sucesión en este caso, aunque tenga lugar la transmisión de la propiedad al adjudicatario» (DORAL GARCÍA, *La fase de seguridad*., cit., págs. 335-350, en especial págs. 348-349). Contradice así las opiniones de Amorós Guardiola (expresada en el «Comentario a la STS de 4 de mayo de 1961», en *ADC*, 1961, págs. 1013 y ss) y Fuentes Lojo (*Suma de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1960, pág. 414), estos últimos autores entendieron que el adjudicatario sucede al arrendador por emplear la LAU el término «sucesión» en sentido lato.

(109) Una Ley de 9 de abril de 1842, inspirada en ideología liberal, estableció el principio de libertad contractual en materia de arrendamientos, apartándose de las normas protectoras de los arrendamientos incorporadas a la Novísima Recopilación: la Ley liberal inspiró los preceptos del título VI, libro IV, del CC en la materia. Posteriormente, la Primera Guerra Mundial provocó la necesidad de potenciar el mercado arrendaticio en toda Europa, en España se dictaron una serie de Decretos estableciendo la prórroga forzosa del contrato (Reales Decretos de 21 de junio de 1920, 19 de octubre de 1921, 2 de diciembre de 1922 y 13 de diciembre de 1923, que refundió los anteriores); los Reales Decretos de 17 de diciembre de 1924 y 21 de diciembre de 1925 refundieron nuevamente las disposiciones relativas a la prórroga forzosa; el Decreto de 29 de diciembre de 1931 derogó la normativa anterior y fue sustituido por el Decreto de 21 de enero de 1936, que redujo a tres las excepciones a la prórroga forzosa. Durante la guerra

II.3), se deduce, a nuestro juicio, que la intención del legislador fue mantener el arrendamiento tras cualquier tipo de cambio en la titularidad real sobre la finca, y ello independientemente de que tuviera o no lugar en dicho cambio el fenómeno jurídico de la sucesión traslativa en aquella titularidad (110). Ello se deduce de las consideraciones siguientes:

1.^a Una de las originarias disposiciones instauradoras de la prórroga forzosa fue el Decreto de 29 de diciembre de 1931, en el que se establecía la continuidad en el contrato únicamente para los casos de «cambio de dueño» (111). Tal sistema indujo a la jurisprudencia a declarar la resolución del contrato de arrendamiento concertado por usufructuario tras la extinción del derecho limitado y consiguiente consolidación de las facultades correspondientes en el derecho de la propiedad, en una interpretación literal del precepto (112). Para evitar esta consecuencia indeseada, el legislador procedió a efectuar un añadido al texto con la frase «cambio de dueño o titular arrendador», presente en el artículo 70 de la LAU de 1946 (113),

civil española fructificaron nuevas normas proteccionistas (Decretos de 1 de mayo de 1937 y 28 de mayo de 1937 y Leyes de 9 de junio de 1939 y 7 de mayo de 1942). Esta dispersa normativa dio lugar a la primera Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946, que fue reformada por Ley de 21 de abril de 1949. Con posterioridad se recoge la prórroga forzosa en la Ley de Bases para la reforma de la legislación de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955 (*BOE* núm. 357, de 23 de diciembre de 1955), cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956 (*BOE* núm. 112, de 24 de abril de 1956). La LAU de 1955 y su texto articulado sufrieron una modificación parcial, operada por la Ley 40/1964, de 11 de junio (*BOE* núm. 141, de 12 de junio de 1964); el texto refundido de las citadas Leyes fue aprobado por Decreto 4014/1964, de 24 de diciembre (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre). Sobre esta normativa, el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, dictado a iniciativa del ministro Boyer, suprime en su artículo 9 la forzosa aplicación del artículo 57 de la LAU de 1964 a los contratos de arrendamiento dictados a partir de la fecha de publicación en el *BOE* (*BOE* núm. 111, de 9 de mayo; corrección de errores en *BOE* núm. 116, de 15 de mayo). (Tomado de ALBARCAR LÓPEZ, *op. cit.*, t. I., cit., págs 17 y ss.)

(110) Amorós Guardiola señala que el artículo 57 de la LAU articulada en 1956 consagra la preocupación del legislador por la estabilidad del contrato (*Arrendamiento de local de negocio.*, loc. cit., pág. 1023), y que el supuesto de adquisición mediante ejecución forzosa hipotecaria está incluido en la *ratio legis* del artículo 57 de la LAU (*Arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1027)

(111) Artículo 12 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 (*Gaceta* de 30 de diciembre de 1931) «Lo dispuesto en este Decreto será aplicable aun en el caso de que los inmuebles variesen de dueño por cualquier título. En todo caso quedarían a salvo las acciones que al inquilino pudieran corresponder contra el primitivo arrendador por consecuencia de la enajenación de la finca.»

(112) Por ejemplo, en la STS de 5 de diciembre de 1941; la apreciación es de GINOT LLOVATERAS, *El arrendamiento otorgado por el usufructuario...*, loc. cit., pág. 1218

(113) Artículo 70: «Sea cual fuere la fecha de su edificación y ocupación, y tanto en las viviendas como en los locales de negocio, aunque cambie el dueño o titular arrendador, llegado el día del vencimiento pactado en el contrato, éste se prorrogará

y, ello no obstante, la cuestión acerca de la subsistencia del arrendamiento concertado por usufructuario al extinguirse el usufructo continuó dividiendo la doctrina y a la jurisprudencia (114).

2.^a Tras la LAU de 1946 se añadió a la controversia existente una nueva cuestión: la relativa a la posible extensión del sistema establecido para el caso de arrendador-usufructuario a otros supuestos no previstos en la Ley. Representativo de esta preocupación fue el caso de un arrendamiento concertado por heredero fiduciario posteriormente sustituido por el fideicomisario, supuesto que la STS de 19 de mayo de 1952 falló declarando resuelto el contrato por entender que el derecho del arrendador estaba sujeto a condición resolutoria. Posiblemente este supuesto motivó un nuevo cambio en la fórmula legal, obedeciendo al deseo del legislador de aprehender una realidad práctica compleja y escurridiza. En cualquier caso, el artículo 57 del texto articulado de la Ley de Bases de 1955 introdujo por primera vez la desgraciada frase «aun cuando un tercero suceda al arrendador» (115), expresión que no se modifica en la reforma de 1964 (art. 57 de la LAU vigente).

3.^a La doctrina relativa a la LAU articulada en 1956 y, posteriormente, la que se refiere a la vigente LAU de 1964 aborda el problema de la extensión analógica del régimen previsto para el arrendador-usufructuario y arrendador-heredero fiduciario (116) a supuestos no previstos. Entre ellos se encuentra el aquí contemplado (arrendamiento concertado por hipotecante tras la adjudicación hipotecaria), así como otros parecidos [arrendador cuyo título de adquisición se encuentra sujeto a retracto convencional (117); usufructuario que arrienda y después es sustituido en su derecho

obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes.»

(114) Vid. detallada exposición de esta controversia en LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento notoriamente gravoso...*, loc. cit., págs. 1235 y 1236, notas 2 y 3, con la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

(115) En la exposición de motivos de la Ley de Bases para la reforma de la legislación de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, antes citada, consta textualmente: «La formulación del derecho a la prórroga forzosa es también objeto de matizaciones, haciéndola extensiva a los casos de extinción del usufructo por exigirlo así un criterio de ponderada equidad e interés social.» La exposición de motivos de la Ley 40/1964, de 11 de junio, citada, únicamente modifica en la materia un extremo relativo a las excepciones a la prórroga forzosa: el derecho de retorno (punto IV, número 4.º, de la citada exposición de motivos).

(116) López Jacoiste afirma: «en cuanto a los contratos concertados por el fiduciario sujeto a sustitución fideicomisaria, la corriente general es asimilarlos al régimen del usufructo» (*El arrendamiento notoriamente gravoso...*, loc. cit., pág. 1263).

(117) López Jacoiste opina que la causa 12.ª, principio, del artículo 114 de la LAU articulada en 1956 no es aplicable analógicamente al arrendador sujeto a retracto, porque «la posición de un nudo propietario en quien se consolida el pleno dominio por extinción del usufructo es distinta de la de quien recupera el pleno dominio que antes

por heredero fideicomisario (118); arrendador cuyo derecho está sujeto a pacto de reserva de dominio...]. En el análisis de esta interesante cuestión cobra relevancia la interpretación literal, o acaso sistemática, de los artículos 8 de la LAU de 1964 (119) y 57 de las Leyes de 1956 y 1964; florecen a partir de este momento argumentos en torno a si el adjudicatario «sucede» o «no sucede» al arrendador en la obligación de prorrogar el contrato tras el cambio en la titularidad dominical, mas este último planteamiento es erróneo desde el punto de vista de la institución implicada, como más adelante pondremos de relieve.

2.2. *El tenor literal del texto*

Esta vía de interpretación, considerada en líneas generales, trata de profundizar en el significado de la expresión «tercero “que” suceda al arrendador».

tuvo». «En la retroventa —señala— se vive una etapa nueva en la historia del dominio; en el usufructo no hay cambio de etapa histórica, sino un pasaje episódico de la misma etapa (op y loc cit., pág. 1262) La cuestión ha sido ampliamente tratada por Rubio Torrano en su citada monografía, a la que nos remitimos para la consideración de este aspecto.

(118) La STS de 16 de diciembre de 1967 atribuye al segundo usufructuario la facultad de solicitar la resolución del arrendamiento concertado por el primer usufructuario en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad, por extensión analógica del artículo 114, causa 12.^a *in fine*, de la LAU.

(119) La legislación arrendaticia admitió la analogía con anterioridad a la expresa inclusión de esta institución en el título preliminar del CC (así en el artículo 13 de la LAU de 1946). Tras la reforma de aquél operada en 1973, la doctrina interpretó que el CC se refiere a la analogía *iuris* y la LAU a la analogía *legis*; el legislador de 1946 pretendía impedir la aplicación —supletoria o analógica— del CC a materias reguladas en la legislación especial en caso de laguna. El TS declara: que la analogía no es posible entre sistemas legislativos distintos inspirados en diferentes principios jurídicos y sociales (Sentencia de 10 de octubre de 1960); que el artículo 8 de la LAU de 1964 sólo permite la analogía con preceptos de la LAU, nunca con los de leyes extrañas a ella (Sentencia de 8 de abril de 1967) Las SSTs de 28 de febrero, 4 y 6 de marzo de 1969 y 28 de febrero de 1973 abundan sobre los requisitos necesarios para la aplicación analógica de la LAU. En opinión de Albarcar López (pág. 247 de la op. citada al pie de la presente nota), la prohibición del artículo 4.2 del CC acerca de la aplicación analógica de leyes excepcionales «ha de entenderse inaplicable a la legislación arrendaticia urbana». Ello no obstante, el TS tiene declarado que algunos extremos previstos en la LAU no son susceptibles de interpretación analógica por ejemplo, los relativos a las causas de extinción del vínculo arrendaticio (STS de 5 de julio de 1948), la posibilidad de enervar la acción de desahucio por impago de la renta conforme al apartado 1.^o del artículo 147 de la LAU (STS de 27 de julio de 1950) y otros muchos (*vid.* SSTs de 14 de enero de 1955, 3 de octubre y 21 de noviembre de 1955, 17 de febrero de 1956, 22 de febrero de 1956, 5 de octubre de 1956, 10 de noviembre de 1956, 28 de septiembre y 2 de diciembre de 1957, 8 de febrero de 1960, 7 de octubre de 1963 y 26 de junio de 1973).

ALBACAR LÓPEZ, *Ley de Arrendamientos Urbanos*, cit., t. I, cit., págs. 243 y ss.

Para demostrar que el adjudicatario de finca arrendada no se encuentra en la posición de tercero sucesor se sostendrá: que el arrendador hipotecante tiene limitadas sus facultades dispositivas sobre la finca (120), por lo que transfiere al adjudicatario su derecho en la misma situación en que éste se encontraba, es decir, sujeto a una especie de «condición resolutoria» (121) que le convierte en un «titular temporal del derecho» (122), o que el arrendamiento se resuelve por analogía —admitida por el artículo 8 de la LAU— que guarda el supuesto con el de arrendamiento concertado por usufructuario «en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad» (art. 114.12.^a, *in fine*, de la LAU) (123), o acaso que, resuelto el derecho del arrendador sobre la finca, queda resuelto el arrendamiento que concertó por aplicación de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* y su derivado, el aforismo *resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum* (124); igualmente se sostendrá que entre el adjudicatario de la finca y el anterior propietario hipotecante, en definitiva, no media negocio jurídico alguno que integre el requisito del nexo causal indispensable para que se produzca el fenómeno de la sucesión traslativa al adquirir el nuevo titular en virtud de una venta forzosa (venta judicial) (125). Todos estos y

(120) DORAL GARCÍA, *La fase de seguridad*, cit., pág. 331.

López Jacoiste sostiene que el usufructuario no tiene capacidad dispositiva suficiente para imponer sobre la finca un gravamen, un arrendamiento en condiciones notoriamente gravosas (*El arrendamiento notoriamente gravoso...*, loc. cit., pág. 1256).

(121) La STS de 22 de diciembre de 1945 dice en uno de sus considerandos que la hipoteca «actúa a modo de condición resolutoria que se ha cumplido...» Participa de esta tesis Ginot Lloveras en *La hipoteca*, loc. cit., pág. 1224, Doral García afirma que la relación arrendaticia surgida de un contrato posterior a la hipoteca no se asienta en la relación de propiedad, sino en la de garantía (*La fase de seguridad...*, cit., pág. 333).

(122) GINOT LLOVATERAS, *La hipoteca*, loc. cit., pág. 1224.

(123) GINOT LLOVATERAS, *El arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1233. Sobre este razonamiento cfr. más adelante la interpretación que proponemos. En contra, Amorós Guardiola por entender que la posición jurídica del usufructuario y del hipotecante hace inaplicable cualquier intento de analogía (*Arrendamiento de local de negocio...*, loc. cit., pág. 1027).

(124) GINOT LLOVATERAS, *La hipoteca*, loc. cit., pág. 1173; incluye entre los arrendamientos que se resuelven por resolución del derecho del concedente el otorgado por deudor hipotecario tras la ejecución de la hipoteca, así como los concertados por derechos reales limitados sobre la finca, en *El arrendamiento...*, loc. cit., pág. 1233.

Amorós Guardiola participa igualmente de esta opinión en *Arrendamiento de local de negocio...*, loc. cit., pág. 1020.

(125) GINOT LLOVATERAS, *La hipoteca...*, loc. cit., pág. 1217.

GARCÍA GARCÍA, *La ejecución hipotecaria...*, loc. cit., pág. 2236.

Amorós Guardiola refuta este argumento por considerar que, si bien el adjudicatario adquiere sin el consentimiento del titular, los efectos de la venta voluntaria o judicial son los mismos; el rematante asume la titularidad de la finca hipotecada. Y a este efecto, y prescindiendo de rigorismos técnicos, es al que se refiere la LAU al emplear el término «sucesión» (*Arrendamientos...*, loc. cit., pág. 1026).

otros argumentos semejantes revelan la pretensión de atribuir a la expresión utilizada por el legislador un significado institucional estricto.

Contrariamente, se aducirán argumentos favorables a considerar que el adjudicatario «sucede» al arrendador atendiendo a: que el supuesto de adjudicación hipotecaria guarda analogía —permitida por el artículo 8 de la LAU— con el de subsistencia del arrendamiento tras la extinción del derecho de usufructo del arrendador, supuesto éste que, según los artículos 57 y 114.12.^a, en principio no constituye causa de resolución del arrendamiento (126); que lo que impone la LAU en el artículo 57 es una cesión de contrato forzosa (127); que el adjudicatario es causahabiente del arrendador porque adquiere mediante compraventa (aunque sea judicial) (128); que no existe analogía entre nuestro supuesto y el caso del heredero fiduciario; que el artículo 114.12.^a *in fine* contempla una causa excepcional (sobre los principios de la LAU) de resolución del arrendamiento y las excepciones no son susceptibles de extensión analógica (129)...; en resumen, tales razonamientos atribuyen a la expresión «sucesión» un significado lato (130) o amplio (131).

2.3. Interpretación propuesta

A nuestro entender, lo que realmente ocurre es que el artículo 57 de la LAU presenta una formulación incorrecta desde el punto de vista institucional, y por ello provoca unas deducciones doctrinales y jurisprudenciales que se oponen diametralmente a lo querido por el legislador.

Que la formulación es incorrecta se deduce teniendo en cuenta instituciones básicas del Derecho civil. En efecto, la expresión «sucesión» (132)

(126) AMORÓS GUARDIOLA, *Arrendamiento de local de negocio...*, loc. cit., pág. 1027.

(127) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. II, Barcelona, 1987, pág. 336.

(128) Por esta razón, categóricamente afirma Amorós Guardiola «que la adjudicación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 57 de la LAU» (*Arrendamiento de local de negocio.*, loc. cit., pág. 1026).

(129) En este sentido, Albacar López señala que las causas de resolución del vínculo arrendatario no son susceptibles de interpretación analógica, conforme a la STS de 5 de julio de 1948 (*Ley de Arrendamientos Urbanos.*, loc. cit., pág. 247).

(130) En este sentido, AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a la STS de 4 de mayo de 1961», en *ADC*, 1961, pág. 1026.

(131) En este sentido, FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos*, t. I, Barcelona, 1984, págs. 665 y ss., especialmente pág. 668.

(132) *Vid* la breve pero esclarecedora exposición de Amorós Guardiola en torno a los posibles significados, amplio y estricto, del término «sucesión» que emplea el artículo 57 de la LAU (*Arrendamiento.*, loc. cit., pág. 1024 y bibliografía allí citada).

hace referencia, *per se*, a las transmisiones derivativas de los derechos subjetivos, tanto reales como de crédito. La sucesión puede darse *inter vivos* o *mortis causa*, y ello a título universal o a título singular.

En principio, la sucesión a título universal —que implica la transmisión en bloque de un patrimonio y, con ella, la dinámica constante entre los lados activo y pasivo del mismo— sólo tiene lugar en la sucesión *mortis causa*, en el caso de la herencia (no en el legado), mientras que las transmisiones *inter vivos* lo son a título singular (en ellas se transfiere el derecho, desligado de otros elementos integrantes del patrimonio). La sucesión *inter vivos* sólo cabe en los derechos, no en las obligaciones; cuando, excepcionalmente, se transmite una relación obligatoria, el fenómeno se denomina, propiamente, subrogación.

Por ello es impropio establecer «la sucesión del arrendador en sus *derechos y obligaciones*». Si la Ley quiere establecer la transmisión de la obligación de prorrogar el contrato, debería emplear el término «subrogación». No parece que la Ley pretenda aquí prescribir la transmisión de los derechos del arrendador —el principal de ellos, percibir la renta— dado que al artículo 57 de la LAU se refiere fundamentalmente a la institución de la prórroga forzosa.

De alguna manera, los argumentos interpretativos anteriormente mencionados obedecen a un enfoque impreciso cuyo origen se encuentra en la mezcolanza de instituciones y conceptos jurídicos presentes en el texto. Una cosa es colocarse en la posición del arrendador en su obligación de prorrogar el contrato (esto es subrogarse, no suceder); otra cosa es colocarse en la posición del arrendador en la relación contractual considerada en si conjunto (esto es, específicamente, cesión de contrato), y otra cosa diferente es dilucidar cuáles son los casos en que la Ley impone o la subrogación o la cesión del contrato, y aquí cobra significado la expresión «suceder»: será, lógicamente, en los casos de cambio de titularidad real sobre la finca arrendada. La expresión «suceda al arrendador» sólo puede designar el fenómeno de la sucesión traslativa en el derecho real sobre la finca; es éste el caso en que la LAU impone, consecuentemente, la subrogación forzosa en las obligaciones del arrendador, especialmente en la que consiste en prorrogar el contrato.

Que este significado del texto comentado se deduce de dos razones de peso: a) la primera de ellas se fundamenta en las enseñanzas de Lacruz Berdejo, quien en repetidas ocasiones afirma que el artículo 57 de la LAU impone al adquirente de la finca arrendada la asunción forzosa de la posición contractual del arrendador (133); con ocasión del tratamiento de la

(133) «El tercer adquirente subentra desde el día de la adquisición del inmueble en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento. Hay aquí un caso de

figura de la cesión de contrato, añade que, si bien ésta es en principio de carácter voluntario, sus efectos «se producen por obra de la Ley cuando alguien adquiere un inmueble arrendado con derecho a prórroga forzosa y queda investido, por tanto, en la posición de arrendador, y lo mismo en cuanto a los contratos de trabajo de los empleados cuando se traspasa una empresa mercantil (134); b) la segunda razón se apoya en la regulación contenida en el artículo 44, inciso 1, del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, que contempla un supuesto paralelo al que nos ocupa: en el aludido texto se distingue claramente entre la hipótesis (el fenómeno de la sucesión en la titularidad de la empresa) y la consecuencia jurídica (la subrogación del adquirente en las obligaciones del anterior empresario). La jurisprudencia aclara que, en caso de empresa hipotecada, la ejecución de la hipoteca y posterior adjudicación al rematante no constituye causa de extinción de los contratos laborales de los empleados (Sentencias del hoy extinguido TCT de 17 de marzo de 1983 y 27 de diciembre de 1984 y SSTs de 14 de noviembre de 1977, de 26 de enero de 1984, de 23 de septiembre de 1985 y 28 de mayo de 1986) (135). Admitida la opinión de Lacruz acerca del paralelismo entre estos casos de cesión de contrato impuesta *ope legis*, sólo resta afirmar que el efecto perseguido por estas dos manifestaciones de las legislaciones denominadas «sociales» no es otro que el de mantener el contrato en los casos de cambio de titularidad sobre la finca o sobre la empresa, respectivamente; sólo que el legislador de 1980, al redactar el artículo 44 del ET, dio con una fórmula más acorde con el Derecho civil que la empleada en el artículo 57 de la LAU.

Aclarado así el significado del texto que nos ocupa, queda por analizar una cuestión conexas: ¿la adjudicación hipotecaria integra una sucesión en la titularidad real sobre la finca?... El texto de la LAU nada dice a este respecto, por lo que los autores proceden a examinar la posibilidad de la extensión analógica con un supuesto que sí aparece contemplado: el de la extinción del usufructo del arrendador. Decíamos que en torno a este punto

cesión del contrato, que será *ex lege*, como si las obligaciones del arrendador frente al arrendatario fueran asumidas *propter rem*, sin posibilidad de librarse de ellas salvo mediante el abandono de la cosa». *Elementos de Derecho civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, pág. 215

(134) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. II, Barcelona, 1987, pág. 336

(135) Citadas por ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989, pág. 373, notas 22 y 23. Texto del primer inciso del artículo 44 del ET «La sucesión de empresa —El cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos *inter vivos*, el cedente, y en su defecto el cesionario (...) responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas»

la LAU adopta una solución matizada: como regla general, la extinción del usufructo no conlleva la resolución del arrendamiento; como excepción, ello tiene lugar cuando el arrendamiento fue concertado por el usufructuario «en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad». En materia de analogía es preciso partir de unos principios generales en este punto: a) las excepciones son de interpretación restringida; b) la extensión análoga debe ser acorde con el espíritu de la Ley. Por eso conviene previamente dilucidar el carácter de la norma relativa a la extinción del usufructo del arrendador, que es del artículo 114.12.^a de la LAU. Y en relación a este precepto es de destacar que representa simultáneamente un principio y una excepción: se trata de un principio instaurado en la LAU (el de subsistencia del arrendamiento en caso de extinción del derecho de usufructo del arrendador y consiguiente consolidación del dominio en la nuda propiedad) que es excepción del artículo 480 del CC (136), y la LAU le asigna una excepción (la de extinción del arrendamiento concertado por el usufructuario en el caso de que las condiciones pactadas fueran notoriamente gravosas para la propiedad) que a su vez viene a coincidir con el régimen del usufructo en el artículo 480 del CC. El artículo 114.12.^a de la LAU tiene dos incisos: el primero constituye principio excepcional respecto del régimen del usufructo en el CC; el inciso final es excepción al principio excepcional de la LAU y coincide con los principios del Derecho civil común o general.

En rigor, entre los supuestos de adquisición de la titularidad plena sobre la finca por adjudicación hipotecaria y por consolidación del contenido del usufructo en la nuda propiedad no existe la « semejanza » a la que hace referencia el artículo 4.1 *in fine* del CC. Hay una diferencia importante: el nudo propietario adquiere por virtud de un hecho independiente de la voluntad, que es exigencia de las características dimanantes de la propiedad, de por sí absorbente (137), el adjudicatario, en cambio, adquiere mediando por su parte una declaración de voluntad, siquiera unilateral, manifestada en el hecho de acudir a la subasta y ofrecer el precio en la venta judicial. Ello no obstante, los dos supuestos presentan aspectos coincidentes: se trata de dos casos en que la titularidad real del arrendador sobre la finca se encuentra en situaciones claudicantes (el derecho de propiedad desaparecerá tras la

(136) Por ello sostiene Doral García que el régimen previsto en la LAU para la extinción del usufructo del arrendador en el artículo 114.12.^a, inciso primero, no es susceptible de aplicación analógica al supuesto de adjudicación hipotecaria. *La fase de seguridad...*, cit., pág. 342.

(137) Ginot Llovateras entiende que el artículo 57 de la LAU «dota a un hecho, la extinción del usufructo del concedente del arrendamiento, de un efecto del que normalmente carece, al atribuirle la cualidad de nexa, requisito indispensable para que se produzca la sucesión del nudo propietario en la posición jurídica que el usufructuario ocupaba en la relación arrendaticia» (*El arrendamiento*., loc. cit., pág. 1220).

ejecución de la hipoteca; el derecho de usufructo se extinguirá por acto *inter vivos* o *mortis causa*). Mas la aplicación analógica de un precepto a un caso no contemplado en él requiere únicamente «semejanza», no identidad entre los supuestos, ya que, de no entenderse así, la institución de la analogía carecería de objeto, y esta cierta semejanza concurre en los dos casos, si los consideramos como de «titularidades temporales» sobre la finca.

La analogía requiere igualmente que entre los dos supuestos se aprecie «identidad de razón». La *ratio* del sistema de prórrogas establecido en la LAU indica que el legislador persigue, si bien con desafortunada fórmula, encerrar en el rígido molde de la letra impresa todos los casos posibles de «cambio de dueño» que la riqueza de la realidad pueda representar, como lo demuestra la evolución legislativa de los textos al respecto.

Un posible obstáculo para concluir sobre la procedencia de la aplicación analógica del artículo 114.12.^a, inciso primero, puesto de relieve por Doral García (138), es su naturaleza excepcional respecto del régimen común (art. 480 CC). Mas creemos que aquí entra en juego el significado y alcance del artículo 8 de la LAU: esta norma permite la extensión analógica de sus preceptos a cuestiones no expresamente prescritas en la misma cuando la cuestión debatida se refiera a materias en ella reguladas. La suerte que tenga que correr el arrendamiento tras la resolución de la titularidad real del arrendador —el legislador no alcanzó a vislumbrar más casos que el del extinción del usufructo, o quizá lo acogió a modo de ejemplo paradigmático...— es, evidentemente, una de ellas (139). De todo lo cual resulta que el artículo 8 de la LAU constituye norma de Derecho excepcional también en materia de analogía (cuyo régimen general se encuentra en el Código civil), porque permite que el Derecho excepcional sea objeto de extensión analógica.

En atención a estas observaciones, la conclusión que formulamos es la siguiente: podrá ser objeto de analogía el principio (excepcional) de la subsistencia del arrendamiento en caso de extinción del usufructo por la semejanza que guarda en cierto sentido con el de extinción por adjudicación hipotecaria. Y no podrá ser aplicado analógicamente el precepto del artículo 114.12.^a *in fine* de la LAU por constituir excepción al principio (excepcional) y, además, porque la excepcional analogía que la LAU establece no debe ser empleada en contra de su finalidad teleológica, de su espíritu o razón de ser.

(138) *La fase de seguridad*..., cit., pág. 342.

(139) Resulta esclarecedora la opinión de Amorós Guardiola al respecto: señala que, sobre resultar incluido nuestro supuesto en la *ratio legis* del artículo 57 de la LAU, por lo que no cabe acudir al derecho común supletorio, «la remisión que el artículo 8 de la LAU hace a la analogía legal, impondría en su caso igual solución, antes de entrar en juego la norma general de extinción» (*Arrendamiento*..., loc. cit., pág. 1027).

IV. CONCLUSIONES

El lector habrá deducido ya las conclusiones que derivan del presente trabajo. Se sintetizan en los siguientes puntos:

Primero. La jurisprudencia examinada (140), considerada en su conjunto, no declara la subsistencia *ope legis* de los arrendamientos protegidos tras la ejecución hipotecaria. Solamente defiende el mantenimiento de aquellos que no hayan sido concertados con la intención de defraudar los intereses del acreedor hipotecario, como igualmente la de los que no suponen una merma en el patrimonio del propietario de la finca por haberse estipulado en ellos una renta suficiente para cubrir en breve plazo la responsabilidad asegurada.

Segundo. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 6/1992, de 16 de enero, no entra a pronunciarse sobre cuestiones de Derecho sustantivo, pero sí invita al legislador a definirse sobre los intereses sociales o económicos en juego, esto es, a hacer prevalecer en este punto la protección del crédito territorial (que tradicionalmente se ha venido potenciando a través de la seguridad de la garantía hipotecaria) o bien la de los arrendatarios, como sujetos del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna o acaso (para los profesionales de la agricultura) a la tierra (141).

Tercero. No todos, pero sí algunos de los arrendamientos constituyen gravámenes. Se consideran como tales aquellos cuya constitución implica acto de disposición, no de mera administración, de un patrimonio. Los criterios diferenciadores, históricos y de Derecho extranjero son dos: el plazo de duración pactado y la cuantía de la renta. El artículo 131 de la LH sólo hace referencia a la cancelación registral de gravámenes inscritos (142).

Cuarto. Aunque el artículo 131 de la LH sólo menciona los gravámenes inscritos con posterioridad a la hipoteca, la Ley Hipotecaria permite deducir la ineficacia registral de los arrendamientos-gravamen no inscritos. Ahora bien, la ineficacia registral supone solamente la pérdida de la presunción *iuris et de iure* atribuida al tercero hipotecario. Como la presunción de exactitud registral es *iuris tantum*, es posible probar la subsistencia del arrendamiento, sea o no gravamen, conforme al régimen que le es propio: en materia de arrendamientos, dicho régimen habrá que buscarlo bien en el CC, bien en las legislaciones forales, bien en la legislación especial arrendaticia, según los casos (143).

(140) Cfr. *supra*, I 2

(141) Cfr. *supra*, I.1

(142) Cfr. *supra*, II.

(143) Cfr. *supra*, II.4.

Quinto. Del Código Civil deriva la regla de la resolución del contrato de arrendamiento en caso de enajenación de la finca (art. 1.571 CC, por ser la compraventa paradigma de los negocios traslativos del dominio *inter vivos*); el mismo principio inspira la L. 592 del Fuero Nuevo de Navarra, cuya formulación abstracta huye de la referencia a un caso; el principio rige igualmente para los supuestos de resolución del derecho del arrendador sobre la finca, cuyo ejemplo representativo es la extinción del usufructo (art. 480 CC, L. 408.2 del FN).

Mas, tratándose de un arrendamiento protegido, la legislación especial deroga en este punto al Código Civil: así en los artículos 57 y 114.12.^a de la LAU de 1964 y en el artículo 74 de la LAR de 1980, si bien los artículos 78 y 13 de esta última Ley vienen a coincidir con el sistema propio del Derecho civil general (144).

Sexto. Del artículo 57 de la LAU es posible deducir la subsistencia del arrendamiento protegido tras la adjudicación hipotecaria no sólo en las interpretaciones teleológica e histórica, sino incluso desde las interpretaciones iuopositivista y analógica (145). El régimen de oponibilidad a terceros de estos arrendamientos no deriva del Registro, sino de la LAU. La LAU constituye Derecho excepcional no solamente en materia de arrendamientos, sino también en materia de analogía, porque permite la extensión analógica de principios y normas disconformes con los propios del Código (de lo contrario el artículo 8 de la LAU carecería de sentido) (146).

Séptimo. Los contratos de arrendamiento concertados de mala fe, cuya única finalidad consista en defraudar los intereses de acreedor hipotecario, aunque sean de los incluidos en el ámbito de aplicación de la LAU o de la LAR, son *per se* ineficaces, ya que no constituyen, propiamente, contratos: falla en ellos el requisito de la declaración de voluntad que integra el consentimiento, por existir discordancia entre lo declarado y lo realmente querido por las partes (147).

Octavo. Ni la acción de devastación ni la cláusula de no arrendar inserta en el préstamo hipotecario protegen al adjudicatario de finca arrendada frente a la posesión arrendaticia de la finca adquirida en subasta hipotecaria (148).

(144) Cfr. *supra*, III, en particular punto 1.2 b).

(145) Cfr. *supra*, III.2

(146) Cfr. *supra*, III.2. punto 2.3.

(147) Cfr. *supra*, 1.2.2.d)

(148) Cfr. *supra*, III.1.3.1. punto a), y 1.3.2.

V. COROLARIO

No es ajeno a nuestro pensamiento el cambio de realidad social y económico experimentado en este momento respecto del que imperaba cuando fue establecido el sistema jurídico que versa sobre el arrendamiento de finca hipotecada.

Hemos apuntado ya que se avecina una reforma legislativa. A la hora de cerrar este trabajo, no tenemos noticia sino del *qué*, pero es prematuro conocer el *cuándo* y el *cómo* (149). Tras el Real Decreto-ley de supresión de la prórroga forzosa, dictado bajo el mandato del ministro Boyer, la conciencia social rechaza las medidas proteccionistas sobre la congelación de rentas y prórroga obligatoria, abriéndose paso la tendencia a reclamar facilidades de acceso a la propiedad de los inmuebles mediante la promoción del crédito hipotecario, mas la instituciones financieras exigen del legislador un mecanismo de seguridad de la garantía hipotecaria.

Tratándose de bienes de primera necesidad —lo es, para todos, la vivienda; también, para los agricultores y ganaderos, la tierra; para los empresarios, el local de negocios—, el mercado arrendaticio constituye residuo del mercado de crédito territorial. En la época de posguerra, ante la escasez de crédito para acceder a la propiedad de estos bienes, el legislador potenció al menos la seguridad de los arrendamientos de inmuebles. Pero la mejora experimentada en el sistema financiero —lo que podríamos denominar «la popularización» del crédito bancario— resta virtualidad a la política que presidió en época de posguerra. Además, como se apunta en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, la institución de la prórroga forzosa reduce la oferta de alquileres, con la consiguiente alza del precio de las rentas, por lo que su supresión permitirá satisfacer las necesidades de viviendas a una generación de jóvenes con dificultad para adquirirlas en propiedad.

En cierto sentido, el mercado de alquileres es residuo del mercado de adquisición de inmuebles mediante crédito hipotecario. Potenciar el crédito hipotecario, tanto el destinado a la construcción como el destinado a la compra de inmuebles, equivale a aumentar la oferta de viviendas y consiguiente normalización de los precios.

Dado que la construcción urbana requiere inversiones arriesgadas, sólo posibles merced al crédito hipotecario, conviene fortalecer la institución de la hipoteca, ya que su debilitamiento podría retraer a la banca en la oferta

(149) El profesor Lasarte ha remitido a la colección *Jurisprudencia Práctica* un artículo titulado «Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria», del que hemos tenido noticia a través de *Tapia*, «Publicación para el mundo del Derecho», núm. 64, Madrid, mayo-julio 1992, pág. 51.

de créditos. Al reducirse el número de viviendas nuevas, los particulares quedarán nuevamente abocados a solicitar alquileres, por lo que aumentarán los precios de éstos, quedando en definitiva conculcado el derecho constitucional de acceso a una vivienda digna.

Conjugar con acierto tales intereses encontrados no es tarea fácil para el legislador. Se trata de una cuestión política legislativa, cuya traducción técnica —la anunciada reforma, acaso urgente— requiere una labor meditada, sobre todo porque indudablemente afectará a leyes en sentido estricto, no susceptibles de modificación mediante Decreto simple. Probablemente, el Decreto-ley constituya la vía más operativa para estos fines.

De *lege ferenda*, parece inviable proceder a la reforma del artículo 131 de la LH en el sentido de especificar que se consideran gravámenes los arrendamientos de larga duración, porque ya se ha comprobado que no es necesario inscribir un arrendamiento para que éste sea oponible a terceros, y suprimir la precisión de que estén inscritos equivale a variar todo el sistema de purga de cargas posteriores a la hipoteca. Otra vía de solución podría consistir en introducir en el RH un precepto que, en desarrollo del artículo 131 de la Ley, incluya los arrendamientos entre los «gravámenes» a que se refiere la Ley (solución a la que no quiso llegar el legislador al reformar el artículo 219 del RH). Una tercera solución podría ser la de incluir entre las causas de resolución de los arrendamientos especiales la adjudicación hipotecaria de la finca, por extensión legal de la causa 12.^a, *in fine*, del artículo 114 de la LAU; ésta es sin duda la solución más fácil (150), dado que existen indicios de una nueva reforma en materia de arrendamientos urbanos.

Entretanto, nuestro Tribunal Supremo ha adoptado una postura general, a nuestro juicio prudente y acertada. No olvidemos que, en la realidad actual, se presenta con relativa frecuencia una actividad especulativa por parte de quienes se dedican profesionalmente a la adquisición de inmuebles subastados (151), consistente en pactar convenciones secretas tendentes a limitar la cuantía de las posturas, a fin de lograr la adjudicación del inmueble por un precio inferior al de su valor de mercado. Esta actitud defrauda en ocasiones los intereses del acreedor hipotecario porque, salvo pacto en contrario, responde con todo su patrimonio de la deuda garantizada en caso de que en la ejecución no se obtenga la cuantía total de aquélla más otros gastos. Ante estas situaciones, y tratándose de un inmueble arrendado, re-

(150) Ya la propuso en su día Amorós Guardiola en su op. y loc. cit., pág. 1033

(151) Aludida en la *Memoria* elevada al Gobierno de Su Majestad, presentada por el excelentísimo señor don Leopoldo Torres Boursault, Fiscal general del Estado. Madrid, 1991, págs. 65 y ss., en el sentido de proponer la tipificación de algunas de tales conductas (en especial las «cesiones de remate») como delictivas.

sulta más justo defender el interés del arrendatario, que es al fin y al cabo un interés social, que favorecer la especulación de viviendas subastadas, actividad esta última que la conciencia social del momento rechaza.

Isabel SABATER BAYLE
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

Los préstamos financieros vinculados al sector exterior sometidos al control de cambios: los diversos supuestos en función del estatus residencial de los contratantes *

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: LA ACTUAL INTRANSCENDENCIA DE LA NACIONALIDAD DE LA MONEDA A EFECTOS DE CONTROL DE CAMBIOS.—2. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: 2.1. PRÉSTAMOS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: SUPUESTO GENERAL. A) *Cuestiones preliminares*; B) *La regulación vigente: liberalización bajo control estatal*: Libertad negocial y de pago; Control estatal (intervención bancaria, declaración de la transacción, asignación del NOF y comunicación de pagos y cobros).—2.2. PRESTAMOS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: SUPUESTOS ESPECIALES.—3. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS DE RESIDENTES A NO RESIDENTES. 3.1. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN ANTERIOR AL REAL DECRETO 1816/1992; 3.2. RÉGIMEN ACTUAL. SUPUESTOS GENERALES Y ESPECIALES; 3.3 CONSECUENCIAS JURÍDICO-CIVILES QUE SE DERIVAN DE LA NECESARIA INSTRUMENTACIÓN BANCARIA DE LOS PAGOS Y COBROS A QUE DAN LUGAR LOS PRÉSTAMOS EXTERIORES.

1. INTRODUCCION: LA ACTUAL INTRANSCENDENCIA DE LA NACIONALIDAD DE LA MONEDA A EFECTOS DE CONTROL DE CAMBIOS

La modificación introducida en el control de cambios español por el Real Decreto 1816/1991, entre otras cosas ha supuesto que la peseta adquiriera plena convertibilidad interna y externa. Hasta su fecha la peseta gozaba

* El presente estudio constituye un capítulo de uno de los trabajos aportados por el autor al IX Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Torremolinos en mayo de 1992

de convertibilidad externa, en el sentido de que los no residentes que por cualquier concepto resultasen titulares de saldos bancarios en pesetas calificadas de «convertibles» —es decir, que procediesen de una previa conversión a pesetas de divisas— pueden ser libremente convertidas en divisas y transferidas al país de origen. Sin embargo, no existía una correlativa convertibilidad interna, en el sentido de que los residentes titulares de sumas en pesetas no podían convertir libremente las mismas en divisas, sino en los casos en que el destino de las divisas resultantes de la conversión tuvieran por objeto ejecutar un pago derivado de una transacción externa que estuviere previamente liberalizada o autorizada, lo que no ocurría siempre por subsistir transacciones prohibidas y no autorizadas (1). Desde el momento que todas las transacciones exteriores se liberalizan (así lo proclama el art. 1.º del citado Real Decreto), la distinción entre transacciones autorizadas y no autorizadas desaparece, por lo que la peseta puede convertirse libremente en cualquier divisa, pues cualquiera que sea la transacción a cuyo pago atiendan tales divisas será, en todo caso, una transacción liberalizada.

La consecuencia principal que se deriva de esta idea es la de que la moneda en que esté cifrada la obligación generada por la transacción exterior, en nuestro caso el préstamo financiero, ya sea doméstico ya foráneo, ya moneda nacional, ya divisa extranjera, ello constituye un dato irrelevante para el control de cambios que actuará en idéntica forma cuando el objeto de la prestación pecuniaria a que esté obligado un no residente frente a un residente o, a la inversa, sea signo monetario nacional o extranjero. Ello no obstante, el préstamo cifrado en divisa, sea entre residentes, entre no residentes o entre residentes y no residentes, presenta algunas particularidades destacables, y en caso de ser garantizado mediante hipoteca tales especialidades se ponen de manifiesto acusadamente al tiempo de su constitución y al de su ejecución, como veremos más adelante.

Por consiguiente, el único dato que resulta relevante para el control de cambios es que los contratantes intervinientes se encuentren en una situación residencial antagónica, siendo uno residente y otro no residente. *Los conceptos de residente y no residente* son fundamentales en esta materia, resultando los mismos de las respectivas legislaciones cambiarias nacionales por remisión de la Directiva 88/361 (2). En el Derecho español tales

(1) *Vid* al respecto ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU: *Control de cambios*, Ed. Edersa, Madrid, 1990, págs. 45 y sigs., quienes consideraban como principios básicos de nuestro control de cambios los de la inconvertibilidad interna y la convertibilidad externa de la peseta.

(2) Las «Notas explicativas» de la nomenclatura del anexo I de la Directiva define a sus efectos a los residentes y no residentes como «Las personas físicas y jurídicas, según las definiciones establecidas en la regulación sobre cambios en vigor en cada Estado miembro».

conceptos son definidos legalmente por el artículo 4 de la Ley de Control de Cambios de 1979, complementado por el artículo 2.º del Real Decreto 1816/1991. Como quiera que estos conceptos, que no son coincidentes ni con el del domicilio civil ni con el de la vecindad administrativa, son uniformes en todos los ámbitos en que actúa el control de cambios, incluyendo el sector de las inversiones extranjeras, las cuales en su modalidad de inversiones inmobiliarias son objeto de un estudio monográfico aportado a esta misma ponencia a cargo del destacado especialista en la materia JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD: omito cualquier explicación al respecto, pues los conceptos de residente y no residente son coincidentes con los que son expuestos en el citado estudio (3).

Pues bien, para la mejor exposición de la materia, y a pesar del grado de homogeneidad existente en la liberalización de ambos supuestos, dividiremos la misma en dos partes, según que se trate de un préstamo financiero otorgado por un no residente a un residente o bien un préstamo o crédito concedido por un residente a un no residente. En todo caso, nos referimos a los que hemos denominado préstamos financieros puros, y cualquiera que sea la forma en que se hayan documentado, es decir, tanto si se han formalizado en escritura, en póliza intervenida o incluso si se ha incorporado el crédito de una o más letras de cambio, bajo cuya última modalidad igualmente podrían ser objeto de garantía mediante hipoteca al amparo del artículo 154 de la Ley Hipotecaria relativa a la hipoteca en garantía de títulos al portador y a la orden (4).

2. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES

Diferenciamos el supuesto general de préstamos financieros de no residentes a residentes y ciertos supuestos que por presentar alguna especialidad merecen comentario aparte.

(3) Sin perjuicio de las alteraciones incorporadas en materia de sucursales y de acreditación de la condición de residente y no residente por el artículo 2 del Real Decreto 1816/1991, puede encontrarse un profundo estudio de las mencionadas nociones de residente y no residente en J. A. MIQUEL CALATAYUD. *Estudios sobre inversiones extranjeras en España*, Ed Bosch, Barcelona, 1989, t. I, vol. 1.º, págs. 219 y sigs.

(4) Y ello sin perjuicio de diversas particularidades que presentan estas hipotecas en función de la singular naturaleza jurídica de las letras de cambio, cuyas particularidades han sido objeto de una paulatina delimitación a través de una abundante jurisprudencia registral al respecto. *Vid.* Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1973, 31 de octubre de 1978, 18 de octubre de 1979, 23 de octubre de 1981 y 2 de septiembre de 1983

2.1 PRÉSTAMOS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: SUPUESTO GENERAL

A) *Cuestiones preliminares*

Hasta la reforma emprendida por el Real Decreto 1816/1991 regía la materia el Reglamento de Control de Cambios de 1980 (5), cuyo artículo 3.^º exigía para los préstamos otorgados por no residentes a favor de residentes la preceptiva autorización administrativa previa. A partir de tal premisa general se comenzó a desarrollar un proceso de liberalización parcial que concluyó con la aprobación de la Circular 6/1987, de 13 de marzo, del Banco de España, posteriormente modificada por la Circular 6/1988. El régimen resultante de las mismas conducía a la clasificación de tales préstamos en liberalizados y sometidos a autorización previa. Los primeros habían de cumplir un cúmulo de requisitos consistentes en estar cifrados en divisas admitidas a cotización en el mercado español, en pesetas convertibles o ECUS, pero no en pesetas ordinarias, tener una duración mínima de tres años, no exceder su importe de 1.500 millones de pesetas, o su equivalente, y sin que la prestataria pudiera ser sucursal en España de una persona jurídica extranjera (6). No cumpliendo el conjunto de estos requisitos, el préstamo había de obtener autorización previa del Banco de España, que la podía conceder o denegar discrecionalmente (7).

Aun tratándose de un préstamo liberalizado, había de someterse a la verificación previa del propio Banco de España, quien, realizado este trámite favorablemente, le asignaba un NOF, sin el cual la entidad delegada no podía ejecutar el pago correspondiente a la disposición del préstamo que, por otra parte, había de realizarse en el plazo improrrogable de tres meses a contar desde la asignación del NOF; si a ello le añadimos que la Circular 1/1989 del Banco de España penalizaba estas operaciones, exigiendo la constitución en el mismo de un depósito por el importe equivalente al 30 por 100 de cada préstamo o crédito exterior sin retribución (8), comprenderemos que el alcance real de esta liberalización parcial entonces existente era muy limitada.

La situación actual tras la aprobación del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, ha variado significativamente al quedar comprendido este

(5) Aprobado por Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre régimen jurídico del control cambios

(6) «Rectius»: que la entidad prestataria residente no sea sucursal de la entidad prestamista no residente.

(7) *Vid.* norma 2.^a de la citada Circular 6/1987, del Banco de España, de 13 de marzo

(8) *Vid.* norma 1.^a de la Circular 1/1989, del Banco de España, de 31 de enero, sobre depósito previo sobre determinadas operaciones de financiación exterior.

tipo de préstamos y créditos en el ámbito de liberalización plena consagrada por aquél, sin perjuicio de que las operaciones financieras siguen siendo la categoría de movimiento de capital sujeto a un mayor número de formalidades.

Tres son, en el estado de cosas actual, las normas vigentes que afectan a los préstamos de no residentes: 1.º en primer término, el reiteradamente citado Real Decreto 1816/1991; 2.º en segundo lugar, la Orden de desarrollo del mismo del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de diciembre de 1991, sobre transacciones económicas con el exterior; 3.º y, por último, la Circular del Banco de España número 2/1992, de 15 de enero, sobre préstamos y créditos exteriores, sin perjuicio de otras disposiciones de incidencia colateral.

No obstante, antes de desarrollar el contenido de tales normas, se impone una observación acerca del carácter de *disposición general que revisiten las Circulares del Banco de España* atinentes a esta materia (9) y, entre ellas, la citada Circular número 2/1992. Y es que, en efecto, no puede ello dejar de chocar cuando se repara en la definición que aporta el artículo 1.º de la Ley de 21 de junio de 1980, sobre órganos rectores del Banco de España, es decir, que el Banco de España es una Entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que para el cumplimiento de sus fines actúa con autonomía de la Administración del Estado. Podría, pues, parecer incongruente que una persona jurídica de Derecho público autónoma de la Administración del Estado pueda dictar disposiciones de rango general, puesto que la potestad reglamentaria aparece atribuida por el artículo 97 de la Constitución al Gobierno, en cuya Administración no está integrada formalmente el Banco de España. Sin embargo, la facultad normativa vista la recibe el Banco de España en virtud de una habilitación legislativa específica, cual es la contenida en la disposición adicional octava de la Ley de 28 de julio de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, conforme a la cual «el Banco de España, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuyen ésta u otras leyes, podrá dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo o ejecución... de las disposiciones generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que, además, dichas normas le habiliten de modo expreso para ello». De forma congruente con el carácter normativo de las circulares del Banco de España en la actualidad se publican en el *BOE* en la sección «Otras disposiciones» y no en la de «Anuncios oficiales», como ocurría con anterioridad.

(9) Cabe destacar el estudio teórico realizado sobre esta materia en fecha anterior a la actual Ley de 28 de julio de 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ «Los poderes normativos del Banco de España», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 13, 1984

B) *La regulación vigente: liberalización bajo control estatal*

Entrando en el examen *de la regulación de control de cambios vigente* respecto de los préstamos y créditos concedidos por no residentes a favor de residentes, hay que distinguir entre la liberalización operada respecto de las restricciones y el establecimiento de formalidades constitutivas de medidas de control en sentido estricto:

1) En cuanto a lo primero, *el principio general que podríamos denominar de libre negociabilidad*, aparece consagrado en el ya citado artículo 1.º del Real Decreto 1816/1991, conforme al cual «son libres los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole que supongan o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse cobros o pagos entre residentes y no residentes o transferencias del o al exterior». El mismo artículo fija el ámbito de *sus excepciones* refiriéndose a lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 del mismo Real Decreto y en las leyes específicamente aplicables.

Estas excepciones abarcan, pues, los supuestos de posibles regímenes excepcionales de prohibición o limitación y de ejercicio de medidas de salvaguardia que el Gobierno puede adoptar mediante Real Decreto y sin perjuicio de los compromisos internacionales y comunitarios asumidos por España. Se trataría, pues, del ejercicio de las cláusulas de salvaguardia previstas por el Tratado de Roma y por la Directiva 88/361, o bien de la supresión del carácter *erga omnes* de la liberalización de movimientos de capitales emprendida, manteniendo esta última en exclusiva para las operaciones intracomunitarias (10).

Esta modificación se podría operar mediante Real Decreto no ya porque

(10) Así resulta, en concreto, del artículo 3.º del Real Decreto 1816/1991, conforme al cual: 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 1.º, por Real Decreto se podrá, excepcionalmente, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, prohibir o limitar la realización de determinadas categorías de transacciones con el exterior o de las correspondientes operaciones de cobro, pago o transferencia, cuando éstas afecten gravemente a los intereses de España, o en aplicación de medidas adoptadas por Organismos internacionales de los que España es miembro; 2. Asimismo, en caso de que movimientos de capitales a corto plazo, excepcionalmente amplios, provoquen fuertes tensiones en el mercado de cambios u originen perturbaciones graves en la dirección de la política monetaria y de cambios española, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, podrá adoptar las medidas de salvaguardia que resulten necesarias, sometiendo a un régimen de autorización administrativa determinados tipos de transacciones; 3. Si cualquiera de las medidas a que se refieren los dos párrafos anteriores afectase a residentes en Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (CEE), la medida se adoptará, en su caso, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la normativa de la CEE sobre movimientos de capital, así como con las disposiciones vigentes en la CEE que por la especialidad de «la medida resultaren de aplicación».

así lo prevea el mencionado Real Decreto 1816/1991, sino fundamentalmente por el carácter de ley-marco que vimos presentaba la Ley sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios de 10 de diciembre de 1979.

Se incluyen igualmente entre las excepciones las medidas restrictivas y de control que se aplican por el artículo 4 a la exportación e importación de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador mediante su traspaso físico por frontera, lo cual resultaba compatible, como vimos, con el Derecho comunitario, según se colegía de los considerandos de la sentencia Casati de 1981.

Asimismo constituyen excepciones a la libertad de transacciones las obligaciones de efectuar los cobros y pagos entre residentes y no residentes y las transferencias del y al exterior a través de una entidad registrada. Sin embargo, esta excepción citada en el artículo 1.º del Real Decreto 1816/1991 la considero infundada por tratarse no propiamente de una excepción a la libertad de las transacciones, sino, antes bien, una formalidad impuesta a las transferencias derivadas de aquéllas, es decir, no afecta a la celebración del negocio jurídico, sino a las modalidades a que ha de sujetarse su ejecución y, por tanto, habría de haberse citado no en el párrafo primero transcrito del artículo 1.º, sino en su párrafo segundo, relativo a la liberalización de los cobros y pagos.

Un último grupo de excepciones se integra por las contenidas en leyes específicamente aplicables, entre las que cabe mencionar la propia Ley de Inversiones Extranjeras de 27 de junio de 1986, que mantiene sus específicos regímenes de autorizaciones y verificaciones, salvo en lo que las mismas resulte atentatorio contra los compromisos comunitarios —cuya determinación exacta habrá de venir de la mano de la previsiblemente próxima reforma del Reglamento de Inversiones Extranjeras de 1986—, y otros supuestos como el de la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que impone limitaciones a la adquisición por extranjeros, sean o no residentes, de inmuebles situados en zonas del territorio nacional de carácter estratégico para la defensa nacional, la cual tampoco es aplicable a los residentes en países comunitarios (11).

(11) *Vid.* al respecto la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que suprimió la exigencia de autorización previa para los residentes en Estados miembros de la CEE para las inversiones en sectores específicos, para las inversiones públicas y para la adquisición de inmuebles situados en zonas estratégicas (manteniéndolas para los residentes en otros Estados), y que por lo que se refiere a la adquisición de inmuebles en zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros cuenta con el precedente de la Resolución de la Dirección General de Política de Defensa, comunicada el 18 de septiembre de 1989 a los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos en la que se consideraba inaplicable, por contraria al Derecho comunitario, la exigencia legal de autorización respecto de los extranjeros comunitarios

Por consiguiente, los préstamos financieros que nos ocupan están incluidos en la regla general de la liberalización, pero afectados por las excepciones a la misma, unas latentes —como las de las medidas de salvaguardia— y otras actuales y efectivas —como los controles sobre pagos y cobros— (12).

2) Por su parte, párrafo segundo del citado artículo 1.º, extiende *la liberalización «a los cobros y pagos exteriores, efectuados bien directamente, bien por compensación y a las transferencias del o al exterior derivadas de los mismos...», sin perjuicio de las medidas indispensables de control que pudieran establecerse para impedir las infracciones al ordenamiento jurídico vigente».*

Este precepto resulta de una singular importancia en el campo que nos corresponde analizar, y plantea diversas cuestiones:

1.º En primer término se habla de cobros y pagos exteriores, es decir, de pagos y cobros entre residentes y no residentes (13). En nuestro caso, de préstamos financieros de no residentes a residentes abarca los pagos y cobros generados por la disposición o entrega del capital del crédito o préstamo, las amortizaciones totales o parciales, el pago de los intereses remuneratorios, a lo que habría que añadir otros pagos contingentes como intereses de demora, comisiones devengadas, gastos y tributos suplidos por el prestamista o acreditante, etc.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, tales pagos han de incluirse necesariamente en la liberalización, pues aunque en sí no todos ellos supongan en sentido estricto un movimiento de capital, o bien constituyen la prestación efectiva que engendra el movimiento de capital en que consiste el préstamo —esto es, la entrega del capital—, o bien constiuyen pagos corrientes derivados de la transacción principal, entendiéndose por tales los que representan la contraprestación pactada en el marco de la transacción subyacente —en nuestro caso, básicamente el pago de intereses ordinarios—, los cuales quedan amparados por el artículo 106 del Tratado, que consagra lo que se ha denominado «la libre circulación de pagos», y por la propia Directiva 88/61, en cuyo anexo I se aclara que «los movimientos de capitales enumerados en la presente nomenclatura abarcan el conjunto de

JAIME ABELLA comenta la citada disposición en su artículo «Liberalización de inversiones extranjeras en la Ley de Presupuestos Generales para 1991», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 41, págs. 210-212.

(12) Estos últimos pueden ser entendidos con JAIME ABELLA («Las transacciones económicas con el exterior. Nuevo régimen de control de cambios», *Derecho de los negocios*, núm. 18, marzo de 1992, pág. 4).

(13) Respecto de los conceptos de pago y cobro exterior a efectos de control de cambios y sus diferencias con los correlativos conceptos de Derecho civil, véase ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU: *Control de cambios*., cit., págs. 599 y sigs.

operaciones necesarias para efectuar los movimientos de capitales, incluyendo la terminación y ejecución de la transacción y transferencia correspondiente a ella».

2.^º En segundo lugar, diferencia los conceptos de pago y cobro exteriores y el de transferencia del o al exterior derivadas de los mismos. Y es que, en efecto, son nociones diferentes, puesto que el pago entre residentes y no residentes puede tener lugar de forma simultánea al cobro en España o en otro país, consumiéndose el importe del pago a continuación en el mismo país sin que el dinero correspondiente haya experimentado una transferencia transnacional y, a la inversa, existen supuestos de desplazamiento transfronterizos de dinero, ya mediante transferencia bancaria ya mediante traslado físico de medios de pago en metálico, sin que exista un pago en sentido técnico civil, esto es, sin que se produzca la extinción de una obligación previa, que podrá no existir (14). Este sería el caso de una transferencia efectuada por un emigrante a una cuenta bancaria a su propio favor por el importe de las cantidades ahorradas, o bien el caso de una transferencia que no constituya una prestación obligatoria, como en el caso de las donaciones.

La liberalización del supuesto normal en el ámbito de los contratos onerosos (como es el caso de los préstamos financieros que, como contratos bancarios, son siempre remuneratorios a pesar de que, en pura teoría, el Código de Comercio español admite los préstamos sin interés) del cobro o pago exterior en un sistema de convertibilidad plena de la moneda, ya vimos que había de ir acompañado de un derecho ilimitado de transferibilidad al exterior de las sumas de dinero objeto de negociación, pues la supresión del derecho de transferencia sólo tiene sentido en un sistema de control de cambios en que subsisten transacciones prohibidas o sometidas a previa autorización.

Por tanto, tanto el residente como el no residente que perciban un cobro exterior, ya sea en pesetas ya en divisas, podrá transferir su importe al exterior (15).

3.^º El tercer aspecto que cabe destacar es el de que la liberalización de los pagos se refiere tanto a los «efectuados directamente» como a los que tengan lugar por compensación. La liberalización de los pagos por compensación constituye una novedad, ya que hasta ahora en los supuestos de extinción de obligaciones entre residentes y no residentes por compensación ésta

(14) *Vid* artículo 1.156, número 1, del Código Civil.

(15) Sin perjuicio de la obligación impuesta a los no residentes de acreditar el origen del dinero cuando el importe a transferir al exterior haya sido previamente abonado en una cuenta a nombre de no residentes abiertas en «entidades registradas» mediante entrega de billetes de banco o cheques bancarios al portador (cfr. art. 10 de la Orden de 27 de diciembre de 1991)

había de ser autorizada por la Administración y, aunque no den lugar a pagos dinerarios efectivos, contablemente la compensación se había de reflejar bancariamente a través de una serie de apuntes como si realmente se hubiese producido el pago dinerario respectivo de las obligaciones compensadas.

Ahora bien, puesto que la compensación puramente civil entre particulares residentes y no residentes extrabancaria no le procura a la Administración información alguna sobre la extinción de las obligaciones pecuniarías respectiva, será preciso que la compensación se canalice, al igual que los pagos directos, a través de los correspondientes apuntes de abonos y adeudos bancarios aun cuando de ellos no resultare una variación del saldo de las respectivas cuentas, conforme a la regla general del artículo 5 del Real Decreto 1816/1991. Esto es especialmente importante en el caso de la cuenta corriente de crédito en que los reintegros de fondos en la cuenta compensan por su cuantía el importe de las cantidades dispuestas, de forma que en virtud de la compensación producida los intereses devengados sólo se calculan en razón del saldo diario existente.

Un problema no resuelto, sin embargo, es el de los restantes supuestos de extinción de las obligaciones previstas por el artículo 1.156 del Código Civil y, en particular, la novación y la condonación. A la figura de *la novación* está vinculada con frecuencia la apertura de crédito en cuenta corriente, de forma que en el curso de las relaciones comerciales tenidas entre, por ejemplo, una empresa y una entidad financiera, cuando se producen dificultades de liquidez en aquélla de forma que no puede atender el pago de las sucesivas obligaciones surgidas de tales antelaciones a las fechas de sus respectivos vencimientos, las obligaciones vencidas y pendientes de pago se extinguen por novación, quedando sustituidas por un crédito en cuenta corriente, cuyo primer asiento de cargo coincide con el montante de las obligaciones vencidas (16). Este supuesto queda parcialmente recogido por la Circular número 2/1992 del Banco de España, para el caso de que el plazo de duración de la cuenta pactado sea superior a un año, en su norma 2.^a, según la cual «las personas físicas o jurídicas residentes en España que obtengan facilidades crediticias del suministrador o de tercero financiador no residente, por un plazo superior a un año, en sus operaciones de importación de bienes o servicios, quedan obligados a declararlos al Banco de España en el plazo de un mes, contado desde la fecha de obtención de la facilidad crediticia. La entidades registradas —añade—

(16) En estos supuestos, la exigencia de que medie acuerdo novatorio respecto de las obligaciones previas con objeto de transformarlas en un nuevo crédito constituye un requisito cuyo incumplimiento se erige en causa impeditiva de la inscripción de la hipoteca que se pretenda constituir en su garantía: *vid.* fundamento de derecho segundo de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 1987

y los residentes titulares de cuentas bancarias en el extranjero harán constar el 'número de crédito comercial' que se asigne a la facilidad crediticia en todas las comunicaciones de cobros y pagos relativos a la misma».

El supuesto de la *condonación* o perdón de la deuda, en este caso de la obligación de reembolso del capital mutuado y del pago de los intereses que lo remuneran (17), no aparece directamente contemplado, por lo que cabría interpretar que queda sujeto a la exigencia de autorización previa por no estar comprendido en el ámbito de la liberalización que afecta a los pagos y cobros exteriores —entendidos aquí de forma amplia como causa de extinción de obligaciones exteriores—. Sin embargo, me inclino por la postura contraria no sólo por razón de las teorías civilísticas que consideran el pago como un negocio jurídico autónomo dentro del negocio jurídico creador del vínculo obligacional que el pago extingue (18), sino por considerar que en el caso de la condonación de la deuda existe un *animus donandi* por parte del prestamista que obliga a considerar las reglas de las donaciones en nuestro Derecho, las cuales al imponer como requisito *sine qua non* la aceptación del donatario hace tránsito hacia la figura del contrato (19), bajo cuya consideración la extinción por condonación constituye

(17) La cuestión se plantea en el puro ámbito del control de cambios, y prescindiendo de los interesantísimos aspectos que plantea la citada cuestión en el plano del Derecho sustantivo, civil y mercantil, consistentes en la determinación de si las entidades financieras —recuérdese que tratamos los préstamos financieros en sentido comunitario—, sujetas en su mayoría a la legislación societaria mercantil, y teniendo presente el fin de lucro esencial que ha de perseguir toda entidad societaria (art. 1.665 del Código Civil y 116.1.º del Código de Comercio), pueden o no realizar actos de liberalidad (así la condonación con *causa donandi*) o, por el contrario, ello le resulta inviable por la imposibilidad de que su objeto social contempla la realización de actos a título gratuito. Véase, en sentido permisivo, las Resoluciones DGRN de 2 de febrero de 1986 (en un caso de donación de un inmueble propiedad de una sociedad mercantil, en base a su condición de acto aislado) y la más reciente de 22 de noviembre de 1991 (en un supuesto de cláusula estatutaria que prevé la donación por parte de la sociedad de un porcentaje de sus beneficios hasta el máximo del 5 por 100 en favor de determinadas fundaciones, en base a la argumentación de la capacidad jurídica y de obrar de la sociedad —art. 7 LSA— y a la moderación de las donaciones que no compromete el sustancial objetivo lucrativo). Sin embargo, en el supuesto específico de las entidades bancarias, la solución puede ser más dudosa, atendiendo al tenor de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946: «Ejercen el comercio de Banca las personas naturales y jurídicas que, con habitualidad y ánimo de lucro, reciben del público... fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y otras inversiones con arreglo a las leyes y a los usos mercantiles...».

(18) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *opus. cit.*, págs. 365 y sigs., y la jurisprudencia allí citada. En la misma dirección, A. HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, págs. 279 y sigs.

(19) *Vid.*, en particular, los artículos 1.187 y 618 del Código Civil. Baste a estos efectos dejar sobreentendidas en el sentido apuntado la cuestiones civilísticas sobre si la remisión o condonación de una deuda es un acto unilateral o bilateral, si cabe la remisión sin causa de donación y si la donación es un acto o un contrato.

no ya una forma de pago, sino una transacción principal incluida en el párrafo primero del artículo 1.º del Real Decreto 1816/1991, y como tal plenamente liberalizada.

Ahora bien, tanto en este supuesto como en el de otras modalidades extintivas de obligaciones exteriores como el de la *adjudicación en pago* mediante una *cesión de crédito* existente frente a tercero u otras similares, en las que no se produce ningún movimiento dinerario calificable como tal de pago de transferencia, sino que la extinción de la obligación previa tiene lugar mediante la celebración de otro negocio jurídico principal, sea su causa *donandi* o *credendi*, pero en todo caso celebrado con una inmediata finalidad solutoria (20), decae la efectividad de las nuevas normas de control de cambios en cuanto a su finalidad de controlar las transacciones principales a través de los pagos o transferencias que de ellos se derivan, precisamente por partir de la premisa falsa de que aquéllos van seguidos inexorablemente de éstas. Precisamente entiendo que atender a esta laguna es lo que subviene la norma 5.ª de la Circular número 1/1992 del Banco de España, sobre residentes titulares de cuentas bancarias en el extranjero, al establecer que «las personas físicas o jurídicas residentes titulares, por cualquier concepto, de transacciones exteriores que no den lugar a cobros o pagos, vendrán obligadas a declararlas en la forma y con la periodicidad que establezca el Banco de España», norma que por el momento se encuentra pendiente de desarrollo, pero a la que habrán de quedar sujetos los supuestos examinados de extinción del préstamo o crédito por condonación o por adjudicación en pago o cesión de crédito frente a tercero.

4.º Por otra parte, en los supuestos de contratos estipulados con cláusula en favor de tercero a que se refiere el artículo 1.257, párrafo segundo, del Código Civil, para el supuesto de que se produjese una limitación, de las previstas en el artículo 3 del Real Decreto 1816/1991, a los movimientos de capitales con terceros países ajenos a la Comunidad Europea, de forma que, si bien los contratantes fuesen residentes en países comunitarios, el tercero beneficiario de la estipulación pactada fuese un residente extracomunitario, en mi opinión habría que atender no tanto a la relación de cobertura establecida entre el promitente y el promisorio, ambos comunitarios, sino también a la relación llamada de valuta entre promisorio y tercero beneficiario, que puede responder a diversas causas (21), y que sería ajena a la regla de la

(20) Es decir, en todos aquellos casos en que la realización del mandato de la norma convencional dirigida al deudor tiene lugar no mediante la ejecución por éste de una prestación sin cooperación del acreedor (o con cooperación de mero asentimiento), sino mediante la celebración de un nuevo negocio jurídico entre ambos.

(21) En efecto, la relación mediante entre el promisorio (estipulante que acepta la promesa) y el tercero beneficiario de la misma puede responder a diversas causas: causa *solvendi* (el estipulante o promisorio paga una deuda al tercero mediante la atribución

liberalización de movimientos de capital intracomunitarios, por lo que los pagos efectuados a favor del tercero se habrían de someter a la exigencia de previa autorización o verificación que se hubiese implantado.

Este supuesto encaja en el ámbito de los créditos a través de la figura de la «apertura de crédito impropia» que es aquella en la que el crédito abierto por el Banco no es utilizado por el cliente que da la orden, sino por un tercero que él designe, o beneficiario, y cuya finalidad es fundamentalmente solutoria, pues mediante este contrato el Banco paga una deuda ajena, existente entre su cliente y el beneficiario (22).

5.º En último aspecto que cabe destacar del párrafo segundo del artículo 1.º del Real Decreto 1816/1991 es el que hace mención a la salvedad que se establece respecto de las «medidas indispensables de control que se pudieran establecer —y que de hecho se establecen— para impedir las infracciones al ordenamiento jurídico vigente». A estas normas de control, que se traducen en un conjunto de formalidades que, especialmente en el ámbito de los préstamos financieros son de un cierto rigor, me referiré en seguida, pero previamente hay que reparar en la circunstancia del particular control que se establece respecto de los préstamos y créditos, pues se trata de las únicas transacciones, en tanto que negocios jurídicos principales, que se someten a un control directo y no a través del control indirecto de sus pagos y transferencias.

2) En efecto, el artículo 4.º de la Directiva 88/361 permite a los Estados miembros adoptar aquellas *medidas de control y verificación* necesarias tanto para el conocimiento estadístico y fiscal de las operaciones de capital realizadas como para comprobar la autenticidad y veracidad de las mismas (23). El Real Decreto 1816/1991 ha previsto, de las diversas técnicas posibles al efecto como regla general, la menos rigurosa, consistente en la mera declaración de la operación *a posteriori*, si bien con carácter, salvo excepciones, previo a los pagos y cobros derivados de aquélla. Sin embargo, esta regla general de la declaración del mero pago o cobro se exceptúa en el caso de los préstamos y créditos, los cuales han de ser declarados con carácter previo no a su ejecución, sino a su celebración.

de la prestación del promitente), causa *donandi* (el estipulante quiere hacer una liberalidad al tercero), causa *credendi* (la cantidad percibida por el tercero es un préstamo que le hace el estipulante). Vid. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, t. I, pág. 227.

(22) RODRIGO URÍA, *opus, cit.*, pág. 753.

(23) El artículo 4 de la Directiva especifica que las medidas de control estatal han de ser «indispensables», cuyo límite —que responde a la caracterización de un concepto jurídico indeterminado— está sujeta a la supervisión de los órganos jurisdiccionales del propio Estado miembro en que se hayan adoptado las citadas medidas, según resolvió la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 24 de junio de 1986 en el asunto 157/85, Brugnoni-Ruffinengo, citada *supra*.

En efecto, el artículo 9 del Real Decreto 1816/1991 establece que no obstante lo dispuesto en su artículo 1.º, las «entidades registradas», así como las personas físicas o jurídicas que realicen operaciones de las señaladas en dicho artículo 1.º, quedan sujetas a la obligación de facilitar a la Administración y al Banco de España los datos que se les requieran para los fines de seguimiento estadístico y fiscal. En base a ello, el artículo 8, número 2, de la Orden del Ministerio de Economía de 27 de diciembre de 1991, aparte de imponer obligaciones similares respecto de los créditos de carácter comercial, dispone que «los residentes quedarán obligados a declarar al Banco de España, en la forma que éste establezca, los préstamos financieros recibidos de no residentes u otorgados a no residentes», cuya previsión ha sido desarrollada por la Circular número 2/1992 del Banco de España, y de cuyo desarrollo resulta con claridad que tal declaración tiene carácter previo respecto de los préstamos, dado el carácter de contratos reales que revisten los mismos.

Con ello nos adentramos ya en el estudio de las formalidades impuestas a los préstamos y créditos financieros exteriores como medidas de control de los mismos (24).

3) Como hemos visto, las *medidas de control que el Gobierno puede imponer* a las operaciones de capital son las «indispensables» para impedir las infracciones al ordenamiento jurídico vigente y, en principio, parecen referirse principalmente a los cobros y pagos exteriores y a las transferencias del y al extranjero más que a la celebración de la transacción en sí.

Esta facultad estatal de control por lo que se refiere a los préstamos y créditos exteriores se desarrolla normativamente en la citada Circular número 2/1992 del Banco de España. De ella y del conjunto de las restantes disposiciones que regulan el sistema actual de control de cambios en España resultan una serie de formalidades que podríamos clasificar en una de tipo genérico, como es la de la canalización de los préstamos financieros a través de la vía bancaria (25), y otras de tipo específico, como son la obligación de declarar la transacción, la asignación de un número de operación financiera (NOF) y la comunicación de todos los cobros y pagos derivados del préstamo o crédito:

(24) Algún autor ha concebido estas medidas de control como condiciones de ejercicio de la libertad de circulación de capitales, por contraposición a las excepciones o restricciones a la misma (*vid.* JAIME ABELLA: «Las transacciones económicas...», *cit.*, pág. 4). Este concepto conecta con la idea de la «suspensión» de la efectividad de la transacción o transferencia que se sigue del incumplimiento de las formalidades impuestas por las medidas de control a que nos referimos *supra*.

(25) Requisito genérico en el sentido de ser común a todas las operaciones, actos y negocios sometidos a control de cambios.

1.^º Por lo que se refiere a la *intervención bancaria* inexcusable, ello constituye un reflejo concreto de un principio general sobre el que se asienta el sistema cambiario tanto actual como pasado, que es el de canalizar las transacciones y transferencias con el exterior por vía bancaria, de forma que las entidades de crédito ejecutan en materia de control de cambios un conjunto de funciones propias de las autoridades monetarias por vía delegada y que básicamente consisten en recoger, ordenar y transmitir al Banco de España los datos de las operaciones realizadas que resultan relevantes para el control de cambios, con obligación de bloquear las correspondientes obligaciones de cobros y pagos en tanto los particulares residentes, sean personas físicas o jurídicas no realicen las declaraciones pertinentes (26).

Este principio aparece recogido con carácter general en el artículo 5 del Real Decreto 1816/1991, conforme al cual los cobros y pagos residentes y no residentes, así como las transferencias del y al exterior, estén cifradas en pesetas o en moneda extranjera, deberán efectuarse a través de una «entidad registrada» (Bancos y Cajas de Ahorro), añadiendo que en tales supuestos el residente deberá aportar a la «entidad registrada» a través de la que dicho pago, cobro o transferencia se efectúe, las declaraciones o informaciones que se determinen, sin cuyo requisito las entidades registradas no podrán ejecutar ningún pago o transferencia al exterior.

Se señalan a la citada regla general dos excepciones relativas, respectivamente, a los cobros y pagos entre residentes y no residentes mediante abono y adeudo en cuentas de que sean titulares personas residentes en España en oficinas bancarias extranjeras, tanto de entidades registradas

(26) El cumplimiento de estas actuaciones por vía delegada por parte de las «entidades registradas» encuentra amparo legal en el artículo 5 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre control de cambios, conforme al cual «1. La Administración podrá autorizar, en las condiciones y límites que se determinen reglamentariamente, a los Bancos operantes en España, Cajas de Ahorro y otras entidades de crédito para intervenir en las operaciones reguladas en esta Ley... 2. Las entidades autorizadas quedan sujetas al *deber de colaboración* con los Organismos encargados del control de cambios...» Por su parte, el artículo 10, número 3, del Real Decreto 1816/1991 establece que «las disposiciones que regulen el deber de colaboración con la Administración de las «entidades registradas» se considerarán normas de ordenación y disciplina a los efectos previstos en el artículo 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y su infracción será sancionada en los términos establecidos en dicha Ley...». Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la colaboración de las entidades delegadas con la Administración, ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU consideran que aquélla constituye el ejercicio de una delegación de facultades (*vid. Control de cambios*, cit., pág. 252). Por su parte, JAIME ABELLA entiende que el cambio de denominación de «entidad delegada» a «entidad registrada» responde a la idea de un mayor automatismo en el desarrollo de funciones de control de cambios por las entidades de crédito sin necesidad de una previa delegación (*Las transacciones económicas...*, pág. 6).

como entidades bancarias extranjeras (27), y los cobros y pagos entre residentes y no residentes en moneda metálica, billetes de banco o cheques al portador (28), en cuyos casos, precisamente por producirse el pago al margen del sistema bancario español, se sustituye la intervención delegada de las entidades registradas por la obligación impuesta al residente de declarar el respectivo cobro o pago directamente al Banco de España en el plazo de los treinta días siguientes, salvo que tratándose de un pago en metálico su importe no exceda de un millón de pesetas, según la franquicia establecida por el artículo 7 de la Orden de 27 de diciembre de 1991.

Sin embargo, en mi opinión, tales excepciones apenas tendrán efectividad alguna en el campo de los préstamos y créditos financieros a que me vengo refiriendo. Desde luego, la instrumentación extrabancaria de un contrato de apertura de crédito no es más que una hipótesis de laboratorio, pues, como vimos, la práctica vincula tales créditos a las operativas cuentas corrientes, con lo que éstas pasan a ser un elemento esencial de la apertura de crédito, por lo que siendo la cuenta corriente un contrato típicamente bancario (29), mal puede defenderse la posibilidad de una excepción al artículo 5 del Real Decreto 1816/1991 en materia de contratos de crédito.

Pero incluso en los contratos de préstamo la hipótesis de la excepción es muy residual, y ello por las siguientes razones:

- Precisamente los préstamos financieros se definen por el Derecho comunitario como aquellos en que interviene una entidad financiera o de crédito, y particularmente en el caso de los préstamos que más nos interesan, los hipotecarios, debido al largo plazo de su duración lo común es pactar un sistema de amortización parcial y sucesiva que se traduce en cuotas periódicas que ha de satisfacer el prestatario, cuyo pago en metálico precisamente a una entidad de crédito resulta un tanto extravagante. Lo normal será que la cuota esté

(27) Vid artículo 6, número 3, del Real Decreto 1816/1991 y de la Orden de 27 de diciembre de 1991 y norma 1.^a, número 1, de la Circular del Banco de España número 1/1992, de 15 de enero, sobre residentes titulares de cuentas bancarias en el extranjero.

(28) Vid artículo 7, número 2, del Real Decreto 1816/1991 y de la Orden de 27 de diciembre de 1991.

(29) El contrato de cuenta corriente, mencionado en los artículos 175, número 9, 177 y 180 del Código de Comercio es definido por GARRIGUES como un contrato de gestión, en virtud del cual el Banco se compromete a realizar por cuenta de su cliente cuantas operaciones son inherentes al servicio de caja, realizando las correspondientes anotaciones contables. Ahora bien, como advierte BROSETA (*opus. cit.*, pág. 474), se trata de un contrato que suele superponerse como pacto accesorio a un contrato de depósito de dinero a la vista o a una apertura de crédito, razón por la cual la doctrina ha afirmado que la cuenta corriente es un contrato autónomo (por razón de su contenido), pero *dependiente, superpuesto o accesorio* de aquellos contratos a los que suele ir siempre unido (*vid.* Sentencias de 12 de junio de 1976 y 29 de abril de 1983).

- domiciliada en una cuenta corriente abierta a favor del prestatario en la propia entidad o bien se satisfaga mediante una transferencia girada con cargo a otra cuenta del propio prestatario en otra entidad.
- La propia complejidad que para el prestatario puede suponer gestionar directamente la «Declaración de préstamos y créditos exteriores», y la posibilidad que le ofrece el anexo I de la Circular número 2/1992 para hacerlo a través de una entidad registrada en su nombre, hace fácilmente presumible el empleo de esta segunda fórmula.
 - En definitiva, resulta la intervención bancaria presupuesta por la misma Circular cuando establece en el apartado 3.º de su norma primera, que «las entidades registradas no realizarán abono o adeudo alguno derivadaos de la disposición, amortización o pago de intereses del préstamo contraído... sin que a los mismos les haya sido asignado el NOF».

2.º Por lo que se refiere a la *obligación de declarar la transacción*, ya vimos cómo el artículo 8.º, número 2, de la Orden de 27 de diciembre de 1991 obliga a los residentes a declarar al Banco de España y en la forma que éste establezca «los préstamos financieros recibidos de no residentes y los otorgados a no residentes».

La obligación, por tanto, en ambos casos recae sobre el contratante que tenga la condición de residente en España, al igual que sucede con el resto de obligaciones relativas a declaraciones de operaciones sujetas a control de cambios que siempre imputan las mismas a los residentes, lo cual resulta lógico considerando que las normas de control de cambios, que frecuentemente inciden en relaciones jurídicas internacionales por la concurrencia de algún elemento de extranjería, son normas de Derecho público e imperativo que afectan al orden público, por lo que han podido ser calificados como normas de policía económica, y conocido es que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública son leyes eminentemente territoriales que obligan a todos los que se hallen en territorio español según resulta del artículo 8.1 del Código Civil. Dicho sea sin perjuicio de las posibles consecuencias que del incumplimiento de la obligación cambiaria impuesta al residente se puedan seguir en orden a la ineficacia del conjunto de la relación jurídica, lo que no puede dejar de afectar al no residente ajeno al incumplimiento de tales obligaciones, según resulta del ya citado artículo VIII de los Estatutos del Fondo Monetario Internacional.

Pues bien, en desarrollo parcial del artículo 8 de la Orden de 27 de diciembre de 1991, la Circular número 2/1992 del Banco de España ha especificado la forma en que se ha de realizar tal declaración. Se refiere a ello la norma primera de la misma, a la que ya hemos aludido, en el sentido de obligar a los residentes en España, ya sean personas físicas o jurídicas,

que obtengan préstamos financieros de no residentes, tanto si se cifran en divisas como si lo hacen en pesetas, a declararlos al Banco de España, cumplimentando el impreso de «Declaración de préstamos y créditos exteriores».

Las instrucciones de procedimiento contenidas en el anexo I de la Circular especifican la forma de rendir la citada declaración, distinguiendo dos supuestos según que el préstamo tenga un importe superior a doscientos cincuenta millones de pesetas o proceda de algún país considerado oficialmente como paraíso fiscal (30), o bien se trate de préstamos que no incurran en ninguna de dichas circunstancias. En el primer caso, la declaración ha de realizarse en la oficina de Balanza de Pagos del Banco de España, en Madrid, o en cualquiera de sus sucursales, bien directamente por el prestatario, bien por una entidad registrada en su nombre y, en todo caso, con anterioridad a la primera disposición de fondos. Tratándose de préstamos incursos en el segundo supuesto, la norma es más permisiva, pues admite que la declaración se pueda cumplimentar en la primera disposición de fondos en la propia entidad registrada que hará seguir al Banco la correspondiente información en impreso de modelo oficial.

Por otra parte, las casillas de los impresos oficiales en que hay que formalizar las declaraciones (31) constituyen un buen exponente de lo que he denominado encorsetamiento de la autonomía de la voluntad por los formulismos derivados del control de cambios (32). Para ilustrar esta afirmación basten dos ejemplos. Así, en la casilla correspondiente se pide al particular que especifique el tipo de interés, sin tener en cuenta las posibles cláusulas pactadas sobre intereses variables, que son necesariamente prolijas y reñidas con el constreñimiento físico que resulta de la necesidad de reflejarse en una menuda casilla de un impreso oficial.

De otro lado, en la casilla relativa al calendario de amortización se piden los datos del número de cuotas, su periodicidad y sus fechas de cómputo inicial y de vencimiento final. Nada se prevé respecto de un

(30) Los países y territorios a los que se atribuye el carácter de paraíso fiscal aparecen relacionados en el artículo 1.^º del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

(31) Véase cuadro de declaración de préstamos y créditos exteriores (pág. 637).

(32) Obsérvese que no se hace referencia a las limitaciones que al dogma de la autonomía de la voluntad, que preside el campo del Derecho de obligaciones como Derecho preferentemente voluntario y no necesario, devienen de la superación de su primitivo sentido individualista, en base a consideraciones de tipo social y/o moral (que se ven reflejadas claramente en la legislación laboral, arrendaticia, de préstamos usuarios, de seguros, etc.), sino de limitaciones al mencionado principio, provenientes de meros formulismos burocráticos, que chocan igualmente con el principio consensualista que rige en materia de contratos (*vid.* art. 1.278 del Código Civil), exagerando el principio opuesto en los actos preparatorios de aquellos que satisfacen el intervencionismo estatal en cualquier sistema de control de cambios por liberalizado que se encuentre.

BANCO DE ESPAÑA

MODELO PE-1

DECLARACION DE PRESTAMOS Y CREDITOS EXTERIORES

NOTA: No cumplimentar las casillas sombreadas Rellenar a máquina o con letra de imprenta.

1 PRESTATARIO RESIDENTE	NIF	2 NUMERO DE OPERACION FINANCIERA (NOF)
Nombre		
Dirección	Teléfono	
Localidad	D P	

3. CLASE DE ENDEUDAMIENTO	4 PRETAMISTA
Préstamo financiero simple 1 ☐	Nombre del prestamista o entidad que actúa como agente o aseguradora
Préstamo financiero sindicado 2 ☐	
Emisión de títulos 3 ☐	Dirección
	Localidad
	País
	Código país

5 MONEDA DEL PRESTAMO	6 IMPORTE DEL PRESTAMO (en cifras)	7 CLAUSULA MULTIDIVISA
Código moneda		Sí 1 ☐
		No 2 ☐

8 TIPO DE INTERES	9 COMISIONES Y GASTOS CONEXOS
Especifíquese cómo se fija	De apertura
	De disponibilidad
	De agencia
	Otras
	Gastos conexos
	

10 CALENDARIO DE AMORTIZACION	11 OBSERVACIONES
Nº de cuotas	
Periodicidad	
Cuotas iguales 1 ☐ Cuotas desiguales 2 ☐	
Fecha de cómputo inicial	
Fecha de vencimiento final	

12 FECHA Y FIRMA DEL PRESTATARIO	13 DILIGENCIA DEL BANCO DE ESPAÑA

vencimiento anticipado del préstamo por las muchas causas que pueden originarlo ni la posibilidad de pactar a favor del prestatario la facultad de anticipar los pagos con el efecto correlativo de disminución del plazo o número de cuotas o bien de reducción de su importe. Ante esta situación caben dos posturas, o bien entender que el préstamo queda constreñido a los datos reflejados en la declaración aportada al Banco de España o bien que la alteración que se produzca en las circunstancias del préstamo con arreglo a su completo clausulado supondrán una circunstancia sobrevenida de error de los datos aportados, sancionable administrativamente, salvo que medie la oportuna comunicación de la alteración producida al Banco de España. En mi opinión, habrá que atender en cada caso por vía interpretativa al alcance de la modificación operada (33).

3.º En cuanto a *la asignación del número de operación financiera*, se trata de una técnica heredada de la normativa anterior, pero con distinto significado (34). Dice al respecto la Circular número 2/1992 en su norma primera, tras referirse a la obligación de formular la correspondiente declaración, que el «Banco de España asignará un número de registro, denominado número de operación financiera (NOF), a cada declaración, de conformidad con lo establecido en el punto 4 siguiente», el cual a su vez establece que «con carácter general el número de operación financiera será asignado por el Banco de España», añadiendo a continuación que, sin perjuicio de lo anterior, «las entidades registradas podrán asignar directamente, actuando por delegación del Banco de España, el NOF de los préstamos exteriores cuyo importe no exceda de doscientos cincuenta millones de pesetas o su contravalor en otras divisas, siempre que el prestamista no sea persona física o jurídica residente en alguno de los territorios o países a los que se atribuye el carácter de paraísos fiscales en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio».

Resulta clara, pues, la distinción entre los préstamos que podríamos denominar liberalizados y delegados —en los que la asignación del NOF la realizan directamente las entidades registradas— y aquellos otros que están

(33) Con carácter general, y sin perjuicio de la posible subsunción del supuesto expresado en la tipología de alguna de las infracciones definidas por la Ley 40/1979, de Control de Cambios [véase en relación a los pagos anticipados, por ejemplo, el art 6, A), número 4, en relación con el art 10, núm. 2, de la citada Ley], entiendo que ha de prevalecer claramente un criterio de benignidad en base a la necesaria interpretación estricta de las normas sancionadoras. Otra cosa es que el alcance que a dichos supuestos se les haya de atribuir en las esferas civil y registral por razón del efecto «suspensivo» que genera el incumplimiento de las formalidades administrativas que examinamos, según lo indicado *supra*.

(34) Respecto del significado del NOF en la regulación anterior (Circular del Banco de España núm. 6/1989, *vid*, *in extenso*, JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD: «Estudios sobre inversiones extranjeras. Préstamos y créditos financieros», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, mayo-junio de 1991, núm. 604 bis, págs. 1245-1487)

liberalizados pero no delegados —en los que la asignación del NOF la realiza directamente el Banco de España—.

Decíamos que la técnica del NOF se hereda de la normativa anterior pero con un significado distinto, por cuanto que en la Circular del Banco de España 6/1987 la asignación del NOF constituía en sí una resolución favorable en el proceso de previa verificación de la operación, que tenía lugar con objeto de comprobar que el préstamo en cuestión encajaba en los requisitos exigidos a los préstamos liberalizados y no era de los necesitados de autorización. En la actualidad, al estar todos los préstamos liberalizados, se podría entender que carece de sentido tal cautela verificadora, pues de la misma en ningún caso podría resultar un juicio desfavorable respecto de la liberalización del supuesto. Sin embargo, en mi opinión, la Circular número 2/1992, al asumir este silogismo, ha ido más allá de lo que la prudencia aconsejaba, pues ya vimos cómo subsisten algunos préstamos —los participativos y los materializados en la adquisición de títulos de renta fija o variables que por su asimilación a las inversiones directas y en cartera efectuadas fuera de Bolsa, respectivamente, están sometidas por su legislación específica—, recordemos que dejada a salvo por el Real Decreto 1816/1991 a verificación previa (35). Quizá en este punto la Circular número 2/1992 no sea más que un preludio de la supresión de tal trámite para los supuestos citados (36).

No obstante, subsiste un supuesto en que, en trámite de asignación del NOF, el Banco de España puede realizar un verdadero proceso de verificación del préstamo afectado. No otra cosa cabe concluir de lo dispuesto por el último párrafo de la instrucción primera, número 1, del anexo de la Circular número 2/1992, al sancionar que «cuando se trate de préstamos o financiaciones procedentes de los paraísos fiscales... cualquiera que sea su importe, el Banco de España podrá solicitar de los prestatarios residentes cuantos datos estime oportunos o realizar las comprobaciones necesarias para la identificación de las condiciones de la operación antes de proceder al registro del préstamo y a la asignación del correspondiente NOF». Indudablemente el objeto de esta comprobación no será el de detectar una irregularidad desde el punto de vista del control de cambios, sino el de contrastar el carácter espúreo o correcto del origen de la operación del préstamo y el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los actos y contratos que hayan generado el capital que habrá de ser reembolsado, pero, en cualquier caso, el procedimiento es perfectamente calificable de trámite de verificación.

(35) *Vid.* artículos 6, número 2, del Reglamento de Inversiones Extranjeras; 8, número 3, de la Orden de 4 de febrero de 1990 (modificada por la Orden de 25 de septiembre de 1991, art. único) y artículo 10, último párrafo, de la misma Orden.

(36) Recuerdese lo dicho *supra* respecto de una previsiblemente próxima reforma de la legislación española de inversiones extranjeras.

Desde el punto de vista de la tramitación del NOF, lo que resulta más llamativo es la ausencia de fijación de un plazo al Banco de España para realizar su asignación. Con arreglo a la antigua Circular 6/1987 (37), expresamente derogada por la Circular número 2/1992, tampoco se fijaba expresamente un plazo para resolver la verificación y consiguientemente asignar el NOF, pero dicho plazo resultaba indirectamente de una de las normas de tal Circular con arreglo a la cual el interesado debía presentar la solicitud de la verificación ante el Banco de España con quince días de antelación al menos (38) respecto a la fecha de la primera disposición del préstamo, para lo cual era preciso contar previamente con el NOF. Por tanto, el NOF se habría de asignar en el plazo que mediase entre la presentación de la solicitud y la fecha de la primera disposición que se especificaba en el propio escrito de solicitud, cuyo intervalo no podía ser inferior a quince días. Este mismo plazo era el que se fijaba para que el Banco de España resolviese las solicitudes de autorización respecto de los préstamos no liberalizados, con la garantía para el postulante del silencio administrativo positivo.

La cuestión puede quedar resuelta en la próxima reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (39), que prevé la citada técnica del silencio administrativo positivo con carácter general en cuya virtud se entiende resuelta la solicitud de forma favorable si la Administración no dicta resolución expresa en un plazo determinado (40). Entre tanto, la solución tiene que ser meramente interpretativa, y al respecto, a mi juicio, dado que el sentido de la reforma emprendida por el Real Decreto 1816/1991 es claramente liberalizadora y favorecedora, por ende, de la posición del administrado, no podría admitirse en ningún caso que en materia de asignación del NOF se hubiese producido una *a modo de reformatio in peius*, por lo que habría que entender vigente el plazo máximo de quince días. Además, teniendo en cuenta que al asignar el NOF el Banco de España no realiza una actuación discrecional, sino reglada, la falta de

(37) Cfr. norma 3.^a, último párrafo, de la Circular 6/1987, citada.

(38) Cfr. *ibidem*, norma 2.^a

(39) Actualmente se halla en período de tramitación parlamentaria el proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (A. 82-1), habiendo entrado en la Cámara Baja el 4 de marzo de 1991 (Tapia, núm. 63, marzo-abril de 1992, pág. 79).

(40) Gráficamente explica GARCÍA DE ENTERRÍA la naturaleza y efectos del silencio positivo diciendo que el mismo «sustituye la técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado» (*opus. cit.*, pág. 504) Valga lo dicho *mutatis mutandi*, pues en la regulación actual de la Circular 2/1992 no cabe entender que el prestatario haya de asumir un papel procesal-administrativo de postulante o requirente, pues el otorgamiento del NOF ha de responder a una actuación reglada y automática.

asignación podría constituir un incumplimiento de sus funciones que podría dar lugar tanto a la impugnación de tal pasividad por parte del particular perjudicado ante la jurisdicción contencioso-administrativa como a una sanción comunitaria por el incumplimiento de los compromisos contraídos por el Estado español por razón de la Directiva 88/361, conforme al procedimiento del artículo 169 del Tratado de Roma.

La cuestión apuntada, lejos de ser baladí, presenta una singular importancia debido a *los efectos derivados de la asignación del NOF*, pues estos son trascendentales tal y como se puede colegir de la lectura del apartado 3.º de la norma 1.ª de la Circular 2/1992, según el cual «las entidades registradas no realizarán abono o adeudo alguno derivados de la disposición, amortización o pago de intereses del préstamo contraído o de la financiación obtenida del no residente sin que a los mismos les haya sido asignado el NOF» (41).

Por tanto, desde el punto de vista de la celebración del contrato, la falta de atribución del NOF respecto de un contrato de préstamo exterior impide su perfección, dado su carácter real —que exige la entrega del capital— y la imposibilidad de que dicha entrega se verifique. En el caso de los contratos de apertura de crédito el problema jurídico es distinto, pues dado el carácter consensual de los mismos —al que basta la prestación del consentimiento para su perfección—, el contrato se podrá entender jurídicamente existente, pero económicamente el problema es idéntico dada su finalidad de proporcionar disponibilidad dineraria a favor del acreditado desde el día de la celebración del contrato y por todo el plazo de su duración. En tales supuestos habrá que entender que el plazo de la cuenta de crédito es cierto en cuanto a su duración, pero incierto en el *dies a quo* en el que habrá de comenzar su cómputo, siempre que se haya establecido en el propio contrato una previsión al respecto, pues en caso contrario el retraso en la asignación del NOF no hará más que cortar la duración del contrato.

Por lo que se refiere a los pagos por amortización e intereses, el efecto suspensivo de la asignación del NOF no les habría de afectar, pues atribuido el NOF de forma única para el conjunto de operaciones que se desprenden del préstamo, y estando subordinada la obligación del prestatario o acredi-

(41) Se observa la omisión en la disposición transcrita de otros conceptos a que pueden responder los adeudos referidos directamente relacionados con el préstamo o crédito concertado, tales como comisiones, intereses de demora, pago de tributos, primas de seguros y otros gastos suplidos por cuenta del prestatario o acreditado. En algún caso parece clara la asimilación al régimen de la norma transcrita (así, las comisiones satisfechas en calidad de retribución por la disponibilidad concebida por el crédito). En otros supuestos quizá la solución haya de reconducir al régimen común más liberal de las transacciones invisibles. indemnizaciones —intereses de demora—, comisiones y correajes —gestión de negocios ajenos y pagos suplidos por cuenta de otro—, etc

tado de reintegro del capital y pago de los intereses al previo cumplimiento de la prestación que incumbe al prestamista o acreditante de entrega o puesta a disposición del capital, cuando comience la ejecución de los pagos amortizatorios por parte del prestatario es inexcusable que el NOF ya haya recaído. Ello no obstante, la norma 1.^a también alude al efecto suspensivo del NOF respecto de los pagos por amortización o intereses. ¿Cuál es la razón de ello? Parece encontrarse en la vinculación que la Circular establece entre el requisito del NOF y el de la comunicación preceptiva al Banco de España de todos los cobros y pagos que se efectúen por razón del préstamo, con lo que entramos en el estudio de la última de las formalidades a que la normativa cambiaria actual sujeta a los préstamos y créditos financieros exteriores.

4.^o En efecto, por lo que se refiere a *la comunicación de los pagos y cobros derivados del préstamo o crédito exterior*, la obligación de efectuarla resulta tanto del Real Decreto 1816/1991, cuyo artículo 5.^o establece con carácter general la obligación del residente de aportar a la entidad registrada a través de la que realice un pago o transferencia al exterior las declaraciones o informaciones que se determinen, debiendo incluir en tal declaración su nombre o razón social, domicilio, NIF, nombre o razón social y domicilio del no residente beneficiario, importe, moneda, país de destino y concepto por el que se produce el pago, sin cuya declaración la entidad registrada no puede ejecutar el pago. Por su parte, la Orden de 27 de diciembre de 1991 aclara que la declaración deberá efectuarse por escrito, debidamente firmado, «con anterioridad a la ejecución del pago» (42).

Para el caso específico de los préstamos y créditos exteriores, la Circular número 2/1992 hace una aplicación concreta de las normas anteriores, indicando que «los cobros por segunda y posteriores disposiciones, así como los pagos por amortización e intereses... habrán de hacerse siempre consignando el NOF asignado a la operación, a cuyos efectos... las entidades registradas requerirán al prestatario la presentación de la correspondiente «declaración de préstamos y créditos exteriores» (instrucción 1.^a, núm. 4).

A mi juicio, esta última exigencia merece crítica desfavorable, ya que la exigencia de presentación del correspondiente impreso de declaración en cada ocasión en que se haya de efectuar cualquiera de los periódicos pagos

(42) *Vid.* artículo 5, número 2, párrafo segundo, de la citada Orden. En dicho precepto se recoge igualmente una excepción al carácter previo de la declaración para el caso de que en función de la naturaleza del medio de pago empleado la correspondiente transferencia deba ser realizada con «carácter inmediato», en cuyo supuesto la declaración deberá realizarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a la ejecución del pago (por ejemplo, en caso de talón nominativo que un residente presente al cobro). Para el caso de que la cuantía del pago no exceda de 100.000 pesetas, no será necesario declarar el concepto por parte del residente [cfr. Resolución de 7 de enero de 1992 de la Dirección General de Transacciones Exteriores, instrucción 5.^a, núm. 1.^a, d)].

de cuotas parciales de amortización del capital y de los intereses devengados en el correspondiente período liquidado constituye un entorpecimiento burocrático desproporcionado a la finalidad de acreditar el NOF, que le constará perfectamente a la entidad registrada y que sólo podrá generar problemas muy aisladamente en caso de existir entre la entidad y su cliente pactos de imputación de pagos entre varias deudas existentes entre los mismos, siendo además incompatible con la necesaria agilidad del tráfico mercantil y contraria a la práctica de la domiciliación bancaria del pago de las cuotas periódicas. Por todo ello, y en base a no concurrir en tal exigencia el carácter de imprescindible, considero que la Circular número 2/1992 ha excedido los límites de la discrecionalidad estatal para el desarrollo interno de la Directiva 88/261 y, en consecuencia, conforme a los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, habría que entender que la citada norma adolece de un vicio de contradicción con el ordenamiento comunitario, por lo que resulta improcedente su aplicación así por la Administración como por los Tribunales y en lo que les afecta por los Registradores en su calificación. Dicho sea, no obstante, a título meramente interpretativo y con la reserva lógica a que obliga la naturaleza de este tipo de juicios.

2.2. PRÉSTAMOS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES: SUPUESTOS ESPECIALES

Tras lo expuesto, nos resta apuntar, por lo que se refiere a los préstamos y créditos financieros otorgados de no residente a residente, *algunos supuestos que presentan cierta especialidad*, casos dudosos desde el punto de vista de su calificación como exteriores en razón de su falsa apariencia de tales.

1) *Préstamos en divisas concedidos a residentes por entidades registradas*

La Circular 5/1987, de 13 de marzo, del Banco de España, en su norma 8.^a, ahora derogada por la Circular número 3/1992, facultaba a las entidades registradas a conceder préstamos en divisas a «residentes debidamente autorizados». Tales préstamos en puridad tenían lugar entre dos residentes, pero considerando que las divisas objeto del préstamo eran fruto de la toma de fondos en moneda extranjera mediante depósitos obtenidos de no residentes, la Circular citada asumió, como dicen ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU (43), la ficción legal de considerar a las entidades registradas en tales operaciones como no residentes o bien que actuaban en las mismas por

(43) ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU: *Control de cambios...*, cit., pág. 1212

cuenta de no residentes, por lo que resultaban aplicables a tales préstamos los requisitos de la antigua Circular 6/1987 (44).

Actualmente la mencionada Circular número 3/1992 declara libre la compra por parte de las entidades registradas a residentes y no residentes (con ciertas formalidades en este segundo caso) de billetes extranjeros y cheques bancarios al portador (45), por lo que pueden ser titulares de los mismos en concepto de propietario, no depositario (46), por lo cual no pueden considerarse hoy subsistentes las razones para entender estas operaciones como préstamos exteriores sometidos a control de cambios. Se trata simplemente de préstamos interiores en los que la suma prestada se cifra en divisas, por lo que habrá que tener en cuenta no las normas de control de cambios, sino las particularidades de Derecho privado propias de las deudas de moneda extranjera (47).

2) Un segundo puesto dudoso es el de *los préstamos exteriores otorgados a sucursales en España de empresas exteriores*

La especialidad surge en este caso de la concurrencia de dos factores; por un lado, la falta de personalidad jurídica independiente de las sucursales

(44) Desde un punto de vista estrictamente jurídico-sustantivo, el fundamento de la citada ficción legal que configura la intervención de las entidades registradas como un mandato o como una gestión de intereses ajenos no es del todo clara. En efecto, puesto que los fondos en divisas mutuados han de proceder básicamente de depósitos bancarios realizados por no residentes, y teniendo en cuenta que la norma 4.^a de la Circular 5/1987 del Banco de España —todavía vigente— atribuye disponibilidad a las entidades registradas sobre los citados recursos en moneda extranjera, es claro que nos encontramos ante la figura del depósito «irregular», al igual que en el común de los depósitos bancarios de numerario, en el que el depositario adquiere desde el momento de la constitución del depósito la propiedad de los fondos depositados (*vid.* art. 309 del Código de Comercio). Por consiguiente, cualquier acto de administración o disposición realizado sobre los fondos depositados lo son sobre elementos integrantes del propio patrimonio de las entidades registradas, sin perjuicio de las disposiciones legales tendentes a la protección del ahorro y al aseguramiento de la obligación de devolver el *tantumdem*.

(45) *Vid.* normas 5.^a y 6.^a de la citada Circular número 3/1992, de 15 de enero.

(46) Dicho sea en el sentido de quedar liberada la entidad registrada de las obligaciones de mantenimiento del nivel de liquidez necesario para poder satisfacer el derecho de disponibilidad del depositante —con arreglo a la modalidad de depósito celebrado— mediante el cumplimiento del deber de restituir el *tantumdem*.

(47) Precisamente estas consideraciones justifican la supresión de la obligación de declaración de estas operaciones a partir de 1993, según resulta con claridad *a sensu contrario* del régimen transitorio establecido para las mismas por la última norma de la Circular 2/1992 del Banco de España, conforme a la cual «Durante 1992 se declararán, en los términos previstos en la norma primera de la presente Circular, los préstamos y financiaciones en divisas obtenidos por residentes de las entidades registradas».

respecto de su empresa matriz (48), de modo que una y otra son una misma persona jurídica, en este caso no residente, porque al hablar de empresas extranjeras hablamos de empresas cuyo domicilio social se halla en el extranjero (49), y de otra parte, la consideración que antiguamente el Reglamento de 1980 y actualmente el Real Decreto 1816/1991 hacen de los establecimientos y sucursales en territorio español de las personas jurídicas extranjeras como residentes a efectos de la normativa del control de cambios (50).

Pues bien, desde una perspectiva jurídica estricta los préstamos de las empresas matrices extranjeras a sus sucursales en España no pueden constituir un préstamo, por cuanto que éste, para nacer, requiera de la concurrencia de dos contratantes con personalidad independiente, por lo que nos hallaríamos más bien ante un caso de anticipos reintegrables —terminología empleada por una Circular de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 9 de julio de 1975— o de una simple colocación de fondos. Esta última interpretación ha prevalecido en la práctica administrativa sobre la tesis contraria que veía un supuesto de auténtico préstamo exterior sobre entender que la consideración de la sucursal como «residente» le atribuía una personalidad jurídica por vía de ficción legal y a los solos efectos de la normativa de control de cambios, fundamentalmente en base a la finalidad de la atribución de la condición de residente y las sucursales, que no es otra que la de facilitar su vida económica eludiendo su sometimiento constante al control de cambios en el desarrollo de todas sus actuaciones (51).

(48) Sin perjuicio de reconocerles cierta autonomía de gestión, como hace el actual Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, en cuyo artículo 259 se da la siguiente noción de sucursal: « se entenderá por sucursal todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollan, total o parcialmente, las actividades de la sociedad».

(49) En vigor, y a pesar de la dicción literal del artículo 5 de la Ley de Sociedades Anónimas, es opinión extendida la de que la determinación de la nacionalidad española de las sociedades responde a un criterio mixto de domicilio-constitución (*vid.* art. 28 del Código de Comercio y Resolución de la DGRN de 17 de abril de 1953), y sin perjuicio de la posible existencia de un Convenio internacional que autorice a las sociedades españolas el traslado de su domicilio a otro país con mantenimiento de su nacionalidad (*vid.* art. 149, núm. 2, de la Ley de Sociedades Anónimas, y 20, núm. 2, del Reglamento del Registro Mercantil). De otra parte, ha de tenerse presente el artículo 15 del Código de Comercio, según el cual las sociedades extranjeras que ejerzan actividad comercial en España sirviéndose de sucursales aquí establecidas, se regirán por su Ley nacional en lo relativo a su capacidad para contratar, y por la Ley española en lo que concierne a la creación y régimen de la sucursal —sin perjuicio de lo resultante del principio comunitario de libre establecimiento—, a sus operaciones y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación —sin perjuicio de lo resultante del Convenio de Bruselas de 1968—.

(50) *Vid.* artículo 2, número 1, del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre.

(51) *Vid.*, en este sentido, ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *opus cit.*, pág. 1215.

3) Por último, en este apartado de falsos supuestos de préstamos exteriores puede mencionarse otro supuesto que presenta un cierto paralelismo con el anterior, cual es el del *préstamo concedido por un no residente a un residente* con cargo no a su patrimonio ordinario, sino exclusivamente extrayendo el capital mutuado de su patrimonio constituido en España durante una etapa previa de residencia en España y respecto del cual la Ley de Control de Cambios de 1979 (art. 4.º, núm. 1.º, párr. 2) le atribuye la condición de «residente». En este caso, la evidente existencia de dos personalidades distintas y la condición, a efectos del control de cambios, de residente que concurre en ambos, en uno por razones personalistas y en el otro por razones patrimonialistas, hace que nos encontremos ante un préstamo entre residentes y, por tanto, ajeno al control de cambios.

3. PRESTAMOS Y CREDITOS FINANCIEROS DE RESIDENTES A NO RESIDENTES

3.1. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN ANTERIOR AL REAL DECRETO 1816/1991

Antes de la aprobación del Real Decreto 1816/1991, la norma básica sobre la que se apoyaba la regulación de los préstamos financieros otorgados por los residentes a favor de no residentes (es decir en que el flujo monetario derivado de la entrega del capital se produce hacia el exterior) estaba contenida en el artículo 3, número 1, 7.ª del Reglamento de Control de Cambios de 1980, que sometía a tales préstamos a la exigencia de autorización administrativa previa. Sin embargo, en fechas recientes fue fraguando un rápido proceso de liberalización que autorizaba genéricamente diversos supuestos en que el residente que actuaba como prestamista tenía la condición de entidad delegada, no en otro caso, y cuya regulación era diversa en función de que la moneda en que se cifrase el préstamo fuese divisa extranjera o moneda nacional:

1) Por lo que se refiere a *los préstamos en divisas* otorgados a no residentes por entidades delegadas, la materia estaba recogida en la norma 4.ª de la Circular 5/1987, de 13 de marzo, que autorizaba a las «entidades delegadas a colocar libremente los recursos que hubiesen obtenido en moneda extranjera en personas físicas o jurídicas no residentes..., con arreglo a las buenas prácticas bancarias» (52).

(52) Esta norma no ha sido objeto de derogación por parte de la Circular del Banco de España número 3/1992, de 15 de enero, reguladora de las operaciones con billetes y efectos, que de la citada Circular de 1987 únicamente ha derogado de manera formal sus normas 3.ª, 8.ª, 9.ª, 10 y 11.

No quedaban comprendidos en esta autorización los préstamos otorgados a no residentes en moneda extranjera adquirida por las entidades delegadas en el mercado de divisas con cargo a sus propios recursos en pesetas.

2) En cuanto a los *préstamos en pesetas* concedidos por las entidades delegadas a los no residentes fueron objeto de una liberalización parcial primero, y total después, en virtud de una disposición muy reciente, pero anterior al Real Decreto 1816/1991.

Así, en virtud de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 31 de julio de 1989, se facultó a las entidades delegadas para conceder préstamos y créditos en pesetas convertibles a no residentes, sin necesidad de autorización previa y sin condiciones específicas. No obstante, esta liberalización fue solamente parcial, ya que tanto el capital mutuado como la amortización del mismo habían de denominarse o instrumentarse en pesetas convertibles —no en pesetas ordinarias—, y además, aunque carecían, en cuanto a su importe, de límite cuantitativo alguno de carácter singular o respecto de cada préstamo en particular; sin embargo, se imponía a las entidades delegadas un límite global equivalente al 25 por 100 del saldo medio del «importe pasivo diario en pesetas convertibles» de cada entidad correspondiente al mes anterior. Dicho límite del 25 por 100 fue elevado al 50 por 100 en virtud de nueva Orden ministerial de 12 de marzo de 1990.

La liberalización pasó a ser completa, ya en fecha reciente, mediante la Orden de 16 de abril de 1991, en cuyo artículo 1.^º se dispone que «las entidades delegadas podrán conceder libremente a no residentes préstamos y créditos en pesetas con el mismo alcance que la autoridad monetaria determina para la concesión de estos préstamos y créditos a residentes». No obstante, se mantienen en vigor las normas de procedimiento que existían para la comunicación de las citadas operaciones que figuraban en la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 23 de octubre de 1989. Por tanto, desaparecen los límites cuantitativos globales y la exigencia técnica de que los préstamos se instrumentasen en pesetas convertibles, pero no las normas procedimentales de control y comunicación de las disposiciones, amortizaciones y pagos de interés de tales préstamos (53).

(53) La citada Orden de 16 de abril de 1991 (BOE de 18 de abril) fue desarrollada posteriormente por la Resolución de la Secretaría de Estado de Economía de 6 de mayo de 1991 (BOE de 27 de mayo) —por la que se deroga la mencionada Resolución de la DGTE de 23 de octubre de 1989— y en la que de nuevo aparece la exigencia de instrumentarse el préstamo en «pesetas convertibles»

3.2. RÉGIMEN ACTUAL. SUPUESTOS GENERALES Y ESPECIALES

Tras la aprobación del Real Decreto 1816/1991 hay que entender aplicable indudablemente a los préstamos otorgados por residente a no residentes el régimen general de liberalización consagrado respecto de las transacciones exteriores por su artículo 1.^º, con extensión de tal criterio a las transferencias del y al extranjero y a los cobros y pagos exteriores, sin perjuicio de las medidas de control que se establezcan.

Una vez sentada esta idea general, hay que poner de manifiesto que las disposiciones de desarrollo contenidas en la Circular número 2/1992 del Banco de España, referidas a los préstamos y créditos de no residentes a residentes, no se declaran formalmente aplicables al supuesto que ahora nos ocupa ni, por otra parte, se derogan formalmente todas las normas que anteriormente regulaban este supuesto.

En efecto, así como la Orden de 16 de abril de 1991, que facultaba a las entidades delegadas a otorgar préstamos en pesetas a no residentes se deroga expresamente por el Real Decreto 1816/1991, más que por contradicción habrá que entender que por innecesariedad de la misma la norma 4.^a, apartado a), de la Circular número 5/1987 del Banco de España, que faculta a las entidades delegadas, ahora registradas, a colocar libremente, mediante préstamo, los recursos obtenidos en moneda extranjera en no residentes, no es recogida en la derogación que de otras normas de la mencionada Circular realiza la cláusula de derogación de la Circular número 3/1992 del Banco de España. Si a ello le añadimos que la Circular número 2/1992 relativa a préstamos y créditos exteriores sólo se refiere de una forma explícita a los préstamos obtenidos por residentes de no residentes, hemos de convenir que la regulación del supuesto inverso que ahora nos ocupa carece de la necesaria claridad.

La no aplicabilidad de la Circular número 2/1992 a los préstamos de residentes a no residentes resulta tanto más llamativa cuanto que el artículo 8 de la Orden de 27 de diciembre de 1991 aplica a este tipo de operaciones la misma excepción que a los préstamos de signo inverso de controlar la transacción, no conforme a la regla general del control indirecto de aquéllas a través de los cobros y pagos que genera, sino mediante la obligación de declarar la celebración del negocio jurídico en que consiste. Así, dice claramente el citado artículo, que los residentes estarán sometidos a la obligación de declaración ante el Banco de España en la forma que éste determine «los préstamos financieros recibidos de no residentes u otorgados a no residentes». La posible explicación lógica de esta ajeneidad de la Circular número 2/1992 respecto de los préstamos de residentes a no residentes radica en que la mencionada Circular diseña un mecanismo de canalización de la información de las operaciones realizadas hacia el Banco de España

a través del sistema bancario español, en tanto que los préstamos otorgados por las entidades registradas españolas a los no residentes es muy posible que instrumenten sus cobros y pagos a través de cuentas bancarias abiertas en oficinas bancarias sitas en el extranjero pertenecientes a entidades financieras extranjeras, en el lugar de residencia del prestatario, respecto de cuyas entidades el Banco de España carece en absoluto de cualquier poder de intervención y disciplina (54).

En cualquier caso, considero seguras respecto de este tipo de préstamos las siguientes conclusiones:

1) Les son aplicables las normas generales del Real Decreto 1816/1991 y su principio básico de liberalización, por lo que se habrá de entender suprimida la exigencia de autorización para los supuestos que todavía no habían sido objeto de anterior liberalización por la Circular 5/1987 del Banco de España ni por la Orden de 16 de abril de 1991, es decir, los préstamos otorgados en moneda extranjera por las entidades registradas adquiridas mediante sus recursos en pesetas y los préstamos otorgados por residentes que no tuvieran la condición de entidades registradas, ya en divisas ya en pesetas —y tanto si son éstas pesetas convertibles como si son ordinarias, pues ambas categorías fueron refundidas en una sola por la disposición transitoria primera de la Orden de 27 de diciembre de 1991—.

2) Resulta igualmente aplicable a los residentes que intervengan en tales préstamos la obligación de declararlos al Banco de España, conforme a la exigencia común para todos los préstamos resultante del artículo 8, número 2, de la Orden de 27 de diciembre de 1991.

3) La información relativa a los cobros y pagos por razón de la disposición o amortización de estos préstamos no podrá articularse a través de los procedimientos de la Circular número 2/1992, y en su lugar se habrá de atender al criterio general del artículo 5 de la Orden de 27 de diciembre de 1987, según el cual «los cobros y pagos entre residentes y no residentes y las transferencias del o al extranjero... están sujetas a la obligación por parte del residente que efectúe el cobro, pago o transferencia, de declarar los datos relativos a la operación» (55), y ello tanto si el capital mutuado se ingresa en una cuenta bancaria abierta en una entidad registrada española

(54) Lo confirma *a sensu contrario* —con independencia de lo evidente del aserto por razón del carácter territorialista del ámbito de los poderes públicos—, el artículo 1, número 3, de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, según el cual «El régimen previsto en esta Ley será también de aplicación a las sucursales abiertas en España por entidades de crédito extranjeras».

(55) Precepto desarrollado por la Instrucción 5.^a de la Resolución de 7 de enero de 1992 de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

en la que igualmente se domicilie el pago de las cuotas periódicas de amortización, en cuyo caso la obligación mencionada viene consagrada asimismo por el artículo 5 del Real Decreto 1816/1991, como si el ingreso y la domiciliación tiene lugar conforme al supuesto más probable en una cuenta bancaria abierta en el extranjero, pues en tal caso es fácilmente presumible que dicha apertura tenga lugar en una oficina operante en el extranjero de la propia entidad registrada prestamista, por razón de la misma generalidad del precepto citado y de la analogía existente entre este supuesto y el contemplado por la norma 1.^a de la Circular 3/1992 del Banco de España, que autoriza a las entidades registradas a abrir cuentas, denominadas en pesetas y en divisas, a nombre de personas físicas o jurídicas no residentes y a movilizarlas libremente, sin perjuicio —añade— de lo dispuesto en la Orden de 27 de diciembre de 1991. La citada aplicación analógica de la norma 1.^a mencionada es defendible en base a que la misma no distingue entre cuentas abiertas por las entidades registradas en oficinas de la misma operantes en España o en el extranjero.

Por último, también en esta categoría de préstamos de residentes a no residentes podemos hallar distintos *supuestos cuya especialidad* origina cierta duda en cuanto a su calificación. Podemos destacar los siguientes:

1) En primer lugar, el caso de *los préstamos y créditos otorgados por entidades registradas a sociedades españolas con participación extranjera* o sucursales en España de empresas extranjeras. En ambos casos nos encontramos en puridad ante supuestos de crédito interior, no exterior, pues en el caso de las sociedades españolas con capital exterior no hay duda de su carácter de residente, puesto que en la legislación mercantil española es precisamente el domicilio en España lo que atribuye la nacionalidad española (56), en tanto que en el caso de las citadas sucursales ya vimos cómo el artículo 2 del Real Decreto 1816/1991 también las atribuye por vía de ficción la condición de residentes en España. Sin embargo, en este último caso la falta de autonomía respecto de la personalidad jurídica de la empresa matriz, y en el primero la participación extranjera en el capital hicieron que la legislación adoptase una postura restrictiva respecto de los mismos (57), postura superada actualmente por la Ley y el Reglamento vigentes de Inversiones Extranjeras de 1986, conforme a los cuales tanto las sociedades como las sucursales a que me refiero pueden recurrir al crédito interior «en las mismas condiciones establecidas con carácter general para las sociedades españolas» (art. 8.^o de la Ley).

(56) Dicho sea sin perjuicio de la matización que hicimos *supra* en nota 158

(57) *Vid* artículo 8 del antiguo Reglamento de Inversiones Extranjeras de 31 de octubre de 1974 y la Orden de 14 de abril de 1991.

2) En segundo término hay que citar el supuesto de *los créditos indirectos* que tienen lugar cuando un no residente aplaza el pago de una obligación vencida debida a un residente (58). Ahora bien, este supuesto para ser calificado como operación crediticia requiere que sea consentido por el acreedor residente, pues en caso contrario nos encontramos ante un incumplimiento contractual que desencadenará la liquidación de los correspondientes intereses moratorios, los cuales no constituyen la retribución de un crédito inexistente, sino la indemnización del perjuicio ocasionado ⁹—en forma de *lucrum cessans*— al acreedor residente al tipo pactado y, en su defecto, al legal, conforme al artículo 1.108 del Código Civil (59).

No obstante, en la actualidad este supuesto se ha de entender liberalizado, pero no por ello exento de la obligación de declaración siempre que el aplazamiento sea superior a un año conforme a la previsión del artículo 8, número 1, de la Orden de 27 de diciembre de 1991 referido a la «financiación y aplazamiento de cobros y pagos superiores a un año» (60).

3) Por último, puede citarse el caso de los *préstamos efectuados a sucursales en el extranjero de empresas españolas* por sus matrices, siendo dichos supuestos semejantes, si bien desde la perspectiva inversa, a los examinados al hablar de los préstamos de no residentes a residentes, por lo que cabe traer aquí a colación idénticos argumentos y soluciones que damos por reproducidos (61).

(58) Un supuesto concreto que ya aparecía liberalizado desde la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 30 de julio de 1975 era el del aplazamiento del pago del precio por personas físicas no residentes que adquiriesen inmuebles en régimen de inversión extranjera.

(59) Las diferencias jurídico-civiles entre ambas modalidades de intereses han sido gráfica y sucintamente expuestas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 23 de octubre de 1987, según la cual «una y otra obligación por intereses tienen naturaleza y régimen distintos, los remuneratorios hacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria» (fundamento jurídico 3.º, segunda cuestión).

(60) En caso de que el período de aplazamiento sea inferior al año, ha de entenderse igualmente liberalizado y, además, exento de la obligación de declaración.

(61) Diferente es el caso de los préstamos concedidos a sucursales en el extranjero de empresas españolas por parte de entidades financieras no residentes, en cuyo caso ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU (*opus cit.*, pág. 1227), tomando como decisivo el carácter de no residentes atribuido por nuestra legislación cambiaria a las mencionadas sucursales, entienden que constituye un supuesto de operación financiera entre no residentes y, por ende, ajena a cualquier medida de control cambiario por parte de España.

3.3. CONSECUENCIAS JURÍDICO-CIVILES QUE SE DERIVAN DE LA NECESARIA
INSTRUMENTACIÓN BANCARIA DE LOS PAGOS Y COBROS
DERIVADOS DE LOS PRÉSTAMOS EXTERIORES

Antes de concluir este apartado, relativo a los préstamos financieros exteriores, haré unas breves referencias a *las consecuencias jurídico-civiles* que se derivan de la necesaria instrumentación bancaria de los pagos y cobros que por distintos conceptos se derivan de los préstamos, relativas a la consideración del ingreso en cuenta corriente bancaria como medio de pago. A este respecto, se plantea la cuestión de la eficacia liberatoria que dicho ingreso produzca a favor del deudor, esto es, si realmente determina la extinción de la obligación o no, y en el primer caso en concurrencia de qué requisitos. Desde un punto de vista general, y para el caso de que nada se hubiera convenido expresamente entre deudor y acreedor, la falta de normas al respecto en el Código Civil y en el Código de Comercio han sido suplidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, entre otras, en la Sentencia de 24 de noviembre de 1943 (62), superando el inconveniente que para la admisión de este medio de pago con plenos efectos liberatorios se deriva de la concepción del pago como negocio jurídico por la que se había inclinado el propio Tribunal Supremo y que exigía, en consecuencia, la intervención del acreedor o *accipiens* en el pago —cosa que no se produce en el ingreso en cuenta corriente en que la intervención de aquél se sustituye por la del Banco depositante— y, atendiendo a la extensión que en los usos mercantiles presentaba esta forma de pago, acepta su eficacia liberatoria siempre que el acreedor, pudiendo, no hubiese formulado oposición al ingreso efectuado, de cuya pasividad se hace colegir una actitud tácita de conformidad con el pago así realizado (63). Además, las causas de oposición al ingreso efectuado no podrán consistir en haberse realizado bancariamente, sino en el no cumplimiento de los requisitos legales objetivos del pago —de objeto, tiempo y lugar—.

En cuanto a los *efectos del ingreso* ya hemos dicho que consisten en liberar al deudor extinguiendo la primitiva deuda existente, si bien ello no se produce por el efectivo ingreso dinerario directo en el patrimonio del deudor, sino, como ha puesto de manifiesto HERNÁNDEZ GIL (64), por la incorporación al mismo de un crédito contra la entidad bancaria que recibe el ingreso por la cantidad a que asciende éste y conforme a las normas

(62) Confirmada posteriormente por las Sentencias de 27 de abril de 1945 y de 18 de junio de 1948.

(63) Solución apoyada por el principio de la buena fe en el tráfico jurídico y en la máxima romana *quit siluit, quum loqui et potui, consentire videtur*.

(64) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Derecho de obligaciones*, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, pág. 304.

generales del depósito, *pues el ingreso no se produce en una simple cuenta corriente*, sino en un depósito instrumentado en forma de cuenta corriente.

Con ello se superan las posturas de otros autores que exigían la intervención del *accipiens* en el pago de una forma positiva y concluyente mediante actos como la disposición de los fondos ingresados o el transcurso de un plazo de dos meses desde la notificación bancaria sin oposición conforme a los usos mercantiles (MOTOS GUIRAO) (65).

Por lo que se refiere a los préstamos, vale lo dicho con carácter general, cuyas conclusiones en este caso aparecen reforzadas por las siguientes circunstancias: 1) al intervenir en los cobros y pagos una entidad bancaria resultaría atípico el pago mediante numerario efectivo; 2) es práctica común que la devolución del préstamo no tenga lugar en determinado día de forma íntegra, sino mediante amortizaciones periódicas por cuotas mixtas de capital e intereses, cuya práctica ha sido elevada a rango normativo por las disposiciones que regulan la disciplina de las entidades de crédito, y así la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 establece que «los documentos contractuales relativos a operaciones... en los que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara... la periodicidad con que se producirá el devengo de intereses...». Esta periodicidad y reiteración de los devengos sucesivos hacen que generalmente en los contratos de préstamo se incluya una cláusula relativa al lugar de pago que se localiza no sólo designando una sucursal de la entidad prestamista, sino incluso directamente una cuenta bancaria en la que se movilizan los cobros y pagos, en cuyo caso la fuerza liberatoria del pago nace directamente del contrato, conforme al artículo 1.171, párrafo 1.º, del Código Civil (66).

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad

(65) MOTOS GUIRAO: «Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor», *Revista de Derecho mercantil*, 1958, págs. 245 y sigs.

(66) La admisión sin reserva del pacto de cargo en cuenta no ha de extenderse a otras estipulaciones de validez más dudosa como la consistente en la atribución al acreedor de la facultad de disponer de los saldos de cualquier cuenta del deudor para aplicarlos al pago de la cuota mixta periódica, y menos a otras estipulaciones claramente exorbitantes respecto del ámbito de la autonomía de la voluntad como las que reservan la citada facultad dispositiva al acreedor respecto de cuentas que el deudor tenga indistintas con otras personas, ya que admitir esto equivaldría, como ha señalado AVILA NAVARRO (*opus cit.*, pag. 92), a permitir la consumación del embargo de la cuenta con éxito frente a todas las posibles alegaciones y tercerías.

Los derechos básicos de los consumidores y usuarios y el Derecho urbanístico

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. DERECHOS BASICOS DE LOS CONSUMIDORES: A) LA PROTECCIÓN CONTRA LOS RIESGOS QUE PUEDEN AFECTAR LA SALUD O SEGURIDAD DE LOS CONSUMIDORES; B) LA PROTECCIÓN DE LOS LEGÍTIMOS INTERESES ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LOS CONSUMIDORES; C) LA INDEMNIZACIÓN O REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SUFRIDOS; D) LA INFORMACIÓN CORRECTA SOBRE LOS DIFERENTES PRODUCTOS O SERVICIOS Y LA EDUCACIÓN Y DIVULGACIÓN PARA FACILITAR EL CONOCIMIENTO SOBRE SU ADECUADO USO, CONSUMO O DISFRUTE; E) LA AUDIENCIA EN CONSULTA, LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES QUE LES AFECTAN DIRECTAMENTE Y LA REPRESENTACIÓN DE SUS INTERESES, TODO ELLO A TRAVÉS DE LAS ASOCIACIONES, AGRUPACIONES O CONFEDERACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS LEGALMENTE CONSTITUIDAS; F) LA PROTECCIÓN JURÍDICA, ADMINISTRATIVA Y TÉCNICA O LAS SITUACIONES DE INFERIORIDAD, SUBORDINACIÓN O INDEFENSIÓN.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En principio, se trata de demostrar la premisa principal del trabajo, esto es, la identidad entre vecinos por una parte y usuarios del servicio público del urbanismo por otra, y que se muestra a partir del hecho de que siendo la ciudad y su entorno el objeto de actuación del urbanismo, aun cuando la ciudad no es un simple conglomerado de casas o viviendas, sino, según CHUECA GOITIA (1), «una determinada organización funcional que cristaliza en estructuras materiales», ello no impide, como afirma a continuación el mismo autor, que uno de los elementos determinantes de la cristalización es la casa o vivienda y, en consecuencia, sean las personas que habitan esas

(1) CHUECA GOITIA: *Breve historia del urbanismo*, Madrid, 1989. pág. 14.

viviendas, los vecinos de la ciudad en definitiva, la razón final de la actividad urbanística.

La identificación se muestra en un itinerario circular que, partiendo de la función o servicio público del urbanismo, se centra en un principio en el objetivo global y abarcante que es la ciudad, para a continuación concretizar la actuación en la vivienda y sus determinantes ambientales y, por fin, en el usuario de esas viviendas o vecino, quien se convierte en el destinatario final de la actuación urbanística, asimilándose vecino a sujeto o usuario del servicio público del urbanismo como hemos dicho, y en la práctica y en el plano asociativo se traduce en una identificación entre asociaciones de vecinos y asociaciones de consumidores y usuarios del urbanismo, circunstancia evidenciada por algunas asociaciones de vecinos que han advertido que su capacidad de actuación y posibilidades de presencia institucional se aumentan si se transforman en asociaciones de consumidores y usuarios y actúan todas las posibilidades que se contienen en la normativa de defensa del consumidor y usuario, potenciando así su actuación al añadirla a la contenida en la legislación en régimen local y relativa a la participación de las asociaciones vecinales.

Añadiendo que si el urbanismo es, según VICENTE BOIX (2), «el fenómeno de la concentración estable de la población en asentamientos tecnológicamente preparados, que está regulado por la organización imperante» y, por tanto, se integra de tres elementos: *a)* un soporte humano; *b)* un asentamiento que tiene como finalidad la protección y la salubridad de esa población, y *c)* una ordenación jurídica que regula las condiciones y modos de la ocupación, y si la defensa del consumidor tiene como finalidad esencial la protección de la seguridad, la salud y los intereses económicos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, es claro que bajo la perspectiva de la protección de la salud se ha producido y se produce una concurrencia esencial y básica entre urbanismo y derecho del consumo cuyas manifestaciones se plasmarán más adelante, pero que básicamente se ha concretado en la búsqueda de la salubridad de las ciudades y pueblos, tema y fin recurrente en el urbanismo actual y en sus precedentes.

Es tan clara la relación entre urbanismo y defensa en este caso del *usuario* de la ciudad, a través del nexo de la salubridad, que cuando nace el urbanismo en su configuración actual, esto es, en el siglo XIX, es cuando el tema de la salubridad de las ciudades es uno de los problemas principales de los Estados industriales, pues se ven precisados a adoptar soluciones, que sólo las aporta el urbanismo, para proporcionar viviendas dignas y saludables a las grandes concentraciones urbanas formadas en las ciudades industriales, protagonistas del fenómeno de masificación urbana producido a todo

(2) VICENTE BOIX: *Urbanismo y Derecho*, Madrid, 1990, pág. 25

lo largo del siglo XIX, y que hace que la población urbana frente a la rural se incremente de una manera notable, sirviendo como ejemplo que Londres pasa en el siglo XIX de 850.000 a 5.000.000 de habitantes; París, de 500.000 a 2.700.000; Chicago, casi de cero a 1.500.000, y Nueva York, de 60.000 a 3.500.000.

Estas grandes concentraciones humanas del siglo XIX se producen principalmente en los llamados «slums» o suburbios de las ciudades industriales, en lo que por MUFORD (3) se ha llamado ciudades paleotécnicas, formadas a partir del deseo de la burguesía industrial de contar con mano de obra abundante y barata y que vive en condiciones infrahumanas.

La reacción contra esta situación insostenible va a propiciar, como hemos dicho, el nacimiento del urbanismo moderno y ha significado la convergencia entre éste y uno de los fines básicos de la defensa del consumidor, la protección de la salud, se trata de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO (4) han denominado la perspectiva sanitaria del urbanismo, la cual es la principal orientación o finalidad del urbanismo en el siglo XIX y aun en el XX, ya que todos los problemas urbanísticos se enfocan o se tratan de resolver con medios o soluciones calificadas de sanitarias o de higiene, siendo su virtualidad inmediata la mejora de la salud de los habitantes, bien de los cascos antiguos que viven hacinados en calles estrechas y angostas, bien de los suburbios de las ciudades industriales, siendo esta perspectiva tan importante que va a impregnar a todas las demás técnicas urbanísticas y va a constituir por sí sola una de las más destacadas.

Por tanto, se puede sostener que el cambio esencial que experimenta el urbanismo en el siglo XIX, transformándose en el urbanismo moderno completamente distinto del anterior, se hace motivado o causado por la existencia de ciudades industriales insalubres y para proporcionar viviendas adecuadas a los habitantes de las mismas.

Podemos decir, sin ser exagerados, pues, que el urbanismo moderno nace con el principal fin, y casi podríamos decir exclusivo, de defensa de la salud de los habitantes de las ciudades, en este caso de las grandes ciudades industriales del siglo XIX.

Pero no sólo la confluencia se hace en la defensa de la salud, sino también en la defensa de los intereses económicos.

Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO (5), se puede decir que han sido esas grandes concentraciones humanas las que hicieron surgir los grandes temas del urbanismo nuevo, cuales son:

(3) MUFORD: *La cultura de las ciudades*, Ed Emecé, Buenos Aires, pág. 266

(4) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO *Lecciones de Derecho urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 82.

(5) *Idem*, pág. 50.

- a) La imposición de los grandes servicios urbanos que vertebran y hacen posible las nuevas grandes ciudades.
- b) La lucha contra los asentamientos deficientes, mediante la imposición de unos estándares urbanísticos y constructivos mínimos.
- c) El destacamiento de un principio colectivo y solidario que se anteponga a los intereses puramente utilitarios y económicos de los empresarios y propietarios del suelo.

Es evidente que a partir de este tercer tema esencial del urbanismo se produce también la interrelación entre urbanismo y defensa del consumidor a través de la protección de los intereses económicos del usuario de vivienda o futuro usuario para corregir el desequilibrio en que le sitúa el promotor de viviendas y que el derecho del consumidor trata de resolver a partir de la utilización e instrumentación de los otros derechos, tales como el Derecho mercantil, penal y, principalmente en este caso, mediante el Derecho urbanístico, como medio esencial.

En cuanto a la defensa de la seguridad, la cual va íntimamente unida a la salud, también ha sido objeto prioritario de atención y regulación por parte del urbanismo, pudiéndose decir que la seguridad era el tema esencial del urbanismo anterior al surgido en el siglo XIX, y así, si ese urbanismo se manifestaba exclusivamente en las Ordenanzas de Construcción, éstas además de regular relaciones de vecindad, manifestadas en las llamadas servidumbres urbanas, también establecían exigencias de seguridad junto con normas de higiene y sanitarias. Debiéndose añadir a este aspecto de defensa de la seguridad física del habitante de la ciudad el tema de las órdenes de ejecución, que tenían y tienen por finalidad la exigencia de realización de obras tendentes a remediar situaciones de peligro referidas a edificaciones en mal estado o en situación de ruina y que tuvieron su precedente en las referidas Ordenanzas de construcción y más recientemente, y como precedente de su regulación, en la Ley del Suelo y el Reglamento de Disciplina Urbanística, en el Reglamento de Obras Municipales de 1924 y en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, los cuales legitimaban la intervención en las edificaciones privadas por motivos de seguridad y salubridad.

Pero la relación más completa entre defensa del consumidor y urbanismo a través del nexo de la vivienda se muestra en la propia Constitución Española de 1978, donde se establece, en su artículo 47, que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y en el artículo 51, que determina que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios mediante la protección de la salud, seguridad e intereses económicos.

Cuando la Constitución emplea la expresión «disfrutar de una vivienda» no se está refiriendo a ser propietario de una vivienda, sino al derecho a utilizar y usar una vivienda, es decir, no se trata de ser propietario de una vivienda, sino de que la que se use o utilice sea digna o adecuada, es decir, esté en las debidas condiciones. Pero la vivienda no es un ente aislado, sino que se encuentra en un entorno urbano, que completa la dignidad y adecuación de la vivienda, no pudiéndose aislar ni independizar la vivienda de su entorno, convirtiéndose así el urbanismo en elemento esencial para que la vivienda, junto con su entorno, sean dignos y adecuados, ya que el urbanismo, al regular tanto las condiciones intrínsecas de las viviendas como la del entorno o ámbito en que éstas se sitúan, se convierte así en el instrumento básico para conseguir y posibilitar que las viviendas sean dignas y adecuadas y, consiguientemente, para que el usuario de esa vivienda la use con plenitud de sus derechos a la salud y a la seguridad.

Es clara, por tanto, la relación entre urbanismo y derechos del usuario o consumidor de las viviendas, por cuanto que el urbanismo, como hemos dicho, es el medio principal para que las viviendas sean dignas y adecuadas y sus usuarios las disfruten con esa cualidad, pero la contribución urbanística a este uso propugnado por la Constitución no se agota en la fase de creación de la vivienda y su entorno, sino que se mantiene durante toda su existencia, y a lo que ha de contribuir el urbanismo en cumplimiento de su finalidad de seguridad y salubridad de las edificaciones, elementos esenciales para la defensa de la salud, pues está fuera de toda duda que la vivienda y el entorno son los principales medios configuradores de la salud de las personas y así se ha entendido siempre y lo entiende en la actualidad el «Movimiento de ciudades saludables», propiciado por la Organización Mundial de la Salud (6), cuando establece que la configuración de la salud implica una política de salud intersectorial y una política de urbanismo y vivienda que mejore el estado de la salud.

Otra cosa es que el urbanismo haya conseguido plenamente los fines propuestos, pues aún siguen viviendo grandes partes de la humanidad en condiciones infrahumanas y deficientes, y se siguen produciendo abusos económicos —las reclamaciones de los consumidores españoles sobre vivienda oscilan alrededor del 40 por 100 del total y en Madrid, en el año 1991, existían 100.000 madrileños que habitaban viviendas sin retrete—, pero lo que es innegable es el esfuerzo del urbanismo moderno para proporcionar unas condiciones de vida dignas y mejorar la calidad de vida, y que se concreta en la utilización de la institución del plan urbanístico, como medio por el cual se determinan dónde deben localizarse las edifica-

(6) FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS. *Entornos saludables*, Madrid, 1990, pág. 25.

ciones y usos más adecuado de cada suelo, así como las condiciones mínimas que han de tener las edificaciones y los servicios y zonas verdes indispensables para las edificaciones a través de la técnica de los estándares urbanísticos.

2. DERECHOS BASICOS DE LOS CONSUMIDORES

Hasta ahora hemos relacionado el urbanismo y la defensa del usuario de viviendas en el plano de los antecedentes, ahora procede evidenciar de qué modo en el momento presente y contrastando ambas legislaciones, la de defensa del consumidor y la urbanística, en el urbanismo actual se halla presente la defensa del consumidor y cómo puede contribuir a la misma, todo ello desde la perspectiva expuesta en la exposición de motivos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de que la protección de los consumidores y usuarios no se hace únicamente desde dicha ley, sino también desde las otras legislaciones con ámbitos competenciales cercanos y conexos.

Tomando como método la elaboración del trabajo el análisis de los derechos básicos de los consumidores y usuarios contenidos en el artículo segundo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que son los siguientes:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.
- c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidos.
- f) La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.

Vamos a ir analizando a continuación uno por uno y examinando cómo contribuye el urbanismo a su concreción y desarrollo.

A) LA PROTECCIÓN CONTRA LOS RIESGOS QUE PUEDEN AFECTAR
LA SALUD O SEGURIDAD DE LOS CONSUMIDORES

La normativa urbanística más directamente conectada con esta protección se halla contenida en los artículos de la Ley del Suelo que regulan las órdenes de ejecución y la ruina de los edificios y que son el artículo 245 para las primeras y el 247 para la segunda, según el primero de ellos los propietarios de edificaciones deberán mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, añadiendo que los Ayuntamientos y, en su caso los demás organismos competentes, ordenarán de oficio o a instancia de cualquier interesado la ejecución de las obras necesarias para conservar aquellas condiciones.

En este artículo de la Ley del Suelo, desarrollado en el artículo 10 del Reglamento de Disciplina Urbanística, se contiene el deber de conservación de la propiedad urbana y su virtualidad se muestra de una manera directa en relación con los derechos de los inquilinos frente a los propietarios para exigir las reparaciones necesarias de las viviendas; pero también tiene su operatividad con respecto a los mismos propietarios en cuanto que se les puede obligar a realizar obras necesarias para la seguridad y salubridad si por su parte no las realizaran, como habitualmente puede suceder en las comunidades de propietarios en que no se llegue al acuerdo correspondiente.

Ante tal inacción en realizar las obras necesarias para la salubridad y seguridad, el Ayuntamiento, al ordenar las obras correspondientes, especificando las mismas, conferirá un plazo al propietario para realizarlas, transcurrido el cual sin llevarlas a cabo se incoará expediente sancionador al obligado a realizar las obras y las actuará el Ayuntamiento mediante la ejecución subsidiaria y a costa del obligado.

En cuanto a la declaración de ruina su relación con la seguridad física es evidente, sobre todo en los supuestos de ruina inminente en que bajo la responsabilidad del Ayuntamiento se deberán adoptar las medidas necesarias respecto a la habitabilidad del inmueble y desalojo de sus ocupantes.

Sí no existiera la situación de ruina inminente, en que la intervención municipal va encaminada a garantizar la seguridad de los habitantes del inmueble, la virtualidad de la declaración de ruina se muestra principalmente en orden a garantizar la defensa de los intereses económicos de los arrendatarios de viviendas y locales, pues en el procedimiento que se instruye se les debe dar audiencia con la posibilidad de aportar informes técnicos justificativos de su pretensión habitual de que no existe ruina que justifique la resolución del contrato de arrendamiento y sí la existencia de daños en la edificación cuya reparación corresponde al propietario y que se actuará, en su caso, mediante la orden de ejecución a que nos hemos referido.

Dentro del aspecto de la garantía de la salud a través de las condiciones de salubridad de las viviendas, se encuentra la llamada licencia de primera ocupación establecida en el Reglamento de Obras Municipales de 1924, y que en la actualidad se encuentra recogido en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 y en el artículo 242 de la Ley del Suelo, teniendo como finalidad esta licencia comprobar que la edificación se ajusta a la licencia de obras concedida y que cumple las condiciones mínimas exigidas para las viviendas, sirviendo también al fin de comprobar esta última adecuación las cédulas de habitabilidad, que tienen también como finalidad la eliminación de las infraviviendas, ya que si no se concede esa cédula a una vivienda que carezca de los requisitos mínimos para la salubridad, se le niega la concesión de servicios esenciales como la electricidad y agua, con lo que se produciría su no ocupación y al final su derribo.

B) LA PROTECCIÓN DE LOS LEGÍTIMOS INTERESES ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LOS CONSUMIDORES

En este apartado cabe incluir el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada y, en concreto, el acceso a la propiedad de una vivienda, entendiendo como presupuesto esencial que ese acceso se haga en unas condiciones favorables y de transacción igualitaria para el adquirente, y que de ese modo sea protegido en sus legítimos intereses económicos y sociales.

Si se trata de posibilitar el acceso a una vivienda en las condiciones más favorables y que la mayor parte de la población se convierta en consumidora y usuaria de una vivienda, es evidente que la función que puede cumplir al respecto el urbanismo es esencial, ya que el mismo es determinante para proporcionar suelo urbano o urbanizable en las condiciones más económicas posibles, a través de dos medios principales, bien aumentando la oferta de suelo, contribuyendo con ello a su abaratamiento y a que la repercusión del coste del suelo sea menor en el precio final de la vivienda, bien mediante el instrumento de la calificación de suelo para la edificación de viviendas de promoción o protección públicas con precio final de venta tasado.

A este respecto, la significación de la reciente Ley de Reforma del Régimen del Suelo y Valoraciones (refundida en el nuevo texto de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992) es fundamental, pues si se actúan todos los mecanismos que la misma proporciona para conseguir su finalidad de disminuir la repercusión del precio del suelo en el coste final de las viviendas y para proporcionar suelo para viviendas de promoción pública se conseguiría una real y efectiva facilitación del acceso al consumo de una

vivienda en condiciones económicas más favorables que las actuales y consiguiendo la mayor extensión posible del derecho constitucional del acceso a una vivienda.

No se trata de realizar en este momento un análisis de la ley, pero sí de enunciar todos los medios que la misma contiene en orden a conseguir los fines expuestos, y que son los siguientes:

- a) El primero y principal de estos instrumentos es calificar terrenos con destino a la construcción de viviendas de protección oficial u otro régimen de protección pública.

Esta posibilidad que fue establecida por el Plan General de Madrid y que fue declarada no ajustada a derecho por falta de cobertura legal según sentencia del Tribunal Supremo, hoy es totalmente legal al haber sido recogida y contemplada en el artículo 35 de la Ley que estamos comentando.

- b) El segundo instrumento en importancia son los Patrimonios Municipales del Suelo, instituciones ya existentes en la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1975, cuyo artículo 89 establecía que los terrenos que los constituyan se adscribirán a la gestión urbanística para la inmediata preparación y enajenación de solares edificables para reserva de terrenos de futura urbanización. En la actualidad, y con la Ley del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, el destino de los suelos que integren el patrimonio municipal del suelo es el de dedicarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a usos de interés social, esto supone una modificación importante con respecto al régimen anterior, pues si bien los suelos integrantes del mencionado patrimonio se podían ceder a título gratuito para viviendas de protección oficial, también se destinaban a su enajenación en subasta pública al mejor postor, situación que no se puede producir desde la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones en que obligatoriamente se han de destinar a la construcción de viviendas de promoción o protección pública.

Cabe, por último, respecto a los patrimonios municipales de suelo, mencionar otra novedad importante de la Ley a que nos venimos refiriendo y que es que mientras en la Ley del Suelo la constitución de los mencionados patrimonios era obligatoria en los Ayuntamientos de capitales de provincia y en los de más de 50.000 habitantes y voluntaria en el resto, en la actualidad es obligatoria en todos los municipios, y siendo que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 277 de la actual Ley del Suelo integran el patrimonio municipal del suelo los bienes patrimoniales que resultaren clasifi-

cados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o urbanizable programado, es claro que las cooperativas de viviendas pueden ejercer unas solicitudes claramente atendibles, mejor obligatoriamente atendibles, en orden a que los Ayuntamientos les entreguen ese suelo gratuitamente en virtud de las facultades de disposición gratuita a favor de las mismas que a tal respecto se contienen en el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, o cuando menos, mediante la adjudicación directa sin subasta ni concurrencia con promotores privados, esto último en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley de Cooperativas, que establece esta prerrogativa a favor de las cooperativas de viviendas y que significa la posibilidad de adquisición del suelo a precio inferior al del mercado.

- c) Existen otras varias maneras de incrementar el patrimonio municipal del suelo, y ello en virtud del mandato legal contenido en el artículo 277 del actual texto refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, según el cual todos los terrenos obtenidos por expropiaciones urbanísticas de cualquier clase se integrarán obligatoriamente en el patrimonio municipal del suelo.

Esta determinación tiene como consecuencia el que si en todos aquellos casos de incumplimiento de deberes urbanísticos en que se impone como sanción la expropiación de los terrenos o alternatively la sujeción al régimen de venta forzosa, se optara por la expropiación, es evidente que el patrimonio municipal del suelo aumentaría de una manera considerable, ya que los supuestos de incumplimiento que son derivados de la no realización de los deberes legales establecidos en el artículo 20 de la Ley citada anteriormente y que son la cesión de los terrenos destinados a dotaciones públicas; cesión de los aprovechamientos correspondientes a la Administración actuante; costear y ejecutar la urbanización en los plazos previstos; solicitar la licencia de edificación en los plazos establecidos y, por último, el edificar los solares en el plazo fijado en la licencia de edificación, como vemos pueden ser múltiples y variados.

Y ello deriva de que el sistema establecido por la Ley que comentamos carga sobre el propietario de los terrenos una variada gama de deberes cuyo cumplimiento sucesivo va a posibilitar la adquisición de la facultad urbanística correspondiente.

Este sistema, al establecer unas obligaciones con plazo para cumplirlas, conlleva el que de no cumplirse esos plazos, y previa la declaración de incumplimiento en el expediente correspondiente, tendrán como consecuencia la expropiación o la venta forzosa; si

añadimos a estas causas de expropiación el que la misma también se establece para los terrenos en que se haya edificado ilegalmente, vemos que las posibilidades de incremento del patrimonio municipal del suelo en cuanto a su incremento por consecuencia de expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos son grandes. Ante todo lo anterior y referente a los patrimonios municipales del suelo, se podría argüir que se trata de una institución vigente desde hace ya muchos años y que, sin embargo, ha tenido escasas aplicaciones prácticas, y aunque ello es cierto, es previsible que las demandas sociales de adquisición de viviendas en condiciones económicas adaptadas a los niveles de renta más baja, haga que se ejecuten todas las potencialidades que al respecto ofrece la ley para que los patrimonios municipales del suelo cumplan su función de proporcionar suelo para viviendas de protección o promoción pública.

- d) Por último, añadir que si los anteriores mecanismos no fueran suficientes para dotarse los municipios de un patrimonio de suelo que cubra las demandas sociales de viviendas, puede acudir a otra facultad legal para incrementarlos y que es la establecida en el artículo 291 de la reiterada Ley; en concreto, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto con respecto a los terrenos incluidos en áreas delimitadas anteriormente a estos efectos, implicando dichos derechos el subrogarse en la adquirente de terrenos por el precio fijado en la escritura de compraventa, con lo cual pueden adquirir suelo los Ayuntamientos a precio inferior al de mercado.

C) EL TERCER DERECHO BÁSICO DE LOS CONSUMIDORES ES LA INDEMNIZACIÓN O REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SUFRIDOS

Estos daños y perjuicios se manifestarán habitualmente como consecuencia de defectos en la vivienda adquirida y la defensa de este derecho en principio se debe actuar de una manera preventiva, exigiendo e implantando controles de calidad durante la construcción de los edificios, siendo ésta la manera más adecuada de obtener la calidad exigida y conseguir con ello que no aparezcan después los defectos y deficiencias habituales, sirviendo como ejemplo el Decreto de la Junta de Castilla y León de 22 de abril de 1991 y que establece como principal novedad en este campo el disponer que en todos los proyectos de obras deberá incluirse un programa de control de calidad, que especifique las actuaciones de control necesarias para conseguir el nivel de calidad previsto, debiendo extenderse al final de las obras un certificado de control por la Dirección Facultativa, sometiendo

los daños y perjuicios que se produzcan al régimen de responsabilidades establecido por la Ley General para la Defensa del Consumidor.

Para el caso de que no haya existido ese control de calidad y aparezcan los defectos y deficiencias en las viviendas adquiridas no hay un procedimiento legal para poder exigir con rapidez la reparación del daño y, en principio y salvo que se hubiera establecido previamente el sometimiento a la Junta de Arbitraje de Consumo, el consumidor se verá precisado a acudir a los Tribunales a los efectos de exigir ante los mismos la reparación e indemnización de perjuicios en aplicación de la llamada responsabilidad decenal establecida en el artículo 1.591 del Código Civil, y por la cual el constructor y el arquitecto responden de los defectos ocultos de que adolezca la vivienda durante el plazo de diez años desde su adquisición, de ahí el nombre usual de responsabilidad decenal, y respecto de la cual se ha producido en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo una interpretación extensiva tanto de los supuestos como de plazos y responsables, claramente propiciadora de la defensa de los adquirentes de viviendas. Pero aunque se haya producido esa interpretación favorable sigue existiendo una situación de indefensión en el adquirente que se ve precisado a acudir a los Tribunales y en ellos probar que se han producido los daños y quién es el responsable, dado que con habitualidad se traspasan las imputaciones entre promotor, constructor y técnicos; por todo ello, y para completar la defensa, entendemos que habrá de darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, esto es, la entrega de una garantía que contenga el objeto sobre el que recae la misma, el garante, el titular de la garantía y sus derechos y el plazo, fijándose un sistema de aseguramiento de la garantía, para el caso de que desapareciera el garante, caso frecuente en el tráfico inmobiliario y que dejaría sin cobertura al garantizado.

Dentro de las medidas tendentes a la indemnización de los daños y perjuicios se encuentra la facultad establecida en el artículo 45 de la Ley del Suelo y por la cual los adquirentes de terrenos o parcelas que no puedan edificarse, por impedirlo la normativa legal, o que en la enajenación no se hubieran consignado las obligaciones o compromisos que se tengan que asumir en orden a la conclusión de las obras de urbanización en proceso de realización, pueden en el plazo de un año resolver el contrato, exigiendo la indemnización de daños y perjuicios que corresponda.

La medida más adecuada dentro del ámbito urbanístico, para la adecuada protección en cuanto a la reparación de los daños y perjuicios sufridos, sería la orden de ejecución para mantener la edificación en condiciones de salubridad y seguridad, esto es, en las condiciones en que debió ser entregada, si los defectos fueran encuadrables en esos supuestos, que generalmente lo serán, pues toda deficiencia afectará a la salud si su origen es una

falta de confort indispensable para una calidad de vida usual o a la falta de seguridad si implica la existencia de defectos que la afecten, y a tal efecto el adquirente se puede dirigir al Ayuntamiento, poniendo en conocimiento del mismo la deficiencia atinente a la seguridad y a la salubridad y previa comprobación por los servicios técnicos municipales procederse a exigir al propietario la corrección de la misma, actuada tal exigencia mediante la referida orden de ejecución; pero aquí mismo se evidencian las insuficiencias de este medio, pues si bien el mismo es válido cuando afecten a obras de urbanización que no se hubieran recepcionado por los adquirentes de las viviendas integrantes de la urbanización, no tiene operatividad alguna cuando se trate de viviendas ya adquiridas, pues como la norma se refiere al propietario sería el propio dueño actual el obligado a realizar las obras objeto de la orden de ejecución, evidenciando con ello que en la legislación urbanística no existen elementos suficientes para actuar el derecho a la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.

Por ello ha sido la propia legislación de consumo la que ha atendido a resolver el problema mediante la exigencia de entrega de una garantía con los requisitos que se establecen en el artículo 11 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que tiene plena vigencia a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, siendo estos efectos determinar qué productos y servicios tienen el carácter de uso o consumo común, ordinario y generalizado, entre los que se encuentran las viviendas destinadas a residencia habitual, implicando tal conceptualización el que tengan que ser objeto de protección prioritaria los derechos de los consumidores y usuarios con respecto a esta clase de bienes y servicios, así como la obligatoriedad por parte de los poderes públicos de organizar campañas o actuaciones programadas de control de calidad, todo ello para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 2.2 y 6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que establecen esa obligación y, lo que es más importante, el Decreto califica en su anexo II a las viviendas como bien de naturaleza duradera a los efectos de lo dispuesto en los apartados 2 y 5 del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, siendo tales efectos la obligación de que el promotor, o suministrador del bien de carácter duradero deben entregar una garantía, a la que nos hemos referido más arriba, que deberá contener determinados extremos, entre ellos el garante y el plazo de duración de la garantía implicando la existencia de la misma, el derecho de reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados, y no siendo satisfactoria la reparación efectuada y si el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estu-

viere destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido, en este caso la vivienda, por otra de idénticas características o a la devolución del precio pagado.

El cómo se establezca la mencionada garantía es una cuestión nueva, pero es innegable su carácter imperativo y obligatorio a partir de la entrada en vigor del Decreto 287/1991, de 8 de marzo.

Una Administración pública que sí se ha preocupado y legislado sobre el tema ha sido la Comunidad Autónoma de Cataluña, la cual, en su Ley 41/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el día 18 de febrero de 1992, dispone en su artículo 15 que los promotores, en su calidad de vendedores de viviendas de nueva construcción o resultantes de obras de gran rehabilitación, antes de enajenarlas otorgarán una garantía suficiente a favor de los adquirentes que cubra la reparación de los defectos de la construcción y de los daños que de ellos se deriven directamente sobre la vivienda, estableciéndose que esta garantía se mantendrá en vigor incluso en el caso de extinción de la personalidad del promotor y disponiendo, y aquí aparece lo más importante, que los Notarios y los Registradores de la Propiedad exigirán, para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de transmisión de viviendas, que vayan acompañadas de testimonio de la carta de garantía, con lo cual se garantiza, valga la redundancia, que la garantía se va a establecer.

Por último, hacer mención que la Ley del Suelo de 1992, y con respecto a los daños y perjuicios que se deriven de infracciones urbanísticas dispone en los artículos 261 y 266, que los infractores responderán con carácter solidario de los mismos, pudiendo ser autores de la infracción y, por tanto, respondiendo cada uno de ellos, el promotor, el empresario de las obras y el técnico director de las obras.

D) EL SIGUIENTE DE LOS DERECHOS BÁSICOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS
ES LA INFORMACIÓN CORRECTA SOBRE LOS DIFERENTES PRODUCTOS O SERVICIOS
Y LA EDUCACIÓN Y DIVULGACIÓN PARA FACILITAR EL CONOCIMIENTO SOBRE SU
ADECUADO USO, CONSUMO O DISFRUTE

Este derecho tiene como exigencia que los bienes, productos y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y eficiente sobre sus características esenciales según preceptúa el artículo 13 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, añadiendo dicho artículo que en caso de viviendas de primera transmisión se facilitará al comprador una documentación completa en la que se defina en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus

instalaciones, así como los materiales empleados en la construcción, habiéndose desarrollado la anterior norma por el Real Decreto 515/1989, del Ministerio de Sanidad y Consumo, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, exigiendo el artículo quinto del mencionado Decreto en relación con el urbanismo, que cuando se promocionen viviendas para su venta, se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes copia de las autorizaciones exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.

Lo anterior implica que para que exista una adecuada información y defensa del consumidor que el adquirente de la vivienda deberá poder conocer, o mejor constatar, que la urbanización donde se halle incluida la vivienda y de la que forma parte ha obtenido las siguientes aprobaciones:

1.º Haberse aprobado el Plan Parcial

El cual es definido como aquel plan que tiene por finalidad la ordenación urbanística, de una parte o sector del ámbito territorial del Plan General Municipal de Ordenación o de las Normas Subsidiarias del Planeamiento, de un modo detallado y como presupuesto necesario para poder edificar a continuación de la previa realización de las obras de urbanización que acondicionen el terreno, convirtiéndolo en solares aptos para erigir en ellos la edificación. Las determinaciones de los planes parciales, importantísimas para los usuarios de las edificaciones y de la urbanización, se concretan en asignar usos a los diferentes polígonos o unidades de actuación, señalamiento de reservas de terrenos para parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión, con cumplimiento en cada una de estas zonas de los llamados estándares urbanísticos, que no son sino reservas mínimas de metros cuadrados por cada vivienda que se vaya a construir, con el fin de garantizar la suficiente extensión de los parques y zonas deportivas, así como también la capacidad de los centros culturales y docentes públicos o privados obligatorios en el ámbito del plan parcial.

2.º Haberse aprobado el proyecto de urbanización

Los proyectos de urbanización son proyectos de obras en los cuales se concretan las propias obras de urbanización, tales como los viales o calles,

saneamiento, instalaciones de las redes de suministro de agua, energía eléctrica, alumbrado público, arbolado, jardinería y otras análogas.

3.º *Cumplimiento de las operaciones reparcelarias o compensatorias*

Las cuales tienen una importancia mínima para el adquirente de vivienda, pues la función de estos dos instrumentos de gestión urbanística es el reparto de las diferentes zonas aptas para edificar entre los primitivos propietarios de los terrenos, una vez que se han excluido las zonas destinadas a equipamiento y teniendo por finalidad la de efectuar un reparto equitativo de los beneficios y cargas entre los propietarios iniciales del terreno, posibilitando que a los propietarios de zonas verdes, por ejemplo, se les asigne y atribuya terreno para edificar y no vaya a su costa exclusiva la obligación de ceder los terrenos para dichas zonas verdes, mientras que otros propietarios de terrenos puedan destinar todo el terreno de su propiedad para edificar.

Como se ve, la relevancia para el adquirente de las viviendas no es mucha, ya que su virtualidad se centra en atribuir propiedades de suelo, para más tarde edificarlo, una vez que se haya convertido en solar después de haber realizado las obras de urbanización.

4.º *Obtención de la licencia urbanística de edificación*

Aunque no se hace referencia a ella en el artículo que estamos comentando, ha de entenderse que está comprendida dentro de la frases «autorizaciones legalmente exigibles para la construcción de la vivienda» que está contenida en los artículos. La comprobación de que se ha concedido la licencia de edificación es básica y fundamental para el adquirente de la vivienda, pues si se adquiere una vivienda edificada sin licencia y, por tanto, constituyendo tal hecho una infracción urbanística, la consecuencia que se puede actuar, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley del Suelo, es la demolición de lo ilegalmente construido si es incompatible con el planeamiento urbanístico, teniendo que soportar tal circunstancia el adquirente de la vivienda, aunque luego pueda reclamar los daños y perjuicios correspondientes al promotor que le vendió la vivienda. De todo lo cual se infiere la importancia de la comprobación de que la edificación tiene licencia, pues además de lo anterior al adquirente de una vivienda ilegal le puede suponer el perjuicio de no poder inscribir a su nombre la vivienda, pues tanto los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada que se

acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación según preceptúa el artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones.

5.º *Obtención de la licencia o acto equivalente para la utilización de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios (recepción de las obras de urbanización)*

Con respecto a este enunciado es preciso distinguir entre la licencia para la utilización de la vivienda, comúnmente llamada licencia de primera ocupación, de los actos que signifiquen la autorización para la utilización y ocupación de las zonas comunes y servicios accesorios. Con respecto a la primera ya hemos dicho que tiene por finalidad acreditar que la construcción realizada se ajusta a la licencia de obras concedida en su día, siendo presupuesto su obtención, para poder ocupar la vivienda y para concederse la cédula de habitabilidad, exigida para poder contratar el suministro de agua, electricidad y gas, añadiendo que no en todos los Ayuntamientos se exige la licencia de primera ocupación. Con referencia a la segunda clase de autorización, esto es, la relativa a la utilización u ocupación de las zonas comunes o servicios accesorios, entendemos que con tales expresiones se está refiriendo el autor de la norma a las zonas comunes no de los edificios, sino de las urbanizaciones, esto es, a las zonas verdes y espacios destinados al ocio, así como a los viales y servicios necesarios para el debido funcionamiento de la urbanización, entre los que se encuentran, como hemos dicho, las calles y respecto de los cuales surgen a menudo problemas por no haberse realizado en las condiciones exigidas en el proyecto de urbanización, que, como vimos, es el instrumento urbanístico que define la estructura y características de las calles y trazado de las redes de infraestructura.

Para asegurarse de que se ha obtenido la aprobación del proyecto de urbanización y, lo que es más importante, que las obras realizadas se ajustan al contenido y determinaciones del proyecto de urbanización y que las calles y zonas de recreo y espacios públicos están debidamente terminados, se hace preciso comprobar en el Ayuntamiento que por el mismo se han recepcionado las obras de urbanización, lo que implica que las ha considerado aptas y acordes con el proyecto de urbanización y que a partir de ese momento asume el Ayuntamiento su conservación y mantenimiento; de otro modo, si el Ayuntamiento no ha recepcionado las obras, es decir, no las ha aceptado, lo más frecuente que puede suceder es que el promotor, una vez entregadas las viviendas, se desentienda de la terminación de la urbanización y tengan que pechar los propietarios de las viviendas con una urbanización insuficiente y que aceleradamente se degrada, sin que nadie se ocupe

de su mantenimiento, produciéndose una situación en que nadie se responsabiliza de nada.

Ante ello los medios establecidos por la ordenación urbanística no ofrecían hasta la promulgación de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico una solución adecuada al problema, pues aunque los propietarios de viviendas podían instar de los Ayuntamientos que exigieran del promotor la realización de las obras mediante las órdenes de ejecución oportunas, podían encontrarse con el inconveniente legal de que las órdenes de ejecución, según establece el artículo 245 de la Ley del Suelo, se dirigen contra el propietario del inmueble o terreno que debe ser objeto de la ejecución de la obra ordenada, pudiéndose producir, en consecuencia y en aplicación estricta de la Ley, que fueran obligados por el Ayuntamiento los propios propietarios que fueron denunciantes de las deficiencias, añadiéndose a esta obligación transmitida a los adquirentes, y situación de exención en principio y aparente del promotor de la urbanización, que el artículo 22 de la Ley del Suelo establece que aunque la enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por la ley o impuestos por actos de ejecución de la misma, el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiera contraído con las Corporaciones Públicas respecto a la urbanización y edificación, con lo cual vemos que en aplicación de este precepto la obligación de terminar la urbanización se había transmitido a los adquirentes de las viviendas o, en su caso, a la comunidad de propietarios de la urbanización.

Para paliar la situación anterior, creemos que tiene escasa efectividad la solución establecida en el artículo 45 de la Ley del Suelo y por la cual se exige que en los actos de enajenación de los terrenos en proceso de urbanización deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiere asumido en orden a la misma y cuyo cumplimiento este pendiente, añadiendo que en caso de infracción de la anterior el adquirente está facultado para resolver el contrato en el plazo de un año, solución que en nada favorece al consumidor adquirente, pues si resuelve el contrato se verá obligado a adquirir otra vivienda posiblemente más cara, saliendo, en definitiva, beneficiado el promotor, al cual le devolverán un terreno o edificación probablemente revalorizado y que volverá a vender más caro. Ante esta situación la legislación urbanística también establece otras cautelas, consistentes en que a los promotores de urbanizaciones de iniciativa particular se les exige, según dispone el artículo 46 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en cuanto a la urbanización mediante el establecimiento de una garantía del exacto cumplimiento de dichos compromisos por importe del 6 por 100 del coste que resulta para la implantación de los servicios y ejecución de las obras de

urbanización, pero dicha garantía con frecuencia no es bastante para que el Ayuntamiento, ejecutando el aval, realice las obras pendientes.

Como se puede ver claramente, el anterior sistema no era suficiente para garantizar el cumplimiento de los deberes relativos a las obras de urbanización y la realidad se ha encargado de demostrarlo, así como tampoco ha tenido efectividad por aplicarse muy escasamente, el medio de aplicar los Ayuntamientos la institución de la ejecución forzosa y por la cual la Administración, en este caso el Ayuntamiento, ejecuta por sí misma las obras a que estaba obligado el promotor y le repercute el importe de la realización de las obras, circunstancia que no se podía producir cuando el promotor de forma societaria había desaparecido del tráfico mercantil, en este caso inmobiliario.

La circunstancia referida ha exigido una reacción para corregir la anterior situación de indefensión en que se colocaba, y se sigue produciendo la situación, al adquirente de viviendas en algunas urbanizaciones, siendo recogida esa reacción en la legislación urbanística de algunas Comunidades Autónomas, constituyendo ejemplo de la misma la Ley de 18 de noviembre de 1981 sobre protección de la legalidad urbanística de Cataluña, la cual, en su artículo 4, faculta a la Administración para que en caso de incumplimiento por el promotor de las obligaciones contraídas con respecto a la urbanización, pueda adoptar alguna de estas medidas: a) imposición de sanciones pecuniarias; b) realización de la garantías; c) suspensión de los efectos del plan; d) subrogación de la administración en la ejecución de la urbanización; e) expropiación de los terrenos.

Con respecto a la Comunidad de Madrid, su Ley de 10 de febrero de 1984, de Medidas de Disciplina Urbanística, establece los mismos medios de reacción, añadiendo el de cambio de sistema de actuación, lo que implica que se pasaría del sistema de compensación por el de cooperación, en el cual realiza las obras de urbanización la Administración o al de expropiación.

En la actualidad, la Ley del Suelo, en su texto de 1992 y que tiene, entre otros propósitos, el corregir determinadas disfunciones apreciadas en la aplicación de la Ley del Suelo de 1975, dispone, dentro de su régimen de adquisición de facultades urbanísticas sucesivas, que para adquirir el derecho al aprovechamiento urbanístico, previamente a esa adquisición, se hayan cumplido los siguientes deberes: cesión de los terrenos que se deben entregar a la Administración; equidistribución de las cargas y beneficios entre todos los propietarios iniciales de terrenos sobre los que se va a urbanizar y el que es más importante para esta exposición y que es el deber de urbanizar en el plazo fijado en el plan parcial.

Sólo si se cumplen estos deberes, acreditando por la certificación correspondiente expedida por el Ayuntamiento, se adquiere el aprovechamiento

urbanístico y se podrá solicitar la licencia urbanística, la cual otorga el derecho a edificar dentro de un plazo que se fija en la licencia.

Según el sistema descrito, es difícil que se puedan producir las situaciones a que nos hemos referido anteriormente, ya que la licencia de construcción sólo se podrá otorgar si se ha urbanizado previamente, y además se ha realizado conforme al proyecto de urbanización.

Con el sistema anterior, la contribución urbanística a la protección del consumidor en materia de información no queda terminada, pues existen otras instituciones urbanísticas destinadas a la información del adquirente de viviendas, o mejor expresado, del usuario del servivio público de urbanismo, entre ellas se encuentra la cédula urbanística, la cual se puede definir como un instrumento de carácter informativo que especifica las diversas condiciones urbanísticas de un terreno o vivienda o como establece el artículo 168 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, es el de un documento acreditativo de las circunstancias urbanísticas que concurren en las fincas comprendidas en el término municipal, siendo este documento el medio por el cual el futuro adquirente de una parcela o vivienda puede conocer las limitaciones urbanísticas que les afecten, aun cuando la información proporcionada por la cédula urbanística no se refiere a la situación de edificaciones incursas en expediente sancionador por infracción urbanística, lo que conlleva con cierta frecuencia que se transmitan viviendas que están afectadas por una demolición, consecuencia de la infracción, teniendo que soportar la misma el adquirente.

Esta circunstancia se ha tratado de evitar en la reciente Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones integrada en la actual Ley del Suelo, dentro de un propósito de defensa del consumidor y de la legalidad urbanística, estableciendo que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para poder autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite la licencia de edificación y la certificación de que se ha finalizado la obra conforme al proyecto aprobado, con lo cual se evita el acceso al Registro de la Propiedad de aquellas edificaciones incursas en alguna infracción urbanística y si el posible adquirente tiene la preocupación mínima de comprobar cuál es la situación registral de la vivienda, podrá conocer cuál es la situación real de la edificación, si además el Ayuntamiento ha cumplido el mandato establecido en la misma Ley —art. 307— de solicitar la inscripción, en el Registro de la Propiedad, de la incoación del expediente sobre disciplina urbanística, con ello nos encontramos con un sistema suficiente de protección e información del futuro adquirente de viviendas o parcelas afectadas por alguna irregularidad urbanística, evitando que se transmitan las consecuencias de la infracción por así determinarlo la legislación urbanística, según hemos visto anteriormente.

Pero la defensa del consumidor o adquirente de vivienda mediante el ejercicio del derecho básico a la información correcta ya había sido tenido en cuenta en la Ley del Suelo, en concreto en el artículo 55, en el cual se establece que la publicidad relativa a urbanizaciones de iniciativa particular deberá expresar la fecha de la aprobación del correspondiente plan urbanístico y no podrá contener indicaciones o reclamos que estén en pugna con lo determinado en el plan. En definitiva, con esta exigencia, de eficacia comprobada, siempre que se ha cumplido se evita que, o bien se anuncien urbanizaciones ilegales o bien que se ofrezca una publicidad falsa, aunque en este aspecto la eficacia no ha sido tanta, ya que el Decreto 515/1989 sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, se ha visto precisado a determinar que serán exigibles los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado.

De todos modos, ya el legislador era consciente de que lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley del Suelo podía ser insuficiente para lograr la debida protección del consumidor y con posterioridad al dictarse el Reglamento de Planeamiento por el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, en su artículo 167 se trata de ampliar la protección, afectando a la publicidad que se haga por cualquier medio de difusión y que se refiera a ventas de parcelas, edificadas o sin edificar, solares, pisos y locales comerciales o industriales, añadiendo que el incumplimiento del deber de información con respecto al plan urbanístico que ordene el suelo, ya sea urbano o urbanizable, se considerará infracción urbanística, pretendiendo con ello añadir un plus de protección, de difícil entidad práctica, pues la realidad ha demostrado que con los escasos medios utilizados por los Ayuntamientos para ejercer la disciplina urbanística no se podía efectuar un control de la publicidad inmobiliaria, con lo cual el medio de control arbitrado surtió escasos efectos.

Por último, y para cerrar el epígrafe, sostener que el urbanismo sí que tiene que ver con la venta de viviendas, frente a la objeción de que la venta de viviendas concierne al derecho privado, pues la vivienda siempre ha sido el objeto principal del urbanismo, ya que el destino final de éste era proporcionar viviendas en las debidas condiciones y una condición principal era proporcionarlas en las condiciones económicas más óptimas, con lo que se veía precisado a entrar a regular la venta de viviendas y terrenos.

Además, vivienda y urbanismo siempre han estado unidos en un mismo Ministerio, y cuando se ha tratado de regular la adquisición de viviendas ha sido el Ministerio de la Vivienda a través de normativa de naturaleza

administrativa quien ha producido tal regulación, sin que se acudiese al Código Civil, cuyas disposiciones se consideraban insuficientes y no adaptadas a la dinámica del mercado inmobiliario.

- E) LA AUDIENCIA EN CONSULTA, LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES QUE LES AFECTEN DIRECTAMENTE Y LA REPRESENTACIÓN DE SUS INTERESES, TODO ELLO A TRAVÉS DE LAS ASOCIACIONES, AGRUPACIONES O CONFEDERACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS LEGALMENTE CONSTITUIDAS

La aplicación de este derecho básico del consumidor al urbanismo tiene que suponer un cambio radical en los conceptos utilizados hasta ahora en el urbanismo, ya que, por una parte, hay que ampliar el concepto de participación, aumentándola y modificándola, y asimismo hay que ampliar el concepto de usuario de urbanismo.

En cuanto a la ampliación de la participación en el urbanismo pasa por entender que dicha participación no se ha de limitar al procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos, sino que se ha de extender a la gestión y ejecución del planeamiento, así como a la disciplina urbanística.

Y en cuanto al concepto de usuario de urbanismo, es necesaria la ampliación del mismo, ya que lejos de ser considerado un simple y mero agente económico de adquisición de viviendas, si se tiene en cuenta que el urbanismo es un servicio público, el consumidor o usuario de ese servicio público tendrá todos los derechos que corresponden a los mismos, en este caso la participación, y que es lo que estamos examinando cuando hablamos de la audiencia en consulta y a tal respecto vamos a ir analizando la participación en el urbanismo sentando la afirmación de que la participación, tal como hoy es entendida, es insuficiente, y que es necesario aumentarla no tanto creando nuevos instrumentos de participación, sino desarrollando y aplicando los existentes, y considerando que la mayoría de las virtualidades que contiene la nueva Ley del Suelo en orden a la posibilidad de adquisición de suelo para viviendas de regímenes de promoción pública, se actuarán con el empuje y las peticiones de las organizaciones de consumidores y usuarios, en este caso bajo la forma de cooperativas de viviendas, y participando en las tres fases del desarrollo del urbanismo, esto es, el planeamiento, la ejecución y la disciplina urbanística, pues en las tres fases la participación puede actuar para conseguir la finalidad referida.

Expuesto lo anterior, vamos a examinar la legislación de urbanismo a los efectos de constatar si recoge la participación y las posibilidades de aumentarla que contiene.

En primer lugar, hemos de decir que el urbanismo, en concreto el

derecho urbanístico, ha sido un adelantado con respecto a la participación y siempre ha considerado intangible que los planes urbanísticos tenían que elaborarse y aprobarse contando con la participación de aquellos a quienes iba destinado.

Concretándonos en la Ley del Suelo vigente, en su artículo cuarto dispone que en la formulación, tramitación y gestión del planeamiento urbanístico, los órganos competentes deberán asegurar la mayor participación de los interesados y, en particular, los derechos de iniciativa e información por parte de las corporaciones, asociaciones y particulares, con lo cual si tales posibilidades se ejercitan por las Administraciones, en concreto por los Ayuntamientos, que serán habitualmente los competentes para formular y redactar el plan, se habrá conseguido una participación notable.

I. Participación en la elaboración del planeamiento

Vamos a analizar a continuación la participación en las tres fases del urbanismo, el planeamiento, la gestión y la disciplina urbanística, comenzando por la participación en el planeamiento. Se articula en las siguientes fases: una primera, contenida en el artículo 116 del Reglamento de Planeamiento, de carácter potestativo, y que consiste en que antes de acordar la elaboración de cualquier plan de ordenación urbanística la Administración actuante podrá abrir un período de información pública para recoger sugerencias u observaciones sobre la necesidad, conveniencia y demás circunstancias de la ordenación y que básicamente consiste en el hecho de que la Administración, antes de formular el plan, plantea a los propios vecinos la conveniencia misma de hacer el plan o de revisar el existente; junto con esta primera cuestión, también se plantea la elección del tipo de planeamiento que sea más adecuado al municipio, así como los objetivos básicos y otras circunstancias de la ordenación futura; en definitiva, se trata de formular a todos los vecinos, entidades, asociaciones y corporaciones un esbozo inicial de lo que será el plan urbanístico, exponiendo los objetivos del mismo para que, a su vista, los administrados ofrezcan las alternativas y soluciones que estimen pertinentes a fin de configurar la imagen definitiva de la ciudad o pueblo de que se trate, después de haber analizado las distintas opciones presentadas, así como las peticiones y solicitudes expuestas.

Después de esta primera fase ya se cuenta con elementos de juicio en principio suficientes para empezar a elaborar el plan y que éste vaya a obtener un grado de aceptación suficiente, bien porque se hayan asumido la mayoría de las propuestas, bien porque la participación ofrecida y las siguientes llevan al convencimiento de la generalidad de los ciudadanos que el plan urbanístico no se ha hecho a sus espaldas y sin ser oídos, es el

momento entonces en que por el equipo redactor se procede a la elaboración del plan, y cuando estos trabajos han adquirido el suficiente grado de desarrollo que permita formular los criterios, objetivos y soluciones del plan, y que constituyen lo que se denomina avance —según dispone el art. 126 del Reglamento de Planeamiento—, es en este momento cuando se debe abrir un período de información al público de dichos trabajos, para lo cual se anuncia en el *Boletín Oficial de la Provincia* y en uno de los periódicos de mayor circulación a los efectos de que en el plazo de treinta días se puedan formular sugerencias y, en su caso, otras alternativas al planeamiento que serán examinadas, tras lo cual se aceptarán o desestimarán, rectificando o confirmando, en su caso, los criterios generales y las soluciones que han de informar el plan, al que se pasa a continuación a dar su redacción última, tras la cual tiene lugar la aprobación inicial por el órgano competente de la Administración, en este caso el pleno municipal, ya que, como hemos dicho, en la generalidad de los casos son los Ayuntamientos las administraciones encargadas y con potestad para el ejercicio de la función pública de planeamiento de ámbito municipal.

Tras la aprobación inicial, se vuelve a abrir otro período de información pública que tendrá una duración mínima de un mes según preceptúa el artículo 28 del Reglamento de Planeamiento, tras lo cual si se acepta alguna alegación de las que se hubieran formulado en el período de información pública, se modifica el plan en la determinación correspondiente, y si esa modificación fuese sustancial deberá abrirse otra vez el trámite de información pública anterior; de no darse esa circunstancia, se procede a la aprobación provisional del plan, siendo elevado a continuación al organismo que sea competente para la aprobación definitiva.

Como se puede apreciar, la información pública es reiterada y, como consecuencia, la participación pública ampliamente suficiente, con ello puede entenderse que se da cumplimiento, ya entrando en el ámbito del consumo, a lo que dispone el artículo 22 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en cuanto que las asociaciones de consumidores y usuarios serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afectan directamente a los consumidores o usuarios, y en este caso hay que entender que se encuentran los planes generales de ordenación urbana o las normas subsidiarias de planeamiento de ámbito municipal que cumplen la misma función que los planes generales de ordenación, aunque con menores determinaciones y contenido, y es por ello que en dichos procesos las asociaciones de vecinos, entendidas como asociaciones de usuarios del servicio público del urbanismo, deberían ser citadas expresamente, así como también las cooperativas de viviendas, junto con las asociaciones ecologistas, por cuanto que las determinaciones del plan urbanís-

tico, en cuanto a ordenación del territorio, les afectan directamente a estas últimas.

La obligación anterior queda reafirmada en cuanto que una parte de los planes de urbanismo está constituida por las ordenanzas, la aprobación de las cuales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, requiera audiencia a los interesados, junto con la información pública y por el plazo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.

De lo expuesto queda claro que es necesario y obligado que dentro del período de información pública se dé audiencia a las asociaciones de usuarios del urbanismo, entendiendo por tales a las asociaciones de vecinos, las cuales ya están sufriendo un necesario cambio y transformándose en algunos casos en asociaciones de consumidores, ya que se entiende que el consumidor no es ya hoy un simple adquirente de bienes, sino también un usuario de servicios públicos entre los que destaca el urbanismo y el medio ambiente, y precisamente ha sido la conexión existente entre consumo y medio ambiente lo que ha evidenciado esa transformación del vecino en consumidor, ya que el vecino no es sino un usuario del medio de las ciudades y pueblos y, por tanto, una persona capaz, ya sea de un modo individual o en forma asociativa, de exigir que ese medio en el que se desenvuelve sea cuanto menos saludable, aspecto en el que el modelo urbanístico es determinante, junto con el medio ambiente, al que está indisolublemente unido, como lo demuestra su aglutinación en un único departamento u órgano administrativo municipal en la mayoría de los Ayuntamientos.

Pero cabe avanzar más en los planteamientos y preguntarse si la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios se pueda extender a la elaboración de los planes de urbanismo, entendida esta colaboración como participación en alguna medida en la formulación de criterios que fueran vinculantes para la Administración que aprobara el plan.

Para llegar a una conclusión al respecto, en principio tenemos que examinar la disposición que desarrolla el capítulo sexto de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que regula el derecho de representación, consulta y participación; en concreto, en su artículo 22, se establece que las asociaciones de consumidores y usuarios serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios, siendo preceptiva su audiencia, entre otras, en las reglamentaciones sobre productos o servicios de uso y consumo. En desarrollo del artículo anterior se ha dictado el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, del Ministerio de Sanidad y Consumo, y que regula el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones y, en concreto, en su artículo 13 se dispone que será el Consejo

de Consumidores y Usuarios de ámbito nacional quien deberá ser consultado en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general y, en concreto, en las reglamentaciones sobre productos o servicios de uso y consumo.

Como vemos, se trata de encomendar específicamente al Consejo de Consumidores y Usuarios la consulta en lo que cabe entender como la elaboración de las reglamentaciones de bienes y servicios, ejemplos de lo cual pueden ser las diferentes reglamentaciones de cada clase de alimentos o servicios y que regulan la presentación, calidades y comercialización, con lo cual en un principio parece que los planes de urbanismo que tienen un ámbito generalmente reducido al ámbito de un término municipal no les afectaría, pero un examen más detenido del Real Decreto 825/1990 nos lleva a la conclusión de que las asociaciones de consumidores y usuarios deben ser oídas en consulta, entendemos que específica para ellas, en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo, en concreto en los planes generales de ordenación y en las normas subsidiarias municipales de urbanismo, ya que dicho Decreto, en su artículo 1 y en su segundo párrafo, establece que las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito territorial inferior al nacional podrán acceder a los beneficios establecidos en la Ley General de los Consumidores y Usuarios, siendo claro que entre esos beneficios, además del de justicia gratuita, está el de la audiencia en consulta en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, ya que en el artículo 16 del mismo Decreto se determina que las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Libro Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo podrán representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos o de la asociación o cooperativa en lo referente a los derechos e intereses reconocidos en el artículo 2 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, entre los que se encuentra el derecho de audiencia en consulta y la participación en la elaboración de las disposiciones generales que les afecten, concretándose este derecho de una manera más clara en el párrafo segundo del artículo 18 del referido Decreto 825/1990, donde se dispone que las asociaciones, federaciones, confederaciones y cooperativas que estén representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios podrán iniciar aquellos procedimientos administrativos que afecten a los intereses generales de los consumidores o intervenir en ellos dentro de su ámbito territorial, en los términos previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y entre esos términos se encuentra la audiencia en consulta en los referidos procedimientos administrativos, incluyéndose lógicamente los procedimientos de elaboración de planes de urbanismo.

De todo lo anterior queda claro que las asociaciones de consumidores y usuarios deben ser oídas en consulta en la elaboración de planes de

urbanismo, lo que hay que determinar ahora es de qué modo se manifiesta y se hace efectivo ese derecho y en qué momento y al respecto entendemos que habrá de ser diferente y separado de las fases del período de información pública para recoger sugerencias u observaciones sobre la necesidad, conveniencia y demás circunstancias de la ordenación y que está regulada en el artículo 116 del Reglamento de Planeamiento y al que más atrás nos hemos referido con la denominación de primera fase, y también de la segunda fase, es decir, de la que tiene lugar en el momento en que los trabajos de elaboración del plan general o las normas hayan adquirido el suficiente grado de desarrollo que constituyan un avance, regulado en el artículo 125 del Reglamento de Planeamiento y, por supuesto, no circunscribirse a formular alegaciones en el período de información pública establecido entre la aprobación inicial y la provisional.

La solución a la cuestión de en qué deba consistir esa audiencia en consulta y la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales y los planes generales de urbanismo y las normas subsidiarias de planeamiento municipal lo son, pues es innegado su carácter de normas, vendrá determinado por lo que al respecto dispongan la Constitución, la Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

La Constitución dispone en su artículo 105 que la ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y en idéntico sentido la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 130, establece que siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje se concederá a las entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe.

Como se puede apreciar de la lectura del anterior artículo y dado que hasta el momento presente no ha tenido desarrollo legislativo el artículo 105 de la Constitución, en el ámbito de la legislación estatal no se ha producido una participación en la elaboración de disposiciones administrativas excepto con referencia a los Colegios profesionales, cuya ley de regulación establece de una manera precisa esa audiencia en la elaboración de normas administrativas y, por supuesto, también se ha producido en la regulación que estamos comentando y referida al Real Decreto 825/1990.

Remitiéndonos a la legislación de Régimen Local, en principio nos encontramos con el propósito de la mayor participación, expresada en el artículo 69 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local,

que establece que las Corporaciones Locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local, añadiendo el mismo artículo que las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la ley, con lo cual se establece un límite a la actividad de participación en las normas características en el ámbito administrativo local, cuales son las Ordenanzas y Reglamentos municipales y, en consecuencia, con el propósito del legislador, la misma ley, en el momento de regular la aprobación de las Ordenanzas municipales, dispone que la aprobación inicial corresponde al Pleno y que la información pública y la audiencia a los interesados, entre los que se encuentran las asociaciones de vecinos o de consumidores, tendrá lugar en el plazo de treinta días para que por los citados se presenten reclamaciones y sugerencias que serán resueltas por el Pleno en la aprobación definitiva de la Ordenanza, la cual le corresponde con exclusividad al anterior.

Bajo este prisma de reserva de la decisión final a los órganos representativos de las Corporaciones Locales, vamos a seguir analizando las posibilidades de participación de las asociaciones de consumidores en la elaboración de los planes generales de urbanismo y normas subsidiarias de planeamiento municipal, en concreto mediante el examen de lo que dispone al respecto el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, y a través de la consideración de las asociaciones de consumidores como asociaciones de vecinos.

En esta consideración, su participación más plena dentro de los límites legales se debe canalizar a través de los Consejos Sectoriales, órganos establecidos en el Reglamento mencionado para instrumentalizar la participación y que son definidos en el artículo 130 del referido Reglamento como aquellos órganos complementarios, esto es, de establecimiento o creación voluntaria, que tienen como finalidad canalizar la participación de los ciudadanos y de sus asociaciones en los asuntos municipales, para lo cual se crea un consejo sectorial que se corresponde con las distintas áreas en que se divide la actuación municipal, estableciéndose en el segundo párrafo del artículo que los consejos sectoriales desarrollarán exclusivamente funciones de informe y, en su caso, propuesta en relación con las iniciativas municipales relativas al sector de actividad al que corresponda cada Consejo.

Dentro de la materia que estamos tratando, el Consejo Sectorial correspondiente podría ser o bien el de Consumo o bien el de Urbanismo y Vivienda, lo importante es que en cualquiera de los dos tendrían entrada y representación las asociaciones de consumidores y usuarios del servicio público de urbanismo y medio ambiente según establece el artículo 235 del

Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, en adelante designado abreviadamente como ROF, disponiendo dicho artículo que la participación de las referidas asociaciones sólo se admitirá en relación con los órganos deliberantes o consultivos, como son los Consejos Sectoriales, salvo en los casos en que la Ley autorice la integración de sus representantes en órganos decisorios.

Circunstancia esta que hasta el momento no se ha producido, por lo que la virtualidad de la participación se concretaría en formar parte de los órganos que emiten informes previos o resuelven consultas o formulan iniciativas, propuestas y recomendaciones, ya que, como hemos visto, la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, dispone en sus artículos 69 y 72 que la participación de las asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos a cuyo impulso y fomento están obligadas las Corporaciones Locales se efectuará de tal modo que las formas, medios y procedimientos de esa participación no podrán menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la ley, cuales son el Pleno, la Comisión de gobierno y el Alcalde.

Pero aunque parece que las asociaciones bien de manera individualizada o bien integradas en el Consejo Sectorial no pueden participar en las decisiones, si expresa la Ley que participan en la gestión, afirmación a la cual se le debe dar el mayor contenido posible y que tiene un límite, cual es que esa participación en la gestión no menoscabe las facultades de decisión, entendiendo esa expresión como que la actuación de la participación no impida la decisión o la suplante, pero sí cabe admitir que la comparta, pues en definitiva de eso se está tratando cuando se está hablando de participación, de compartir la decisión, aunque por los límites legales establecidos la decisión final y última debe aparecer como individualizada en el órgano representativo.

Es por lo anterior por lo que dentro de esos límites se deben explicitar y hacer expresas las virtualidades que ofrece la normativa local de participación para que las asociaciones de consumidores y usuarios o bien los Consejos Sectoriales coparticipen en la decisión, en este caso la de elaboración y aprobación de los planes de urbanismo, para lo cual los Consejos Sectoriales podrán orientar con sus informes al Pleno municipal, así como emitir iniciativas, propuestas y recomendaciones que se podrán o no asumir por el Pleno antes de proceder a las aprobaciones del avance, de la inicial y de la provisional, con lo que se evidencia que si existe el propósito de participación se puede cumplir, además con otros dos instrumentos de participación, cuales son la emisión de un informe en las sesiones de la Comisión informativa que vaya a dictaminar los planes de urbanismo antes de su sometimiento a acuerdo del Pleno, artículo 227 ROF, y en el caso de que

no se hayan asumido las propuestas concretas queda por realizar otra posibilidad de influencia en la decisión final, cual es la petición de solicitud de intervención en el Pleno, contemplada en el artículo 228 del ROF y por la cual la asociación que haya intervenido previamente en la tramitación del expediente que se somete a la consideración y aprobación del Pleno, puede exponer sus razones a favor de la admisión de la propuesta que pretenda incluir en el plan de urbanismo de cuya aprobación se trate.

De todo lo anterior se evidencia la importancia de la creación por las Corporaciones Locales, en las que el movimiento asociativo tenga la importancia y el desarrollo suficiente, de los Consejos Sectoriales del Urbanismo y de la Vivienda, pues son el cauce adecuado para que las asociaciones de consumidores y usuarios desarrollen con plenitud en el ámbito del urbanismo el derecho del artículo 2 de la Ley General de los Consumidores y Usuarios de audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que les afecten directamente y la representación de sus intereses a través de las asociaciones de consumidores y usuarios, en un tema tan vital y esencial para ellos como es el del urbanismo y el medio ambiente, conllevando la utilización de los medios expuestos una participación si no plena, sí decisiva, en la elaboración y aprobación de los planes de ordenación urbanística.

II. Participación en la gestión urbanística

Si se entiende por gestión urbanística toda la actividad tanto de los particulares como de las Administraciones públicas dirigida a la ejecución y realización del planeamiento, desde un primer momento se puede advertir que la participación del consumidor o usuario es prácticamente nula, a excepción de los procesos de remodelación de barrios, en los cuales sí tienen una actuación relevante las asociaciones de afectados, pero dejando esos casos que sería la excepción correspondiente, la realidad es que la gestión o ejecución del planeamiento es un aspecto del urbanismo ayuno de participación, y ello a pesar de que en el artículo 1.º del Reglamento de Gestión Urbanística se establezca que la ejecución del planeamiento corresponde, dentro de su respectiva esfera de actuación, a la Administración del Estado, a las Entidades Locales, a las Entidades urbanísticas especiales y a los particulares, y que además se remache esa actuación de los particulares con el mandato contenido en el segundo párrafo del artículo de que las Administraciones urbanísticas suscitarán, en la medida más amplia posible, la iniciativa privada y la sustituirán cuando ésta no alcanzase a cumplir los objetivos necesarios.

Pero esa afirmación no deja de ser un mero propósito o declaración de

intenciones, pues fuera de los particulares promotores de la urbanización o actuación urbanística de que se trate, es escasa, por no decir nula, la participación del resto de los administrados y de las asociaciones de consumidores y usuarios; por lo cual, al igual que con el tema de la participación en el planeamiento que hemos examinado en el apartado anterior, y con relación a cada una de las manifestaciones de la gestión urbanística y principalmente con referencia a las más importantes y relevantes y que son las reparcelaciones y los expedientes correspondientes a la ejecución de los polígonos o unidades de actuación a través de los sistemas de compensación, cooperación y expropiación, se puede lograr la participación en la aprobación de dichos expedientes a través del informe previo del Consejo Sectorial de Urbanismo y Vivienda, el cual tendrá como competencia normal, recogida en las normas de su Reglamento regulador aprobado por el Pleno, el ser informados de todos los asuntos concernientes a la actividad específica de competencia del sector y de emitir el informe o propuesta que estimen conveniente al respecto.

Siendo importante la participación en el tema de la gestión urbanística, esta importancia ha aumentado como consecuencia de la aprobación y entrada en vigor en julio de 1990 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de las Valoraciones, hoy integrada en la Ley del Suelo de 1992, la cual, siendo consciente de que la Ley del Suelo anterior había sido insuficiente para lograr un desarrollo efectivo de la ejecución urbanística, concretando frecuentemente esa insuficiencia en que la urbanización de los terrenos y la edificación no se realizaban dentro de los plazos establecidos o no realizándose simplemente, con lo cual no se desarrollaban las previsiones y determinaciones del planeamiento en muchos casos, quedándose éste como una simple declaración de intenciones. Ante ello, como hemos dicho, la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico se propuso la inversión de la situación de inejecución del planeamiento y para ello establece el sistema de adquisición de derechos y facultades a medida y previo cumplimiento de deberes, estableciendo el artículo 8 que la aprobación del planeamiento determina el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador o edificatorio en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento o legislación urbanística aplicables. Ese deber de incorporarse al proceso mencionado se hace cumplir mediante el establecimiento de plazos para urbanizar y después para edificar y cuyo incumplimiento adquiere una relevancia que antes no tenía, no suponiendo un dato irrelevante, sino el presupuesto de la puesta en vigor de una reacción de la Administración contra el incumplimiento, que determina el ejercicio de la expropiación del suelo o de la puesta en venta forzosa.

Todo ello hace que como consecuencia se tenga interés en seguir las incidencias de la ejecución urbanística por cuanto el suelo objeto de esas

expropiaciones obligatoriamente ha de destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o uso de interés social, quedando expresada la importancia que la ejecución del planeamiento tiene para un ejercicio adecuado del urbanismo y, en concreto, el cumplimiento de los plazos, por cuanto que la reacción que se instrumenta frente a dicho incumplimiento es de tal entidad como es la expropiación forzosa.

Todo lo anterior exige, como hemos dicho más arriba, que a partir de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico las asociaciones de consumidores y usuarios del urbanismo tengan un interés especial en la ejecución del urbanismo que antes no tenían, por entender que era una cuestión sólo referida a los promotores, ya que la ejecución de los planes urbanísticos es una cuestión de vital importancia para la actuación del derecho esencial a la consecución de una vivienda digna, según creemos que se ha demostrado, ya que posibilita más viviendas a través de la obtención para tal fin de suelo expropiado, así como suscitando que las asociaciones de consumidores y usuarios y las cooperativas de viviendas, las referidas expropiaciones en caso de incumplimiento, sino también, como hemos dicho, para que intervengan para que en el momento de la elaboración del planeamiento se califique suficiente suelo para viviendas de promoción pública, se establezcan zonas para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y se incorporen los terrenos adquiridos al Patrimonio Municipal del Suelo de destino obligatorio a viviendas de protección oficial o promoción pública, o se fijen reservas de terrenos de posible adquisición para constitución o ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo.

III. Participación en la gestión de la disciplina urbanística

Y, por último, examinando el tercer aspecto en que se divide la actuación urbanística, junto con el planeamiento y la gestión o ejecución del planeamiento, cual es la disciplina urbanística, vemos que al igual que ocurría con la gestión urbanística, aparecía como un aspecto ajeno a la participación de las asociaciones de usuarios del urbanismo, excepto cuando se producía alguna infracción urbanística que motivaba la comparecencia de alguna asociación de vecinos en el correspondiente procedimiento sancionador; como decimos, fuera de estos casos aislados, más alguno referido a ruina de edificios, la disciplina urbanística era algo reservado a los ámbitos, pudiéramos decir internos, de la Administración, y de los infractores implicados, pero a partir de la entrada en vigor de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones, dado que se establece la expropiación como una consecuencia del incumplimiento de los deberes urbanísticos y

dado que la indisciplina urbanística es un incumplimiento y, por tanto, se asimilan las consecuencias de la indisciplina urbanística y el incumplimiento de deberes urbanísticos, aplicándose también la expropiación como reacción a la indisciplina urbanística, y produciéndose el mismo resultado como es el destino a edificación del suelo expropiado de viviendas de promoción pública, es por lo que en orden al anterior fin de obtención de viviendas de promoción pública es fundamental la comparecencia de las cooperativas de viviendas en los expedientes seguidos por indisciplina urbanística, en cuanto que extinguido el derecho a edificar por no haberse obtenido la licencia o no haberse solicitado la anterior en el plazo conferido, según el artículo 248 de la actual Ley del Suelo, la Administración podrá optar entre la venta forzosa o la expropiación, con destino obligado, como reiteradamente hemos manifestado, a suelo destinado a viviendas de protección oficial o sometidas a algún régimen de promoción pública.

F) EL DERECHO BÁSICO A LA PROTECCIÓN JURÍDICA, ADMINISTRATIVA Y TÉCNICA EN LA SITUACIONES DE INFERIORIDAD, SUBORDINACIÓN O INDEFENSIÓN

En materia de urbanismo las situaciones de inferioridad e indefensión se producen con gran habitualidad, por no decir que están presentes siempre que se adquiere una vivienda y principalmente cuando la compra alguien que carece de ella.

Esto ha hecho que, ante la evidencia no ya sólo de estas situaciones de inferioridad en que sitúan al adquirente de una vivienda, sino también por las frecuentes estafas multitudinarias de que fueron objeto en épocas pasadas los adquirentes de viviendas modestas, que ya en el año 1968 se tuviera que dictar una ley destinada a atajar las situaciones de abuso en que se colocaba preferentemente a los adquirentes de viviendas, que podíamos calificar de modestas y que se veían precisados a adquirirlas a plazos y sin que las mismas estuvieran ni siquiera iniciadas; esta Ley es la Ley 57/1968, de 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y que actualmente continúa vigente, siendo el sistema de protección articulado el constituido por un doble mecanismo: a) la exigencia de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta de la futura vivienda, así como el 6 por 100 de interés, mediante el otorgamiento de un contrato de seguro o mediante la constitución de un aval solidario, convenidos ambos con entidad aseguradora debidamente inscrita o con Banco o Caja de Ahorros, y b) exigencia de que las cantidades entregadas a cuenta se ingresen en una cuenta especial abierta en entidad bancaria o Caja de Ahorros y de la que únicamente se puede disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Se completaba la protección del consumidor adquirente de vivienda con la exigencia de que los anteriores datos se consignasen en los contratos de compraventa y con la obligatoriedad de que la propaganda y publicidad contenga la afirmación que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, y se concluía la protección con el establecimiento de sanciones administrativas y penales para los infractores de las anteriores obligaciones.

Puede decirse hoy, con la perspectiva de los años, que aunque después de la publicación y entrada en vigor de la Ley se han seguido produciendo situaciones de abuso y estafas y se producen en la actualidad, el sistema establecido ha sido el adecuado y sí se exigiese su cumplimiento, cuanto menos se aseguraría la devolución de las cantidades entregadas, aun cuando no se resarza de los perjuicios que implica la frustración de no haber adquirido la vivienda y tener que volver a buscar otra.

Otra situación de indefensión se produce cuando por aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley del Suelo el adquirente de una parcela o vivienda queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario y tiene que asumir los compromisos y obligaciones que hubiera contraído el promotor o anterior propietario con el Ayuntamiento u otra Administración con respecto a la urbanización y edificación. Se trata del mismo problema que ya tratábamos en el apartado del derecho a la información, y cuya existencia puede suponer, como ya indicábamos, que los adquirentes de viviendas en una urbanización no terminada tengan que pechar con los gastos de la urbanización no realizados, y aunque la Ley del Suelo, como ya decía, establece una defensa mediante el sistema de graduación de adquisición de facultades urbanísticas, el cual exige que antes de obtener la licencia de edificación se haya realizado la urbanización, pero por considerarla insuficiente avanza más en la protección del adquirente de buena fe, y siendo consciente el legislador de que buena parte de las situaciones de indefensión y de inferioridad provienen de la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad de las situaciones administrativas urbanísticas que afectan al terreno o solar y a las viviendas, establece la exigencia de que las circunstancias urbanísticas consten en el Registro de la Propiedad a los efectos de aumentar la información de los consumidores y que no se vean afectados por situaciones de inferioridad derivadas del desconocimiento de las situaciones urbanísticas de los inmuebles, ya que si bien en la actualidad el adquirente de una vivienda o parcela adopta la precaución de pasarse por el Registro de la Propiedad, generalmente no se pasa por la correspondiente dependencia administrativa de la Administración urbanística, normalmente el Ayuntamiento, para conocer las afecciones urbanísticas que van a obligar a los adquirentes sucesivos, ya que, como establece el artículo 22 de la Ley del Suelo, la enajenación de fincas no modificará la situación que

con respecto a ellas estén establecidas en el plan urbanístico o en sus instrumentos de ejecución, y por ello y para evitar que por desconocimiento tengan que asumir deberes urbanísticos, la Ley del Suelo de 1992 que tiene una vocación o decisión de corregir determinadas deficiencias o lagunas de la Ley del Suelo anterior, en el presente tema, en cuanto al carácter facultativo que con respecto a la inscripción de actos administrativos en el Registro de la Propiedad tenía establecido en el anterior artículo 221, lo transforma en imperativo en el artículo 43, donde dispone que los Ayuntamientos remitirán al Registro de la Propiedad, certificaciones acreditativas del cumplimiento de los deberes urbanísticos establecidos en el artículo 20 de la misma.

La exigencia anterior garantiza que el comprador de un terreno sabrá en cada momento cuál es la situación urbanística de la finca, con lo cual sólo se subrogará conscientemente en los deberes que queden por cumplir, estableciéndose en el párrafo segundo del artículo 41 citado una única excepción a la subrogación, a favor de los adquirentes de buena fe que estén amparados por la protección registral y que hayan adquirido edificaciones amparadas en licencia pero que tengan un aprovechamiento superior al que corresponda.

ISIDRO NICOLÁS FERNÁNDEZ-PACHECO

DICTAMENES Y NOTAS

Los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas a una sociedad mercantil

1. INTRODUCCION

En los últimos tiempos están siendo frecuentes los negocios de aportación de inmuebles a sociedades mercantiles; por las causas de siempre, pero, además, por dos especiales:

- Aumentos de capital acordados para alcanzar las cifras mínimas exigidas a las sociedades anónimas y limitadas en la nueva legislación societaria.
- Constitución o aumento de capital con aportaciones hechas por entidades de crédito, para desprenderse de su negocio inmobiliario, dentro de la normativa disciplinaria de las entidades de crédito, que exige concreción de la actividad a su objeto propio, con abandono de otras ramas marginales.

Dado que muchos de estos inmuebles se encuentran arrendados, se plantea el problema de si la aportación supone para el arrendatario algún derecho de preferente adquisición. La cuestión aparecía ya bastante clara, en sentido negativo, en la práctica registral. Pero ahora la proximidad de una ley que se anuncia restrictiva para los arrendatarios parece empujar a algunos de éstos a plantear de nuevo la cuestión en instancias judiciales y extrajudiciales; tal vez por ser la última oportunidad de discutir un derecho de adquisición que la nueva Ley les va a negar claramente; o quizá empujados por el temor a una extinción más temprana de su contrato en virtud de las normas previstas de derecho transitorio.

El estudio del problema requiere un previo examen de la naturaleza del acto de aportación no dineraria a la constitución o al aumento de capital de una sociedad anónima, para entrar después a comparar esa naturaleza con los supuestos que, según la ley, generan el derecho de tanteo o retracto del arrendatario urbano, analizando la posición jurisprudencial, la doctrina científica y la posible incidencia de una nueva legislación.

2. NATURALEZA DEL ACTO DE APORTACION

2.1. ASIMILACIÓN A LA PERMUTA

La doctrina mayoritaria considera que la aportación no dineraria a una sociedad es un acto de enajenación de bienes, en cuanto éstos salen del patrimonio del aportante para entrar en el de la sociedad que se constituye o que aumenta el capital. Ciertamente es un negocio típico, perfectamente definido por la ley en el Derecho mercantil; pero los autores, casi sin excepción, tratan de buscar una analogía con los contratos del Derecho civil y, en esta tarea, resulta abrumadora la lista de los que asimilan la figura al contrato de permuta:

- FENTES LOJO (*Suma de arrendamientos urbanos*) dice que es un «contrato oneroso de enajenación, que realiza el socio aportante a la sociedad, pero no en su modalidad de compraventa, sino en la de permuta o cambio».
- GARRIGUES y URÍA (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*), al tratar la referencia de la Ley a las normas de entrega y saneamiento de la compraventa, dicen que se trata de «una remisión a las reglas de la compraventa civil que no implica ciertamente la identificación entre la aportación social y el contrato de compraventa. Mientras en la compraventa hay siempre un precio determinado, en la sociedad sólo hay una participación variable en las ganancias; y mientras la compraventa funciona en régimen de contraprestación, en la sociedad a la aportación no se contrapone ninguna contraprestación, ya que las aportaciones de los otros socios se hacen al patrimonio social y no a los patrimonios de los otros aportantes. Esto no obsta a que, por analogía, se apliquen las normas sobre la obligación de entrega que es común en ambos contratos y que va dirigida en uno o en otro caso a la transmisión de la propiedad de las cosas que se entregan».
- En el mismo sentido, AVILA NAVARRO («Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *RJC*), CARRERA GIRAL (*Ley de Sociedades Anónimas*) y otros.

2.2. POSICIÓN ROMÁNTICA DE ROCA SASTRE

Como opinión original, merece citarse la de ROCA SASTRE («Naturaleza jurídica de la aportación social», *RLJ*, 1946) que, aun reconociendo que «generalmente predomina la idea de permuta o cambio ... de transmisión a cambio o equivalencia de acciones o de la condición de socio», se inclina por considerar que «la aportación social no constituye un mero acto de transmisión onerosa de bienes del socio a la sociedad, sino un acto de comunicación de bienes, que tiene más de acto modificativo de derechos que de acto traslativo»; para él no hay verdadera transmisión, porque el socio aportante no deja de ser del todo dueño de la cosa aportada (según TROPLONG, no se puede separar el activo social de la idea de copropiedad entre los asociados); esta concepción, ligada a una teoría filosófica humanista, la de empequeñecer la personalidad jurídica para resaltar al hombre como único destinatario del Derecho, es brillante, tal vez útil para regular las relaciones del aportante con la sociedad y con los demás socios, pero no sirve para explicar la naturaleza del acto de aportación frente a un tercero, un arrendatario por ejemplo, para el que la cosa propiedad de una persona pasa a ser propiedad de una sociedad con personalidad jurídica propia.

2.3. POSICIÓN DE LÓPEZ JACOISTE

LÓPEZ JACOISTE (*El arrendamiento como aportación del socio*, Pamplona, 1963, págs. 51 y sigs.), partiendo de ideas de BEKKER sobre el negocio de destinación —caracterizado por una atribución traslativa de bienes del otorgante para la constitución o su inserción en un patrimonio más o menos separado afecto a un fin—, reproducidas por cierta doctrina italiana (FERRARA, MOSCO, BARASSI), considera el acto de aportación de bienes a una sociedad como un negocio enajenativo de destinación, en tanto que aquella aportación aparece como una transmisión de bienes ordenada a integrarse en el patrimonio de la sociedad (al constituirse o ya constituida), acto que se inserta en el sistema jurídico societario, al que queda causalmente enlazado en razón de una instrumentalidad típica. La causa del negocio de aportación es onerosa (sin más), y la contraprestación para el aportante consiste en la participación social y en la adquisición de la cualidad de socio con todos los derechos inherentes.

De esta explicación del fenómeno interesa destacar, por su acierto y oportunidad, que el acto de aportación no es asimilable a la compraventa o dación en pago, como algunos pretenden, ni la contraprestación a favor del aportante es fungible, sino que junto a las acciones de la sociedad que éste recibe está su posición jurídica de socio como un conjunto de derechos

(políticos y económicos), cambiantes en el tiempo, que exceden notablemente de la mera calidad de precio o equivalente.

2.4. APLICACIÓN DE NORMAS DE LA COMPRAVENTA

Algunos autores y alguna sentencia se han sentido desconcertados por el hecho de que la ley aplique a la aportación social normas que son propias del contrato de compraventa, civil o mercantil; así, el artículo 39 LSA o el artículo 8 LSL. Pero suele olvidarse cuando se destaca este hecho que la compraventa es el prototipo de contrato bilateral y oneroso, en cuya sede se regulan aspectos y efectos propios de esa clase de negocios, y no exclusivos de la compraventa (entrega de la cosa, riesgos, saneamiento por evicción y vicios ocultos, pago, etc.), por lo que constituye el régimen jurídico de referencia y normativa supletoria —de aplicación por analogía, cuando no directa— para otros contratos onerosos con idénticos problemas (arrendamientos, donación onerosa, etc.); y, por tanto, que a la permuta se le aplican también normas de la compraventa; dice el artículo 1.541 del Código Civil que «en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta», es decir, en todo lo que no esté basado en la contraposición de cosa y precio, esencial a la compraventa y punto distintivo con la permuta; en esas disposiciones de la venta aplicables a la permuta están precisamente las que se refieren a entrega, saneamiento y riesgos, que en la permuta se aplican, además, por partida doble, a ambas partes. O sea, que cuando la Ley aplica a la aportación a sociedad algunas normas de la compraventa no lo hace porque esta figura sea asimilable a la venta, sino porque lo es a la permuta o simplemente porque es un negocio conmutativo y oneroso. Y nótese que la Ley no tendría que haber hecho la asimilación a la compraventa en estos supuestos concretos, si la equiparación fuese legal y doctrinalmente admitida; le hubiese bastado con dejar actuar a esa asimilación. En realidad, los artículos citados actúan con menos convicción en esa asimilación de lo que lo hace el artículo 1.541 CC. al aplicar a la permuta las normas de la compraventa, con lo que parece que la aplicación analógica o subsidiaria de las normas de la compraventa es mayor en la permuta que en la aportación a sociedad.

2.5. DOS CLASES DE APORTACIÓN

A efectos de la naturaleza jurídica del acto de aportación, hay que señalar que son de idéntica naturaleza la aportación hecha en el momento

de constitución de una sociedad y la hecha en el momento del aumento de capital. Las posibles diferencias, que posteriormente se tratan, derivadas de la distinta fungibilidad de las acciones en un momento u otro, no afectan a la relación del socio con la sociedad ni al acto de transferencia de bienes de uno a otra.

3. NATURALEZA DEL RETRACTO; LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

3.1. RETRACTO Y EXPROPIACIÓN PRIVADA

La naturaleza del derecho de retracto en general resulta claramente del artículo 1.521 CC.: es «el derecho a subrogarse, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago», es decir, un derecho por el que el retrayente subentra en la posición jurídica del comprador o del adjudicatario, reintegrándole a éste exactamente lo que pagó y los gastos de adquisición, o sea, dinero.

Pero cuando se habla de retracto en la donación, en la permuta o «en cualquier otra transmisión», onerosa o gratuita, se está hablando impropriamente, porque el supuesto retrayente no puede subrogarse «en las mismas condiciones estipuladas en el contrato», sino que ha de cumplir unas condiciones distintas. Como dice CÁMARA (*Estudios de Derecho mercantil*), el «retracto» en esta hipótesis «viene a ser una especie de facultad expropiatoria»; lo que CAMPO VILLEGAS («El retracto urbano en transmisiones societarias», *La Notaría*, 1990) llama «derecho a comprar: una opción de compra legal por el precio que fijen los peritos. Como una expropiación forzosa con fines agrarios». No es correcto, ni jurídica ni gramaticalmente, llamar «retracto» a esa facultad.

Si se traslada esa idea al acto de aportación social, la «subrogación en lugar del adquirente», que es la sociedad, se presenta todavía más difícil. Merece la pena pararse a reflexionar cómo actuaría el pretendido «retracto»: Después de hecha la aportación, cuando la sociedad ya es dueña de la finca y el aportante dueño de las acciones, el retrayente dirige su acción contra la sociedad, expropia la finca y paga (a la sociedad) el valor de la finca; el aportante sigue siendo dueño de sus acciones. Es decir, la sociedad frente a la que se admita un retracto no sólo verá expropiada la cosa a cambio de una cantidad de dinero, sino que tendrá que continuar con el aportante como socio, por el valor de la cosa aportada, pero sin la cosa; y puede ocurrir (y ocurrirá generalmente): que la sociedad nunca se hubiera constituido, o no hubiera aumentado el capital, para recibir una cantidad de dinero; que los

socios que acordaron el aumento no hubieran renunciado al derecho de preferente suscripción si la prestación del tercero hubiese sido una cantidad de dinero que también ellos podían haber aportado; que la adquisición de la cosa haya sido el motivo determinante de toda la operación, es decir, la causa, y he aquí que el presunto retrayente pretende subrogarse en un negocio jurídico que, de admitir su subrogación, quedaría sin causa, inexistente; la paradoja demuestra el absurdo de la pretensión y cómo su eventual reconocimiento no es por el camino del retracto, sino de la expropiación privada; y podría ocurrir finalmente que el presunto retrayente no acepte el valor por el que se ha hecho la aportación ni el fijado por los peritos nombrados por el Registro Mercantil y se llegue a una expropiación por precio inferior, con lo que la sociedad puede verse obligada a reducir capital, en perjuicio de todos los socios, para equilibrar capital y patrimonio o, en el peor de los casos, a disolverse (art. 260.4.º LSA); todo este caótico resultado es posible, sí, como lo es en la Ley de Arrendamientos Rústicos; lo que no puede es pensarse que la Ley de Arrendamientos Urbanos quiera llegar a él de una manera tácita.

3.2. LAS LEYES ESPECIALES DE ARRENDAMIENTOS

La diferencia entre retracto y expropiación trasciende actualmente a las leyes especiales con más claridad que la doctrina:

El artículo 47 LAU consagra el derecho de tanteo y de retracto del arrendatario urbano en los casos de venta, dación en pago («cesión solutoria») y adjudicación por división de la cosa común, con algunas excepciones en este último caso. No señala ningún otro supuesto, ni contiene referencia alguna que haga pensar en una inclusión analógica de figuras afines. Pues bien, en la interpretación de la Ley de Arrendamientos Urbanos debe tenerse en cuenta especialmente que, en el momento de publicarse el actual texto (de 24 de diciembre de 1964), estaba vigente, para los arrendamientos rústicos, la Ley de 15 de marzo de 1935 y el Reglamento de 29 de abril de 1959, que se referían al «retracto» en «todo caso de transmisión a título oneroso»; añadía el artículo 16 de la antigua LAR que «si la enajenación no se hubiese verificado por un precio en metálico, el retrayente satisfará el valor de la finca o participación...».

Si estando vigentes unos textos así, la Ley de Arrendamientos Urbanos no optó por una redacción parecida, sino que consagró únicamente los tres supuestos vistos, es porque lo hizo con una intención restrictiva. A más abundamiento, después, en 1980, se publicó la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, hoy vigente; en ella, con mayor amplitud y con mayor rigor

jurídico y lingüístico, se distinguen los derechos de tanteo y retracto, que tienen lugar por enajenación *inter vivos* mediante precio, en la que cabe la subrogación del arrendatario (art. 88 LAR), y el derecho que llama «de adquisición preferente», en «los contratos de donación [*sic*], aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa», en los que, al no caber la subrogación, el precio ha de fijarse conforme a las normas de la expropiación forzosa (art. 89 LAR), remisión esta que es harto significativa.

Por lo que una primera aproximación a los textos legales ya indica que la Ley de Arrendamientos Urbanos no quiso incluir en los supuestos de preferente adquisición ni la donación ni la permuta (como luego se verá que ha declarado la jurisprudencia), pero tampoco, que es lo que ahora interesa, la aportación a sociedad. Si hubiera querido hacerlo lo hubiera dicho en la enumeración de supuestos; y si consideró que no era necesaria la enumeración, no se explica por qué la hace de nuevo la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.

4. POSICION JURISPRUDENCIAL

4.1. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El Tribunal Supremo, en la interpretación del artículo 47 LAU, ha seguido una línea restrictiva de no ampliación a supuestos distintos de aquellos que el propio precepto contempla. Y así:

- Por una parte, ha negado el derecho del arrendatario en aquellos casos que, aun suponiendo una verdadera transmisión, incluso onerosa en la mayoría, no exista una contraprestación en la que pudiera subrogarse el adquirente; concretamente, en los casos de permuta (Sentencias de 24 de enero de 1953, 19 de diciembre de 1956, 22 de noviembre de 1957, 24 de enero de 1958, 11 de mayo de 1959 y 23 de mayo de 1960), oferta de ventas (Sentencia de 16 de diciembre de 1958), renta vitalicia (Sentencias de 29 de mayo de 1957, 9 de diciembre de 1964 y 2 de abril de 1985), donación (Sentencias de 29 de noviembre de 1956, 8 de abril de 1959, 22 de febrero de 1954, 21 de junio de 1961, 4 de febrero de 1975 y 19 de noviembre de 1992), incluso remuneratoria (Sentencia de 8 de abril de 1950) o división de finca adquirida por donación (Sentencias de 20 de enero de 1962 y 30 de marzo de 1964).
- Por otra, se niega la posibilidad de una aplicación extensiva o análoga de la Ley de Arrendamientos Urbanos en multitud de senten-

cias: Sentencia de 27 de noviembre de 1947 (lo fundamental es que exista venta o dación en pago con posibilidad de subrogación), Sentencia de 9 de noviembre de 1964 (no es factible en estos casos alegar razones de analogía, toda vez que la Ley debe interpretarse dentro de sus verdaderos límites, reduciendo su contenido a cuanto en ella se comprende expresamente), Sentencia de 8 de mayo de 1968 (los arts. 47 y 48 LAU «se establecieron para los casos de venta por pisos»), Sentencia de 22 de febrero de 1974 (el art. 47 LAU es inaplicable cuando no se da la venta o la dación en pago), Sentencia de 2 de abril de 1985 (considera los derechos de adquisición como «cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación al derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo»; cita muchas otras sentencias en el mismo sentido), Sentencia de 12 de abril de 1989 (sobre un caso especial de retracto gentilicio) y, en general, todas las citadas en el apartado anterior. Merece mención especial la Sentencia de 6 de febrero de 1991 (que cita a muchas otras, desde 1903 a 1989, y niega el retracto en una disolución de sociedad entendiéndolo que «sólo debe aplicarse a los supuestos estrictamente contemplados por la ley, pues en otro caso se viola el principio *odiosa restringenda* recogido en el art. 2 CC.).

- Y si acaso alguna sentencia parece desviarse de esta línea (la Sentencia de 26 de marzo de 1960: «Dada la finalidad protectora de la ley que tiende a facilitar a los inquilinos el acceso a la propiedad de la vivienda, las normas que regulan el derecho de retracto deben interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo»), supone una excepción entre todas las anteriores, tal vez aconsejada por las circunstancias del caso y especialmente por la protección del acceso a la propiedad de una vivienda, nunca en locales de negocio.

4.2. LA STS DE 12 DE JUNIO DE 1964

Esta sentencia, única de las dos que tratan directamente el problema del arrendamiento ante la aportación de la finca a una sociedad a cambio de acciones, supone una clara negación del derecho del arrendatario urbano para estos casos. Dice el considerando central que «el problema clave de este recurso es si se puede o no comprender en los conceptos de venta o cesión solutoria expresados en el artículo 47 LAU la aportación de un inmueble a una sociedad anónima hecha por un socio fundador en la escritura de constitución de la sociedad; y esta cuestión ha de resolverse en sentido negativo»; las razones que alega son:

- No se dan los requisitos del artículo 1.445 CC.
- Si bien se ha operado una válida transmisión del inmueble, su naturaleza no permite la subrogación del que intenta retraer en el derecho de la sociedad adquirente, puesto que lo entregado por ésta como contraprestación no es dinero, del que pudiera reintegrarse, sino acciones de la misma, que el retrayente no podría reembolsar por no obrar en su patrimonio.
- De prosperar el retracto se produciría una alteración en el patrimonio de la sociedad adquirente.

Es curioso resaltar, como evidencia de la seguridad de esta doctrina, que la sentencia aprecia temeridad a los efectos de imposición de costas.

4.3. LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973

En otra sentencia, en cambio, se ha querido contraponer a la anterior, ya en términos generales (sosteniendo el derecho del arrendatario), ya en el caso concreto de la aportación a un aumento de capital (sosteniendo que existe aquí el retracto, frente a la constitución de sociedad, en que no existe). Sin embargo, no parece que sea esa la conclusión que se puede extraer de la Sentencia de 1973: en el caso concreto que resuelve, admite el derecho de adquisición del arrendatario frente a la aportación a un aumento de capital, pero lo admite para evitar el fraude de una compraventa disimulada o encubierta; hay que distinguir en la sentencia dos clases de afirmaciones:

- «Lo que no puede admitirse es el orden en que se dice tuvieron lugar las operaciones, ya que, en verdad, lo primero fue la determinación de que se pagara en dinero o metálico, a esto siguió la contrapropuesta de abonar el precio en acciones, que fue después aceptada por la sociedad X, y así surge el contrato en el que se ve la serie de requisitos necesarios y precisos para que hubiese una dación en pago» (como decía la sentencia de instancia). Es decir, que, levantando el velo de la simulación, el Tribunal Supremo descubre una venta de la finca seguida de una adjudicación de acciones en pago del precio.
- Las que, sacadas de contexto, han querido usarse para fundamentar una doctrina general: «no puede estimarse el mismo como un negocio de permuta que supone el cambio de cosa por cosa, siendo así que lo verdaderamente transmitido fueron las acciones que es un signo que representa al dinero y se halla incluido en el artículo 1.445 del Código (Civil), pese a los otros derechos que en la vida

de la sociedad represente, por lo que el contrato podría calificarse de simple venta y no de cesión solutoria»; pero es que estas afirmaciones se toman de la sentencia de instancia, y ya advierte el Tribunal Supremo que «el recurso no contiene ningún precepto sobre la interpretación de los contratos y en tal caso ha de respetarse en casación la naturaleza jurídica que al contrato asigne la sentencia recurrida»; y las acciones son «signo que representa al dinero» porque al fin, en el caso concreto, se convierte en dinero.

Pero es que si se respetase esa naturaleza jurídica de compraventa habría que admitir el retracto sin dar más vueltas a la cuestión y, sin embargo, a continuación de ese respeto a la sentencia de instancia, la del Supremo aborda pormenorizadamente la justificación del fraude, que sería innecesaria si la aportación fuese realmente una venta, porque en tal caso procedería el retracto con fraude o sin él. La sentencia sigue, pues, adelante, y en realidad concluye que hubo una venta, sí, pero con precio en dinero, y seguida de una dación de acciones en pago del precio.

- En el mismo contexto debe verse la afirmación de la sentencia de instancia «que esta Sala hace suyas, sobre la diferencia entre suscripción de unas acciones, mediante entrega de un inmueble hecha en período de constitución social y en la ampliación del capital»; porque, efectivamente, esa diferencia se encuentra en que es más fácil el fraude a través de unas acciones fungibles en el segundo caso que en el primero. Lo que tampoco quiere decir, como luego se verá, que no pueda haber también fraude en la constitución de sociedad.

4.4. LA SAP DE VALENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1989

Cuando el Tribunal Supremo no se ha ocupado exactamente del tema de retracto arrendaticio en aportación social más que en las dos anteriores sentencias, aparentemente (sólo aparentemente) contradictorias, reviste gran interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de abril de 1989; interés, sobre todo, porque está dictada a la vista de las dos anteriores. Se trata de una aportación a una sociedad de una finca en la que existe un local de negocio arrendado y el arrendatario ejercita el derecho de retracto. Es de observar que la sentencia no se adscribe a la tesis de interpretación estricta del artículo 47 LAU, pero, sin vacilación alguna, niega la pretensión del demandante basándose en la imposibilidad de subrogación en la contrapretación.

Dice: «El derecho de retracto está concedido no solamente para los casos expresamente señalados en la Ley, sino que debe alcanzar también

cualesquiera actos que, sin ser su venta, sin embargo sean de tal índole que permitan que el retrayente pueda facilitar la misma contraprestación por la que se cambió la cosa retraíble.»

Y a continuación equipara los casos de constitución de sociedad y de ampliación de capital: «La aportación de bienes para constituir o ampliar el capital de una sociedad mercantil no es una venta; tampoco es una cesión solutoria ni una adjudicación consiguiente a la división de una cosa común. Tampoco es un acto que permita que el retrayente pueda entregar a la sociedad destinataria de la aportación de capital lo que ésta dio a cambio de tal aportación, es decir, las acciones...»

4.5. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha insistido muy reiteradamente sobre la «improcedencia de interpretación extensiva en las instituciones restrictivas» (véase, por ejemplo, la Resolución de 17 de enero de 1989, a propósito del retracto arrendaticio urbano en disolución de una comunidad) y, en especial, reconoce que es jurisprudencia reiterada que «los derechos de tanteo y retracto arrendaticios, en tanto que restricciones del dominio, reclaman una interpretación estricta» (Resolución de 20 de febrero de 1992, sobre un retracto arrendaticio urbano).

Y en la Resolución de 5 de septiembre de 1991 dice que en la aportación de inmuebles urbanos a la constitución de una sociedad no es preciso indicar la situación arrendaticia, que sólo es necesaria en «aquellas hipótesis transmisivas en que conforme a los artículos 47 y siguientes proceda el derecho de tanteo y retracto»; pero no en la aportación a sociedad, por varias razones; literalmente:

- El criterio restrictivo que ha de presidir la interpretación de las limitaciones del derecho de propiedad, de cuya naturaleza participan inequívocamente los derechos de tanteo y retracto arrendaticios.
- La concreción del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a las hipótesis de venta, cesión solutoria y adjudicación por división de cosa común.
- La imposibilidad del retrayente para reembolsar al adquirente en cuyo lugar se subroga la prestación por él realizada, pues ésta no consistió en dinero, sino en acciones que no obran en el patrimonio de aquél.
- La reiterada jurisprudencia que rechaza todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos que no se basen precisamente en la compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas.

(Cita varias sentencias, no referidas exactamente al caso debatido, y la Sentencia de 12 de junio de 1964, pero no la de 1973, que había alegado el Registrador.)

4.6. LA TRANSMISIÓN DE UNA UNIVERSALIDAD

El Tribunal Supremo y la Dirección General han coincidido en restringir el derecho de retracto a aquellos casos en que se transmiten o son objeto del negocio fincas concretas individualmente determinadas.

Así, la Sentencia de 27 de diciembre de 1957 niega la pretensión del arrendatario en la venta de «todos los derechos hereditarios que corresponden al vendedor en la herencia correspondiente, integrada por bienes diversos y de diversa naturaleza».

Y la Resolución de 18 de abril de 1986 considera que no procede el derecho de retracto arrendaticio urbano en la disolución de comunidad sobre un conjunto de bienes que forman parte de una actividad empresarial, ya que la situación trasciende la mera disolución de copropiedad y pasa a ser un mecanismo complejo de constitución-disolución.

Esta postura es interesante, a mayor abundamiento, para los casos actualmente frecuentes (y aludidos al principio de este trabajo) en que se aportan a una sociedad bloques patrimoniales, empresas o unidades económicas; ya sea en el marco del artículo 133 RRM, un bloque patrimonial semejante a los formados en la escisión de empresas, ya una «unidad económica autónoma» de las que trata la Ley 29/1991, de 16 de diciembre.

Y todo esto, aunque no se trate de empresas, bloques o unidades preexistentes, sino de un conjunto de bienes, derechos y, en su caso, obligaciones que sean susceptibles de formarlo. (Bien entendido que esta construcción «universalista» requiere, a efectos del Registro Mercantil, y tratándose de Sociedades Anónimas, dada la necesidad de informe pericial, que este informe contenga relación o referencia de los bienes que comprende y que esa relación concuerde exactamente con la resultante de la escritura.)

5. POSICION DOCTRINAL

5.1. NEGACIÓN DEL RETRACTO

La doctrina científica que se ocupa del tema se muestra casi unánimemente en contra del derecho de adquisición arrendaticio urbano. Posteriormente se verá alguna excepción.

ÁVILA NAVARRO (coautor de ese trabajo) ha sostenido la misma tesis que ahora defiende, en sus comentarios a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (*RJC*, 1992-2, «Comentario a la Resolución de 5 de septiembre de 1991») y en su *Formularios notariales*.

BOLÁS ALFONSO y otros (*La sociedad de responsabilidad limitada*), sin adoptar una postura clara, plantean el problema, citan como contradictorias las dos Sentencias de 1964 y 1973 y concluyen que «como es sabido, la justicia del caso concreto compele a nuestro Tribunal Supremo a adoptar posturas contradictorias, derivadas de un criterio de oportunidad con el que se trata de reprimir el fraude», y como este criterio de oportunidad sólo puede predicarse de la Sentencia de 1973, parece que los autores se inclinan a considerar la razón de la de 1964 y, por tanto, la improcedencia del retracto.

CÁMARA ALVAREZ (*Estudios de Derecho mercantil*) compara las Sentencias de 1964 y la de 1973 para concluir que «la buena doctrina aparece recogida en la primera de esas dos sentencias. No es lícito transformar el retracto en la que, de intento, se ha denominado “facultad expropiatoria”, salvo que de la propia ley resulte otra cosa». Y concluye que la sociedad debe gozar de inmunidad frente al retracto de colindantes, o el de comuneros y también respecto del regulado en el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que considera de interpretación restrictiva.

CAMPO VILLEGAS («El retracto urbano en las transmisiones societarias», *La Notaría*, 1990), tras decir que la figura no sería retracto, sino expropiación, concluye que «no habrá retracto porque en este supuesto no puede cumplirse la exigencia que define este derecho según exige el artículo 1.521 del Código Civil, configurador de la institución: subrogarse, en las mismas condiciones...».

FUENTES LOJO (*Suma de arrendamientos urbanos*), tras inclinarse, «de acuerdo con la doctrina mercantilista, por la que considera que no puede haber compraventa en esa aportación», concluye, en consecuencia, que no procede el retracto.

GARCÍA GARCÍA (*Código de legislación hipotecaria*) cita las Sentencias de 1964 y 1973 y apostilla, respecto de esta última, que «una cosa es que se trate de un acto que no dé lugar al retracto y otra distinta es que se demuestre fraude».

LUCAS FERNÁNDEZ (*Temas sobre sociedades anónimas*) dice que «tratándose de arrendamientos urbanos sujetos a la LAU, los supuestos de transmisión que originan el derecho de retracto (y el de tanteo) se concretan en el artículo 47... dada la concreción legal, ha de estimarse válida para los arrendamientos urbanos sujetos a la LAU la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1964...» (contraria, como se ha visto, a estos derechos).

5.2. ADMISIÓN EN CASO DE FRAUDE

Pero, como es lógico, toda la doctrina admite los derechos del arrendatario cuando la figura societaria se utilice para defraudarlos. En realidad el fraude puede ser tan variado como permite el ingenio humano (puesto en este caso al servicio de una causa torpe); podrían señalarse como ejemplos:

- Constitución de una sociedad por un solo socio o por un número reducido, en la que todas o la mayoría de las acciones se emiten a cambio de una aportación inmobiliaria; y posterior venta de esas acciones a un comprador que realmente quiere comprar el inmueble.
- Transmisión de una finca a una sociedad en su constitución o aumento de capital, para que ésta la transmita a otro en disolución o reducción de capital.
- Disimulo de la compra hecha por una sociedad por el simulado aumento de capital con adjudicación de acciones, que son inmediata y rápidamente transformados en dinero, quizá por venta a la misma sociedad o gestionada por ella.

El Derecho fiscal, más avezado a vigilar el fraude, ya ha contemplado algunos de estos supuestos para, presumiendo el fraude, asimilarlos a la transmisión de inmuebles y gravarlos como tales (por ejemplo, la antigua Ley de Reforma Fiscal de 14 de noviembre de 1977 o el art. 108 de la Ley del Mercado de Valores). Pero fuera del Derecho fiscal, como dice CÁMARA (*Estudios de Derecho mercantil*) al comentar la Sentencia de 1973, «la simulación no puede presumirse de oficio. Debe ser alegada y probada y, cuando el juzgador estime que existe, debe declararlo así terminantemente». Es decir, el fraude debe ser:

- Probado; la Ley fiscal, en beneficio de la Hacienda Pública, puede en ocasiones presumir el fraude invirtiendo la carga de la prueba en contra de la operación societaria; pero no hay ninguna presunción de fraude en favor del arrendatario.
- Declarado por el Juez; no puede apreciarlo el Notario que intervenga en el acto de aportación ni el Registrador que lo inscriba.

5.3. PRETENDIDA DISTINCIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN Y AUMENTO DE CAPITAL

En la práctica, sin reflejo en trabajos publicados, algunos, tal vez interpretando superficialmente la Sentencia de 1973, distinguen entre la constitución de sociedad, en la que no reconocen el retracto, y el aumento de capital, en que sí. Pero la distinción es insostenible: no pueden reconocerse

al arrendatario en el aumento de capital derechos que no se le reconocerán en una operación más compleja pero que conduce al mismo resultado: la constitución de una sociedad con aportación inmobiliaria (en que no hay retracto, según reconocen los partidarios de la tesis) y la posterior fusión con otra sociedad (en que tampoco lo habrá, pues el acto es semejante a la constitución). Lo único que puede admitirse es que el fraude es más fácil en el aumento que en la constitución; pero este fraude ha de ser apreciado por el Juez, por lo que la operación no puede calificarse *a priori* como generadora del derecho de retracto, ni por el intérprete, ni por el Notario o el Registrador que intervengan en la operación.

5.4. PRETENDIDA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES

En esta exposición doctrinal merece mención separada ALBÁCAR LÓPEZ (*Ley de Arrendamientos Urbanos*), que si comienza con la mayoría, se desvía de ella después. Dice:

«Dado que la contraprestación que recibe el propietario por su entrega a la sociedad no es dinero, sino una participación en la misma, que, en algunos casos, puede incluso ostentar el carácter de personalísima, resulta clara la conclusión de que en esos supuestos no procede la concesión de los derechos de tanteo y retracto.» Pero tras esas tajantes afirmaciones, al comentar después la Sentencia de 1973, duda, y dice que teniendo en cuenta *tal vez* el carácter fungible de las acciones de las sociedades anónimas, *creemos que puede sostenerse* que la aportación de inmuebles arrendados a una sociedad de tipo personalista, al hacerse en contemplación a una contraprestación que no puede ser asumida por un tercero, no origina derecho de tanteo ni retracto. Por el contrario, cuando se trate de sociedades de tipo capitalista, el carácter fungible de las acciones recibidas en contraprestación de la aportación del inmueble hará posible la subrogación del tercero arrendatario, a quien deberán serle reconocidos los aludidos derechos».

También CAMPO VILLEGAS («El retracto urbano en las transmisiones societarias», *La Notaría*, 1990), tras negar la procedencia del retracto, dice: «Ahora bien, las conclusiones que anteceden *pueden no ser tan seguras* cuando se trate de acciones cotizables, por cuanto en este supuesto el arrendatario puede imponer una subrogación con las mismas condiciones; aparte la consideración de que las acciones cotizables podrían ser equiparadas, si no a dinero, sí a signo que lo representa, por su inmediata convertibilidad en dinero y fungibilidad.»

La tesis, que puede parecer sugestiva, ofrece, sin embargo, el defecto que hace depender el derecho del arrendatario de que el acto se realice en favor de una sociedad de una clase o de otra distinta. Frente a ella puede replicarse:

- Que la naturaleza jurídica de la aportación es la misma en un caso que en otro; y conceder o negar el derecho del arrendatario, según la clase de sociedad que recibe la aportación, es poco menos que encomendarlo a la suerte y es también hacer entre sociedades una distinción que la propia ley no hace.
- Que las razones que excluyen el derecho del arrendatario en la aportación social son algunas más que las de fungibilidad o infungibilidad de las acciones; la misma Sentencia de 1964 dice que no se dan los requisitos del artículo 1.445 CC. (definidor de la compra-venta); esta sentencia y muchas otras, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, han hablado de la necesidad de una interpretación estricta de los supuestos de hecho; y queda, por último, la comparación, muy expresiva, de la Ley de Arrendamientos Urbanos con la Ley de Arrendamientos Rústicos, con su generosa enumeración de supuestos, que impide equiparar uno y otro arrendamiento. Es de resaltar que la abundante jurisprudencia antes citada que niega el retracto en la permuta, no hace distinción alguna de si las cosas objeto de permuta son fungibles o no.
- Que no todas las acciones o participaciones de las sociedades de tipo capitalista pueden considerarse fungibles; generalmente no lo son las participaciones de la sociedad limitada, que no pueden adquirirse en Bolsa ni en ningún otro mercado público, y su misma adquisición privada es difícil para un extraño a la sociedad y está sujeta a las limitaciones del artículo 20 LSL o a otras que resulten de la reglas sociales; en cuanto a las sociedades anónimas, no todas las acciones son iguales; la Ley prevé que haya distintas clases con distinto contenido de derechos, y hay acciones privilegiadas, acciones sin voto y acciones con prestaciones accesorias, que no podrían ser equiparadas, y cuya compra en la proporción necesaria no siempre sería fácil; otras sociedades limitan estatutariamente la transmisibilidad de las acciones; quizá la única compra fácil de acciones sea de las sociedades que precisamente no suelen recibir nunca aportaciones no dinerarias.
- Que, aun cuando se trate de acciones ordinarias y cotizables, la cotización es variable y la compra o venta de acciones se rige por leyes de mercado muy distintas de las que rigen en transacciones inmobiliarias; poner en contacto los dos mercados es perturbador, y hace depender el retracto de la evolución de uno y otro: el arrendatario ejercitaría su derecho cuando la cotización de las acciones baje, y suba, en cambio, el mercado inmobiliario; y se vería imposibilitado de hacerlo, también injustamente, en caso contrario; piénsese además que entre la aportación y el pago por el arrendatario

puede pasar mucho tiempo (por conocimiento tardío de la operación por el arrendatario, pleito sobre la procedencia del retracto, etc.). La firmeza de una operación inmobiliaria como es la aportación a sociedad quedaría pendiente del azar de la Bolsa de Valores.

- Y, sobre todo, que la acción de retracto se dirige contra el adquirente, es decir, contra la sociedad; y la entrega a ésta por el arrendatario de acciones propias, tal vez en proporción prohibida por la Ley (véase arts. 75 y sigs. LSA), no es subrogarse en su lugar, porque la sociedad no ha permutado la finca por acciones propias que tuviese en su patrimonio o en cartera, sino por acciones emitidas al efecto en la constitución o en el aumento de capital. Lo que lógicamente tendría que hacer la sociedad con esas acciones entregadas por el trayente es amortizarlas con reducción del capital; se encontraría así con el mismo capital que antes de la operación, pero con un nuevo socio tal vez indeseado, el primitivo aportante. En realidad, las acciones amortizadas equivalen a las entregadas al aportante, pero es fácil comprender que esa no es la situación que se deseaba y que la pretendida subrogación no ha sido «en las mismas condiciones».

6. LA ESCRITURA DE APORTACION Y SU CALIFICACION REGISTRAL

Desde el punto de vista notarial y registral, en las escrituras de aportación no tiene que hacerse necesariamente manifestación alguna sobre la situación arrendaticia de cada finca; el artículo 55 LAU sólo la exige para «los documentos de adquisición de fincas urbanas a que se refiere este capítulo», es decir, para los negocios transmisivos que hacen nacer el derecho de preferente adquisición; obsérvese, por ejemplo, cómo la Resolución de 5 de septiembre de 1991, al tratar un caso en que no proceden los derechos de tanteo y retracto, no dice que no hay que notificar al arrendatario (que sería problema notarial), sino que «no es preciso indicar la situación arrendaticia» (que es lo que debe calificar el Registrador); también la Sentencia de 12 de noviembre de 1960 en un caso en que, por venderse el edificio completo, puede venderse libremente, aclara «sin tener que hacer saber al arrendatario la enajenación, por no corresponder al mismo los derechos de tanteo y retracto», y la Sentencia de 22 de febrero de 1974 se pronuncia en el mismo sentido.

La necesaria notificación al arrendatario «en todo caso» del artículo 55 LAU ha de entenderse en congruencia con el contexto, es decir, en todos los casos contemplados en los artículos anteriores. Por inercia, en la prác-

tica jurídica se suele hacer constar siempre (en donaciones, por ejemplo); y tal vez sea práctica aconsejable, como información al adquirente; pero este derecho de información del adquirente debe considerarse renunciable, sobre todo cuando éste conoce la situación tan bien como el transmitente.

7. LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

7.1. EL PROYECTO Y SUS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Se encuentra en fase de proyecto una nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. En el proyecto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 30 de diciembre de 1992 no se reconoce ya ningún derecho de preferente adquisición del arrendatario, sea de vivienda o «para usos distintos».

El problema planteado subsistirá, sin embargo, casi en sus mismos términos, respecto a las fincas urbanas arrendadas bajo la vigencia de la legislación anterior:

- Si se trata de contratos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 (sean de vivienda o de local de negocio), porque, según la disposición transitoria primera, hasta que se produzca la tácita reconducción seguirán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9 Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, que a su vez reconduce en este extremo a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.
- Si se trata de contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 (sean de vivienda o de local de negocio), porque, según las disposiciones transitorias segunda y tercera, seguirán rigiéndose indefinidamente por la Ley de 1964, salvo modificaciones que ahora no interesan.

7.2. VALOR INTERPRETATIVO DE LA NUEVA LEY

Sin embargo, aunque la nueva Ley no rija inmediatamente para los contratos anteriores, sí sirve para expresar la realidad social y la sensibilidad del tiempo actual, y para proporcionar un criterio de interpretación de la Ley antigua, según el artículo 3 CC. (la Resolución de 13 de febrero de 1980 recuerda, a propósito de los arts. 47 y 48 LAU, la necesidad de interpretarlos «en el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, así como la realidad social, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad»).

Y esa realidad social muestra la necesidad de proteger al arrendatario, pero conservando lo más posible la libertad de la propiedad; la Sentencia de 6 de febrero de 1991 señala que «la Ley de Arrendamientos Urbanos no se propone que los inquilinos lleguen a ser propietarios, sino que defiende a ultranza su condición de arrendatario». La política legislativa advierte que la concesión al arrendatario de derechos que no son estrictamente necesarios para mantener su goce, redundaría en merma de atractivos para el mercado de viviendas destinadas a alquiler y, en definitiva, en un perjuicio para el arrendatario o para el que aspira a serlo. Obsérvese que el artículo 47 de la Constitución Española consagra el «derecho a *disfrutar* de una vivienda digna» y no precisamente a ser propietario de ella, lo que implica para el legislador la obligación de cuidar con mayor esmero el mercado de la vivienda, que facilite la construcción y el acceso en propiedad o para alquiler que el acceso a la propiedad de un arrendatario que ya disfruta de una; en cuanto al local de negocio, la realidad social muestra también la necesidad de negar al arrendatario un derecho de preferente adquisición que no hace sino menoscabar el valor de la finca arrendada: tan digno de protección es el negocio del comerciante que lo ejerce en un local arrendado como el del que se dedica a arrendar los locales de los que es propietario.

8. LOS LOCALES DESTINADOS A GARAJE

En cuanto a los locales destinados a garaje, es necesario distinguir:

1. Los arrendados plaza por plaza para que los use como garaje el propio arrendatario no pueden calificarse de «locales de negocio» y salen fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos; se rigen por el Código Civil (arts. 1.546 y sigs.), que en ningún caso reconocen al arrendatario ningún derecho de adquisición. Así resulta de la cerrada enumeración de contratos sujetos que contiene el artículo 1 LAU.

2. Los arrendados para que el arrendatario ejerza con ellos la industria de garaje, una de dos:

- O son locales de negocio y se rigen por el régimen general que se trata a lo largo de este trabajo.
- O se trata de arrendamiento de una industria de garaje ya en funcionamiento, en cuyo caso están también excluidos del ámbito de la Ley (art. 2 LAU) y se rigen por el Código Civil, sin derecho de retracto.

9. CONCLUSIONES

1. No proceden los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas urbanas a la constitución o al aumento de capital de una sociedad. En esta conclusión coinciden la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la práctica, sin que las posibles y escasas excepciones tengan otro origen que las circunstancias del caso concreto, en protección (quizá excesiva) del arrendatario de vivienda, que no del de local. Debe destacarse especialmente la diferencia entre el régimen de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que establece un verdadero derecho de expropiación privada y el de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que sólo regula el tanteo y el retracto, derechos que actúan sólo ante negocios que permiten la subrogación del retrayente en las mismas condiciones del adquirente

2. La exclusión del derecho de los arrendatarios resulta clara en cualquier caso, pero aún más cuando los bienes no son transmitidos singularmente, sino formando parte de una universalidad (detalle que tuvo especialmente en cuenta la Resolución de 18 de abril de 1986); esta aportación globalizada como «unidad económica autónoma» es además esencial para obtener la exención fiscal de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre.

3. El proyecto de nueva Ley de Arrendamientos Urbanos suprime el derecho de adquisición del arrendatario, mantenido sólo como régimen transitorio para algunos arrendamientos celebrados antes de la nueva Ley. Pero esta nueva Ley o sus proyectos sirven para expresar la realidad social del tiempo actual, con arreglo a la cual hay que interpretar la Ley antigua según el artículo 3 CC. Y esa realidad social muestra la necesidad de proteger al arrendatario, pero conservando lo más posible la libertad de la propiedad, es decir, de aplicar la Ley antigua con criterio restrictivo.

4. El único resquicio del arrendatario para ejercitar una acción de retracto por aportación a sociedad es el fraude del arrendador a través de una operación simulada o disimulada. Para que prospere el retracto, el fraude debería ser demostrado y declarado por el Juez, no cabe una presunción de fraude ni una apreciación por otros funcionarios, como el Notario o el Registrador de la Propiedad.

5. Desde el punto de vista notarial y registral, en las escrituras de aportación no ha de hacerse constar necesariamente la situación arrendaticia de la finca (véase art. 55 LAU, que sólo la exige cuando hay derecho de preferente adquisición); en este sentido, Resolución de 5 de septiembre de 1991, Sentencias de 12 de noviembre de 1960 y 22 de febrero de 1974.

PEDRO AVILA NAVARRO
Registrador de la Propiedad
Notario excedente

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil
Magistrado excedente

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho comparado

1. DIRECTIVAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

De entre las últimamente publicadas destacamos las siguientes:

— Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado I del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

— Directiva 92/100/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

(Publicadas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* número 1348, de 28 de noviembre de 1992.)

— Directiva 92/77/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, por la que se completa el sistema común de IVA y se modifica la Directiva 77/388/CEE (aproximación de los tipos del IVA).

(Publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Ley 316, de 31 de octubre de 1992.)

2. RATIFICACION DEL TRATADO DE LA UNION EUROPEA

Por Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre, se autoriza la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992.

3. DISPOSICIONES NORMATIVAS DE RECIENTE PUBLICACION EN DIFERENTES PAISES EUROPEOS

Austria

— Ley Constitucional por la que se modifica la Constitución federal en su redacción de 1929 (*BGB*, 164, de 4 de agosto de 1992).

— Ley federal de modificaciones de la Ley del Servicio Judicial (*Bundesgesetzblatt*, 121, de 26 de junio de 1992).

Bélgica

— Ley de 6 de abril de 1992 por la que se modifica el Código Judicial en lo relativo al Estatuto de los Agentes (*Moniteur*, núm. 93, de 13 de mayo de 1992).

— Ley de 25 de junio de 1992, sobre el contrato de seguro terrestre (*Moniteur*, núm. 162, de 20 de agosto).

— Ley de 8 de julio de 1992 relativa al ejercicio de las competencias atribuidas por la Ley a los Comités Ministeriales y a los Ministros (*Moniteur*, núm. 134, de 10 de julio de 1992).

— Ley de 24 de julio de 1992 por la que se modifican determinadas disposiciones relativas a los estatutos del personal del cuadro activo de la gendarmería (*Moniteur*, núm. 148, de 31 de julio de 1992).

— Ley de 3 de agosto de 1992 por la que se modifica el Código Judicial (*Moniteur*, núm. 170, de 31 de agosto de 1992, ed. especial).

— Ley de 4 de agosto de 1992 relativa al crédito hipotecario (*Moniteur*, núm. 161, de 19 de agosto de 1992).

— Ley de 5 de agosto de 1992 relativa al trabajo de menores (*Moniteur*, núm. 168, de 28 de agosto de 1992).

Francia

— Ley Constitucional 92/554, de 25 de junio, por la que se añade a la Constitución un título XIV: «De las Comunidades Europeas y la Unión Europea», modifica los artículos 2,54 (nueva redacción) y 74, e introduce los artículos 88-1 a 88-4 (*JO*, 26 de junio de 1992).

— Ley 92/546, de 20 de junio, relativa al depósito legal (*JO*, núm. 144, de 22 de junio de 1992).

— Ley 92/613, de 6 de julio, por la que se modifica el Código Forestal y se dictan disposiciones agrícolas y enérgicas (*JO*, de 7 de julio de 1992).

— Ley 92/614, de 6 de julio relativa a la responsabilidad por robo, pérdida o deterioro de objetos depositados en los establecimientos de salud, o en determinados establecimientos sociales o médico-sociales y a la venta de los objetos abandonados en estos establecimientos (*JO*, de 7 de julio de 1992).

— Ley 92/625, de 8 de julio, sobre la zona de espera de los puertos y aeropuertos y por la que se modifica la Ordenanza 42/2658, de 2 de noviembre de 1945, relativa a las condiciones de entrada y permanencia de los extranjeros en Francia (*JO*, núm. 158, de 9 de julio de 1992).

— Ley 92/643, relativa a la modernización de empresas cooperativas.

— Ley 92/644, de 13 de julio, por la que se modifica la de 9 de julio de 1991 (núm. 91/650), que reformó los procedimientos civiles de ejecución de la Ordenanza 45/2592, de 2 de noviembre de 1945, relativa al estatuto de los Agentes (*JO*, núm. 162, de 14 de julio de 1992).

— Ley 92/646, de 13 de julio, relativa a la eliminación de los derechos, así como a las instalaciones clasificadas por la protección del entorno (*JO*, núm. 162, de 14 de julio de 1992).

— Ley 92/647, de 12 de julio, por la que se modifica el Código de la Familia y de la Ayuda Social, el Código de la Salud Pública y el de Trabajo (*JO*, núm. 162, de 14 de julio de 1992).

— Ley 92/654, de 13 de julio, relativa al control de la utilización y de la diseminación de los organismos genéticamente modificados y por la que se modifica la Ley 76/663, de 19 de julio de 1976, relativa a las instalaciones clasificadas para la protección del medio ambiente (*JO*, núm. 163, de 16 de julio de 1992).

— Ley 92/683, de 22 de julio de 1992, por la que se reforma la Parte General del Código Penal (*JO*, núm. 169, de 23 de julio de 1992).

— Ley 92/684, de 22 de julio, por la que se reforman las disposiciones del Código Penal referentes a la represión de los crímenes y delitos contra las personas (*JO*, núm. 169, de 23 de julio de 1992).

— Ley 92/685, de 22 de julio, por la que se reforma el Código Penal en la parte relativa a la represión de los crímenes y delitos contra los bienes (*JO*, núm. 169, de 23 de julio de 1992).

— Ley 92/686, de 22 de julio, sobre refoma del Código Penal en la parte relativa a la represión de los crímenes y delitos contra la Nación, el Estado y la paz pública (*JO*, núm. 169, de 23 de julio de 1992).

Italia

— Ley de 7 de agosto de 1992, número 356, por la que se convierte en Ley el Decreto-ley de 8 de junio de 1992, número 306, que modificó el

Código Procesal Penal, el Código Penal y el Ordenamiento Penitenciario y aprobó otras disposiciones para hacer frente a la criminalidad mafiosa (*GU*, núm. 185, de 7 de agosto de 1992).

— Decreto-ley de 1 de julio de 1992, número 323, por el que se modifica y desarrolla el de 30 de diciembre de 1989, número 416, convertido, con modificaciones, en la Ley de 28 de febrero de 1990, número 39, que aprobó disposiciones en materia de entrada y residencia de ciudadanos extracomunitarios en Italia (*GU*, núm. 154, de 2 de julio de 1992).

— Decreto-ley de 1 de septiembre de 1992, número 369, por el que se adoptan disposiciones urgentes para la reestructuración de los institutos penitenciarios de particular seguridad y para el personal del Cuerpo de Policía Penitenciaria en ellos destinados (*GU*, núm. 205, de 2 de septiembre de 1992).

— Decreto del Presidente de la República de 27 de junio de 1992, número 352, por el que se aprueba el Reglamento que regula la modalidad de ejercicio y los casos de exclusión del derecho de acceso a los documentos administrativos, en ejecución del artículo 24, párrafo 2, de la Ley de 7 de agosto de 1990, número 241, que promulgó nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos administrativos (*GU*, núm. 177, de 29 de julio de 1992).

— Decreto Legislativo de 30 de abril de 1992, número 285, por el que se aprueba el Código de la Carretera (suplemento ordinario núm. 74 a la *GU*, núm. 114, de 18 de mayo de 1992).

Luxemburgo

— Ley de 14 de abril de 1992 por la que se modifica la de 12 de marzo de 1984 relativa a la indemnización a determinadas víctimas de daños corporales resultantes de una infracción y a la represión de la insolvencia fraudulenta (*Memorial*, A-25, de 24 de abril de 1992).

— Ley de 29 de mayo de 1992 relativa al Servicio de la Policía Judicial. Modifica:

1) La Ley, modificada, de 23 de julio de 1952, concerniente a la organización militar.

2) El Código de Justicia Penal.

3) La Ley de 16 de abril de 1979 relativa a la disciplina en la Fuerza Pública (*Memorial*, A, núm. 36, de 5 de junio de 1992).

— Ley de 20 de julio de 1992 por la que se modifica el régimen jurídico de los certificados de invención (*Memorial*, A-49, de 20 de julio de 1992).

— Ley de 10 de agosto de 1992 por la que se modifica el Código de Procedimiento Civil (*Memorial*, A-62, de 20 de agosto de 1992).

Portugal

— Ley 10/1992, de 15 de julio, por la que se autoriza al Gobierno para alterar el régimen de suspensión del contrato de trabajo o reducir el período normal de éste (*Diario República*, núm. 161, I-A, de 15 de julio de 1992).

— Ley 12/1992, por la que se autoriza al Gobierno a revisar el régimen jurídico del contrato del servicio doméstico (*DR*, núm. 162, I-A, de 16 de julio de 1992).

— Ley 13/1992, de 23 de julio, por la que se autoriza al Gobierno a revisar el régimen de entrada, permanencia, salida y expulsión de extranjeros del territorio nacional (*DR*, núm. 168, I-A, de 23 de julio de 1992).

— Ley 23/1992, de 20 de agosto, de autonomía del Ministerio Público (*DR*, núm. 191, de 20 de agosto de 1992).

— Ley 24/1992, por la que se modifica la Ley Orgánica de los Tribunales Judiciales de 23 de diciembre de 1987 (*DR*, núm. 191, de 20 de agosto de 1992).

— Ley 27/1992, autoriza al Gobierno para revisar la legislación contra la droga (*DR*, núm. 200, de 31 de agosto de 1992).

— Decreto-ley 18/1992, por el que se autoriza al Gobierno a legislar sobre el régimen general de los archivos y del patrimonio constituido por estos últimos (*DR*, núm. 180, I-A, de 6 de agosto de 1992).

— Decreto-ley 162/1992, por el que se crea un incentivo al arrendamiento en favor de la juventud (*Diario República*, núm. 179, I-A, de 5 de agosto de 1992).

— Decreto-ley 185/1992, por el que se modifica el de 4 de diciembre de 1991 (núm. 451), sobre la Ley Orgánica del XII Gobierno.

— Decreto-ley 191/1992, por el que se desarrolla la Ley sobre objeción de conciencia (*DR*, núm. 207, de 8 de septiembre de 1992).

B) Legislación nacional

Durante los meses de enero y febrero no se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado* ninguna norma de rango legal en materia de Derecho privado.

Pero debemos destacar el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, publicado en el *BOE* del día 6 de febrero, modificando los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Los Notarios, antes de autorizar el otorgamiento de escrituras sobre inmuebles, deben obtener los datos registrales pertinentes. Una vez otorgadas, podrán remitirlas, para su presentación en los Registros fuera de la localidad, mediante telefax.

Este Real Decreto entrará en vigor a los seis meses de su publicación.

C) Comunidades Autónomas

Aragón.—Ley de 28 de diciembre de 1992, de Patrimonio Agrario de la Comunidad Autónoma de Aragón y de medidas específicas de reforma y desarrollo agrario.

Asturias.—Decreto de 30 de diciembre de 1992, determinando la unidad mínima de cultivo agrícola y forestal.

Cantabria.—Ley de 18 de diciembre de 1992, de Tasas, Precios Públicos.

Murcia.—Ley de 23 de diciembre de 1992, de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales.

Navarra.—Ley Foral de 28 de diciembre de 1992 por la que se modifica el título V del Decreto Foral Legislativo de 4 de abril de 1991, por el que se aprobó el texto refundido de las disposiciones de rango legal sobre financiación agraria.

— Ley Foral de 30 de diciembre de 1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

País Vasco.—Ley de 21 de diciembre de 1992, que regula determinados aspectos relacionados con Zonas Regables, Planes Comarcales de Mejora y Planes Generales de Transformación.

II. Información de actividades

1. SEMINARIO EN LA UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA

En Buenos Aires ha tenido lugar este Seminario internacional de Derecho notarial y registral, con la participación de varios Registradores de la Propiedad españoles. El temario ha sido el siguiente:

«Creación de derechos reales en la legislación española. Carácter de las enumeraciones», por Antonio Cumella Gaminde, Registrador de la Propiedad de Granollers.

«El Registro de la Propiedad español. Concepto. Objeto. Principales principios que lo inspiran», por José Antonio Jordana de Pozas González, Registrador de la Propiedad de Castro-Urdiales.

«El derecho de superficie. Generalidades. Aplicaciones. Instrumentación. Efectos. Faz registral», por Leopoldo Martínez de Salinas, Notario de Sabadell.

«Comentarios privados. Régimen legal. Su faz registral», por María del Rosario Fernández de Ateca, Registradora de la Propiedad de San Vicente del Horts (Cataluña).

«Registración mercantil», por Norberto Benseñor, Vicerrector de la UNA.

«Registro de la Propiedad. Reserva de prioridad», por Raúl R. García Coni, Director del Doctorado en Derecho Registral de la UNA.

«*Numerus clausus* en materia de derechos reales en el Código Civil argentino. Encuadre jurídico de los cementerios privados en la Argentina», por Juan J. Guardiola, Secretario de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia de la Nación.

«Registro de la Propiedad argentino. Objeto, técnica y logros», por Isaac Molina, Director del Registro de la Propiedad Inmueble de la capital federal.

2. JORNADAS SOBRE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Organizadas por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Torrelavega se han celebrado durante los días 2 al 5 de febrero, con el programa que sigue:

«La sociedad de responsabilidad limitada: presente y futuro». Ponente: Profesor doctor don Angel Rojo Fernández-Río, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid, Vocal de la Comisión redactora del Anteproyecto de Ley, Abogado.

«El capital social». Ponente: Profesor doctor don Jorge Tomillo Urbina, Profesor titular de Derecho Mercantil, Universidad de Cantabria. Moderador: Don Emilio Beltrán Sánchez, Catedrático de Derecho Mercantil.

«La fundación de la sociedad». Ponente: Don Francisco Javier Aznar Rivero, Registrador mercantil de Bilbao.

«Las participaciones sociales». Ponente: don Juan Carlos García Cortés, Corredor colegiado de Comercio, Profesor asociado de Derecho Mercantil, Universidad de Cantabria. Moderador: Don Julián Sánchez Melgar, Magistrado-Juez Decano de Santander, Profesor asociado de Derecho Civil, Universidad de Cantabria.

«Los administradores de la sociedad». Ponente: Don Marino Fernández-Fontecha y Saro, Abogado.

«Los acuerdos sociales». Ponente: Don Jesús Lobato de Blas, Catedrático de la Universidad de Cantabria, Abogado. Moderador: Don Emilio Laborda Valle, Secretario general de la Cámara de Comercio.

«Transformación, fusión y escisión». Ponente: Don Manuel Tuero Tuero, Notario, Profesor asociado de Derecho Mercantil, Universidad de Cantabria.

«Disolución y liquidación». Ponente: Profesor doctor don Emilio Beltrán Sánchez, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Cantabria. Moderador: Don Julio Bartolomé Presmanes, Abogado, Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.

3. ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO

En el ciclo del año académico 1992-1993 ha continuado el desarrollo de conferencias. Durante los meses de enero y febrero han tenido lugar las siguientes:

«Transmisión de las acciones antes de la inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil», por don Victorio Magariños Blanco, Notario de Sevilla y Presidente de la Academia Sevillana del Notariado.

«Sobre el aumento de capital con aportación de créditos», por don Juan Luis Iglesias Prada, Catedrático de Derecho Mercantil.

«La opción de compra. La evolución jurisprudencial y su actual utilidad como instrumento habitual en el tráfico inmobiliario», por don Enrique Brancós Núñez, Notario de Girona.

«El nuevo testamento abierto otorgado ante Notario», por don Juan José Rivas Martínez, Notario de Getafe.

4. JORNADAS SOBRE FINANCIACION DE LA EMPRESA

En el salón de actos del Colegio de Registradores, en los días 15 y 16 de este mes de febrero, se han celebrado, con la colaboración de una conocida publicación profesional, estas «Jornadas sobre la financiación de la empresa mediante la emisión de valores negociables».

Asistió numeroso público, y las conferencias, seguidas de animados coloquios, han sido las siguientes:

«Experiencia y problemas de las emisiones (perspectivas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores)», por don Aníbal Sánchez Andrés, Ca-

tedrático de Derecho Mercantil, Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

«Procedimiento de emisión de valores. Intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores», por doña María Gracia Rubio Casas, Abogada, Máster of Laws por la Universidad de Harvard, Letrada de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

«Las acciones sin derecho a voto», por don Valentín Barriga Rincón, Registrador Mercantil de Madrid.

«Tipos especiales de emisiones. Obligaciones emitidas por particulares. Pagarés de empresas. Obligaciones convertibles», por Alberto Tapia Hermida, Abogado, Estudio Jurídico Sánchez Calero & CO, Profesor titular de Derecho Mercantil de la UCM.

«Aseguramiento y colocación de las emisiones de valores», por don Luis de Carlos Bertrán, Abogado-socio del despacho Uría-Menéndez.

«Publicidad registral de la emisión de valores», por don Luis Fernández del Pozo, Registrador Mercantil de Barcelona.

5. JORNADAS LUSO-ESPAÑOLAS DE REGISTRADORES

En los días 26 y 27 de febrero se han celebrado en Lisboa las Primeras jornadas luso-españolas de Conservadores de los Registros Predial y Comercial portugueses y de Registradores de la Propiedad y Mercantiles españoles.

Por parte española asistieron el Decano y el Director del Centro de Estudios Registrales de nuestro Colegio, acompañados de unos setenta Registradores.

En la primera jornada desarrollaron conferencias los Profesores portugueses doctores Antonio Caeiro y Oliveira Duarte.

El segundo día se dedicó a la exposición de los respectivos estatutos profesionales de ambos países. Por España se desarrolló la ponencia de nuestra situación profesional por el Decano doctor don José Poveda Díaz; por Portugal, los doctores Mendes y Monteiro.

Como final se acordaron unas conclusiones generales y otras especiales, proponiéndose la celebración de estos encuentros para lo sucesivo con una periodicidad bianual.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 17 de enero de 1991.*—NOTIFICACIONES Y EMPLAZAMIENTOS —Su práctica en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.—Sala Primera.—Ponente: Sr. Tomás y Valiente.

Hechos.—Una Sociedad Anónima vendió un piso a un determinado matrimonio; el piso estaba hipotecado. La entidad acreedora hipotecaria insta la ejecución de la hipoteca. Se tramita el procedimiento del artículo 131 LH en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona. El requerimiento de pago no puede practicarse en el domicilio señalado en la escritura de constitución de la hipoteca. Se anuncia la subasta y los actuales propietarios comparecen y pagan en el Juzgado el capital, intereses y costas. Se suspende la subasta y se hace la tasación de costas y liquidación de intereses, lo que se notifica a la Sociedad Anónima deudora, en la persona de una vecina del domicilio señalado en la escritura de constitución de la hipoteca. No se paga la cantidad, cercana al medio millón de pesetas a que ascienden tales intereses y costas y se procede a la celebración de la subasta; se aprueba el remate a favor de un tercero. El matrimonio, actual propietario, solicita la nulidad de actuaciones, que se declara por el Juzgado número 8. Los adjudicatarios recurren en apelación y la Audiencia Territorial de Barcelona estima el recurso, deja sin efecto el acto del Juzgado de declaración de nulidad y considera que toda reclamación debe hacerse por proceso declarativo, según dispone el artículo 132 LH.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por el matrimonio comprador del piso, de acuerdo con los siguientes

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero. El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona de 4 de julio de 1988, que revocó y dejó sin efecto el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 8 de dicha ciudad de 10 de abril de 1987, que declaró la nulidad de todas las actuaciones a partir de la diligencia de notificación de la tasación de costas y liquidación de intereses, en autos del proceso sumario regulado por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria (LH). Alegan los solicitantes de amparo que no les fue notificada la tasación de costas y liquidación de intereses y que la decisión judicial de revocar la nulidad de actuaciones decretada por tal

circunstancia ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y les ha causado una completa indefensión, resultando contraria al citado derecho fundamental la argumentación en la que se funda el auto impugnado.

Se oponen al recurso de amparo quienes han sido los adjudicatarios de la finca hipotecada y que han comparecido en este proceso constitucional como parte recurrida. Entienden que el auto de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial no vulnera derecho fundamental alguno, pues ni procedía el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los ahora recurrentes en amparo, suprimido por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en la nueva redacción que se dio a los artículos 742 y 745 de la LEC, ni procedía su declaración de oficio, a tenor del artículo 240.2 de la LOPJ, al haber sido dictado ya auto de remate y adjudicación en el procedimiento hipotecario. Asimismo, sostienen que la indefensión que los recurrentes alegan haber padecido es únicamente imputable a ellos mismos, por la actitud indiferente e indiligente que mantuvieron en el proceso. Por su parte, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional considera que debe desestimarse el amparo solicitado, pues el auto impugnado no infringe el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, ya que, con independencia del juicio de legalidad que la citada resolución judicial merezca, si bien es cierto que no les fue notificada en forma la tasación de costas y liquidación de intereses, no es menos cierto que los demandantes de amparo tuvieron conocimiento, como resulta del examen de las actuaciones, de la citada tasación y liquidación y, sin embargo, omitieron voluntariamente toda actividad procesal ante el órgano judicial, lo que impide que pueda apreciarse la indefensión denunciada por cuanto es producto y resultado de la falta de actividad de los recurrentes en amparo.

Segundo.—Sucintamente señalada la posición de las partes, el proceso sumario, según ha quedado expuesto en los antecedentes, fue promovido en el año 1983 por la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares para la realización del préstamo hipotecario concedido a la Sociedad «V.R., S. A.», y referido en aquel proceso, por lo que al caso afecta, a una de las viviendas construidas por esta Sociedad en la plaza Carlos Llar, números 7 y 8, de Barcelona, la cual había sido adquirida por los recurrentes en amparo en virtud de documento privado de fecha 7 de mayo de 1979, sin elevarlo a escritura pública ni, por tanto, practicado asiento o inscripción en el Registro de la Propiedad. Señalada fecha para la celebración de la subasta de la finca hipotecada, al resultar infructuosos los requerimientos realizados a la Sociedad deudora, quien se hallaba en ignorado paradero, en el año 1985, comparecieron los recurrentes en amparo ante el Juzgado de Primera Instancia, teniéndoseles por personados en el proceso en concepto de terceros poseedores, y consignaron las sumas reclamadas por importe del capital pendiente, intereses vencidos y comisión y de la cantidad presupuestada para costas en la escritura de constitución de la hipoteca, suspendiéndose así la subasta. Requeridos nuevamente por el Juzgado para el pago de los intereses liquidados, no cubiertos con las cantidades entregadas, y no habiendo atendido tal requerimiento, continuó el proceso hasta que se dictó auto de remate, adjudicándose en subasta la finca hipotecada. Instados a que dejasen ésta libre y expedita a disposición de los adjudicatarios por providencia de 13 de marzo de 1987, los demandantes de amparo formularon incidente de nulidad de actuaciones de conformidad con los artículos 741 y 742 de la LEC, por no haberles sido notificada la tasación de costas y liquidación de intereses. El Juzgado de Primera Instancia, al amparo del artículo 240.2 de la LOPJ, por

Auto de 10 de abril de 1987 decretó de oficio la nulidad de todas las actuaciones desde el momento inmediatamente anterior a la citada notificación. Interpuesto recurso de apelación por los adjudicatarios, la Audiencia Territorial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 132 de la LH, revocó el citado auto y dejó sin efecto la nulidad de actuaciones declarada de oficio, al considerar que conforme al citado precepto no cabía la declaración de nulidad de actuaciones en el proceso sumario regulado por el artículo 131 de la citada Ley y que la declaración de nulidad de actuaciones había de hacerse valer en el juicio declarativo ordinario regulado en el artículo 132 de la LH.

Para enfocar debidamente la cuestión, corresponde recordar en primer término las peculiaridades del procedimiento sumario previsto en el artículo 131 de la LH, a las que este Tribunal Constitucional se ha referido en diversas resoluciones (entre otras, SSTC 41/1981, 64/1985). Dijimos que este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores o acreedores posteriores, más allá de la posibilidad de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de contención, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el artículo 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquéllos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado para la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

Pues bien, en el caso ahora contemplado la Audiencia Territorial fundó su decisión de revocar la nulidad de actuaciones decretada por el Juzgado de Primera Instancia únicamente en la aplicación del artículo 132 de la LH, precepto que dispone, como hemos referido, que el procedimiento sumario establecido en el artículo 131 no se suspenderá por medio de incidentes promovidos por el deudor, tercer poseedor o demás interesados y que las reclamaciones que éstos puedan formular, incluso las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones, se ventilarán en el juicio declarativo que correspondan. Sostienen los recurrentes de amparo que la aplicación del artículo 132 de la LH ha hecho la Audiencia Territorial en el auto impugnado es contraria al artículo 240 de la LOPJ, del que resulta que el órgano judicial puede decretar la nulidad de actuaciones sin que se acuda a la vía del juicio declarativo que recoge el citado artículo 132 de la LH y que por ello el razonamiento mantenido en dicho auto vulnera el artículo 24.1 de la Constitución. Sin embargo, abstracción hecha de que ningún límite resulta del artículo 132 de la Ley Hipotecaria a la facultad que los Jueces y Tribunales otorga el artículo 240.2 de la LOPJ —precepto que este Tribunal ha declarado en la STC 185/1990 que no es contrario a los arts. 24 y 53.2 de la CE— de declarar de oficio antes de que hubiera recaído sentencia definitiva la nulidad de las actuaciones por vicios procesales que determinan efectiva indefensión, facultad de la que hizo uso el Juzgado de Instancia para decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento anterior a la notificación de la tasación de costas y liquidación de intereses, y cuyo

ejercicio no solamente no resulta contrario a las características del proceso sumario del artículo 131 de la LH, sino conforme a la salvaguarda de las garantías procesales de las partes y al principio de economía procesal, ante el absurdo de continuar un trámite a sabiendas de la existencia de un defecto que vicie el proceso por indefensión y evitar así el dispendio de un juicio declarativo, y abstracción hecha también de que pudiera considerarse más o menos débil el argumento en el que fundó su juicio la Audiencia Territorial, lo cierto es que en este proceso constitucional no se trata de revisar la aplicación del derecho realizada por los órganos judiciales, sino de determinar si por la citada aplicación, referida en este supuesto a la del artículo 132 de la LH, se ha impedido o no a los recurrentes en amparo el acceso al proceso en curso y a defenderse en el mismo, derecho que les correspondía como parte interesada en concepto de terceros poseedores de una finca hipotecada y adjudicada a terceras personas. Esto es, al auto de la Audiencia Territorial le sería imputable la indefensión que en esta sede se denuncia en la medida en que al revocar la nulidad de actuaciones declarada de oficio por el órgano *a quo* no ha remediado la indefensión que los recurrentes en amparo dicen haber sufrido en el proceso al no haberles sido notificada la tasación de costas y liquidación de intereses, lo que les habría impedido defender sus derechos e intereses legítimos. Es esta falta de notificación la causa originaria a la que se anuda la indefensión, de forma que habrá que determinar si tal circunstancia, imputable a la actuación del órgano judicial, ha colocado a los recurrentes en una situación de indefensión constitucionalmente proscribida, pues únicamente si así fuera, la aplicación que la Audiencia Territorial ha hecho del artículo 132 de la LH, les habría impedido el acceso al proceso al haber revocado la nulidad de actuaciones decretada de oficio por el Juzgado de Instancia y al no haber remediado aquella situación de indefensión.

Tercero.—Dicho lo anterior, para resolver el supuesto planteado conviene reiterar la doctrina de este Tribunal Constitucional de que el concepto de indefensión con trascendencia constitucional es de carácter material y no exclusivamente formal, de modo que no podrá alegarse en esta sede si, aun existiendo una omisión judicial lesiva, en principio, del derecho a ser oído en un proceso en el que se ostenta la condición de parte, no se ha observado frente a aquélla, en el curso de las diferentes fases procesales, la debida conducta diligente con miras a propiciar su rectificación (STC 48/1984). Junto a esto ha de recordarse también que la corrección en la práctica de las notificaciones y emplazamientos es esencial para que se dé cumplida satisfacción al derecho a una tutela judicial efectiva, debiendo los órganos judiciales poner el máximo empeño en que no se creen por error o funcionamiento deficiente de la Administración de Justicia situaciones de indefensión. Ahora bien, 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 que no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia razonablemente exigible, pues si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento, subsanando así la posible infracción cometida por el órgano judicial, de modo que sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión (SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 36/1987, 72/1988 y 205/1988).

Resta añadir que en el supuesto planteado, como en aquellos otros en los que se alega la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, este Tribunal ha de establecer la necesaria ponderación entre tal derecho, en el supuesto concreto, y el derecho fundamental, del que también son titulares las restantes partes del proceso, a que éste se resuelva sin dilaciones indebidas y a la ejecución de las sentencias. Estos derechos deberán, sin duda, ceder ante el que hemos citado en primer lugar si quien viene ante nosotros en demanda de amparo ha sido colocado en una situación de indefensión de la que no pudo librarse actuando con la diligencia que sus medios le permiten. No así cuando, por el contrario, tuvo oportunidades razonables de conocer cuál era la situación en la que se encontraba y de reaccionar frente a ella, pues en ese caso el reconocimiento de una primacía absoluta a su propio derecho equivaldría a hacer pagar a los titulares del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas las consecuencias de una conducta ajena.

Pues bien, la anterior referencia a la jurisprudencia constitucional, abundantemente reiterada por este Tribunal, basta con comprobar la inexistencia de la lesión constitucional en el presente caso. En efecto, es cierto, como sostienen los recurrentes en amparo y reconce en su auto el órgano judicial *a quo*, que no les fue notificada en forma la tasación de costas y liquidación de intereses, pues la cédula, que fue entregada a una de las vecinas del inmueble, iba dirigida a la Sociedad «V. R. S. A.» en vez de a los solicitantes de amparo. No es menos cierto, sin embargo, que, como resulta del examen de las actuaciones, tuvieron conocimiento de la citada tasación de costas y liquidación de intereses al serles notificadas por correo certificado, como ellos mismos reconocen y según acuse de recibo obrante en autos, las providencias de 11 de abril y 13 de junio de 1986 por las que les requirió el Juzgado para satisfacer la cantidad correspondiente a los intereses pendientes de liquidar, bajo apercibimiento de seguir el juicio para su cobro. Es más, los recurrentes iniciaron conversaciones extrajudiciales con la parte demandante, Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares, para llegar a un acuerdo sobre el pago de las cantidades pendientes. Solicitada por ésta la subasta de la finca hipotecada, por no haber sido satisfecho el importe de la liquidación de intereses, el Juzgado, por providencia de 23 de julio de 1986, acordó llevar a efecto la subasta, señalando como primera fecha el día 31 de octubre de 1986, lo que también les fue notificado por correo certificado el día 19 de septiembre, según acuse de recibo obrante en autos. Es claro, pues, que los demandantes de amparo tuvieron conocimiento de la tasación de costas y liquidación de intereses, al menos desde que les fue notificada la providencia de 11 de abril de 1986 por la que se les requirió para liquidar los intereses pendientes, apercibiéndoles el Juzgado de proseguir el juicio para su cobro. Pero en vez de actuar con la necesaria diligencia y poner en conocimiento del órgano judicial la irregularidad procesal habida o las conversaciones extrajudiciales que estaban llevando a cabo las partes o atender el requerimiento de pago para así evitar la subasta y la continuación del procedimiento, los recurrentes en amparo dejaron que el procedimiento siguiera su curso hasta dictarse auto de remate y cuando se les notifica la providencia de 13 de marzo de 1987 para que dejaran la vivienda a disposición de los nuevos adjudicatarios es entonces cuando comparecen por primera vez ante el Juzgado denunciando aquella infracción procesal. En el largo tiempo que media entre que tuvieron conocimiento de la tasación de costas y liquidación de intereses y comparecieron ante el Juzgado, los recurrentes en amparo se desinteresaron

por entero del curso del proceso en que se había personado como terceros poseedores, pues incluso, pese a habérseles notificado la fecha de celebración de la subasta y poder evitar ésta, continuaron con su actitud pasiva, de forma que si alguna indefensión han sufrido, ella es imputable exclusivamente a su conducta negligente, por lo que en modo alguno, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, expuesta *ut supra*, puede sostenerse que en el caso debatido haya sido vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución.

2. *Sentencia de 16 de diciembre de 1991.*—CITACION POR EDICTOS.—Requisitos para su validez en juicio ejecutivo.—Sala Segunda.—Ponente: Sr. Gabaldón López.

Hechos.—Se recurre en amparo solicitando la declaración de nulidad de una diligencia de requerimiento de pago y embargo acordada por un Juzgado de Primera Instancia en un juicio ejecutivo. El demandante de amparo pretende se declaren nulas las actuaciones del juicio ejecutivo seguido en su contra a instancia del «Banco de B., Sociedad Anónima», para el pago de una póliza de crédito de 80.000 pesetas, con vencimiento el 28 de febrero de 1985. Se funda para ello en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que habría tenido lugar por haberse seguido íntegramente dicho juicio sin habérsele practicado notificación alguna, pues ni siquiera fue requerido de pago al despacharse la ejecución (art. 1.442 LEC) ni citado de remate (*vid.*, art. 1.459), ni notificado en ningún otro momento del juicio, pese a que su domicilio en Barcelona (una vez constatado que no era el de Irún, que figuraba en la póliza de crédito) pudo ser conocido, puesto que lo tenía en el mismo piso en que se practicó el embargo. La cuestión que aquí se plantea es, pues, la de si la citación o emplazamiento de los demandados mediante edictos en el domicilio señalado en el título ejecutivo satisface o no aquel derecho o si, por el contrario, al no haberse practicado personalmente, quedaron indefensos frente a una ejecución que sólo conocieron en el trámite de lanzamiento del piso de su propiedad que ocupaban.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido: Estimar el amparo solicitado por don Manuel C. C., y en su virtud:

1.º Reconocer el derecho del solicitante de amparo a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión.

2.º Declarar la nulidad de las actuaciones procesales practicadas en juicio ejecutivo 41/85 del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián número 1, a partir de la diligencia de requerimiento de pago y embargo acordada por Auto de 7 de junio de 1985, con el alcance señalado en el párrafo final del fundamento quinto.

3.º Reponer las actuaciones a dicho momento procesal para que se proceda a la citación en forma del demandado —ahora recurrente—.

4.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Segundo.—Procede con carácter prioritario examinar la causa de inadmisibilidad —que ahora sería de desestimación— de falta de agotamiento de la

vía judicial previa —art. 44 1.a) LOT— puesta de manifiesto en nuestra providencia de 29 de enero de 1990, vía que debe reputarse agotada con la resolución judicial denegatoria de la solicitada nulidad de actuaciones, puesto que tal petición de nulidad fue la única intervención posible del solicitante de amparo en el juicio ejecutivo que se impugna, al no haber tenido conocimiento del mismo hasta ser requerido para el desalojo del piso embargado y enajenado en pública subasta, en ningún caso, pues, aquella solicitud podría ser considerada como un mero artificio dilatorio, sino sólo como una tentativa de personación de urgencia en un proceso ya fenecido sin la intervención del ejecutado y en el cual la Ley no le permitía recurrir a la audiencia del condenado en rebeldía (art. 789 LEC); por otra parte, aunque no recurrió el auto desestimando dicha petición, se interpuso el amparo antes incluso de su notificación.

Tampoco la no producción de los efectos de cosa juzgada de la sentencia recaída en el juicio ejecutivo puede, en todo caso y de modo general, erigirse en trámite judicial obligado para el agotamiento de la vía previa del amparo; el artículo 44 1.a) LOTC se refiere taxativamente al agotamiento de los «recursos utilizables dentro de la vía judicial» y la expresión recursos debe interpretarse aquí en principio en sentido técnico procesal y no con referencia a otro proceso posible respecto de cuestiones decididas en un juicio sumario, porque la carencia de efectos de cosa juzgada (art. 1.479 LEC) de la sentencia recaída en estos juicios, que deja a salvo el derecho de promover el proceso ordinario sobre la misma cuestión, debe entenderse referida únicamente a la cuestión de fondo (existencia y exigibilidad de la obligación), pero no a las excepciones que, oponibles en el juicio ejecutivo, constituyen materia propia del mismo y son juzgadas en su sentencia; sólo a ello cabe referir la exigencia de este juicio plenario como previo al amparo; y no, por consiguiente, cuando, como en este caso ocurre, la indefensión vendría producida por una de las causas de nulidad alegables en el propio juicio ejecutivo, en este caso la nulidad del mismo por no haberse citado de remate al ejecutado con las formalidades prescritas en la Ley (art. 1.467.3 LEC), a la cual se agregan otras derivadas también de otros actos de comunicación, sólo invocables en este proceso de amparo.

Y parecida consideración cabe formular respecto del recurso de revisión; en primer lugar, como recurso extraordinario rescisorio de sentencias firmes sólo cabe reputarlo como previo al subsidiario recurso de amparo cuando éste hubiera de fundarse exclusivamente en alguno de los tasados motivos en que cabe articular aquél y después de que haya tenido lugar, cuando sea necesario, la actividad o resolución previa en que se compruebe y declare la existencia de aquellos motivos. No es tal el supuesto que ahora se enjuicia, pues siendo el único motivo aplicable el número 4 del artículo 1.796 LEC (ganar la sentencia firme en virtud de maquinación fraudulenta), el amparo no se funda directamente en ese supuesto (no intentó probarlo), sino en la vulneración del artículo 24 CE, derivado de la práctica de todas las notificaciones por edictos sin cuidar de la posible determinación del domicilio real del ejecutado en el que podrían haberse practicado con todos los requisitos formales; descuido que, sin aquella calificación, tanto se atribuye al ejecutante como al órgano judicial.

Tercero.—Este Tribunal ha ido elaborando una abundante doctrina según la cual, en lo que ahora interesa, el derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, un ajustado sistema de garantías para las partes en el proceso, entre las que se encuentra

la de audiencia bilateral, que posibilita a su vez el cumplimiento del principio de contradicción, o sea, el derecho de la parte a quien se demanda de exponer los hechos y fundamentos de su oposición. Por ello cobra especial importancia el primer acto procesal de comunicación (emplazamiento o citación) en cuanto traslado por el Juez al demandado de la pretensión deducida por el actor. La citación es algo más que un mero requisito de forma y por ello se hace preciso, desde el punto de vista de la garantía del artículo 24.1, que el órgano judicial asegure en la medida de lo posible su efectividad real (SSTC 39/1987 y 157/1987). Se ha dicho también reiteradamente que siempre que ello sea posible ha de asegurarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes, a fin de que puedan defender sus derechos, si resultan conocidos e identificables en las actuaciones judiciales (SSTC 45/1987 y 72/1988).

Es también doctrina de este Tribunal que la citación edictal requiere, para su cualidad de último medio de comunicación no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como la constancia formal de haberse intentado practicar, sino también que el acuerdo o resolución judicial de considerar que la parte se halla en ignorado paradero se funde en criterios de razonabilidad de aquellos otros medios normales de citación (SSTC 157/1987, 234/1988 y 16/1989).

Cuarto.—Pese a ello, en este caso en que el primer acto de comunicación con los demandados en el juicio impugnado al despacharse la ejecución se llevó a cabo en el domicilio que tenían en Irún y figuraba en la póliza de crédito, pero allí mismo se hizo constar que se procedía «al embargo de la vivienda de la calle Cantabria» —domicilio del solicitante de amparo en Barcelona— y al no poder realizarse por manifestar una vecina que los demandados no residían allí desde hacía dos años, el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, accediendo a lo solicitado por la parte actora, acordó citar de remate mediante la publicación de edictos en el tablón de anuncios del Juzgado en el *BOP*, por considerarlos en paradero desconocido, y acordó en la misma providencia el embargo del referido piso propiedad del recurrente y su esposa en Barcelona, sin tratar siquiera de averiguar si era ya de nuevo su domicilio real.

En lugar, pues, de intentar la citación de los demandados en su domicilio de Barcelona, identificable como antes se dice en las actuaciones, se citó de remate a los demandados mediante edictos. Prosiguió luego el procedimiento ejecutivo sin otra tentativa de comunicación personal, notificando, siempre mediante edictos publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, incluso la posibilidad de hacer uso de la facultad otorgada en la subasta por el artículo 1.506 LEC. Y si bien se declaró en el procedimiento la nulidad de parte de las actuaciones, tras lo cual se requirió a los demandados para que se presentaran los títulos de propiedad de la finca de Barcelona embargada, tal requerimiento también se llevó a cabo en el domicilio señalado en Irún, obteniéndose nuevamente la manifestación de una vecina de que ya no residían allí, procediéndose, en consecuencia, a requerir en los estrados del Juzgado.

Del referido conjunto de actuaciones resulta que aun habiéndose aplicado las normas procesales, puesto que se actuó con el domicilio señalado en el título ejecutivo, hubiera sido exigible, a fin de garantizar el derecho del artículo 24.1, una mayor diligencia para hacer llegar realmente a los demandados al menos los actos de comunicación fundamentales (requerimiento de pago,

citación de remate, requerimiento de presentación del título de propiedad del bien embargado), lo cual era posible, según los datos revelados por las actuaciones si no al incoarse el proceso, puesto que, como antes decimos, tuvo en cuenta el domicilio señalado, si a partir del momento procesal en que se procede contra el piso de Barcelona sin averiguación alguna (no por parte del ejecutante ni del Juzgado) acerca de si en el mismo tenía el deudor su domicilio permanente, como en efecto ocurría; averiguación que ni siquiera tuvo lugar cuando se requirió para la presentación de los títulos del piso embargado. Diligencia constitucionalmente exigible al Juzgado según criterios de razonabilidad derivados del mandato implícito del artículo 24.1 CE de prevenir el acceso al proceso de los demandados, lo cual, dado el carácter de medio extraordinario y subsidiario de la citación edictal, aconsejaba aquí utilizarlo sólo después de alcanzar la certeza de que tampoco era posible la comunicación con los demandados en el piso de Barcelona y no como se hizo, aplicando dicho medio subsidiario después del único intento de citación en Irún.

Ciertamente, como señala el Fiscal, el deber de emplazamiento directo tiene su origen en la CE y no en la Ley. Y del cumplimiento de las formas procesales no puede sin más excluirse una vulneración constitucional, pues el derecho de acceso a la justicia garantizado en el artículo 24.1 CE impone a los Jueces y Tribunales la obligación de promover, por encima de interpretaciones formales, la efectividad de aquel derecho, entendiendo siempre las normas procesales en el sentido más favorable a su ejercicio.

Y en este caso la omisión de toda averiguación por parte del órgano judicial acerca de si el piso de Barcelona (embargado) constituía domicilio donde el proceso pudiera entenderse con el ejecutado no sólo ha impedido que los actos de comunicación cumplan su verdadera finalidad, cual es la de llevar a conocimiento personal de los litigantes las decisiones y resoluciones judiciales para que puedan defender sus derechos e intereses legítimos, sino que al producirse la totalidad de la tramitación sin su asistencia se le ha originado una absoluta indefensión.

Quinto.—Certo es que, según doctrina de este Tribunal, la resolución judicial *inaudita parte* no implica vulneración del derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión, en el caso de que el afectado no haya puesto la debida diligencia en la defensa de sus derechos bien porque se coloque al margen del proceso con el fin de obtener una ventaja, bien porque poseyese un conocimiento extraprocesal de la existencia de aquél —SSTC 150/1986, 182/1987, 228/1988, 109/1989, 52/1991 y 186/1991— Pero es también verdad que en el presente caso no se da ninguno de dichos supuestos ni ello resulta de que al solicitar un préstamo bancario por 80.000 pesetas (en Irún, donde en aquel momento residía) el prestatario sólo declarase su domicilio en dicha ciudad y no en Barcelona, de ningún otro dato de hecho se deriva la existencia de un fin de ocultación, cuando fue tan fácil luego al acreedor conocer la existencia del piso de Barcelona. Resulta, por el contrario, verosímil, como se desprende de las actuaciones judiciales remitidas, que no tuvo conocimiento del procedimiento sino hasta la diligencia de lanzamiento, ya que, en otro caso, es indudable que personándose en alguna fase del juicio, de haber conocido su tramitación habría evitado los perjuicios tan desproporcionados como el del desalojo de la vivienda que constituía su domicilio habitual por falta de pago de la deuda derivada de un préstamo por importe de 80.000 pesetas, sin siquiera la posibilidad de acudir a un remate en el que se vendió por 300.000 pesetas un piso tasado en 3 500 000 y puesto a la venta inmediatamente por 6 000.000 de pesetas.

Debe, pues, reputarse vulnerado el derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE, y procede, por lo tanto, estimar el recurso de amparo y reconocer el derecho del recurrente con las consecuencias procesales oportunas.

No pueden, sin embargo, estimarse ahora las peticiones de nulidad de «las transmisiones patrimoniales realizadas en el mismo de mi representado» ni la «cancelación de todos los asientos e inscripciones practicados en el Registro de la Propiedad de Barcelona sobre la finca que en dicho proceso fue embargada», porque ni se identifican en modo alguno esos actos ni los mismos pertenecen al proceso anulado, sino a su ejecución e incluso por la existencia de interesados que no han sido parte en este proceso; sin perjuicio, naturalmente, de lo que hubiese de acordar al procederse a la nueva tramitación o a otras consecuencias posibles ante los Tribunales ordinarios, en este caso el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián número 1.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR LAURA MARIA CANO ZAMORANO

ES INSCRIBIBLE LA POSIBILIDAD DE REVOCAR POR MAYORIA EL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS, SIN NECESIDAD DE LA MAYORIA ESPECIAL DEL ARTICULO 17 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, A NO SER QUE TAL NOMBRAMIENTO SE HUBIESE REALIZADO COMO CONDICION EXPRESA DEL PACTO SOCIAL (RESOLUCIÓN DE 16 DE ABRIL DE 1991, BOE DEL 28 DE MAYO).

HECHOS

I

El día 16 de abril de 1990, ante el Notario de Madrid don Pedro de la Herrán Matorras, se otorgó escritura de constitución de la entidad «T. de H., Sociedad Limitada». En la estipulación duodécima de la citada escritura se establece Nombramiento de administradores. Se nombran administradores de la sociedad a don Ramón del P. L y don Miguel R. G , cuyas circunstancias personales constan en la comparecencia de esta escritura, los cuales ostentarán mancomunadamente todas y cada una de la facultades inherentes a dicho cargo. Dichos señores aceptan sus cargos, y manifiestan no hallarse incursos en ninguno de los supuestos de incompatibilidad a que se refieren las referidas Leyes 25/1983, de 26 de diciembre, y de la Comunidad Autónoma de Madrid de 14 de marzo de 1984. Estos nombramientos podrán revocarse por acuerdo mayoritario

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: Suspendida la inscripción del precedente documento por comprender los siguientes defectos que impiden practicarla: 1. No se cumple con todos los requisitos el artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil (en especial no se fija la edad por medio de su fecha de

nacimiento) de los socios fundadores; 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 15 del artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil, los administradores nombrados en la escritura fundacional sólo podrán ser removidos de su cargo con la mayoría del artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 13 de dicha Ley), por lo que habrá de modificarse la estipulación duodécima en ese sentido. El primero de los defectos apuntados impide practicar la inscripción parcial solicitada en la estipulación decimocuarta del título precedente. Y en cumplimiento del artículo 62.3 del vigente Reglamento del Registro Mercantil extiende el presente en Madrid a 11 de mayo de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado. Joaquín Cortés Sánchez.

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra el apartado 2 de la anterior calificación, y alegó: A) Que el artículo 174, apartado 15, del Reglamento del Registro Mercantil no está en contradicción con el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, más bien supone una forma de interpretación auténtica de este artículo, que debe ser entendido como una norma supletoria de la voluntad de las partes sólo para el caso de que éstas no establezcan la revocación no puede hacerse por acuerdo mayoritario; y B) Que, en todo caso, la legalidad del precepto del Reglamento del Registro Mercantil, en el sentido de si es o no contrario al principio de jerarquía de fuentes, no puede ser nunca objeto de calificación registral, según el artículo 6 del citado Reglamento

IV

El Registrador dictó acuerdo, manteniendo el segundo defecto de la calificación, e informó: Que se considera que el artículo 174.15 del Reglamento Mercantil no es compatible con el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y aquél deberá ceder ante éste y ello por declararlo así numerosos preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico (arts. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado; 47, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, y 1.2.º del Código Civil) y la jurisprudencia. Que el Registrador en su función calificadora debe tener en cuenta la jerarquía de las fuentes. Que en virtud de lo anterior, hay que proceder al estudio del párrafo 2.º del citado artículo de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, modificado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, y se observa la idea del legislador de dar un tratamiento distinto a la separación de su cargo por la Junta de los administradores nombrados en la escritura de constitución (la mayoría reforzada del art. 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), de los nombrados en un momento posterior (es suficiente la simple mayoría). Para llegar a dicha conclusión es suficiente con leer el precepto. Que sólo queda examinar el párrafo 15 del artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil y darle un sentido interpretativo como hace el señor Notario recurrente. Pero se considera que ello choca con una doble dificultad: 1.º El término tajante en que está redactado dicho precepto legal que permite pocos juegos interpretativos; y 2.º Si el legislador hubiera querido o permitido que la voluntad de las partes eludiese el artículo 17 de la Ley de Sociedades de

Responsabilidad Limitada, lo habría dicho, y así como señala un principio general y establece una excepción, podría haber añadido una excepción a la excepción

V

El Notario recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió. Que la calificación registral no alcanza al juicio sobre la legalidad de una norma jurídica, función que corresponde a los Tribunales ordinarios de Justicia (art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Que el artículo 174.15 del Reglamento del Registro Mercantil impone la obligación de hacer constar en la escritura si los nombramientos iniciales pueden revocarse por acuerdo mayoritario, que debe ser tenido en cuenta por el Notario inexcusablemente en la redacción de la escritura, y esta exigencia no tendrá razón de ser si no cupiera la posibilidad de revocación por mayoría. Que la norma del artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo puede ser entendida como una disposición no imperativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1.692 y 1.732 del Código Civil; 127, 129, 132 y 218 del Código de Comercio, 126 y 131 de la Ley de Sociedades Anónimas; 7, 12, 13 y 31 de la Ley de Sociedades Limitadas; 174.15 de Reglamento del Registro Mercantil, y la Resolución de 7 de febrero de 1953:

Primero.—En el presente recurso se debate en torno a la inscribibilidad de la estipulación integrante del contrato constitutivo de una Sociedad de Responsabilidad Limitada en cuya virtud se establece que los administradores inicialmente designados puedan ser revocados por acuerdo de la mayoría de socios.

Segundo.—En la Sociedad Anónima los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalan los estatutos, el cual no podrá exceder de cinco años (art. 126 de la Ley de Sociedades Anónimas) y la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general (art. 131 de la Ley de Sociedades Anónimas). En el otro extremo, en la Sociedad Colectiva, puede autorizarse a usar de la firma de la compañía sólo a alguno de los socios (cfr. arts. 127, 129, 131 y 132 del Código de Comercio) y se prevé un caso en que —contra las reglas que ordinariamente rigen en el mandato y en la sociedad (cfr. arts. 1.692, II y 1.732, 1º del Código Civil)— el poder del socio es irrevocable (cfr. arts. 132 del Código de Comercio y 1.692, 5 del Código Civil). Por constituir una excepción a la regla de la revocabilidad, este último caso debe interpretarse estrictamente: es necesario que «la facultad privativa de administrar y de usar de la firma de la compañía haya sido conferida como condición expresa del contrato social» (cfr. art. 132 del Código de Comercio). Es decir, la facultad de administrar en la Sociedad Colectiva conferida inicialmente a uno de los socios pueda estarlo como condición estructural del contrato social o bien sin este carácter y siendo revocable a voluntad de la mayoría de los socios como se decidió en Resolución de 7 de febrero de 1953.

Tercero.—Con mayor razón hay que entender que esta última posibilidad indicada en las Sociedades Colectivas, cabe también cuando se trate de Sociedades Limitadas, pues no hay ninguna razón que justifique una solución de mayor rigor personalista en una sociedad que, como la de Responsabilidad Limitada, hace tránsito hacia las sociedades capitalistas. Por tanto, en la escritura en que se formaliza la constitución de una Sociedad Limitada puede designarse la persona o personas que hayan de ejercer la administración y representación de la sociedad, bien como condición expresa del contrato fundacional y entonces rigen los artículos 13 y 31 de la Ley de Sociedades Limitadas, bien por así quererlo los socios fundadores, fuera de las condiciones que estructuran el contrato fundamental aunque a la vez que se otorgue ese contrato, supuesto en que no hay ningún obstáculo para que se refleje la voluntad de los socios de que el nombrado pueda ser revocado por acuerdo de la mayoría. De ahí que esté perfectamente ajustada a la Ley de previsión reglamentaria que exige que se exprese en la escritura y se refleje en la primera inscripción si los nombramientos iniciales de las personas que se encargan de la administración y representación social en la Sociedad Limitada pueden ser revocados por los socios que representen la mayoría del capital social (cfr art. 174.15 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 16 de abril de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sr Registrador de Madrid Mercantil XI.

Comentario.—Lo primero que hemos de manifestar al abordar el comentario de la citada Resolución es nuestra sorpresa por el resultado del recurso, ya que nuestra opinión, obligado es manifestarlo, era totalmente contraria a la postura adoptada por la Dirección General, buena prueba de ello es que puse nota de denegación a una escritura presentada en el Registro por igual causa y creo que buena parte de mis compañeros habrían obrado de idéntica manera, al menos para que la Dirección General se manifestase resolviendo la antinomia existente entre dos preceptos (arts 13 de la Ley de Sociedades Limitadas y 174.15 del Reglamento del Registro Mercantil). La Resolución, pues, era necesaria, ya que al menos nos indica la postura que hemos de seguir en la calificación de tales escrituras, pero cosa distinta es el juicio que nos pueda merecer la doctrina que resulta de la misma, y aquí necesariamente hemos de manifestarnos contrarios a la solución adoptada. Vaya por delante, como decimos, nuestra opinión, y seguidamente vamos a tratar de fundamentarla. Los argumentos del recurrente (al menos los que se deducen de la Resolución) se limitan a negar la facultad del Registrador para calificar la posible antinomia y diferente jerarquía normativa entre ambos preceptos que es competencia de los Tribunales y, como consecuencia de ello, la obligación de observar lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil, y de otra parte el atribuir al artículo 13 de la Ley el carácter de norma supletoria de la voluntad de las partes en la escritura de constitución. La Dirección General no entra en el estudio del primer argumento planteado por el recurrente y resuelve sólo en base al segundo, tratando de armonizar el precepto legal con el reglamento,

a nuestro juicio con poca fortuna. Veamos detalladamente la cuestión. El primer argumento del recurrente nos parece de escasa entidad e igualmente le debió parecer al Centro Directivo cuando ni siquiera lo utiliza para reforzar la solución adoptada como hubiera sido lógico de haberlo considerado importante, y nos parece de poca importancia porque una de las cosas que ha de calificar el Registrador según el principio de legalidad recogido en el artículo 6 del Reglamento es «la validez del contenido» de los documentos presentados y resulta evidente que un pacto contrario a una norma legal no puede acceder al Registro, ello independientemente de que no sea el Registrador el órgano competente para declarar la nulidad del acto, ya que la calificación del Registrador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del propio Reglamento «se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado». El Registrador deniega la inscripción del pacto por contrario a una norma legal, el artículo 13 de la Ley, y se limita a aplicar el artículo 1 del Código Civil cuando en su apartado 2 dispone que «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior». Lo que nadie discute es que la Ley de Sociedades Limitadas es una norma de rango superior al Reglamento del Registro Mercantil, luego si existe contradicción entre ambas normas no es el Registrador el que declara la nulidad del precepto reglamentario, sino el propio legislador y la calificación es la correcta por cuanto el Registrador debe calificar la validez del contenido de los documentos, y de entre las dos normas aplica la de superior rango, mas ello sólo a los efectos de extender suspender o denegar el asiento solicitado.

Tampoco el recurrente discute la existencia de la antinomia entre ambos preceptos, antes al contrario la admite, mas pretende salvarla con el argumento de que el artículo 13 de la Ley es de carácter supletorio para el supuesto de que las partes no establezcan norma reguladora respecto a la revocación de los administradores. La Dirección General acepta esta postura y en su segundo fundamento de Derecho contrapone la regulación en la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 126 y 131), en que el nombramiento no puede exceder de cinco años y la separación puede ser acordada en cualquier momento por la Junta general, y en el otro extremo coloca a la Sociedad Colectiva en la que se prevé un caso en que —contra las reglas que rigen el mandato y en la sociedad (arts. 1.692,II y 1.732,1.º del Código Civil)—, el poder del socio es irrevocable (art. 132 del Código de Comercio y 1.692,5 del Código Civil), entendiendo que este último caso debe interpretarse restrictivamente por constituir una excepción a la regla de la revocabilidad, para concluir manifestando que la facultad de administrar en la Sociedad Colectiva conferida inicialmente a uno de los socios puede estarlo como condición estructural del contrato social o bien sin este carácter siendo revocable a voluntad de la mayoría de los socios como se declaró en Resolución de 7 de febrero de 1953. En el fundamento de Derecho tercero concluye que esta misma posición hay que adotar en las Sociedades Limitadas, pues no hay ninguna razón que justifique una solución de mayor rigor personalista en una sociedad que como las Sociedades Limitadas hace tránsito a las sociedades capitalistas. Por tanto, en la escritura de constitución puede designarse la persona o personas que hayan de ejercer la administración y representación «bien como condición expresa del contrato fundacional, y entonces rigen los artículos 13 y 31 de la Ley de Sociedades Limitadas, o bien, por quererlo así los socios fundadores, fuera de las condiciones que estructuran el contrato fundacional, aunque a la vez que se otorga este contrato, supuesto en que no hay ningún obstáculo para que se

refleje la voluntad de los socios de que el nombrado pueda ser revocado por acuerdo de la mayoría» y, por tanto, está ajustada a la Ley la previsión reglamentaria contenida en el artículo 174.15, que exige la expresión en la escritura y en la inscripción de que los nombramientos iniciales puedan ser revocados por los socios que representen mayoría del capital

Veamos las cuestiones que plantea la posición de la Dirección General:

1.º La contraposición entre la normativa de la Ley de Sociedades Anónimas y el Código de Comercio respecto a las Colectivas.

Olvida la Resolución que frente a estos dos extremos opuestos ha estado siempre la Sociedad Limitada, como una figura intermedia entre tales tipos de sociedad y así siempre ha sido calificada como semipersonalista o semicapitalista. Los acuerdos de la Colectiva requieren la unanimidad, los de la Sociedad Anónima, la simple mayoría. En las Sociedades Limitadas, a mitad entre ambas tendencias, mayoría para los supuestos comunes y mayoría reforzada en los supuestos del artículo 17. Con idéntico criterio intermedio el artículo 13 (12 de la Ley anterior) la revocación del administrador exige el quórum reforzado del artículo 17 frente al criterio de la Sociedad Anónima, que admite la mayoría normal, y que incluso, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General, no permite su reforzamiento estatutario, ya que ello podría vulnerar la revocabilidad del artículo 131 (antiguo 75). Y de otro lado, en la Colectiva la total irrevocabilidad del artículo 132. No se asemeja el artículo 13 al 132 del Código de Comercio, sino al 126 de la Ley de Sociedades Anónimas, salvo en la circunstancia de exigir un quórum de votación superior, pero queda totalmente admitida la libre revocabilidad.

2.º El que el nombramiento haya sido realizado como condición expresa del contrato social. Esta segunda exigencia, a nuestro modesto juicio, carece de fundamento. Efectivamente, el artículo 132 del Código de Comercio nos habla de que la facultad privativa de administrar «haya sido conferida como condición expresa del contrato social», circunstancia que igualmente aparecía recogida en el artículo 98.8 del anterior Reglamento y hoy en el artículo 178.8 del vigente, al expresar «si se tratara del administrador, a que se refiere el artículo 132 del Código de Comercio, se hará constar así expresamente». Como vemos, el precepto del Código de Comercio recogía dos modalidades de administradores los designados como condición expresa del contrato social y los restantes, y el Reglamento se limita a desenvolver el supuesto legal, exigiendo la constancia expresa de tal circunstancia en la inscripción.

Por contra, el artículo 13 de la Ley de Sociedades Limitadas, sin ninguna distinción en orden a los nombramientos verificados, en la escritura social lo único que impone para la revocación de tales nombramientos es un quórum reforzado, el del artículo 17 de la Ley. No hay dos clases de administradores, como sucedía en las Colectivas, sino una sola, con una regulación específica en orden a su revocación.

Tampoco el artículo 7 de la Ley, en su número 8, contiene distinción alguna, ya que simplemente exige la designación de las personas que hayan de ejercer la administración y representación de la sociedad, mas sin ninguna referencia a que tal nombramiento se haya producido «como condición expresa del contrato fundacional», como dicen los fundamentos de Derecho citados. La distinción apuntada es totalmente inexistente en la Ley de Sociedades Limitadas. La única distinción que recoge la Ley es la de administradores nom-

brados en la escritura fundacional y los nombrados posteriormente y, congruente con esta posición del legislador, el artículo 122 del Reglamento anterior claramente disponía que «Para inscribir la separación de los administradores nombrados en la escritura de constitución de la sociedad será necesario escritura pública en que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 17 de la Ley. Para inscribir la separación de los administradores que no hubiesen sido nombrados en la escritura fundacional será necesario acuerdo adoptado por socios que representen la mayoría del capital. Dicho acuerdo se formalizará mediante alguno de los documentos señalados en el artículo 109».

Como vemos, el Reglamento fue totalmente respetuoso con la Ley. Mantiene la distinción entre administradores nombrados en la escritura fundacional y los nombrados posteriormente exigiendo para los primeros el quórum del artículo 17 y para los segundos la mayoría del capital, pero ninguna otra distinción se recoge en el precepto en orden a que su nombramiento sea como condición expresa del contrato social o sin tal carácter.

Entonces cabe preguntarse ¿ha cambiado la Ley actual la norma de la anterior? La contestación ha de ser tajante y negativa. El artículo 12 de la Ley anterior es idéntico al artículo 13 de la actual. La única diferencia entre ambos preceptos consiste en la adición en la regulación actual de la frase «en cualquier momento», que en nada altera el sentido interpretativo de la norma, y así, con absoluta precisión y claridad, nos dice en el párrafo segundo del citado artículo 13: «Los administradores podrán ser separados de su cargo en *cualquier momento* por acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social, excepto cuando hayan sido nombrados en la escritura fundacional en cuyo caso se observará lo dispuesto en el artículo 17.»

Mayor claridad, imposible, dos clases de administradores. los de la escritura y los posteriores. Ninguna otra distinción basada en otra causa y dos quórum diferentes para su separación.

El único cambio introducido es el señalado de la frase «en cualquier momento» y su introducción resulta lógica, habida cuenta de que el párrafo primero del comentado artículo establece la duración temporal del cargo de administrador, tal como han reconocido ya las Resoluciones de 13 de marzo y 6 de mayo de 1991, y así el precepto, con esta adición, aclara que no obstante el haber sido designados por un plazo determinado ello no implica el que haya de respetarse tal plazo, sino que, congruentemente con el criterio de la Ley de Sociedades Anónimas, a la que específicamente se remite el artículo 11 de la misma Ley de Sociedades Limitadas, la revocación es posible en cualquier momento aun dentro de la vigencia del plazo del nombramiento, lo que, como decíamos anteriormente, la acerca a las Sociedades Anónimas. La única excepción respecto a la Sociedad Anónima la constituye la exigencia de un quórum reforzado para la separación. Luego si la Ley no ha cambiado y la interpretación y desarrollo del precepto legal había sido realizada en el Reglamento en el artículo 122 antes transcrito, ¿qué ha sucedido? El artículo 175.15 ha introducido una norma en clara contradicción con la norma legal al exigir que «se exprese en la escritura y en la inscripción si el nombramiento o nombramientos iniciales pueden ser revocados por los socios que representen la mayoría del capital social».

La contradicción con la Ley es patente y la antinomia irreductible, como ya decía EMILIANO CANO en su trabajo «La representación de las Sociedades Anónimas», publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO número 596,

página 1115, y en la contraposición entre dos normas de rango diferente debe prevalecer la de mayor rango. Obsérvese, además, que el Reglamento ha alterado totalmente el criterio de la Ley, pues en el artículo 13 la norma general es que la revocación procede por acuerdo de la mayoría del capital y la excepción es el quórum reforzado para los nombramientos hechos en la escritura fundacional, mientras que el Reglamento ahora introduce una excepción a la excepción legal con lo que la convierte en norma general, mas esta excepción carece totalmente de consistencia desde el punto de vista jurídico. Lo posible, y aquí ya hablamos de oídas, es que en la redacción de los anteproyectos se pensó en modificar el artículo 12 de la Ley y el proyecto de Reglamento siguió esta misma tónica, mas desistida la reforma del precepto legal no se tuvo igual diligencia en la reforma del precepto reglamentario y así surgió la antinomia. Pero es que, además, la interpretación sostenida por la Resolución plantea un problema grave, también de carácter interpretativo, y es el de que en el supuesto de silencio en la escritura de constitución no podemos determinar si el nombrado lo es como condición expresa o no del contrato social, lo que, de hecho, nos lleva a tener que determinar esta circunstancia por un criterio diferente al en que basa su argumentación la Resolución y así pueden darse los siguientes supuestos:

1. Que exista silencio tanto en cuanto a la condición expresa en el contrato social del nombramiento como en cuanto a la expresión de los quórum para su revocación. En tal supuesto tendría que regir el artículo 17 de la Ley por cuanto el quórum previsto en el artículo 175 15 del Reglamento sólo es aplicable cuando expresamente lo recoge la escritura y la inscripción, mas en tal caso el argumento resulta contradictorio, pues es evidente que el nombramiento no se ha hecho como condición expresa del contrato social y no debería serle aplicable el quórum reforzado que sólo se predica cuando se da tal circunstancia.

2. Que exista expresión de que el nombramiento lo es como condición expresa del contrato social, pero, sin embargo, se manifieste que la revocación será posible por mayoría de capital social. El supuesto también es contradictorio, pues si la primera circunstancia es supuesto básico para la determinación del quórum la fijación de uno distinto e inferior quedaría en contradicción con aquella expresión. (Como decimos anteriormente en ningún supuesto la Ley de Sociedades Limitadas exige la expresión de tal circunstancia.)

3. Que se silencie que el nombramiento es como condición expresa del contrato social y, sin embargo, se establezca el quórum reforzado del artículo 17 de la Ley. Aquí las dudas interpretativas suben de tono, ya que ante el silencio de la escritura en orden a la condición expresa debería ser posible la revocación por mayoría y, sin embargo, ello no sería posible por la sujeción estatutaria al artículo 17 de la Ley, con el contrasentido que supone conforme a la Resolución que un administrador nombrado sin darle el carácter de condición expresa del contrato social no puede ser revocado, sino con los quóruns reforzados del artículo 17.

4. Nombramiento como condición expresa del contrato social pero silenciando la expresión de quórum para revocación. Es el único supuesto en el que coincidirían la solución legal y la doctrina de la Resolución comentada.

En resumen, que el requisito de la condición expresa es inexistente legalmente y su invención lo único que hace es plantear problemas inexistentes

ante norma tan clara como la legal. El silencio del legislador es claro, porque en ningún caso ha pretendido equiparar la Sociedad Limitada a la Colectiva.

3.º El carácter supletorio o dispositivo del artículo 13 de la Ley de Sociedades Limitadas.

Tampoco podemos admitir este argumento. Ya hemos visto que el artículo 13 de la Ley es idéntico al 12 anterior y no podemos menos que afirmar que uno y otro son preceptos imperativos por lo menos en cuanto se refiere al quórum mínimo de votación. Así resulta del propio texto del artículo 17 al expresar que «será necesario que voten en favor del acuerdo un número de socios que representen, *al menos*, la mayoría de socios y las dos terceras partes del capital social». Así pues, la norma es dispositiva, en gráfica expresión, hacia arriba porque permite aumentar el quórum, pero imperativa hacia abajo porque no permite disminuirlo.

No es otra la posición de la doctrina, así Notario tan calificado como MANUEL DE LA CÁMARA, en *Estudios de Derecho mercantil*, edición de 1977, tomo I, página 421, nos dice «para la destitución de los administradores designados en la escritura fundacional se requiere en primera convocatoria el voto conforme de la mayoría de socios que representen, además, los dos tercios del capital social. En segunda convocatoria será suficiente la conformidad de las dos terceras partes del capital. La Ley, como se ve, y ante estos acuerdos trascendentes, no se conforma con que decida quien tenga la mayoría de capital. Es más, en primera convocatoria se precisa no solamente el voto de quienes tengan las dos terceras partes del capital, sino que además se requiere la conformidad de la mayoría (personal) de socios. Ello es plenamente conforme con la naturaleza personalista de la sociedad. El artículo 17, como resulta de su literal contexto y de su confrontación con el artículo 14.3, es imperativo». No puede haber mayor claridad, la norma es imperativa, como se deduce de su literal contexto antes examinado y de su contraposición con el artículo 14.3. Este último es dispositivo y el anterior imperativo. En el mismo sentido VELASCO ALONSO, en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Limitadas*, página 136, señala. «La Ley exige una doble mayoría de personas y de capital. Respecto de la mayoría de capital —dos terceras partes— se computará el total capital escriturado y no sólo el presente en la Junta. La escritura podrá exigir otros requisitos. Es indudable la posibilidad de pactar unos quórum superiores, pues la Ley lo único que no autoriza es que sean inferiores».

LUIS CARLON, Catedrático de Derecho Mercantil, en los *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, de la Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XXIII, página 144, se suma a la misma tesis y así dice: «El gestor estatutario goza de una especial estabilidad por cuanto sólo puede ser separado por la mayoría establecida en el artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», y añade «Esta mayoría debe, a mi juicio, considerarse mínima, pudiendo, en consecuencia, ser aumentada por la escritura social siempre que tal mayoría no se convierta, de hecho, en unanimidad, lo que equivaldría a convertir al gestor estatutario en irrevocable, pero no reducida por aquélla». Conviene aclarar que para el autor citado, según declara él mismo en la página 143, gerente estatutario es el administrador nombrado en la escritura fundacional.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ, Catedrático de Derecho Mercantil, en su *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 1.ª edición, tomo I, página 433, nos dice: «Podrán ser separados o destituidos de su cargo, por la mayoría reforzada del

artículo 17, si fueron designados en la escritura social, ya que se trata de modificarla.»

Más recientemente HELIODODO SÁNCHEZ RUS, en *Estudios sobre la reforma de la legislación sobre sociedades mercantiles*, en el tomo I, página 242, expresa: «Las mayorías de votación podrán reforzarse pero no reducirse los porcentajes legales de los artículos 14 y 17 de la Ley.»

Y GONZÁLEZ MENESES, JUAN ANTONIO PÉREZ DE LEMA y EMILIA DE MIGUEL, en el número 3 de 1990, del *Avance de Boletín del Colegio de Registradores*, página 9, expresan: «En cuanto al órgano externo lo constituyen los administradores, a los cuales aplica el artículo 11 de la Ley las normas de los administradores de la Sociedad Anónima, con las salvedades contenidas en la misma Ley, de las que destaca la aplicación del artículo 17 de la revocación de los primeros cargos.»

Esta enumeración podría ser interminable, pero la consideramos suficiente para comprobar que tanto la doctrina anterior como posterior de la Ley es unánime en la interpretación de los referidos preceptos.

Por lo que se refiere a la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado también ha tenido ocasión de manifestarse, y así la Resolución de 20 de julio de 1957 expresa que «es indudable la posibilidad de pactar en los Estatutos unos quórum superiores a los señalados en los artículos 14 y 17 de la Ley, pues lo único que no autoriza es que sean inferiores...». La de 22 de diciembre de 1977 señala que «la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece en el artículo 14, y como norma general para la adopción de acuerdos, el del voto favorable de la mayoría del capital, salvo disposición contraria de la escritura y este mismo quórum es el que se requiere para el cese de los administradores —art. 12— con la sola excepción del gerente estatutario, en donde se fija un quórum superior, el del artículo 17, aunque más dulcificado que el rígido sistema de unanimidad que en esta materia se contiene en el artículo 132 del Código de Comercio para las sociedades personalistas». La de 24 de abril de 1980 insiste en la postura, al decir «el Derecho español siente en el artículo 14 1 el principio general de que será la voluntad de los socios, expresada por la mayoría, la que regirá la vida de la sociedad, sin aclarar si esta mayoría es la de personas o la de capital, y dejando aparte los dos supuestos especiales de los artículos 12 y 17 de la Ley, que establecen un quórum reforzado para la adopción del acuerdo social...». Y, por último, la de 10 de julio de 1984 no admite la inscripción de un artículo de los Estatutos, que establecía que «los acuerdos se tomarán por mayoría, entendiéndose que existe éste cuando voten a favor del acuerdo un número de socios que ostente más de la mitad del capital presente en la Junta general», por no dejar a salvo precisamente los supuestos del artículo 17 de la Ley, con lo que claramente respalda el carácter imperativo de tal norma al menos en su condición de quórum mínimo. Y, como vemos, la de 22 de diciembre de 1977 la diferencia claramente de las Sociedades Colectivas.

Tampoco puede servir como argumento la supresión del artículo 122 del derogado Reglamento del Registro Mercantil. Debemos señalar que tal supresión es debida a su total inutilidad, ya que tal norma reglamentaria era totalmente idéntica al contenido de los artículos 13, párrafo 2, y 17 de la Ley actual, y por lo que se refiere a la forma de practicar el asiento porque la materia aparece regulada en el artículo 177 del mismo Reglamento en la remisión que hace a la regulación de las Sociedades Anónimas.

Tampoco resulta sorprendente ni anómalo el que existan antinomias en el

texto reglamentario, habida cuenta de la profunda reforma que ha sufrido la legislación de sociedades y el escaso tiempo con que ha tenido que ser redactado el Reglamento, para el que se anuncia incluso una reforma próxima.

4.º La Resolución de 7 de febrero de 1953 citada es la comentada.

Consideramos totalmente inaplicable al supuesto planteado en la Resolución comentada la doctrina que resulta de la de 7 de febrero de 1953, por las siguientes razones

a) Porque la revocación que se planteaba en aquélla no correspondía a un nombramiento verificado en la escritura de constitución de la sociedad como condición expresa del contrato social, ya que en la escritura de constitución se nombraban dos gerentes, don Diego S. G. y don Diego S. D., y expresamente establecía la escritura de constitución que «De dichos dos gerentes el don Diego S. G. es permanente e inamovible, siendo el otro gerente no permanente y amovible por la determinación libre de aquél», y el considerando tercero de la Resolución, en congruencia con la escritura y con el artículo 132 del Código de Comercio y artículo 98.8º del Reglamento antes citados, que distingue dos tipos de administradores según sean o no nombrados como condición expresa del contrato social, nos decía «conforme a los resultandos de este recurso es evidente que don Diego S. D. no reunió nunca los requisitos de gerente del artículo 132».

b) Porque la Resolución se dicta en sede de Sociedades Colectivas, cuya regulación no es extrapolable a las Sociedades Limitadas, especialmente cuando en ésta existe una norma específica de absoluta claridad que regula tal materia y lo confirmó la Resolución del 77 citada.

c) Porque frente a esta Resolución dictada, como decimos, para sociedades de tipo diferente se encuentran las Resoluciones anteriormente citadas, que específicamente han examinado el tema en recursos planteados relativos a Sociedades Limitadas, en los que la distinta regulación de los administradores está basada no en el nombramiento como condición expresa del contrato social, sino en la circunstancia de que el nombramiento sea hecho en la escritura de constitución o posteriormente.

d) Porque los términos del artículo 13 de la Ley son claros frente a la dicción más confusa del artículo 132, por lo que le es aplicable el principio de que cuando los términos de la Ley son claros no cabe la interpretación y el artículo 3.1 del Código Civil, al disponer que las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, y

e) Porque si el legislador hubiese pretendido una modificación de la norma del artículo 12 de la Ley anterior lo hubiere hecho del mismo modo que introdujo en el precepto la expresión «en cualquier momento antes comentado»

En resumen, que la Resolución parece haber querido evitar o silenciar el error del Reglamento tratando de armonizar dos preceptos que son totalmente incompatibles

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA

DERECHO DE AUTOR. CARACTERÍSTICAS (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—El derecho de autor es un derecho subjetivo, de carácter absoluto, con monopolio jurídico, temporalmente limitado y que no tiene exclusivamente naturaleza patrimonial o económica, pues junto a tal aspecto tiene un contenido extrapatrimonial que no es otro que el derecho moral que al autor asiste, comprendiendo éste la paternidad de la obra, su integridad, la reputación y buen nombre de su creador, en cuanto que jurídicamente las obras de la inteligencia son una derivación y emanación de la personalidad.

DIFERENCIA ENTRE TRANSMISION DEL MANDATO Y SU DELEGACION (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Hay dos conceptos radicalmente distintos: la transmisión del mandato y su sustitución o delegación. Opera el instituto de la transmisión cuando el mandatario, obrando en nombre del mandante y en virtud de las facultades específicamente conferidas, traslada a otro las facultades de que fue investido, con el efecto de quedar desligado del mandato, y puesto en su lugar el sustituto para que actúe éste en nombre del mandante, ha de entenderse, por el contrario, como delegación o sustitución cuando el mandatario hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del mandato, bien mediante un poder que le otorga en nombre propio o simplemente traspasándole el encargo recibido, pero sin desligarse, en ninguno de ambos supuestos, de las relaciones jurídicas que tenía con el mandante, respecto al cual queda responsable de los actos realizados por estos auxiliares designados a su iniciativa.

TERCERIA DE DOMINIO PARA JUSTIFICARLA NO ES NECESARIA LA INSCRIPCION REGISTRAL CUANDO NO HAY DUDA DE LA REALIDAD DE LA TRANSMISION (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Título de adquisición acreditado y modo o tradición real de la cosa vendida son suficientes a los efectos pretendidos por la demanda de tercería, y ello sin necesidad de inscripción registral, ya que no ha existido duda de la realidad de la transmisión operada. Dicha transmisión, ratificada mediante escritura pública por el órgano rector de la transmitente, tiene efecto retroactivo a la fecha del documento privado fundamental, resultando convalidado el acto realizado aunque el que actuó en representación no hubiera sido apoderado desde la fecha de su celebración, lo que purificaría, en su caso, el negocio desde su nacimiento.

PARA LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA NO ES PRECISA UNA TENAZ RESISTENCIA, BASTANDO FRUSTRAR LAS LEGITIMAS ASPIRACIONES DE LA CONTRAPARTE (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia —Según la más reciente doctrina jurisprudencial, para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte (SS de 24 de febrero de 1990 y 7 de junio de 1991), así como que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria y no sanada por una justa causa que la origine, obstativa al incumplimiento del contrato en los términos que se pactó, siendo en definitiva aplicable el artículo 1.504 a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado e injustificado.

LA INTIMIDACION SOLO DA LUGAR A LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1992)

Hechos.—Un empleado de un banco se apropió de una elevada cantidad de dinero. Una vez descubierto, para reducir su responsabilidad civil, accedió a transmitir al banco el piso y la plaza de garaje que le pertenecían. Posteriormente rechaza hacer entrega del piso, alegando que había sufrido intimidación.

Doctrina de la sentencia.—El ofrecimiento, si bien pudo determinar la ulterior voluntad transmitente de los demandados, en modo alguno puede identificarse con la inspiración de temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave, en el que por definición legal (art. 1.267 del Código Civil) consiste el vicio intimidatorio que, en cambio, ha de quedar integrado para su virtualidad, según constante jurisprudencia, por una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico, y tan fuerte que obligue a quien la padece a que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses.

La tesis de que la intimidación genera la nulidad radical o absoluta del

contrato no puede ser aceptada, ya que, salvo supuestos muy excepcionales, la intimidación (*vis compulsiva*), aunque vicia el consentimiento, no lo excluye ni elimina (*voluntas coacta, voluntas est*), y en consecuencia, como norma general, sólo da lugar a la mera anulabilidad, no a la nulidad radical del contrato respectivo.

LA EXISTENCIA DE DAÑOS DEBE SER PROBADA (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—No puede condenarse a un resarcimiento de daños, ya derivados de contrato, ya de acto ilícito, si los daños no han sido probados. Esta prueba de los daños incumbe al acreedor reclamante de la indemnización. La determinación de la existencia o de la cuantía de los daños puede quedar excluida del aludido rigor de prueba cuando en contrato previo se haya pactado para el caso de incumplimiento una cantidad alzada que el infractor haya de satisfacer al perjudicado en concepto de indemnización de daños, o cuando de los hechos demostrados se deduzca fatal y necesariamente la existencia de daño, en cuyo caso tampoco se requiere prueba del mismo.

MATIZACIONES AL PRINCIPIO IN ILIQUIDIS NON FIT MORA (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando esta Sala no pretende desconocer la doctrina, reiteradamente sentada por la misma, cristalizada en el brocardo *in iliquidis non fit mora*, parece necesario sin embargo proceder a verificar algunas matizaciones en la misma, que afectan tanto a su interpretación como a los supuestos en que procede su aplicación. En torno al alcance que debe darse a tal regla ha de tenerse en cuenta que, junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, cabe también concebir que, si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que en el momento en que se le entrega debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Tal razonamiento cobra mayor fuerza si tenemos en cuenta que, por regla general, la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que, por el contrario, tiene carácter meramente declarativo, lo que permite concluir que a través de la misma no se hace sino declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que con anterioridad a la resolución judicial ya pertenecía al acreedor.

EL FIADOR MERCANTIL NO GOZA DE LOS BENEFICIOS DE EXCUSION Y DIVISION (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—El fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y de división de que goza el fiador civil. Sin que por ello se desconozca cierta corriente jurisprudencial que entiende que la fianza mercantil no goza de carácter de solidaria en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de la corriente casi unánime de la doctrina científica que lo entiende así; criterio este último que debe apoyarse en nuestra época, al amparo del artículo 3, párrafo 1, del Código Civil, dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, en materia de seguros y de las obligaciones extracontractuales), precisamente en beneficio de la seguridad jurídica en la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la complejidad de variantes en las relaciones jurídicas, tanto dentro del comercio como fuera de él.

CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE CORRETAJE (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—No puede confundirse el mandato con el corretaje. La esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en conexión a los que pueden ser contratantes, sin intervención del mediador en el contrato, ni actuar como mandatario, sino como «corredor civil», en este caso, en cuanto actuó sólo por una parte con la cual únicamente tiene una relación contractual de mediación; el mediador, a diferencia del mandatario, no contrata. El contrato de corretaje se halla sometido a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido y, además, a que el contrato tenga lugar «como consecuencia» de la actuación del mediador.

El derecho del corredor a ser remunerado depende del cumplimiento del encargo que se le hace, de modo que no adquiere derecho a percibir corretaje, aunque hallare persona dispuesta a comprar, si a pesar de ello surgiere en el curso de las negociaciones cualquier diferencia sustancial obstativa de la celebración de la venta, porque en tal caso el contrato no llegó al estado de perfección, que es indispensable para que su consumación pudiera con pleno derecho exigirse, quedando de esta suerte sin llenar la comisión que el corredor había de desempeñar para ser remunerado. El dato de que el comprador proyectado hiciese una entrega en concepto de señal no perfecciona un contrato aún no celebrado.

EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE ES DIFERENTE AL DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1992)

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de esta Sala la de que ha podido definir la doctrina el contrato de cuenta corriente como un contrato mercantil por el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuados, acuerdan temporalmente concederse crédito recíproco en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentando en cuenta sus remesas mutuas, como partidas de cargo y abono, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo, a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia, al ser aquélla cerrada en la fecha convenida, lo que tiene esenciales diferencias con la cuenta corriente bancaria, de liquidaciones periódicas cual-

quiera que sea su estado, y que se caracteriza más por ser un contrato complejo, de depósito irregular con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por el banco.

NO TODO DELITO SUPONE DAÑOS PARA LA VÍCTIMA (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—A pesar de lo dicho genéricamente en el artículo 19 del Código Penal, no todo delito o falta supone para la víctima o terceros daños y perjuicios, pudiendo sólo concederse la indemnización cuando son ciertos, determinados y derivan necesariamente del hecho delictivo, a más de que a una coacción o vejación injusta de carácter leve no puede atribuírsele el carácter de permanente, por consumarse en el momento en que se realiza y no de forma continuada

EL ARRENDATARIO PUEDE RENUNCIAR AL DERECHO DE PRORROGA FORZOSA FIRMANDO UN NUEVO CONTRATO (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Ciertamente los contratos de arrendamiento urbano anteriores a la fecha de promulgación del Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, tuvieron la protección especial del legislador, que les dio la prórroga forzosa y declaró nulos los actos de renuncia de derechos de los arrendatarios, pero ni la Ley ni la jurisprudencia impidieron a los arrendatarios, tras gozar del derecho de prórroga, incorporado a su acervo jurídico, pactar el término voluntario de un contrato, es decir, renunciar a la prórroga. En consecuencia, cuando las partes libérrimamente firman un nuevo contrato sometiendo al régimen del Decreto-ley de 1985, no persiguieron nada prohibido por la Ley.

PROPIEDAD HORIZONTAL. LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS TIENE PERSONALIDAD PARA LITIGAR (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1992)

Doctrina de la sentencia.—Es erróneo que los juzgadores de instancia entiendan que la comunidad de propietarios carece de personalidad para litigar en el caso, en cuanto que con independencia de que puede representar a todos y cada uno de los propietarios en las acciones relativas a la comunidad y sus respectivos pisos al estar autorizada por la junta general, aparte de ello, resulta de las peticiones de la demanda y de los puntos litigiosos objeto del debate que casi todos ellos versan sobre los elementos comunes, para los que evidentemente la primera legitimada es la junta de propietarios y en su nombre el presidente, sin que sea en modo alguno admisible exigir que comparezcan todos los copropietarios.

EL ARTICULO 1.504 SEÑALA EL MOMENTO EN QUE NACE LA RESOLUCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Lo implícito en el artículo 1504 del Código Civil es no sólo marcar el límite o momento hasta el cual el deudor moroso puede cumplir la obligación, sino también señalar el momento en que nace la resolución del contrato sujeto a tal evento, a la vez que poner de manifiesto al deudor incumplidor la existencia de una intimación concreta por parte del acreedor impagado para que se allane a la resolución de la obligación. A diferencia de lo que ocurre con el 1.124, en el 1.504, para que se produzca la resolución contractual por falta de pago, se precisa que, además de haberse estipulado, haya expirado el plazo establecido, así como que el moroso hubiere sido requerido judicial o notarialmente de pago, toda vez que en tanto dicho requerimiento no se hiciere el deudor puede abonar la deuda.

RESERVA DEL ARTICULO 811 DEL CODIGO CIVIL: NO ES NECESARIO BUSCAR EL ORIGEN DE LOS BIENES (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—El principio de troncalidad, que inicialmente pudo haber servido de inspiración del artículo 811 del Código Civil, viene sometido a la limitación que le impone la imposibilidad de pasar la reserva del tercer grado familiar, no siendo necesario buscar el origen, más o menos remoto, de los bienes, ni de la familia a que pertenecieron de antiguo, ni del modo o forma por el que pudieron llegar al patrimonio de la persona que los transmitió al descendiente de cuya sucesión se trata, sino tan sólo en cuanto a su procedencia inmediata y al título de adquisición, doctrina que impide hacer acepción entre bienes de procedencia ganancial o bienes de otra naturaleza, sea cual fuere su origen adquisitivo (negocio oneroso o gratuito).

LA MORA, EN LAS OBLIGACIONES BILATERALES, COMIENZA CUANDO EL OTRO SUJETO CUMPLE LO QUE LE INCUMBE. NO HAY ENRIQUECIMIENTO INJUSTO CUANDO SE AMPARA EN UNA SENTENCIA (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—La mora en las obligaciones recíprocas no nace hasta que los otros obligados han cumplido su obligación, pues, como dice la Sentencia de 20 de marzo de 1985, el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos.

La jurisprudencia de esta Sala ha apreciado la existencia de justa causa y desestimado la acción de enriquecimiento cuando lo resuelto se ampara en una sentencia u otra resolución judicial definidora de derechos entre las partes y siempre motivada, la que, si incurrió en error, puede ser acogida mediante el ejercicio por la parte que se estime agraviada de los remedios de fondo y procesales que las leyes tienen establecidos. Cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos que puedan lesionar la equidad, los beneficiados indirectamente por ellas no se enriquecen

injustamente —doctrina deducida de las Sentencias de 27 de marzo de 1958 y 23 de marzo de 1966.

PARA QUE PROSPERE LA ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO HA DE ACREDITARSE UN JUSTO TITULO DE PROPIEDAD (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—La acción declarativa de dominio se ha de basar en un hecho jurídico que dé existencia a la propiedad del demandante, es decir, como resulta de la Sentencia de 19 de febrero de 1971, la acción declarativa de dominio tiene requisito común con la reivindicatoria, la justificación de un justo título de propiedad, bastando con que el demandante no acredite su título para que deba dictarse sentencia absolutoria, sin que pueda invertirse en este aspecto la carga de la prueba; pues, conforme al artículo 1.214 del Código Civil, la alegación de un derecho impone al que lo ejercita la prueba del mismo. La acción declarativa de propiedad exige los mismos requisitos que la reivindicatoria, entre los que figura la posesión de la cosa por el demandado, o al menos una posición frente al dominio cuya declaración se insta, que lo hagan dudoso o que lo desconozca

CONTRATO DE AGENCIA· CARACTERISTICAS (SENTENCIAS DE 26 DE MARZO DE 1992)

Doctrina de la sentencia —El contrato de agencia se presenta revestido de atipicidad, pero está dotado de propio contenido sustantivo, generándose al amparo de la libertad de contratación (arts. 1.091 y 1.255 del Código Civil), con aproximaciones al mandato, corretaje, contrato de trabajo y arrendamiento de servicios, predominando en el mismo la gestión de mediación, por lo que se expresa como una convención en la que simplemente se encarga a la agencia como «corredor civil» o intermediaria que, por sus relaciones con el mercado, oferte a la venta un bien inmobiliario concreto, aportándose los datos del mismo y el precio, que suele ser indicativo más que definitivo, siendo usual que la retribución lo sea en forma de porcentaje.

El mediador, salvo autorización y representación expresa, no interviene en la conclusión de la compraventa, aunque esté autorizado a recibir cantidades a cuenta; de ahí que su actividad sea sólo pregestoria, al hacer posible contratar, y cesa una vez que pone en relación a las partes, que son las que han de celebrar el futuro convenio, pues al actuar por cuenta de la parte que le realizó el encargo, no contrata ni promete la conclusión del negocio.

RESCISION POR FRAUDE· REQUISITOS (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—La rescisión por fraude que se contempla en los números 3.º y 4.º del artículo 1.291 del Código Civil parte, según la doctrina y la jurisprudencia, de una premisa fundamental y exige además unos requisitos complementarios: la premisa la constituye su carácter subsidiario, «cuando los acreedores no pueden de otro modo cobrar lo que les deba», y los requisitos podemos enumerarlos de la siguiente forma. existencia de un crédi-

to a favor de una persona y en contra de otra, celebración por el deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de defraudar al acreedor, realidad del perjuicio, carencia de otro medio para obtener su reparación y que las cosas no se hallen en poder de un tercero de buena fe.

De estos requisitos conviene destacar, en el caso que nos ocupa, la subsidiariedad y el *consilium fraudis*; esta primera condición está ausente a todo lo largo del desarrollo de los hechos. Y por lo que respecta a la complicidad en el fraude, si el exigir la constitución de una garantía hipotecaria para asegurar el cobro de un crédito antiguo, cuando el deudor tiene contraídas otras deudas posteriores, fuera por sí solo constitutivo de fraude, la mayoría de las operaciones bancarias podrían rescindirse.

EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS PUEDE RESOLVERSE POR VOLUNTAD UNILATERAL (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—El contrato de arrendamiento de servicios se encuadra en el grupo de contratos en el que las relaciones tienen en cuenta el principio *intuitu personae* y, como ha declarado repetidamente esta Sala, pueden resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, de igual modo que el mandato, la comisión mercantil, la sociedad colectiva y tantos otros que en las fuentes de ellos inspiran. Eso sí, la resolución unilateral podrá hacer surgir la obligación de indemnizar si se produce en contra de lo pactado o cuando en el propio pacto se prevea indemnización por el cese.

LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO NO REQUIERE PARA SU APLICACION QUE EXISTA MALA FE (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1992)

Doctrina de la sentencia.—La reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) aumento del patrimonio del enriquecido, b) correlativo empobrecimiento del actor, representado por un *damniús emergens* o por un *lucrum cesans*, c) falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

La *conditio* puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o buena fe por parte del provocador, ya que la doctrina del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo cual es compatible con la buena fe.

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN LA CONSTRUCCION SOLO SE PRODUCE CUANDO NO SE PUEDE INDIVIDUALIZAR LA DE CADA UNO DE LOS CULPABLES (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—La creación jurisprudencial del principio de responsabilidad solidaria en la construcción opera en las hipótesis en que la ruina de la edificación (física o funcional) se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la dirección técnica y otras a la ejecución,

sin posibilidad de discernir las que corresponden a unas y a otras, de modo que la responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación sólo está justificada en caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que cuando no se da tal presupuesto de hecho, por haberse precisado la atribuible a cada uno de ellos, la prestación o exigencia de responsabilidad solidaria no es procedente.

EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA NO VULNERA EL DERECHO DE DEFENSA CONSAGRADO EN LA CONSTITUCION (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Como tiene declarado el Tribunal Constitucional, aun cuando el procedimiento contenido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria viene caracterizado por la extraordinaria fuerza ejecutiva del titular y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante excepciones, dado que en realidad se trata de una vía de apremio no sujeta a fase de cognición, esa ausencia de controversia no vulnera el derecho de defensa que se consigna en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

LA CLAUSULA «SIN GASTOS» NO EXIME AL TENEDOR DE LA LETRA DE LA OBLIGACION DE PRESENTARLA AL PAGO (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1992)

Doctrina de la sentencia.—El negocio de descuento bancario de letras de cambio, instrumentado a través del endoso o cesión de la cambial, convierte al banco descontante en titular pleno de la letra, del crédito a ella incorporado, y, por ende, en acreedor cambiario, produciendo tal contrato como efecto principal el derecho del banco a exigir y la obligación del descontatario de devolver o restituir la cantidad anticipada.

La doctrina de esta Sala señala la validez de la cláusula «sin gastos», y su inclusión dispensa del protesto al tenedor de la cambial, dado que implica un desistimiento o renuncia al mismo, pero tal renuncia al protesto no libera al tenedor de la obligación que el artículo 469 del Código de Comercio le impone de presentarla al pago, correspondiendo al banco la prueba de haberlo hecho, ya que es quien tiene facilidad para acreditarlo, siendo el protesto el medio más apto para ello, de manera que si no se verifica, amparándose en la cláusula ya dicha, las consecuencias perjudiciales de su acreditación han de parar en el propio banco

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

a) Arrendamientos Rústicos

ADQUISICION FORZOSA DE LA PROPIEDAD. NO PROCEDE EL DERECHO DE ADQUISICION FORZOSA PUESTO QUE HA TRANSCURRIDO CON EXCESO EL PLAZO DE VEINTIUN AÑOS DE PRORROGA DEL CONTRATO, PREVISTO EN EL APARTADO SEGUNDO DE LA REGLA 1.ª DE LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª DE LA LEY VIGENTE (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1989).

El Juzgado número 1 de Aviles estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior resolución

No prospera la casación. En 1986 la propietaria de la finca avisó al arrendatario para que al término del año agrícola deje a su disposición la finca, diciendo el arrendatario que fue cultivador personal hasta su jubilación y que, al llegar ésta, le sucedió su esposa. El Juzgado declaró el derecho de la esposa para adquirir la finca, pero la Audiencia desestimó este derecho. El tribunal *a quo* declaró que el contrato estaba extinguido desde el momento en que se produjo el requerimiento por medio de la carta referenciada antes de operarse la subrogación y, por supuesto, de la presentación de la demanda. El contrato inicial era de 1879 y le es de aplicación el límite de veintiún años del apartado 2.º de la regla 1.ª de la disposición transitoria 1.ª de la Ley vigente. Por consiguiente, al ser denunciado por la arrendadora, mediante su carta, estaba en situación de prórroga por la tática reconducción del artículo 1.566 CC, sin que el tribunal *a quo* desconociera esta situación, ya que lo ocurrido fue que consideró resuelto el contrato a consecuencia del requerimiento de la propietaria. No es admisible el razonamiento de que la Ley 1/1987, de 12 de febrero, incluya en que su ámbito la totalidad de los contratos anteriores a 1935, ya que en su exposición de motivos se refiere a los comprendidos en la regla 3.ª de la disposición transitoria 1.ª, sin que pueda equipararse a aquellos en que se hubiere perdido memoria del tiempo por el que se concertaron, puesto que se constituyó en 1879 y se ha rebasado con creces el límite de veintiún años de la referida disposición transitoria 1.ª y, por tanto, al hacer uso de la adquisición forzosa, el arrendamiento estaba extinguido como consecuencia del requerimiento de la arrendadora y la demanda se presentó después del último día de la tática reconducción.

DESAHUCIO DE FINCA RUSTICA. EL ARRENDAMIENTO ESTABA INCLUIDO EN LA NORMATIVA ESPECIAL YA QUE NO SE TRATA DE ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA, SINO QUE TIENE POR OBJETO EL APROVECHAMIENTO PRINCIPAL YA QUE COMPRENDE EL CICLO INVERNAL Y PRIMAVERAL, QUE EN REALIDAD COMPRENDEN TODO EL AÑO AGRI-COLA, DE OCTUBRE A JUNIO (SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1990)

El Juzgado número 1 de Cáceres desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior

Prospera la casación. La sentencia recurrida reconoce que los contratos son de pastos o precarios, siendo el aprovechamiento principal de la finca en cuestión los pastos de ciclo invernal o primaveral. Por tanto, los arrendamientos sometidos a controversia se comprenden dentro del ámbito de la Ley de 1980, porque los pastos de ciclo invernal y primaveral no pueden considerarse como de temporada, inferior al año agrícola, a que se refiere el número 4 del artículo 6 de la LAR, pues en realidad el año agrícola o año natural afecta al período estacional de pastos entre los meses de octubre a junio, y tampoco puede entenderse de pastos secundarios a que alude el número 7 del artículo 6 LAR al reconocer que son de índole principal, puesto que la temporada invernal y la primaveral comprenden en sí el año agrícola y los complementos a reserva del arrendador de acoger determinado número de ovejas y cabras y cerdos en modo alguno pueden alterar el destino principal de aprovechamiento de pastos, generante de inclusión en la normativa especial que establece la Ley de 1980, pues son actividades complementarias y de posible concurrencia con los de los arrendatarios, como revela una interpretación correcta de los artículos 1.281, 1.284, 1.287 y 1.288, por lo que el excluir, como pretende el arrendatario, este arrendamiento de la Ley de 1980 supondría crear una situación de hecho y jurídica de fraude de ley.

RETRACTO. NO HA LUGAR A LA CASACION POR TRATARSE DE UN ARRENDAMIENTO INFERIOR EN CUANTIA A LA MINIMA ESTABLECIDA PARA SU ADMISION, SIENDO LAS CAUSAS DE INADMISION SUFICIENTES PARA DESESTIMAR EL RECURSO (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1990).

El Juzgado número 1 de Burgos estimó al demanda, pero revocó la Audiencia Territorial.

No triunfa la casación. La demanda se siguió por los trámites de los artículos 1.618 al 1.630 LEC y, a efectos de la cuantía, se señaló la renta anual de 1.400 pesetas, siendo el precio de venta de la finca de 169.600 pesetas. A tenor del artículo 489 LEC, el valor de la demanda viene determinado por el precio de la transmisión. En virtud del artículo 1.687 LEC, no es susceptible de casación la sentencia ya que la cuantía no excede de tres millones, lo que determina el fracaso del recurso sin que a ello se oponga la circunstancia de que, en el momento procesal oportuno, se le declarara admitido, pues los motivos legales en que puede fundarse la no admisión son pertinentes, al resolver el fondo, para desestimarlos, aun cuando se haya admitido, pues las razones de inadmisión son suficientes para que los recursos a que se contraen deban ser desestimados (SS de 17 de junio de 1919, 19 de febrero de 1921, 7 de noviembre de 1922 hasta la de 5 de octubre de 1987).

RETRACTO PARA EL EJERCICIO DEL RETRACTO NO ES PRECISO QUE SE OSTENTE LA CUALIDAD DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA AL ENTABLAR LA DEMANDA, SINO AL TIEMPO DE VERIFICARSE LA TRANSMISION QUE DIO LUGAR AL RETRACTO SIN EMBARGO, NO PROCEDE POR HABER TRANSCURRIDO MAS DE DIEZ AÑOS DESDE LA TRANSMISION (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1990)

Estimó la demanda el Juzgado número 4 de Santander y la Audiencia desestimó la apelación.

Triunfa la casación. No puede discutirse el carácter de «profesional de la agricultura» de la retrayente, ya que esta apreciación fáctica ha quedado incólume en casación. Según reiterada jurisprudencia, no es necesario que el retrayente sea profesional de la agricultura en el momento de interponer la demanda, sino que basta que lo fuera al efectuarse la transmisión que genera el retracto. Procede admitir el recurso en su motivo tercero, porque, vendida la finca en 1975, además del parentesco de los arrendadores primitivos y el arrendatario, existen trabajos de concentración parcelaria, inscribiéndose las nuevas parcelas en el Registro, y habían pasado más de diez años desde la venta, circunstancias significativas de la caducidad el retracto ejercitado, con la consiguiente renuncia tácita del derecho, derivado de actos demostrativos de una voluntad de inejercicio del mismo, ya que no es lógico dejar pasar tanto tiempo sin preocuparse de lo que pueda afectar a sus derechos arrendaticios y lo ejercita cuando la finca ha cobrado un incremento de valor, tratando de obtener un beneficio económico en claro perjuicio de los adquirentes de dicha finca.

b) Arrendamientos Urbanos

NULIDAD DE DERECHO DE TRASPASO LAS EXPRESIONES «URBANA» Y «BAJOS» SE REFIEREN SOLO AL LUGAR DONDE SE DESARROLLAN LAS ACTIVIDADES DEL ARRENDATARIO, PERO NO DETERMINAN LA NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO, QUE LO ERA DE LA INDUSTRIA O NEGOCIO (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1989).

El Juzgado de Loja desestimó la demanda, pero la Audiencia de Granada revocó parcialmente, declarando la nulidad del traspaso.

No procede la casación. La expresión consignada en el testamento de que se prelega a la hija Natividad los bajos que tiene arrendados el testador a su hijo Rafael lo único que revela es el reconocimiento del testador de una situación arrendaticia que vinculaba al hijo con el local, pero que se refiera al «local» y no a «industria o negocio» preestablecidos en dicho local, que reconoce como existente el tribunal de instancia, incardinado en el artículo 3º, 1, LAU, sin que tengan importancia las manifestaciones del arrendatario, ya que suponen un acto unilateral del mismo que no pueden generar vinculación en orden al arrendador, y la expresión «urbana» hay que referirla a la naturaleza de la finca en que se desarrolla el arrendamiento y no a modalidad concreta del mismo. La expresión «bajos» es clara en cuanto a designar una pieza de la edificación, sin que se pueda equiparar a local de negocio, ya que sólo significa uno de los elementos del arrendamiento que se desarrolla en él. Dado que el Tribunal de instancia ha dicho que el arrendamiento es de industria o negocio, sometido a la ley civil, la inclusión del mismo en la LAU que pretende el recurrente está haciendo supuesto de la cuestión, lo que no procede en casación.

REALIZACION DE OBRAS. SE TRATABA DE «OBRAS NECESARIAS» NO INCLUIDAS EN EL ARTICULO 108 LAU (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1989)

El Juzgado número 1 de Tarrasa estimó la demanda, pero la Audiencia revocó parcialmente y declaró las obras necesarias y, por tanto, no incluidas en el artículo 108 LAU.

La casación no prospera. No se puede admitir la excepción de «litisconsorcio» pasivo necesario, pues la litispendencia a estos efectos surge desde la presentación de la demanda y la comunidad de propietarios, en la que conserva la mayoría la sociedad demandada arrendadora, se constituyó años después de ser aquella admitida a trámite. En cuanto a la inadecuación del procedimiento, no puede ignorarse el artículo 107 LAU y la jurisprudencia que lo interpreta, pero tampoco las circunstancias y vicisitudes procesales que concurren en este caso. Es cierto el carácter de *ius cogens* de las normas procesales, que fue contrario por el Juzgado, por la Audiencia y por el propio recurrente, que no cuidó en su momento de presentar el testimonio de particulares preciso para mantener un recurso de apelación, pero extraer la consecuencia de anular todo lo actuado obliga a lo que se ha calificado como peregrinar de las actuaciones procesales comenzadas en el año 1982, que no se compadece con el principio constitucional de tutela efectiva. La colisión de normas debe resolverse en favor de la solución acordada por la sentencia recurrida, que, además de ser conforme con la Constitución, es la que exige la buena fe a que se refieren los artículos 9 LAU, 7 CC y 11.1 y 2 LOPJ, puesto que abuso entrañaría que el recurrente consiga iniciar un nuevo camino procesal, que no significaría para él ni un ápice de incremento en la garantía ni en la defensa de su derecho.

EXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO EXISTEN PRUEBAS SUFICIENTES DE QUE EL ARRENDADOR CONOCIA LA EXISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO Y HABIA PRESTADO SU QUIESCENCIA A EL, GUARDANDO SILENCIO MAS DE UNA DECADA ANTES DE INTERPONER LA ACCION (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1989).

El Juzgado número 6 de Madrid desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia de la misma capital

Prospera la casación. El apoderado del dueño, que había comprado el piso, le envió una carta en la que solicita autorización para arrendar el mismo a su hija que iba a contraer matrimonio, contestando aquél que accede a la ocupación, liberándole de pago de la renta durante un año, como regalo de boda, y pidiéndole orientación sobre las rentas pagadas en pisos de análoga categoría, hablando en sucesivas cartas de alquileres y del contrato de arrendamiento hecho por el apoderado a su yerno. En 1977 fallece el apoderado, sin que exista constancia de revocación de poderes ni notificación posterior a los ocupantes del piso hasta la presentación de la demanda en 1986. Debe partirse de la validez y legitimidad formal del contrato de arrendamiento, ya que el representante estaba autorizado para arrendar la finca sin limitación de facultades y, en el caso de exceso, los actos posteriores del mandante la habrían ratificado. Al formalizar el contrato se fijó una renta de 10 000 pesetas mensuales, sin que se hayan impugnado la cuentas donde la renta figuraba, y esta renta se ratificó por el silencio del propietario a virtud de uno prolongado durante una década, habiendo destinado los importes de la renta a los gastos de conservación, mejora y pago de impuestos con la quiescencia del prope-

tario Este proceso deductivo ha sido quebrantado en la sentencia recurrida al prescindir del enlace preciso y directo que debe existir entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, por lo que la valoración jurídica debe ser revisada en este recurso

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. LAS OBRAS DE DEMOLICION HAN DEBILITADO LA ENTREGA O APOYO A LOS CARGADEROS EN UNO DE SUS EXTREMOS, ESTANDO ESTA DEBILITACION INCLUIDA EN LA CAUSA 7.ª DEL ARTICULO 114 LAU (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1990).

El Juzgado número 7 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó parcialmente, estimando la apelación.

No se admite la casación. El Juzgado estimó que las obras no han debilitado el edificio y no se consideran como alteradoras del estado del inmueble, pero la Audiencia apreció la causa resolutoria del artículo 114 LAU, siendo indudable la realización de las obras sin autorización del arrendador, y de la comparación de los informes de los peritos se deduce que las obras de demolición han debilitado la entrega o apoyo de los cargaderos en uno de sus extremos, siendo procedente la resolución pretendida. La autorización de obras del contrato se extendía a la de chimeneas para la calefacción, y todas las obras posteriores, por pequeñas que sean, necesitan autorización escrita de la propiedad, si bien el arrendatario podrá realizar las de mera conservación de las ya realizadas y, por tanto, la nueva instalación de caldera y ejecución de tabique con apoyo en los cargaderos no aparece reflejado en aquel contrato, en el que se decía que cualquier obra, por pequeña que sea, necesita autorización, lo que se excepciona si se trata de obras de mera conservación en las que no es posible incluir las ejecutadas, con la apuntada debilitación de los materiales, y aunque se insiste en la necesidad de las obras, el artículo 107 sólo dice que las ha de realizar el arrendador y nunca, sin más, las puede hacer el inquilino. La causa resolutoria es pertinente si la obra no ha sido autorizada, habiéndose comprobado que tal autorización no existía en la fórmula amplia de cobertura de las obras que fueran necesarias y de mera conservación

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO. NO EXISTE SIMULACION DEL ARRENDAMIENTO YA QUE LA RENTA FIJADA COINCIDE CON LA CATASTRAL DE FECHAS POSTERIORES, HALLANDOSE ADMITIDA POR LA JURISPRUDENCIA LA REDACCION DE CLAUSULAS DE ESTABILIZACION ANALOGAS A LA DE ESTE SUPUESTO (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1990).

El Juzgado número 2 de Madrid desestimó la demanda, confirmando la Audiencia

No tiene éxito la casación. Siendo los únicos hechos demostrados renta sensiblemente inferior a la que pudo convenirse en el tiempo, lugar y condiciones del objeto y cláusula de revisión que no prevé la disminución del coste de la vida, tales hechos no presentan en su relación con el de la simulación contractual imputada un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, como el Código Civil y la jurisprudencia exigen. Además ha de tener-

se en cuenta que la renta coincide con la catastral de fechas posteriores y está relativamente acomodada a las circunstancias de tiempo y lugar, al estar la arrendadora apremiada por deudas y deber permanecer en depósito y conservación maquinaria, muebles, mercancías e instalaciones fijas embargadas, así como hallarse admitido por la jurisprudencia la redacción de cláusulas de estabilización análogas, no apreciándose mala fe ni fraude de acreedores en la redacción de dicho contrato de arrendamiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. EL CESE EN EL USO O DISFRUTE DEL LOCAL ARRENDADO POR UNO DE LOS DOS O MAS ARRENDATARIOS QUE CONVINIERON Y FIRMARON EL ARRENDAMIENTO SUPONE EL CAMBIO SUBJETIVO EN DICHAS RELACIONES QUE COMPORTA LA CAUSA RESOLUTORIA 5.ª DEL ARTICULO 114 LAU (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1990)

El Juzgado de La Orotova desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó la apelación

No prospera la casación. Realizado el contrato en 1981, falleció el propietario, heredando el local los hijos de éste; posteriormente se realizaron obras sin autorización del arrendador que modificaban la configuración, así como también la sociedad civil de hecho constituida entre los arrendatarios quedó extinguida y en la actualidad es uno solo el que ocupa el local en concepto de arrendatario. Es constante y reiterada la doctrina mantenida por la Sala relativa a que el cese en el uso y disfrute del local arrendado por uno de los dos o más arrendatarios que convinieron y firmaron el contrato de arrendamiento, con la consecuente separación de aquél en la relación arrendaticia, produce el cambio subjetivo en dicha relación que comporta la causa resolutoria 5.ª del artículo 114 LAU. Las grandes limitaciones que la legislación especial impone al arrendador, como la prórroga forzosa y las restricciones legales al aumento de renta, tienen como compensación a favor del arrendador la de que no puede cambiar el titular más que en los supuestos legales y con los requisitos previstos.

REVALORIZACION DE RENTA. NO HA CADUCADO LA ACCION PARA REVALORIZAR LA RENTA PORQUE NO ES APLICABLE EL ARTICULO 99 LAU, SINO EL 101, Y ESTA SUJETA AL PLAZO DE PRESCRIPCION DE QUINCE AÑOS DEL ARTÍCULO 1.964 CC (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1990).

El Juzgado número 20 de Madrid estimó la demanda, declarando la revisión de renta desde 1 de agosto de 1985, y la apelación fue acogida parcialmente, estimando que la renta se revisará desde el 1 de septiembre de 1985

No procede la casación. La cláusula 7.ª del contrato de 1987 dice que será revisable la renta cada año adaptándola al coste de la vida, de acuerdo con el porcentaje que señale como índice del coste de la vida el Instituto Nacional de Estadística, declarando su procedencia el Juzgado desde 1 de agosto de 1985 y la Audiencia desde 1 de septiembre. Alegada en casación la caducidad de la acción, hay que tener en cuenta que el incremento del coste de la vida no deriva de los casos establecidos en el artículo 99 LAU, sino de lo pactado en

el contrato, para cuyo caso no interviene la expresada caducidad, sino el plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 CC, siendo de aplicación el artículo 101 LAU, sin que, según Sentencia de 4 de febrero de 1987, se dé efecto retroactivo al aumento de rentas pedido por entender que, si ha pasado mucho tiempo, la merced arrendaticia puede suponer para el deudor una prestación excesiva y muy gravosa, frustrando así la confianza de una de las partes nacida de la inactividad del otro. Nada impide renunciar en 1985 a los beneficios establecidos por los RRDD de 1978 y de 1979, pues, en aplicación del artículo 6 LAU, en un arrendamiento de local el consentimiento del arrendatario a unos beneficios implica una renuncia tácita al derecho que hubiera podido tener a su reducción y la exclusión de la norma aplicable o renuncia a los derechos concedidos por ella, que no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero.

INEXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO. DADA LA DURACION DEL ARRENDAMIENTO —OCHO AÑOS—, LA CAPACIDAD PARA CONCERTARLO ES LA DE LOS ACTOS DE DISPOSICION Y NO LA ADMINISTRACION, NECESITANDO EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS COPARTICIPES PARA LA VALIDEZ DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1990).

El Juzgado número 7 de Zaragoza estimó la demanda, pero revocó la Audiencia de dicha capital.

Triunfa la casación. El inmueble arrendado no era de la propiedad de la arrendadora ni tenía autorización de los propietarios para arrendar. La arrendadora era propietaria de la mitad del piso, ya que de la otra mitad era propietario el actor en cuanto a dos sextos y otra persona en cuanto a un sexto, entendiéndose el Juzgado que, siendo el arrendamiento un acto típico de administración, resulta patente que la demandada por sí sola no podía concertar el arrendamiento de la vivienda con un tercero extraño a la comunidad. La seguridad jurídica impondría mantener la eficacia del arrendamiento respecto al arrendatario de buena fe, pero yerra el juez en atención a que si el arrendamiento es un acto de administración, ello quiebra cuando, por la naturaleza de la cosa o por el largo tiempo que se ha estipulado —ocho años—, puede constituir un derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 2 LH, por lo que, al rebasar los límites de la pura administración, obligado es reconocer que la demandada no está facultada para arrendar el piso común, al exceder el arrendamiento de seis años sin el consentimiento de todos los copartícipes, cuyos derechos dominicales quedarían restringidos o anulados por un contrato de larga duración, y, en consecuencia, no existe, conforme el artículo 1.261 CC, el consentimiento, requisito necesario para la existencia del contrato, siendo radicalmente nulo, sin que la buena fe de uno de los contratantes —el arrendatario— pueda subsanar la falta de dicho requisito.

C. R. R.

5. PROPIEDAD INTELECTUAL

POR FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO

DENOMINACIONES GENERICAS (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1992).

No es posible entender que la marca «Aquapark» incluya una denominación genérica de las incluibles en la prohibición específica del número 5 del artículo 124, ya que no es compatible, como dice el propio recurrente, que se trate de un nombre corrientemente utilizando en lenguaje usual y que, por tanto, la contemplación del mismo como materia idónea para la marca distintiva del elemento propio de la propiedad industrial suponga en el acervo común alguno de los nombres utilizados en este elemento social, ya que es muy distinto el empleo de partículas o expresiones que tienen un perfecto acomodo en nuestro idioma castellano o español y que, por ello, son frecuentemente utilizados y no tienen entonces la esencia o connotación diferenciadora que exige para entender materias idóneas de la marca del artículo 118 del Estatuto de la Propiedad Intelectual cuando, como ocurre en autos, se trata de una expresión, «Aquapark», que de por sí es una expresión proveniente del idioma inglés, cuyo significado es «parque de agua», pero sin que pueda entenderse que, hoy por hoy, tenga tal uso generalizado y, sobre todo, que cuando se constituyó la misma y se inscribió el nombre correspondiente no tuviera *per se* circunstancias alusivas a su novedad, a ostentar elementos individualizadores y perfectamente diferenciadores de otros similares, y todo ello con independencia de que, como la doctrina más especializada sostiene al punto, a través del tiempo pueda de tal forma divulgarse dicha expresión, que incluso llegue a términos de auténtica vulgarización y que pudiera, en cualquier momento, entenderse ese nombre alusivo a la marca como el uso corriente del lenguaje convencional

EXPRESIONES GENERICAS (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1992).

Cuando existen dos entidades dedicadas a la misma fabricación, una expresión genérica, en este caso titán, no puede aparecer incluida en el nombre de ambas, prevaleciendo la que tenga registrada, aunque la expresión titán aparezca en el nombre que posteriormente pretende utilizarla unida a otra palabra, en este caso Titanroda, pues induce a pensar a la posible clientela que esta última entidad es sucursal de aquélla.

COINCIDENCIA DE MARCAS (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1992).

La coincidencia de marca ha de ser de tal naturaleza que produzca confusión en el ámbito mercantil, y se han de tener en cuenta para ello todas las circunstancias de las gráficas, formas y el color de las letras, acentos o que las palabras que componen el nombre aparezcan unidas o separadas y, a más que identifica la marca, si es marca de fabricación o sólo rótulo de establecimiento.

NATURALEZA DE LA ACCION DE NULIDAD DE UNA MARCA (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1990).

Aunque la concesión indebida de una marca supone la nulidad de la misma, esta acción de nulidad, consecuencia de una actividad inadecuada de la administración, no es pública ni puede ser ejercitada por cualquiera, sino por personas que por tener registradas otras marcas similares, se crean directamente afectadas por la nueva concesión.

DIFERENCIACION DE MODELOS DE UTILIDAD (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1989).

Traigo a colación esta sentencia por la doctrina que transcribe de las Sentencias de 29 de marzo y de 6 de diciembre de 1961, dos concordes, en sus fundamentos de derecho y que dice así:

«El Tribunal Supremo ha declarado que el hecho de que en el objeto reivindicado en un modelo de utilidad existan elementos integrantes de otros modelos registrados o de dominio público no es inconveniente para la inscripción del modelo reivindicado, dada la especial índole de dicha modalidad, que requiere tan sólo el logro de determinada innovación o variedad productora de algún concreto efecto beneficioso nuevo en relación con lo anteriormente conocido, y el requisito de la novedad no es imprescindible que afecte al objeto que se pretenda registrar en su conjunto, sino que basta que concurra en una de sus piezas o elementos, siempre que se produzca el resultado de perfeccionamiento o beneficio para la función que legitime su registro.»

PROTECCION REGISTRAL Y USO DE APELLIDOS EN LAS MARCAS (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1989).

El titular de una marca registrada tiene un derecho subjetivo de exclusiva utilización de su marca, el cual representa dos aspectos: uno positivo y otro negativo. El aspecto positivo implica que el titular de la marca dispone de las facultades de aplicar la marca a su producto, diferenciar sus productos en el mercado con la marca y usar la marca en la publicidad. En el aspecto negativo puede el titular prohibir a terceros que usen su marca. Este *ius prohibendi* del titular no sólo se establece en interés del mismo, sino para eliminar el riesgo de confusión entre consumidores y usuarios.

Estas facetas positivas y negativas no coinciden totalmente, pues mientras el aspecto positivo se ciñe estrictamente al signo tal como está registrado, el *ius prohibendi* tiene un ámbito más amplio, pues se extiende tanto a los signos iguales como a los confundibles y comprende también tanto los productos o servicios idénticos como los similares.

Sin que sea obstáculo para ello que la marca que se pretende hoy utilizar frente a la ya registrada sean los apellidos de quien la pretende, pues cuando los apellidos se incorporan a una marca trascienden su propio contexto de identificación de personas y se convierten en identificadores de los productos amparados por ella, por lo que si los apellidos del que pretende una marca, frente a la ya registrada, pueden confundir por similitud con los ya usados anteriormente, no pueden nuevamente ser usados como tales.

PODERES DE SOCIEDADES EXPRESIONES EXTRANJERAS COMPRESIBLES EN ESPAÑA POR SIMILITUD DE IDIOMAS (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1989).

No es necesario que un poder para un pleito concreto se inscriba en el Registro Mercantil previamente a la interposición de la demanda, y basta que la sociedad extranjera fije un domicilio en España (en este caso el del agente de la propiedad intelectual) a efectos del litigio para que no pueda prosperar contra ella la alegación de una infracción del artículo 268 de la Ley de Propiedad Industrial.

La consideración de carácter caprichoso de vocablos que no sean del idioma español está matizada en el sentido de que las palabras procedentes de idiomas como el italiano o el francés (de etimología latina), que pueden ser entendidas por el público con un significado preciso, no pueden ser valoradas como si de palabra extranjera se tratase y, por ello, no puede concederse una marca en España con una denominación que en francés signifique una clase queso en concreto.

CARACTER DE NOVEDAD DEL MODELO DE UTILIDAD (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1989).

El modelo de utilidad, para poder ser registrado, ha de reunir características de verdadera novedad, y no puede tan sólo limitarse a una simple yuxtaposición de elementos o características de dominio público al tiempo de solicitarse el registro.

EFFECTOS DE LA AUSENCIA DE DATOS DEL REGISTRO MERCANTIL EN LOS IMPRESOS DE UNA SOCIEDAD ANONIMA (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1992).

La falta de expresión en la documentación y correspondencia mercantil de una sociedad anónima no es causa que invalida la falta de legitimación pasiva, cuando se demanda a los socios en lugar de a la sociedad, si los demandantes pudieron conocer, como consta en autos que conocieron por otros medios, la existencia de la sociedad a quien debieron demandar y no a sus socios, pues en este caso de tal conocimiento (en el supuesto de autos demandante y sociedad que se debió demandar ya habían litigado con anterioridad) existe si se demanda a los socios auténtica falta de legitimación pasiva.

VIGENCIA DE MARCAS (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1992).

Las marcas están vigentes desde su inscripción en el Registro hasta su cancelación, que se produce mediante consentimiento de su titular o resolución judicial firme, y en este último supuesto lo están hasta que la sentencia exista.

Esta vigencia registral se rige por el principio *prior tempore potior iure*, de forma que, registrada en España una marca, no puede registrarse otra posteriormente ni usarse otra que se preste a confusión entre los consumidores con

la existente, aun cuando se encuentre la que se trata de inscribir *ex novo* inscrita en el Registro de Berna, y más aún si en la inscripción en este último Registro se hizo la salvedad de no poderse usar la marca internacional en España por existir otra registrada más antigua, por la propia disposición del artículo 6 del Convenio de la Unión de París.

PATENTES (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1989).

El derecho de patente se asienta sobre una actividad creadora, o cuando menos divulgadora, de lo no conocido y revestida, como tal, de una característica positiva, pues si bien el artículo 46 del Estatuto no requiere completa novedad de la invención para hacerla patentable, es menester que la perfección del procedimiento técnico ya conocido signifique una mejora importante y no secundaria o de detalle.

ADQUISICION DE MARCA· REQUISITOS Y EFECTOS DEL REGISTRO (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1987).

La propiedad industrial no se crea por la Ley, ni la inscripción constituye el derecho de la marca, pues el Registro sólo reconoce, regula y reglamenta el derecho que por sí mismos hayan podido adquirir los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, el uso o el registro, según los casos, conforme al artículo 1 del Estatuto, y no puede olvidarse que la inscripción condiciona el derecho al «uso exclusivo» de la marca, de constancia oficial y certeza a la toma de posesión de la misma, fija como fecha de su adquisición la presentación de la solicitud y crea una presunción *iuris tantum* de la propiedad que ampara al titular del certificado, hasta tanto que por el transcurso de tres años, acompañado de la explotación ininterrumpida de la marca o de su quieta posesión, con buena fe y justo título, se consolida a su favor el dominio, de forma que al actor que pretenda haberla adquirido con anterioridad por su uso extrarregistral, exclusivo y constante, con buena fe y justo título, corresponde la prueba de todos estos requisitos. Por otra parte, el uso a que se ha hecho referencia debe ser habitual y continuado, no aislado u ocasional, y ejercido de forma directa y personal y no por medio de entidad interpuesta.

CONFUSION EN EL CONSUMIDOR (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1990).

Cuando notoriamente coincide la marca inscrita con la no inscrita, no sólo en la generalidad de sus elementos estructurales en número y disposición de parejas, sino en aspectos tan destacados como el uso de un mismo tipo de envase, aunque tales elementos sean distintos si se observan en sus detalles con el detenimiento y precisión comparativa de sus elementos uno por uno, produce en el usuario, normalmente alejado de una minuciosa comparación, una impresión lo suficientemente indiferenciada como para que pueda hablarse de confundibilidad, la cual no se desvanece por el sabor del licor en cuestión, ya que es a la demanda inicial y al público en general, y no sólo a los adictos, acostumbrados a un sabor característico, ni a los que escrupulosamente se detienen en la lectura de las denominaciones y comparación detalla-

da de unos y otros productos, a los que va dirigida la protección legal, cuya promulgación obedece al propósito de evitar confusiones.

MARCAS (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1990).

El derecho al uso de la marca y su inscripción en el Registro es independiente del uso que de ella se haga en una actividad en concreto. Si como consecuencia de tal actividad (envasado de aguas en este caso) el usuario de la marca comete alguna infracción de las disposiciones que regulan la producción en el sector, ésta será objeto de la oportuna sanción, pero ello no le priva del derecho al uso de la marca ni a su inscripción en el Registro.

DETERMINACION DE SEMEJANZAS (Sentencia de 8 de junio de 1991)

Al no establecer la Ley reglas precisas y concretas en orden a la determinación de las denominaciones semejantes, ha de ser el tribunal *a quo* al que compete fijar en cada caso su criterio, mediante el estudio comparativo hecho en la instancia, que ha de ser respetado en casación, mientras que no se demuestre que sus decisiones son contrarias al buen sentido, demostración que no sólo no se ha hecho, sino que no cabe posibilidad de hacerla.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de diciembre de 1985, 1 de julio de 1987 y 26 de diciembre de 1988, entre otras) tiene declarado que para que dos distintivos sean comparables como marcas no es suficiente cualquier grado de semejanza gráfica o fonética, sino que ha de ser de entidad suficiente para inducir a error o confusión a los consumidores o que perjudique a los terceros interesados, y cuando se trata de rótulos de establecimientos, por ser más reducido el ámbito territorial en que producen sus efectos, al señalar el legislador en el artículo 212 del Estatuto de la Propiedad Industrial la exclusión del «que no se distinga suficientemente una denominación registrada como marca. », no está previniendo el supuesto para su denegación una simple semejanza, tal y como ocurre para las marcas en el número 1 del artículo 124, sino que para ser denegado precisa una «semejanza cualificada», ya que la afinidad de los productos, clasificados o no en el mismo número del nomenclátor, puede tener una eficacia de segundo grado, o puede ser un elemento coadyuvante cuando la posibilidad de confusión fonética o gráfica resulte muy ajustada, pero no cuando no exista posibilidad de confusión.

USO COMO MARCA DE APELLIDOS EXTRANJEROS (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1991).

El Estatuto de la Propiedad Industrial prohíbe la admisión al registro como marcas los apellidos que no sean los del propio solicitante, a no mediar la debida autorización, careciendo de relevancia la nacionalidad de origen del apellido y el que en España sea más o menos conocido. Por otra parte, si la solicitante de la marca lo hizo sin autorización, a tal fin concurren todos los requisitos de inadmisibilidad de la marca consistente en un apellido extranjero y no propio del solicitante a registro, mucho más si el apellido en cuestión se

usa como marca por su portador y está acreditado en España como tal, que es conocido por haber ganado una medalla olímpica.

DECLARACION DE NOVEDAD (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1991)

Partiendo de la doctrina jurisprudencial que proclama que la declaración de novedad es una cuestión fáctica, cuya apreciación corresponde al juzgador de la instancia, como así se tiene en cuenta la que se pronunció, sobre la determinación de que aquélla responde a un juicio valorativo de los elementos aportados, la conclusión a la que se llega es idéntica, dada la valoración, la Sala de Apelación efectuó especialmente de las probanzas periciales, para pronunciar una decisión dotada de plena lógica y convicción y con la precisa adveración probatoria

La novedad debe consistir en mejoras de la efectividad, seguridad y utilidad técnica, y tanto en su estructura como en su actividad funcional, no tratándose de mejoras no diferenciadas o de ínfima entidad, que no evitarían la comisión del plagio, sino de aportaciones industriales estimables, modificaciones sustanciales y de acreditada ventajosidad.

La actividad casacional no debe estar marcada por una marginación deliberada de los hechos probados, valorándolos el recurrente por su cuenta.

IDENTIFICACION DE MARCAS. SE HA DE TENER EN CUENTA LA GLOBALIDAD DE LA MISMA (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1991)

Se trata de dos marcas morfológicamente consistentes en sendos monosílabos, carentes de significado conceptual, dos de cuyos fonemas son iguales, variando únicamente el tercero (GER y GET), y participando de la semejanza fonética propia de las palabras monosílabas, en las que únicamente varía la consonante final; semejanza que posiblemente sea apreciable por los consumidores de tipo medio, ajenos a disquisiciones y distinciones filológicas o etimológicas, más al alcance de los especialistas en la materia que de la mayoría de los ciudadanos. Pero no se puede olvidar que, en el caso que nos ocupa, se trata de marcas de índole mixta compuestas del vocablo y de unas particulares representaciones gráficas, circunstancia que obliga a poner en juego todos aquellos elementos que en conexión con el signo expresivo de cada marca pueden tener influencia en la posible confusión que en el mercado se produzca, que en los casos de marcas combinadas o mixtas, integradas por fonemas con la adición de formas especiales de representación gráfica, la confundibilidad habrá de ser dilucidada tomando todos los elementos en su conjunto y, por tanto, ateniendo no sólo a la parte denominativa, sino también a las figuras o dibujos de las instituciones en pugna, estudio conjunto que habrá de conducir a la determinación real de si es posible que se produzca error entre los consumidores, error o confusión que en último término es lo que trata de evitar el ordenamiento jurídico

DENOMINACION DE ORIGEN (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Cuando no consta que la parte demandada tenga la protección registral de sus rotulaciones, rotulaciones que la actora estima atentatorias contra sus

títulos registrados, pero siendo tales rótulos una simple indicación de denominación de origen sin etiquetas individualizadoras, del que todos los fabricantes de esa comarca o localidad pueden beneficiarse, conforme a los artículos 244 y 245 del Estatuto de la Propiedad Industrial, sin que, por el contrario, puedan monopolizarse por nadie en cuanto a que constituyen no sólo denominaciones genéricas, sino al propio tiempo regionales o geográficas proscritas por el artículo 124, números 5.º y 6.º, siendo por ello terminante que en cuanto a tales literaturas no puede verse la parte que registró sus marcas protegida en sus titulaciones si éstas están compuestas por vocablos de la denominación de origen, por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el que usa en sus marcas la propia denominación de origen corre el riesgo de ver usado el vocablo genérico o de denominación geográfica por terceros, sin que pueda esgrimir las acciones que reglamentariamente le corresponderían, apoyadas en la protección registral, en otro caso.

F. J. F. F

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

SOLDEVILLA VILLAR, ANTONIO: *Derecho agrario. Lecciones para un curso* (volumen II, parte especial 1.^a), Valladolid, 1992, un tomo de 562 páginas.

Hace poco y en esta misma Revista dábamos cuenta de la aparición de la parte general de esta obra, reseñando su contenido y el propósito del autor de seguir adelante en la tarea.

Y aquí está, cumpliendo su promesa con prontitud matemática y un tanto prusiana. No sé por qué se atribuye a los germánicos esa virtud de la precisión y, en cambio, se nos achaca a los españoles el vicio de la indolencia. El caso es que así se dice.

Pero Antonio Soldevilla, español por los cuatro costados, nos ha resultado un trabajador infatigable, como acaba de probar una vez más, después de muchas otras obras. Y aquí continúa, dispuesto a acabar la «obra bien hecha» de este curso de Derecho agrario.

En principio la dedica a sus alumnos de la Escuela Universitaria de Ingeniería Agrícola de Valladolid, pero nos viene muy bien a todos los que sentimos interés por la materia. Es de resaltar, además, que este tomo apareció en el plazo anunciado pese a los elementos adversos contra los que tuvo que luchar el autor, concretados en una enfermedad inopinada e inoportuna. Bueno, todas lo son, excepto las fingidas, pero en este caso fue bien cierta y parecía de cuidado. Afortunadamente no fue así, loado sea Dios.

De entrada digamos que, además de romper nuestra fama de informales, el autor plancha aquí también ese conocido refrán castellano de que nunca segundas partes fueron buenas. Pues este volumen segundo sigue el tono sencillo y didáctico de la parte general que le precedió, pero muestra igualmente una gran base doctrinal y buena eficacia expositiva, que hace también claro y provechoso su estudio.

Como dice el autor en la presentación, este volumen es el «más agrario» de los que forman la obra por su contenido, ya que comprende la propia relación jurídica agraria en sus tres apartados de sujeto, objeto y contenido; igualmente se estudia el objeto que ayer era la tierra y hoy se extiende a los cultivos químicos e hidropónicos, por último se estudia la trilogía de la producción, la estabilidad y el desarrollo agrario.

Bajo este esquema, en apariencia sencillo, Antonio Soldevilla desarrolla un denso temario bajo la faceta académica de lecciones. De la 10 a la 14 se dedican al sujeto de la relación.

Desfila en primer lugar el agricultor individual, prototipo y soporte de la genuina titularidad de los derechos y obligaciones dimanantes de la actividad agraria, donde desentraña los conceptos del cultivador en sus diversas clases hasta llegar al agricultor profesional, para después contemplar la agricultura a tiempo parcial y el llamado «agricultor principal» de la CEE, figuras cada vez más usadas en la terminología actual.

Lo normal en nuestros campos es que la agricultura no se desarrolle por un individuo aislado, sino incardinada en el núcleo primario y fundamental de la familia. La empresa familiar es la más corriente en España y así se estudia, exponiendo la normativa especial del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria, que no ha conseguido un especial arraigo en nuestros ambientes.

El asociacionismo como remedio y como eficiente ayuda para mejorar la producción es contemplado extensamente en este libro bajo sus diversas figuras, en especial las cooperativas y las sociedades, entre éstas las llamadas Sociedades Agrarias de Transformación.

El objeto de la relación jurídica agraria, fundamentalmente, es la tierra, base física y sustento del cultivo. Explica Soldevilla el concepto y el contenido de las principales acepciones bajo las que puede contemplarse el suelo, delimitando bien las ideas de finca y parcela. La explotación es algo más complejo, pues comprende los elementos de cultivo que se añaden a la tierra. Y luego hay otro concepto distinto y superior, de tinte económico-jurídico, que es la empresa, en donde entran, además de la explotación, el capital y la organización. Ciertamente bien expuestos, estos conceptos suponen una importante aclaración de las ideas un tanto confusas que suelen circular sobre ellos.

Se completa el estudio de la relación jurídica agraria abordando su contenido típico, consistente en su finalidad básica que es la producción. Y aquí el autor trata del cultivo y la obligación de cultivar y a veces de mejorar que tiene el agricultor, plasmada en diversos preceptos legales. Y dentro de este espacio se incluyen temas tan importantes como el acceso a la propiedad, unidades de cultivo, regulación de precios, seguros, planificación agraria y la comercialización y transformación de los productos agrarios.

Tras dedicar otra lección a la organización de la agricultura, sin olvidar el candente tema de la fiscalidad de la empresa agraria, emplea otros dos capítulos en contemplar las importantes y conexas actividades de la ganadería y la propiedad forestal, de compleja regulación.

Como final de este volumen se recoge el llamado desarrollo agrario, que viene a ser la síntesis de los antiguos reformismos agrarios y las modernas actuaciones integrales. Aquí Soldevilla hace un completo estudio de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, que, de momento, sigue siendo la Ley básica o «marco», como se dice ahora. Digo de momento porque cada vez se le tiran más feroces mordiscos desde el frente de las normas autonómicas. El propio Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, el IRYDA, ya ni siquiera se sabe si existe o no, pues ha quedado subsumido, en la última reorganización ministerial, en una denominada «Secretaría de Estructuras Agrarias».

Con todo, animosamente Soldevilla nos expone el contenido de dicha Ley régimen de las tierras, unidades mínimas de cultivo, actuaciones en comarcas o zonas, concentración parcelaria, permutas forzosas de tierras y ordenación rural y de explotaciones.

Claro que todo lo anterior vale en cuanto se salva de la invasión de las normas autonómicas a que nos hemos referido y que el autor también recoge y expone. Hasta ahora se han dictado leyes regionales sobre el desarrollo agrario en Andalucía, Aragón, Extremadura, Galicia y Castilla y León, las cuales habrán de tenerse en cuenta.

Como hemos visto, este libro tiene una muy amplia temática en cuanto que era obligado recogerla en un texto académico, pero además puede ser muy útil para todo profesional que haya de tocar la materia agraria.

Así que esta «segunda parte» es buena, francamente buena, y nos hace esperar ahora una tercera parte, igualmente buena, que complete y cierre la obra.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BERTACCHINI, ELISABETTA: *La responsabilità illimitata nel fallimento per estensione*, Giuffrè, Milano, 1991.

Constantemente vemos ocupar mayores espacios legislativos a sociedades unipersonales de responsabilidad limitada e incluso acceder a tal especie de responsabilidad a empresarios mercantiles y agrícolas en un posible intento de facilitar el desenvolvimiento económico al reducir los efectos, considerados temibles, el vetusto principio de la responsabilidad ilimitada. Por ello sorprende la obra que llega a nuestras manos, en la que mediante un estudio tan profundo como minucioso, repleto de sutiles e impecables razonamientos, nos muestra, como ya lo proclama la *Relaciones al Re* que encabeza el Código italiano, que la regla general es la responsabilidad ilimitada, que la limitación sólo es aplicable a concretos y determinados supuestos en los cuales apenas se rebasen los límites, reaparece el vigoroso principio de la tutela de los acreedores que es la responsabilidad sin fronteras.

Nuestra autora parte de las consecuencias últimas, la quiebra por extensión, aplicada por analogía a muchos más casos que los estrictamente enunciados en el artículo 147 de la italiana ley *Fallimentare*, en el que se dispone que la sentencia que declara la quiebra de una sociedad con socios de responsabilidad ilimitada produce, automáticamente, la de los indicados socios, incluso la de aquellos cuya existencia haya sido conocida con posterioridad a la sentencia.

La disposición, sometida a muchas críticas y aun considerada en estado de posible reforma, se justifica desde varios ángulos. se adopta, en ocasiones, la postura de considerar empresarios indirectos a socios no gestores y que carecen de los requisitos subjetivos y objetivos necesarios para ser considerados comerciantes; en otras, aun siendo sólo subsidiariamente responsables, se les estima presuntos insolventes, pues debieran haber impedido la bancarrota de la sociedad cuyo patrimonio está sujeto a excusión; también se presenta como una solución que, congelando patrimonios, pase a ser una medida de protección tanto para los acreedores sociales como para los personales.

Que una persona pueda quebrar no por su personal insolvencia, sino por la de otros, es regla de muy antiguos orígenes que en el período codificador fue objeto de reexamen. La *societas* romana no implicaba autonomía patrimonial, aunque era evidente la tendencia a la subjetivación. En el Medioevo se produce una involución. la *universitas* se resuelve en la pluralidad de sus miembros y en las mercantiles, como garantía superior, se establece la solidaridad. Incluso en algún Estatuto la responsabilidad se extiende a próximos parientes, consecuencia, todo ello, de la carencia del concepto de persona jurídica que lentamente va elaborándose.

Cuando en el siglo XIX aparece ya plenamente delimitado tal concepto, empieza a dudarse de la *ratio* de la extensión de la quiebra a socios que debieran ser simplemente responsables. Los primeros Códigos no contienen

indicación sobre ello, que aparece en el italiano de 1865 seguido por el español de 1885. En cambio, Alemania e Inglaterra y legislación afín a la primera separan expresamente las quiebras de la sociedad y las de los socios subsidiariamente responsables.

No hay que olvidar que a las sociedades personalistas en Italia no se las considera personas jurídicas, aunque disfrutan de reconocida subjetividad. Pero aun en este caso los socios no son originariamente responsables ni las prestaciones, salvo las económicas, son idénticas. Las anómalas disposiciones de extensión, que sobreviven en el CC de 1942 (que tuvo muy en cuenta doctrinas germanas) parecen sólo justificarse en consideraciones prácticas encaminadas a garantizar a los acreedores en estados profundamente patológicos.

Las consecuencias de tal extensión alcanzan zonas muy extensas: si el artículo 2.269 del CC italiano hace asumir al nuevo socio de las personalistas la íntegra responsabilidad de todas las obligaciones anteriores, otros sancionan al comanditario que haya violado una sola vez la prohibición de injerencia en la gestión con la propia responsabilidad solidaria e ilimitada; el único accionista (posición ahora adoptada en España por la reforma de la LSA) queda también afectado por la propia situación. Aunque es de advertir que las doctrinas relativas a la comanditaria se hallan en trance de revisión y si ciertas legislaciones —como la alemana— permiten al comanditario ser apoderado y la doctrina considera la sanción excesiva cuando la injerencia es meramente accidental, no sistemática o continua, por lo que entiende que la responsabilidad debería limitarse a la obligación contraída; y respecto del socio único, accionista, la misma debería entenderse circunscrita al período en que ostentó tal calidad. En el fondo, estima Bertacchini, se halla siempre la pervivencia del principio de responsabilidad ilimitada que reaparece apenas se produce el menor abuso de la personalidad jurídica, del paso de fronteras de la institución beneficiada con la limitación de responsabilidad. Y es de advertir que en los momentos actuales, considerada la persona jurídica como un simple instrumento de lenguaje que ampara complejas relaciones jurídicas relativas a personas físicas, el instituto queda algo devaluado. Jamás la subjetividad de la persona jurídica debe considerarse de igual naturaleza que la de las personas físicas.

Respecto a la extensión de la quiebra del comanditario, la jurisprudencia italiana —dentro de cierta confusión— la excluye en los casos en los que la inmisión está concretada a simples actos ejecutivos, no de dirección o gestión, postura que acepta Bertacchini, que señala que, más que de alteración del tipo social, la *ratio* de la norma es la simple tutela de acreedores. En relación al socio o accionista único, Bigiavi sentó ya las doctrinas del empresario oculto, del socio tirano o soberano, aun en los supuestos de sociedad plural revividas en el *maitre d'affaire* de las doctrinas francesa y belga. Se ha hablado de «supersociedad», de distinción entre sociedad «etiqueta» y sociedad «operante», de abuso de la personalidad jurídica o del negocio en fraude de ley, por Ascarelli. Incluso se ha atribuido la condición de empresario indirecto al financiador de la sociedad. Pero en todo ello la casuística nos ofrece una inmensa variedad de supuestos en los que en ocasiones es difícil realizar claras distinciones.

El socio, separado, como el excluido o el difunto, parece que sólo deberían responder de los actos anteriores a los indicados hechos. Pero puede haber separaciones, producidas ya en previsión de bancarrota, que deben considerarse fraudulentas y por ello la doctrina admite la posibilidad del *fallimento*

por extensión. No faltan posiciones que, en atención a retroacciones, señalan plazos mientras que otros proclaman la necesidad de separar la quiebra individual de la social.

También transformaciones y fusiones pueden encubrir deseos poco susceptibles de protección. Las situaciones son extraordinariamente complejas. La publicidad —como en el caso anterior— y el derecho de oposición reservado a los acreedores juegan un papel importante en las escasas resoluciones jurisprudenciales en las que también el casuismo, la concreta realidad de lo ocurrido, es factor determinante.

Como hipótesis límite debemos referirnos a las operaciones realizadas por los socios antes de la inscripción de la sociedad en el Registro y las de los socios-administradores después de disuelta la sociedad, en período de liquidación. En el primer caso hay que destacar que la mejor y mayor doctrina italiana (Ragusa-Maggiore, Cottino, Ferri...) estima en que no hay operaciones sociales antes de la inscripción, oponiéndose con ello a la doctrina de nuestra Dirección General y a la dudosamente legal del vigente Reglamento del Registro Mercantil, aunque es cierto que algún autor admite la existencia de la anónima antes de tal hecho. Por ello, para que exista responsabilidad de sociedad y socios, precisa la inscripción, la ratificación por la sociedad y que los actos no sean de los necesarios o indispensables para el proceso de constitución. Sólo puede considerarse admisible la quiebra por extensión con los referidos condicionamientos.

En cuanto a los actos de socios-administradores después de la disolución es también admisible tal extensión. Si los administradores no son socios, sus actos para nada afectan a la sociedad.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

GALLO, PAOLO. *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1982.

El estudio no sólo es extenso y detallista, sino de considerable densidad, aunque el autor, con fluida pluma y un diluvio de atractivos ejemplos, consigue hacer grato e interesante. La materia, muy conocida y tratada en nuestros días, todavía constituye una masa algo informe sin nítidos perfiles y una brújula con norte preciso. En once capítulos y una conclusión se analizan todos aquellos institutos que buscaron su fundamento en las conocidas tesis de la cláusula *rebus sic stantibus*, la base del negocio, la presuposición y otras y que se ligaron a nombres como los de Winscheid, Oertmann o Larenz y denominaciones abundantes, según los sistemas jurídicos, muchas de ellas casi misteriosas. *Frustration*, *Impracticability*, *Unconscionability*, *Hardship*, *Aequivalenzstörung*, *Unequality Bargaining Power*, *Zweckveretelung*, *Geschäftsgrundlage*, y su *Wegfall*, *Economic Ruin Test* y un amplio etcétera.

La legislación, en este tema, se ha mostrado dama recatada, a diferencia de jurisprudencia y doctrina. Las citas de Gallo son infinitas y sus páginas constituyen una valiosa aportación al propósito de hallar sendas seguras al enigma planteado que, esencialmente, se centra en el mítico principio *pacta sunt servanda* y las opuestas y escandalosas posturas que proclaman su Guadalete y nos lo presentan como una simple fórmula declamatoria, una *coquille vide*, en la que las excepciones han pasado a ser la regla general.

Que es de carácter supranacional e incluso excede la diversidad de sistemas jurídicos lo evidencia la obra que, aunque centrada en el Derecho italiano, se extiende considerablemente por los ámbitos francés, germano y de países de *common law* en los que se producen hechos paralelos y, con diversidad de nombres, se alcanzan soluciones idénticas. Es de lamentar que ninguna referencia relativa a España aparezca en la obra, pese a que ya desde lejanos tiempos el fabuloso ingenio de Dualde y las memorables incursiones de Puig Brutau por las vías germanas y del *common law*, con los amplios desenvolvimientos posteriores, los hacían acreedores de cierta atención.

El juego versa sobre la desigualdad de las prestaciones que permite la libertad contractual y se desarrolla en tres estadios: el *ex-ante*, el desequilibrio anterior a la ejecución del contrato; el *in itinere*, el de mayor frecuencia y relevancia, y el *ex-post*, que trata de solventar enriquecimientos injustos.

En el primero de los citados estadios el desequilibrio se apoxima en muchas ocasiones, a los vicios comunes, error dolo, etc., o, a título de exhibición, al *common mistake* o *gemeinsamer Irrtum*. La afinidad, a veces, es tan profunda que ni la orfebrería de Gallo basta para distinguir especies en esta fronda jurídica.

Sus disgresiones históricas son, esencialmente, modernas. Pero ya nos recuerda que jurisconsultos romanos estimaban la imposibilidad originaria excusa válida para el incumplimiento, sin indemnización, del contrato. La sobrevenida no tuvo tanta fortuna, aunque anota que filósofos y literatos —entre los que cita a Séneca y Cicerón— la consideraban digna de amparo. Aunque la revocación de donaciones por divorcio o supervivencia de hijos fueron reconocidas en épocas relativamente primitivas y la actividad pretoria y la *restitutio in integrum* asumieron papeles destacados, la rescisión por lesión *ultradimidium* sólo aparece en 285, rescripto de Diocleciano y Maximiano.

Las orientaciones cristianas, en especial la difusión por el tomismo del principio de justicia conmutativa que ya procalamaba Aristóteles, permitió, en el Medioevo, el desarrollo paralelo de la lesión y de la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, aunque ambos institutos son simples facetas de una unidad. La última dio lugar a la *reductio ad aequitatem*, el restablecimiento de la equivalencia de las prestaciones, pues era notoria la diferencia entre los dos tipos de contratos señalados por Bartolo. los *qui in unico momento perficitur*, como la venta del caballo al contado, de los *qui tractum successivum habent*, los que frecuentemente exigían *reductio*. Gallo nos dice qué poco sabemos de los medievales estudios sobre el tema, pero no parece arriesgado estimar una amplia aplicación.

La vaguedad del concepto, la indeterminación de sus límites, hacen que la citada cláusula sea sólo reconocida, en tiempos modernos, por el *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, de 1756, y el prusiano *Allgemeines Landrecht*, de 1794.

Pero ya en aquellos tiempos la sociedad ha absorbido el enciclopedismo y sus ideas liberales y el *pacta sunt servanda* es elevado a principio divino y por ello las más importantes codificaciones del siglo XIX, el *Code* y el *BGB*, ni siquiera mencionan tal cláusula. Pero pronto, en especial en los países de mayor o más precoz desarrollo industrial, como en Inglaterra, se pone de manifiesto la falsedad del principio de la igualdad de los contratantes, que parece implícita en la idea de libertad; se constatan injusticias estridentes pero sólo, excepcionalmente, alguna jurisprudencia se aparta de unas concepciones profundamente asumidas. Leyes especiales, que lentamente se multiplican,

aportan excepciones en especial en contratos de obras o suministros —algunos esenciales para el normal desenvolvimiento comunitario— y cláusulas expresadas de revisión van apareciendo en contratos de ejecución periódica o prolongada hasta pasar a ser de estilo y considerarse implícitas. Incluso muchas posturas se realizan con el pensamiento puesto en la futura revisión. Ello origina un *revirement* doctrinal y jurisprudencial que deja de limitarse a la simple indexación, a las rentas vitalicias de alimentos, *bail a nourriture*, o a los citados contratos de dilatada ejecución. Las leyes especiales dejan de ser excepcionales. La *force majeure* o la «imprevisión» adquieren notorio relieve y suponen resquebrajamientos de la muralla.

En Alemania aparecen los propios problemas que también solventan leyes concretas y, sobre todo, la jurisprudencia amparándose en la norma relativa a la buena fe, *Treu und Glauben*, establecida en la BGB, que proporciona una amplia posibilidad de maniobra, a diferencia del *Code* que, salvo excepciones, ni siquiera recogía la rescisión por lesión. La galopante inflación producida por las dos grandes guerras motivan un considerable desarrollo doctrinal. presuposición, bases del contrato, frustración de las expectativas de las partes y los nombre de sus autores adquieren dimensión internacional. No es posible detallarlas y casi ni enunciarlas, pero su influjo en la jurisprudencia es tan grande que se ha escrito que las excepciones constituyen la regla general. Italia seguía la tradición napoleónica que algunos estudiosos intentaron revisar con motivo de la redacción del Código de 1942, pero sólo consiguieron que éste incorporara a su texto una norma general de posibilidad de resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida y numerosas excepciones concretas completadas con leyes especiales (seguros, obras, suministros, arrendamientos, venta a plazos...) que también implicaban una fractura considerable con la postura tradicional.

En los países de *common law* el equilibrio de las prestaciones no se estima esencial para la validez del contrato: basta la existencia de cualquier *consideration*, aparte contratos formales o de índole particular. Pero consecuencias evidentemente inicuas, sobre todo la *duress of goods*, los bienes transferidos realmente sólo a título de garantía o en estado de necesidad, las *unconscionable transactions* de los débiles mentales, la *undue influence* en los casos de prepotencia de una de las partes, los *salvage agreements* y otros motivaron también una profunda reconsideración de la materia. Lord Denning intentó construir el concepto de *Unequality of bargaining power*; se recuerda que ya en 1844, en Boston, Story había hablado de *Basis of contract* y el problema de la distribución de los riesgos y la adecuada retribución de la actividad son materia de especial estudio por la Escuela de Chicago, capitaneada por Posner, que la aceptación tradicional del *act of God* concordaba con la imposibilidad sobrevenida, que el concepto de *hardship* era paralelo en efectos a la *rebus sic stantibus*; la frecuente inserción en los contratos de cláusulas tipo *lost or no lost* y en las inmobiliarias, singularmente las *if an o more or less*, etc. Gallo nos sumerge en un verdadero mar de *case law* y detalla los que han adquirido la categoría de *leading*.

Códigos recientes, como Holanda, Grecia o la desaparecida RDA, contienen normas más generales y expresivas. Pero el problema, fundamentalmente de política jurídica, todavía constituye una informe galaxia jurídica. Nuestro autor, en los últimos capítulos, aborda serenamente, pero con valentía, las directrices e instrumentos adecuados para la gestión del riesgo contractual; su asunción por alguna de las partes, según sea o no trivial, su posible distribu-

ción entre los que forman la cadena productora para ser absorbido, finalmente, por los consumidores o beneficiarios, recordando siempre que en todos los contratos subyace un *alea* que, de no ser excesiva, debe ya ser prevista por el promitente y asumida por él mismo. Pero lo difícil es trazar medidas exactas, adoptar criterios generales, determinar la cuantía y modalidades de la revisión, lo que sólo parece posible cuando *die Erfüllung nicht mehr zumuten ist*. O sea, la imposibilidad de generalizar, pues *tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare*.

Para el legislador es muy cómodo que el juez, médico generalista, asuma funciones discrecionales o arbitrales en derecho de familia y obligaciones, principalmente, que más que asesoramientos requieren una cuidada especialización. Pero lo cómodo no siempre es lo adecuado. En estos momentos y en el campo del derecho de sociedades vemos cómo se confiere valor de sentencias inapelables a actuaciones de auditores que por ser elaboradas exclusivamente sobre documentos no pueden ni detectar las frecuentes «contabilidades B» ni constatar la realidad de lo facturado, tanto en existencia como en cantidad o calidad, amén de otros aspectos que es mejor dejar escapar por la gatera de nuestra vieja memoria.

El panorama que Gallo intenta despejar es un conjunto de difícilmente disipables negros nubarrones, tan oscuros que para Eugenio d'Ors constituirían un festín. Nada de «obra bien hecha» o Teresa la Bien Plantada. Gallo intenta ofrecer un verde valle oliendo a fresco y con sendas suaves. Pero no pasa de ser un mundo de ilusiones.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

AVILA NAVARRO, P : *La representación con poder* (Estudio de Derecho notarial y registral), Editorial Civitas y Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1992.

He querido expresamente recensionar este libro o monografía porque desde que salvé el obstáculo de la oposición me he considerado como entendido en el tema. Pero a medida que el tiempo ha ido transcurriendo he comprobado dos cosas: que algunos de los que me han rodeado no tenían clara la idea de —por ejemplo— la proyección de la representación orgánica de las instituciones (cosa que me llenó de temblores y zozobras) y la otra, mi ignorancia respecto a dos problemas que me resultaban contradictorios con mis conocimientos: uno, el poder o mandato irrevocable, y otro, la prioridad que genera un contrato de compraventa hecho sobre la base de un poder verbal y presentado en el Libro Diario del Registro. Creo que tengo más ignorancias y el que se atreva a leer esta recensión va a descubrirlas.

Por supuesto que no voy a contar aquí nada de mi «perplejidad» ante el desconocimiento de la representación orgánica, ni creo que me voy a aventurar en lo del poder irrevocable, pero sí pienso dedicar unos párrafos a ese tremendo tema del «poder verbal», al que el autor le da una cierta solución que me ha servido de guía y orientación en un caso concreto.

Manifestando mi propósito y la razón de esta recensión —a la que podría añadir mi amistad con el autor—, voy a ver si doy una visión general de la obra para orientación de los posibles lectores. Anticipo que PEDRO AVILA NAVARRO —a diferencia de su padre— es hombre con un gran sentido del humor y

lo está demostrando en ese Boletín del Colegio Notarial de Granada, donde en breves pero sustanciosos artículos profundiza en la forma y el contenido de los instrumentos públicos. Le he animado a que eso forme una publicación especial, pero no sé si me hará caso. A mí ya la gente me hace poco caso. También me gustaría apuntar que PEDRO AVILA NAVARRO tiene una peculiar forma de exponer materias, pues contempla el lado dogmático de la cuestión y el caso práctico, o, lo que es lo mismo, el concepto y la práctica del Derecho, tratando, como dijo ESSER, de salvar el foso que los separa echando tierra jurídica para unirlos.

Al acierto de la publicación se le unen los alicientes que Civitas pone en estos cuadernos —libros de bolsillo— con una cuidada impresión y un respeto a los esquemas expositivos del autor. Siete partes o capítulos constituyen la obra y no me atrevo adelantar temas, pues mi propósito es respetar el orden del autor. Sólo diré que al sumario inicial se le «colofona» (palabra que me podría haber valido una semana de «Cárcel de papel») con una bibliografía abundante y precisa en la materia.

A) INTRODUCCION Y SISTEMATICA

El autor explica la importancia de la actuación jurídica mediante el apoderamiento y diseña las distinciones tradicionales de que se sirve la doctrina para la exposición de la materia. la intervención instrumental con poder, sin poder, con poder insuficiente y con poder no acreditado. Son esquemas fijos de difícil superación, por lo que con los debidos ajustes de su sistemática los va incrustando en los diversos capítulos de la obra.

Abre marcha en este «arranque» las exigencias que la norma tiene para la intervención con poder: capacidad, forma, suficiencia y subsistencia, que son precisamente los elementos que debe tener en cuenta el Notario al redactar el instrumento y fundamentales para la calificación del Registrador a la hora de juzgar la validez o nulidad del acto.

Yo recuerdo con cierta nostalgia de viejo opositor aquel trabajo que MARTÍNEZ SANTONJA hizo y tituló: *Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción*. Obra que respondía a la necesidad que el autor destaca en labor notarial y registral. Por cierto, no la he visto citada en la bibliografía, aunque estoy seguro que el autor la ha leído.

B) CAPACIDAD DEL APODERADO

Dos son los temas que se agrupan en torno a esta exigencia legal: la identificación del apoderado y la capacidad. En lo primero destaca los requisitos en la escritura de poder y en el documento que se otorga como consecuencia del poder, es decir, la credencial y la actuación. Examina los casos del poder a un cargo, el poder inscribible en el Registro Mercantil, el poder a personas jurídicas, etc. Luego estudia el requisito de la capacidad y concluye que la menor edad y la incapacidad que no son obstáculo para designarles como apoderados, pero, como es lógico, no podrán actuar hasta que llegue la mayor edad o desaparezca la incapacidad.

C) CAPACIDAD DEL PODERDANTE

Para su exposición juega el autor con el mismo esquema anterior y así distingue el reflejo de la misma en la escritura de poder y en el acto que se realiza. Más importancia tiene el problema de la capacidad, en el que se distingue la regla general (anulabilidad de los actos realizados sin capacidad y nulidad del poder mismo), y casos especiales de los prodigos, emancipados o afectos a una prohibición de disponer. Otro tema es el caso del poderdante como persona jurídica

D) FORMA DEL PODER

Fundamentalmente son tres los puntos claves que se abordan en este capítulo: la regla general de la exigencia de escritura pública, la representación en las actas notariales y la representación voluntaria de las personas jurídicas. Tiene trascendencia el segundo de los puntos, en el que el autor va distinguiendo entre las diversas clases de actas, según sean o no relevantes las circunstancias personales (de presencia, exhibición de objetos, de protocolización o de presencia de personas, referencia y notoriedad). Respecto a la representación voluntaria de las personas jurídicas, estudia con detenimiento cuatro puntos: el poder otorgado por el representante orgánico, la escritura pública, la inscripción en el Registro Mercantil y el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

E) SUFICIENCIA DEL PODER

Se trata de un capítulo amplio en el que se intentan recoger los múltiples casos que la práctica ofrece no sólo en la interpretación de voluntades, sino en la designación de facultades. Se arranca precisamente de la interpretación y aquí se precisa la doctrina apoyándose en resoluciones de la Dirección General que distinguen entre averiguación de voluntad y sustitución o integración de la misma, la especialidad del poder y la cautela y el rigor que debe tenerse en la interpretación.

En esta materia ha comenzado a aparecer en el ámbito en que me muevo una cláusula que precisamente parece intuirse del texto de la monografía: se legitima al apoderado para que «*pueda firmar toda clase de documentos públicos y privados*». Esta cláusula, a mi entender, es tan general que una de dos: o se estima que comprende todos los actos jurídicos imaginables o se entiende como complementaria para el ejercicio de alguna o todas las facultades «expresamente» concedidas. Creo que esta última es la solución, pues aceptando la otra pasamos del principio de especialidad del poder al de la generalidad.

Cinco puntos más abarca el capítulo y son el del poder de actos de administración (poder mercantil, poder para asistir a juntas, poder para arrendar, etc.), el poder para actos de dominio (transigir, enajenar, hipotecar, cancelar herencias, actos de riguroso dominio, disposición de gananciales, etc.), el poder en las sociedades capitalistas, las instrucciones del mandante y el ámbito especial.

F) SUBSISTENCIA DEL PODER

El autor basa su exposición en dos apartados: la afirmación del apoderado

y la afirmación de la otra parte. Pero es aquí donde a mí se me siguen planteando dudas en las que difícilmente veo claridades me estoy refiriendo a la «irrevocabilidad» del poder y a esos «testimonios» de poderes que pueden hacer risible la revocación del poder, cosa esta última a la que se refiere MARTÍNEZ SANTONJA en el trabajo citado. El autor apunta una serie de casos y da solución a la mayoría de ellos, pero a mí se me antoja que había que esforzarse en profundizar más, pues quizá este tema es el que permite mayores casos de posibles actos fraudulentos y la cautela y el rigor han de acentuarse más.

G) EXPRESION DE LA REPRESENTACION DEL INSTRUMENTO

Es la parte más amplia del estudio que comprende un conjunto muy importante de problemas, como es el de la justificación ante el Notario del poder, la expresión en el instrumento, la justificación por el sustituto, la justificación posterior o ratificación, actuación del mandatario en nombre propio, calificación registral de los poderes y el Registro y la representación no acreditada.

Me he limitado a enumerar los epígrafes, pues a mí el que más me preocupa y el que genera grandes problemas es el del «*mandatario verbal*» o el del poder inexistente. La práctica registral en forma tradicional ha sido —existan o no terceros posteriores— que cuando se presenta la ratificación ésta opera como documento complementario de la compra con mandato verbal y prevalece frente a todos los posteriores. Pero la cosa no debe ser tan clara, pues AVILA NAVARRO y GÓMEZ GALLIGO opinan todo lo contrario, ya que en el caso de que el acto otorgado por el apoderado, por una parte, y el poder o la ratificación, por otra, se presentan en el Registro en momentos distintos y, entre uno y otro, otro título incompatible referente a la misma finca, la cosa pone en tela de juicio la determinación de la preferencia.

Parece evidente que el contrato realizado invocando un «mandato verbal o sin poder alguno, genera un *ACTO NULO o inexistente*, pues el caso del mandato verbal lo excluye el artículo 1.280, 5, CC y el de la inexistencia de poder, pendiente de ratificación lo elimina el 1.259 CC. ¿Puede presentarse en el Diario un título nulo o inexistente? La contestación tiene que ser afirmativa, pues de lo contrario no tendría sentido la calificación posterior.

Pero el título nulo o inexistente no puede generar operación registral alguna (¿se estará refiriendo a este caso el art. 420, 2, del RH?), pero sí crea una apariencia de un negocio que ostenta prioridad sobre los posteriores que se presenten. Y esta prioridad la sustentará aun y a pesar de la calificación de insubsanable, pues siempre deben agotarse los sesenta días de vigencia del asiento de presentación y la posibilidad del recurso.

Presentada la ratificación y declarado *insubsanable* el defecto, es evidente que su efecto retroactivo no puede aplicarse aun y a pesar de los artículos 1.259, 1.727 y 1.892. Esta ratificación carece de virtualidad para imponerse a los terceros titulares de asientos intermedios, salvo que a la compra con mandato verbal o poder inexistente la consideremos como un negocio «incompleto» y consideremos que el título lo forman el documento que haga fe por sí o con otros complementarios (art. 33 del RH).

En un trabajo mío abordé el tema de la prioridad formal y sustantiva, y si hacemos prevalecer la ratificación frente a los titulares intermedios (anotan-

tes, hipotecantes, adquirentes, etc.) estaremos dando preferencia a una prioridad sustantiva, frente a la formal del orden de los asientos, pues aquí no se trata de inscribir un documento previo base de todos los posteriores, sino de convertir un acto nulo de pleno derecho en acto válido y preferente. El tema está ahí y el que quiera que coja el «testigo» y que nos dé la opinión. Yo quizá me haya excedido o salido de los límites que marca la recensión, pero creo que el problema es digno de ser tenido en cuenta. Para mí, en esto y otros puntos, la publicación ha sido de gran utilidad. Espero que lo sea para todos los que la tienen a su disposición.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MEDINA DE LEMUS, M.: *La venta internacional de mercaderías*, Editorial Tecnos, 1992.

Cuando uno recibe un libro de regalo se pone contento, ya que el libro y su envío supone la distinción que el autor le hace a uno por creer que sabe leer. Expresa o tácitamente viene la petición de un comentario crítico del libro. Con cierta prisa se escribe al autor, le da las gracias por el envío y surge la promesa de la recensión. Luego suele llegar el «arrepentimiento» de la promesa ante las dificultades del tema y contenido del libro. Y esto es en el fondo lo que me está sucediendo en este caso, pues si me hubiese limitado a dar las gracias, sin prometer recensión, me hubiera evitado tener que confesar públicamente mi ignorancia sobre la materia de la monografía. ¿A quién demonios se le ocurre meterse en este terreno sin el dominio del mismo? Me parece que era QUEVEDO quien decía que los que más prometen son los que menos cumplen, pero a mí de chiquitín me enseñaron que podía dudar antes de prometer, pero una vez prometido hay que cumplir siempre.

Creo que el tema, aun no siendo de mi parcela, es sugerente, difícil y de mucha actualidad, habida cuenta de nuestra posición europea y de la vinculación que la adhesión española prestó a la Convención de Viena (Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, BOE de 30 de enero de 1991). Si el mecanismo que va a solucionar el cambio de mercaderías o la exportación e importación de ellas reside en el contrato de compraventa, en el viejo contrato de compraventa, en cuya causa está el cambio de cosa por dinero, es evidente que plantea problemas de altos niveles, de variedad de legislaciones, de elementos formales, sustanciales, de cláusulas, de modalidades y hasta de fuentes a las que acudir en ayuda o en suplencia del principio de autonomía de la voluntad.

He apuntado alguna de las cosas que se me están ocurriendo al hilo de la lectura del libro, pero creo que me he quedado corto, pues al repasar el índice sumarial lo apuntado no es más que un balbuceo, ya que el contrato tiene unos elementos, un momento de perfección, unos tratos previos, los acuerdos preparatorios, los efectos posteriores del cumplimiento o incumplimiento del mismo y las posibles sanciones. Alguna otra cosa se abordará en la monografía, pero creo que sustancialmente he apuntado las cuestiones fundamentales que el trabajo ofrece.

La publicación lleva un índice sumarial, una clave de abreviaturas, ocho capítulos que estructuran la materia, una bibliografía muy abundante sobre el

tema y unos apéndices sobre normativa incidente en el tema que al final citaré. Respetando el orden expositivo, me voy a permitir agrupar materias para —en mi falta de dominio del tema— poderme defender. Es, por supuesto, una licencia que me tomo en base de la amistad, gran amistad, que me une con el autor, que, aparte de un gran jurista, es un bibliófilo de primera categoría. Yo, cuando a él y al grupo del que formo parte, les oigo hablar, me quedo siempre en el banquillo de los «suplentes». Vamos con la recensión.

A) ASPECTOS FORMALISTA Y SUSTANTIVO DE LA VENTA

Agrupo estos dos aspectos para poder resumir con cierta facilidad los tres primeros capítulos, el primero y el segundo sobre el aspecto formal, mientras que el tercero es el que afronta el sustantivo. Hay que introducir al lector explicándole la razón del Convenio de Viena, que, por supuesto, no resuelve todos los problemas que se plantean en la realización, perfección y ejecución de los contratos, pues existen otros que se encajan en el Derecho internacional privado, así como algunos que siendo sustantivos afectan a la capacidad, la representación, validez y competencias de tribunales. Estamos en la teoría del contrato, en su estática y en su dinámica.

Aunque sólo fuera enumerar los temas que se tocan en este apartado, ya el lector se da cuenta de la importancia de los problemas que rodean a esta modalidad de contratación. Surgen las normas en conflicto y la forma de solucionarlas, el principio de libertad de elección del derecho aplicable, el aplicable en su defecto, las cuestiones a que se extiende la ley que rige el fondo del contrato, las cuestiones sujetas a conexión autónoma y las normas de aplicación imperativa directa.

El autor hace cuatro importantes apeaderos para examinar primero la Convención de Viena de 1980, tanto en su proceso de formación como en el ámbito de aplicación. Los usos y las prácticas uniformes, las condiciones generales de la contratación (tema éste muy tratado en la Comisión General de Codificación, que no ha llegado a cristalizar en normativa) y la aplicación de todo ello en base de métodos interpretativos que permiten llenar las posibles lagunas de la Ley.

El aspecto sustantivo del contrato ya exige que el autor acuda a la clásica estructura expositiva de los elementos del contrato y la formación del mismo. Fundamentalmente surgen los problemas de los sujetos y su capacidad, la representación, el objeto, la causa y la prueba del contrato, para luego examinar la oferta, la aceptación, la perfección definitiva del contrato y el valor de los acuerdos preparatorios.

B) CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO SANCIONES

En esta parte resulta más fácil transitar, ya que al tratarse de un contrato bilateral hay un vendedor y un comprador —aparte de los intermediarios— y resulta necesario destacar las obligaciones de uno y otro. Esto es lo que el autor hace con precisión y claridad.

Antes de abordar la contraposición de intereses, destaca cómo la normativa del Convenio de Viena favorece la «renegociación» por simple acuerdo de las

partes» y permite la distinción entre incumplimiento esencial y no esencial.

Los tres puntos claves que examina en el lado del vendedor son la *obligación de entrega* (cómo, cuándo, qué y donde), la *garantía de la cosa* (por evicción y vicios ocultos) y la *cláusula de garantía*. Por parte del comprador se abordan los temas de «*pago del precio* (qué, cómo, dónde y cuándo), la *recepción de la mercancía* y el complicado sistema de los «*riesgos*» con las modalidades del Convenio de Viena: riesgo a la entrega directa (venta en plaza y a la llegada), riesgo en venta indirecta, en tránsito y supuestos de transmisión del riesgo

Los dos últimos tramos de esta parte, que me he permitido agrupar, son el efecto o los efectos del incumplimiento del contrato y la sanción por el incumplimiento. Es evidente que el autor examina temas que implican responsabilidad y los que exoneran de la misma, entre las cuales juegan papeles importantes la huelga, el incumplimiento de auxiliares y proveedores, la autoridad pública, el tiempo, la excesiva onerosidad, etc. Igualmente se examinan las consecuencias del incumplimiento, como pueden ser la ejecución forzosa y la *in natura*, la resolución, la reducción, así como el incumplimiento previsible, la indemnización de daños y perjuicios y la conservación de las mercaderías.

Por último, el estudio comprende la sanción del incumplimiento y la forma de prever en el contrato tres tipos de materia contenciosa: la cláusula de atribución de competencia, la cláusula compromisaria y la prescripción de los derechos nacidos de la venta.

En el apéndice que completa la obra se recogen el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, el de Viena de 11 de abril de 1980, el INCOTERMS, 1990, Reglas y usos uniformes (Revisión 1983); Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias de 10 de junio de 1958 y Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Sin perjuicio de que mi versión del contenido del libro sea telegráfica, lo cierto es que está escrito con una gran claridad, con una documentación precisa, y me atrevo a decir que es «pionero» en la materia. Es libro de consulta en despachos especializados, Cámaras de Comercio y ese mundo jurídico que se mueve en torno a la importación y exportación. Felicito al autor y hago votos para que nuestras exportaciones superen la naranja, la uva de Almería, el tomate, la oliva y alguna otra cosa, para que todos nosotros no tengamos que dedicarnos a ser ojeadores de caza en los cotos en arriendo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Números 577-578 (Octubre-noviembre 1992)

- «La forma en los contratos», por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, pág. 9481.
- «El nuevo delito de difamación en el anteproyecto de Código Penal», por DIEGO CÓRDOBA GRACIA, pág. 9501.
- «Régimen jurídico del flujo internacional de datos informatizados de carácter personal», por JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 9527.
- «A vueltas con la ejecución provisional (art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)», por JOSÉ RAMÓN VALLES BAREA y LUIS MARTÍNEZ CARRERAS, pág. 9549.
- «La ejecución de sentencias privativas de libertad y la insuficiente regulación de sus trámites», por FRANCISCO JAVIER GRACIA MARTÍ, pág. 9559.
- «Un tema controvertido en torno a la derogación de las leyes. el fundamento legal de la jubilación forzosa de los Profesores de Educación General Básica y sus consecuencias», por EUGENIO CISCAR PALLARÉS, pág. 9603.
- «El medio ambiente. Su tratamiento en la Constitución Española y por las Comunidades Económicas Europeas», por E. CASADO IGLESIAS, pág. 9613.
- «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», por ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, pág. 9853.
- «De nuevo sobre la revisión penal (ante la nueva Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)», por SILVIA BARONA VILAR, pág. 9905.
- «El juicio de cognición tras la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», por MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO, pág. 9925.
- «La llamada reinversión en dividendos», por CÁNDIDO PAZ-ARES, pág. 10079.
- «Algunas consideraciones sobre la disolución de la agrupación de interés económico», por EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, pág. 10111.
- «En torno a la retribución del administrador de la sociedad anónima», por FÉLIX LÓPEZ DE MEDRANO, pág. 10129.
- «Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas del Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva)», por ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, pág. 10177.
- «Las cláusulas estatutarias limitativas de la transmisión forzosa de acciones de sociedades anónimas (el artículo 64.2 del nuevo texto refundido)», por DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, pág. 10225.

Número 579 (Diciembre 1992)

- «El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente», por MARIO E. CLEMENTE MEORO, pág. 11255.
- «El arrendamiento de locales de negocio, la Ley de Propiedad Horizontal y el principio de autonomía de la voluntad privada», por VICENTE ORTEGA LLORCA, pág. 11327
- «El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo. perspectiva interdisciplinar», por MANUEL JESÚS DOLZ LAGO, pág. 11341.
- «Perfiles jurídicos de la objeción al juramento (en torno al artículo 16.2 de la CE)», por MARÍA J. ROCA, pág. 11397.
- «La suspensión del acto impugnado en el procedimiento de reclamación económico-administrativo. La lógica jurídica de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 y 25 de junio de 1992», por J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE, pág. 11589.
- «Los cánones de los convenios de doble imposición y su tributación», por FRANCISCO ALFREDO GARCÍA PRATS, pág. 11663.
- «El transporte por carretera y el medio ambiente», por HENK DEN HARDER, pág. 11705.
- «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», por ALBERTO EMPARANZA, pág. 11713.
- «De la prelación de créditos en los procesos concursales (créditos en favor de la Hacienda Pública, de los trabajadores y de la Seguridad Social) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1990 y Dictamen del Consejo de Estado de 23 de enero de 1992», por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 11787.
- «Los libros de contabilidad en los expedientes de suspensión de pagos», por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 11811.
- «Notas sobre fundamento, legitimación, resoluciones recurribles, motivación y efectos de la sentencia del recurso de casación para unificación de doctrina», por MARIANO SAMPEDRO CORRAL, pág. 11817.
- «Los salarios de tramitación en el juicio de despido. Algunas consideraciones sobre su devengo y sobre su reclamación, con especial referencia a los exigibles del Estado», por BENIGNO VARELA AUTRÁN, pág. 11831.
- «La incidencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) en el ámbito jurídico», pág. 11965.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Diciembre de 1992)

- «La distinción entre indivisibilidad y solidaridad», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, págs. 1003 a 1014.
- «Consideración sobre la equiparación de la condición potestativa a la condición de presente en el Derecho matrimonial canónico vigente», por PALOMA LORENZO VÁZQUEZ, págs. 1015 a 1039.
- «Breves consideraciones sobre la estructura del órgano de administración en el anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por LOURDES JAÉN ESQUIVEL, págs. 1040 a 1044

ACTUALIDAD CIVIL

Número 46, de 1992

«Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, *leasing* y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil», por MERCENARIO VILLALBA LAVA.

Número 47, de 1992

«El arrendamiento urbano de fincas hipotecadas: ¿subsistencia?; doctrina, jurisprudencia ordinaria y constitucional», por MARÍA ISABEL HUERTA VIESCA y DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA

Número 48, de 1992

«Relaciones entre signos distintivos de la empresa y denominaciones sociales», por JOSÉ ENRIQUE CACHÓN BLANCO.

Número 1, de 1993

«Conceptos básicos y requisitos de las condiciones generales de los contratos», por XAVIER O'CALLAGHAN.

Número 2, de 1993

«Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios», por UBALDO NIETO CAROL.

Número 3, de 1993

«Incidencia de los instrumentos de Derecho comunitario en la protección de los consumidores», por GEMMA A. BOTANA GARCÍA

Número 4, de 1993

«El aprovechamiento de inmuebles por turnos (multipropiedad) en el anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia», por PEDRO DE PABLO CONTRERAS.

Número 5, de 1993

«Sistema matrimonial y acuerdos con otras confesiones», por SALVADOR CARRIÓN OLMOS.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 129 (Julio-agosto-septiembre 1992)

- «Informe sobre la Ley 8/1990, de 25 de julio, y sobre el anteproyecto de texto refundido de la legislación del suelo», por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, pág. 13.
- «El nuevo texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del Estado», por FRANCISCO PERALES MADUEÑO, pág. 31.
- «Examen de las disposiciones transitorias del nuevo texto refundido», por JOSÉ MANUEL MERELO ABELA, pág. 67.
- «Delimitación de las áreas de reparto y establecimiento de aprovechamientos tipo como técnicas urbanísticas fundamentales para la equidistribución de cargas y beneficios y concreción de los aprovechamientos edificatorios susceptibles de apropiación por los propietarios del suelo», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 105.

Número 130 (Octubre-noviembre-diciembre 1992)

- «Régimen indemnizatorio en el vigente texto refundido de la Ley del Suelo», por JOSÉ MERELO ABELA, pág. 13.
- «Innovaciones en el suelo urbano», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 59.
- «Las grandes infraestructuras y la planificación urbanística», por GIANCARLO MENGOLI, pág. 73.
- «Delimitación de las áreas de reparto y establecimiento de aprovechamientos tipo como técnicas urbanísticas instrumentales para la equidistribución de cargas y beneficios y concreción de los aprovechamientos edificatorios susceptibles de apropiación por los propietarios» (II), por ENRIQUE PORTO REY, pág. 85.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 203-204 (Enero-junio 1992)

- «El aumento mixto de capital (notas en defensa de la figura)», por CÁNIDO PAZARES, pág. 7.
- «Críticas a la regulación de OPAs», por BENITO ARRUÑADA, pág. 29.
- «La cesión de la póliza de seguro», por MARÍA ISABEL MARTÍNEZ JIMÉNEZ, pág. 69.
- «Representación y transmisión de acciones Cláusulas limitativas», por AGUSTÍN MADRID PARRA, pág. 147.
- «La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas», por MARÍA BLANCO FERNÁNDEZ, pág. 245.
- «El movimiento de reforma de la estructura de la empresa y la actividad de los accionistas institucionales en Estados Unidos: sus orígenes, objetivos y consecuencias en las relaciones con inversores», por CLIFFORD J. HENDEL, pág. 277.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 78 (Octubre-diciembre 1992)

- «La innovación institucional forzada: el referéndum abrogativo entre el estímulo y la ruptura», por FULCO LANCHESTER, pág. 9.
- «El disciplinamiento social como factor del desarrollo histórico (una visión heterodoxa desde el Tercer Mundo)», por H. C. F. MANSILLA, pág. 35.
- «Sociología ministerial de la Restauración (1875-1902)», por JOSÉ MANUEL CUENCA TORIBIO y SOLEDAD MIRANDA GARCIA, pág. 71.
- «Sobre el Estado autonómico español», pág. 105.
- «Espacio político-ideológico y temas de campaña (el ejemplo de las elecciones autonómicas de Cataluña de 1992)», por ALBERT PADRÓ-SOLANET y JOSEP M. COLOMER, pág. 131.
- «ETA: Ejército secreto y movimiento social», por FRANCISCO J. LLERA RAMO, pág. 161.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1, de 1993

- «Cuatro elementos estructurales de los Convenios de La Haya, con especial referencia a los Convenios ratificados por España», por ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ, pág. 9.
- «Consideraciones sobre el delito del artículo 340 bis, a), 1.º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas)», por JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, pág. 25.
- «El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», por JORDI BONET I PÉREZ, pág. 59.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 13 (Enero-junio 1992)

- «Algunas consideraciones sobre la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», por FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR, pág. 13.
- «Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones», por GABRIEL GARCÍA CANTERO, pág. 37.
- «Retracto gentilicio y parientes afines: la problemática sobre la ruptura de la línea familiar de los bienes», por RONCESAVALLES BARBER CÁRCAMO, pág. 53.
- «La facultad de retención posesoria», por ISABEL SABATER BAILE, pág. 75.
- «La regulación de los transportes por cable», por ANGEL L. MONGEL GIL, pág. 103.
- «La iniciativa legislativa popular y el medio ambiente: el caso de la Ley Aragonesa del Consejo de Protección de la Naturaleza», por JAVIER OLIVÁN DEL CACHO, pág. 139.
- «La renuncia a los cargos de Presidente y de Vocal de las Juntas Concejiles de Navarra», por MARÍA ASUNCIÓN ERICE ECHEGARAY, pág. 149.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (Enero-junio 1992)

- «Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la sentencia Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos/Italia)», por J. A. VIVES CHILLIDA, pág. 7.
- «Las claves de la limitada autorización de intervención de Nicaragua en la controversia insular y marítima entre Honduras y El Salvador [Sentencia de la CIJ (Sala) de 13 de septiembre de 1990]», por R. RIQUELME CORTADO, pág. 25.
- «Environmental disturbance and damage in the context of private international law», por K. KREUZER, pág. 57.
- «La desintegración de la Unión Soviética y la cuestión de su sucesión en las Naciones Unidas», por ALFONSO DASTIS QUECEDO, pág. 249.
- «La Comisión de Arbitraje de la Comunidad Europea sobre Yugoslavia», por JAIME RODRÍGUEZ-PONGA Y SALAMANCA, pág. 252.
- «Del Protocolo de 1991 al Tratado Antártico sobre protección del Medio Ambiente», por CAMILO VILLARINO MARZO, pág. 259.
- «Nuevos desarrollos de la cooperación antártica del Protocolo de 1991 al Acuerdo entre España y Argentina», por VALENTÍN BOY FRANCH, pág. 262.
- «El manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados elaborado por el Secretario general de las Naciones Unidas», por ANNA BADÍA MARTÍ, pág. 266.
- «La inmunidad de jurisdicción del Cónsul de Marruecos», por CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, pág. 269.
- «Forma de las disposiciones testamentarias: reforma del Código Civil español y de la legislación catalana», por JOAQUÍN J. FORNER DELAYGUA, pág. 271.
- «Protección de menores, tutela y adopción: la nueva regulación en Cataluña y en Castilla-León», por ALEGRÍA BORRÁS, pág. 276.
- «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (3 al 14 de febrero de 1992)», por ALEGRÍA BORRÁS, pág. 278.
- «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre asuntos generales y política de la Conferencia (1 a 4 de junio de 1992)», por ALEGRÍA BORRÁS, pág. 286.
- «Jornadas sobre España y la codificación internacional del DIPr (San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991)», por DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, pág. 287.
- «Estado de las Convenciones Interamericanas y Protocolos adoptados por las Conferencias Interamericanas especializadas de Derecho internacional privado (Panamá, 1975; Uruguay, 1979; Bolivia, 1984, y Uruguay, 1989) al 29 de febrero de 1992», pág. 291.
- «Estado de los Convenios de Bruselas, Roma y Lugano al 4 de mayo de 1992», pág. 292.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 828 (Enero-febrero-marzo 1992)

- «Publicidad registral. Reserva de prioridad. Ley Hipotecaria española de 1861 comparada con la Ley argentina de 1881», por TOMÁS HIPÓLITO GRECO, pág. 15.
- «Matrimonio por poder», por SORAYA NADIA HIDALGO y MIGUEL ANGEL SOTO-LAMADRID, pág. 51.
- «Proyección de la aplicación del Reglamento de Copropiedad y Administración a las nuevas manifestaciones del derecho de propiedad», por MARCELO DE HOZ, pág. 65.
- «Complemento del Código Civil. Compraventa de inmuebles a construir. Proyecto (1.ª parte)», por NÉSTOR J. OTTONELLO, pág. 69.
- «Venta y protocolización. subasta pública, cancelación de gravámenes y medidas cautelares», por CARGAT, pág. 89.

REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Número 23

- «Por qué la reforma agraria», por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
- «Tendencias de la doctrina agrarista», por FERNANDO P. BREBBIA, pág. 17.
- «Propiedad agraria y desafectación», por OSCAR DAVID SOTO, pág. 33.
- «La producción y valorización del espacio en un país estancado», por GERMAN WETTSTEIN, pág. 51.
- «Propuesta de nueva estrategia para la producción agropecuaria y forestal sobre una base ecológica», por HERMAN FINOL URDANETA, pág. 73.
- «Interpretaciones teóricas al sector informal urbano», por DOROTHEA MELCHER MAILER MATTIE, pág. 83.
- «A posição da mulher na agricultura», por PAOLA MARÍA PORRU, pág. 105.
- «La reforma agraria. vigencia o caducidad», por ABDÓN SÁNCHEZ NOGUERA, pág. 115.
- «La reforma agraria: un proceso de transformación social y una política del Estado, base de un desarrollo integral del país», por ALBERTO PÉREZ MALDONADO, pág. 123.
- «Reflexiones acerca del porqué de la reforma agraria», por ISAÍAS COVARRUBIAS, pág. 135.
- «Lineamientos de política científica y tecnología para el Estado Mérida: área agrícola-agroalimentaria», por ALEJANDRO GUTIÉRREZ y RAUL PALENCIA, pág. 141.

REVISTA JURIDICA DE LA UNIVERSIDAD DE TUCUMAN

Número 28, de 1992

- «Breves nociones sobre la legitimidad de la guerra aérea», por VÍCTOR EDUARDO MOLINA, pág. 1.

- «Situación jurídica de minerales omitidos por el Código Minero frente a los artículos 6 y 6 bis del mismo», por VÍCTOR MARCELINO VÁZQUEZ, pág. 29.
- «Las personas jurídicas en el Derecho Romano y en el Código Civil argentino hasta el proyecto de Ley de Unificación Civil y Comercial de la Nación», por LUIS RODOLFO ARGÜELLO, pág. 49.
- «El sistema filosófico de Guillermo Federico Hegel», por RENÉ MARIO GOANE, pág. 85.
- «El amor elemento de la comunidad como factor fundamental de la salud», por JULIO CÉSAR CASTIGLIONE, pág. 109.
- «El Derecho como ciencia del comportamiento y la interdisciplinariedad», por JOSÉ NICASIO BARRERA, pág. 163.
- «El divorcio en la Ley 23.515», por MARTA ELENA FREIJO, pág. 195.
- «Introducción a las mutaciones constitucionales», por SERGIO DÍAZ RICCI, pág. 269.

NOTICIAS CEE

Número 95 (Diciembre 1992)

- «El contencioso de las empresas pesqueras conjuntas hispano-británicas», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 13.
- «Consecuencias de la Europa comunitaria en la tributación de los no residentes», por ANTONIO M. CUBERO TRUYO, pág. 45.
- «Crónica de la actividad financiera y tributaria de las Comunidades Europeas durante 1991», por CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, pág. 67.
- «Perspectivas de la fiscalidad directa ante el Mercado Unico Europeo», por JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ BLANCO, pág. 93.
- «La noción comunitaria de empleo público y sus consecuencias en el ordenamiento interno», por ALBERTO PALOMAR OLMEDA, pág. 101.
- «La normativa comunitaria en materia de empresas públicas», por JAVIER VALLEJO SANTAMARÍA, pág. 107.

