

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVIII ° Septiembre-Octubre 1992 ° Núm. 612

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 Albasa.
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:

“Las fuentes de la indivisibilidad obligacional”, por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	2013
“Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	2033
“Derecho de vuelo”, por MANUEL BALLESTEROS ALONSO	2055
“Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción”, por FRANCISCO JAVIER ARELLANO GÓMEZ	2085
“Adquisición de inmuebles por donación”, por JUAN MONTERO LEÓN.	2107

DICTAMENES Y NOTAS:

“La reforma de la legislación urbanística en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, por PIEDAD MARÍA PAREJO-MERINO Y PAREJO	2145
--	------

ACTUALIDAD JURÍDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCION	2169
--	------

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2177
II. Resoluciones de la Dirección General, por SALVADOR MÍNGUEZ SANZ, JOAQUIN TORRENTE GARCIA DE LA MATA y EUGENIO RODRI- GUEZ CEPEDA	2199

III. Sentencias del Tribunal Supremo.

1. Derecho civil:

- b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA 2233
- c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ 2240

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

- “El legado genérico en el Código Civil”, de JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA, por MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ 2251
- “Les successions entre époux”, de MARIE-CLAUDE CATALA DE ROTON, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ 2256
- “Derecho agrario (Lecciones para un curso)”, de ANTONIO SOLDEVILLA VILLAR, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 2259
- “Derecho agrario autonómico”, de JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ... 2261
- “Il contratto nel Diritto inglese”, de GIOVANNI CRISCUOLI, por VICENTE ESPERT SANZ 2265
- “Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978”, de YOLANDA GÓMEZ, por AURORA LÓPEZ AZCONA 2269

- REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN 2277

ESTUDIOS

Las fuentes de la indivisibilidad obligacional

SUMARIO: 1. INDIVISIBILIDAD OBJETIVA Y INDIVISIBILIDAD SUBJETIVA.—2. LA FRAGILIDAD CONCEPTUAL DE SEMEJANTE BIPARTICIÓN.—3. EL ADECUADO ENFOQUE DE LA INDIVISIBILIDAD PRESTACIONAL.—4. LA DENOMINADA INDIVISIBILIDAD PRESTACIONAL. LA OBLIGACIÓN PLURAL DE ALIMENTOS: EL ARTÍCULO 145 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.—5. EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 1169 DEL CÓDIGO CIVIL. EXCLUSIÓN DE QUE SE TRATE DE UN CASO DE INDIVISIBILIDAD LEGAL.—6. LOS DEFECTOS DE LA CONSTRUCCIÓN QUE ATRIBUYE A LA OBLIGACIÓN CON SUJETO ÚNICO LA CONDICIÓN DE LEGALMENTE INDIVISIBLE.—7. LA INDIVISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN Y LOS CONTRATOS BILATERALES.—8. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL EN MATERIA DE FUENTES DE LA INDIVISIBILIDAD.

1. INDIVISIBILIDAD OBJETIVA E INDIVISIBILIDAD SUBJETIVA

Como es conocido, cuando DUMOULIN intenta hallar el hilo que le permita salir del laberinto de la indivisibilidad, aparte de la inadecuada *solutione tantum* que produce sus efectos *a parte debitorum tantum*, centra su construcción sobre la indivisibilidad *contractu seu natura*, dimanante de la propia sustancia del objeto debido e imposible de desvirtuar por la voluntad de los sujetos, y sobre la indivisibilidad *obligatione*, que depende de la manera en que las partes hayan considerado la *res debita*.

La recepción de la fórmula por POTHIER y su plasmación en los primeros Códigos civiles sentaron las bases para que casi de manera insensible se fuera extendiendo y aceptando una distinción que hacía depender la indivisibilidad de las obligaciones, bien de la circunstancia de que su prestación tuviese por objeto una cosa o un hecho no susceptible de división por naturaleza o bien de que la división no fuera posible por haberlo dispuesto así las partes contratantes.

De ahí a concluir que la indivisibilidad puede ser objetiva o subjetiva no había más que un pequeño paso, que la mayoría de los autores dio sin mayores reservas críticas ni ponderación de los factores en juego. A manera de

ejemplo sirva entre nosotros el parecer de CASTÁN, para quien la indivisibilidad, unas veces, procede de la voluntad de los contrayentes o del testador, se manifieste la misma expresa o tácitamente, y otras deriva de la naturaleza del objeto, subdistinguiéndose en esta última entre la indivisibilidad absoluta cuando el objeto no admite división en modo alguno, y la indivisibilidad relativa, que tiene lugar cuando aun siendo el objeto susceptible de fraccionamiento el mismo se ha contemplado de manera única y total (1).

La construcción gozó de gran predicamento en las doctrinas civiles clásicas de Francia e Italia y todavía hoy numerosos autores, al amparo fundamentalmente del artículo 1.316 del *Codice Civile*, deslizan la división sin, al parecer, mayores objeciones. Así, GANGI nos dice que la indivisibilidad natural u objetiva tiene lugar cuando la prestación concierne a un objeto que por su naturaleza es indivisible, esto es, cuando no puede ser dividido en partes homogéneas al todo y del valor proporcional al de dicho todo, mientras que la indivisibilidad es voluntaria o subjetiva cuando la obligación tiene por objeto una prestación divisible por naturaleza, pero que no resulta tal por el modo con que ha sido considerada por los sujetos contratantes; advirtiendo a continuación que la primera se corresponde a la que MOLINEO y POTHIER denominaron indivisibilidad *contractu* y la segunda no tanto a la designada por los mismos indivisibilidad *obligatione*, sino a la que llamaban indivisibilidad *accidentale* o *solutione* (2).

En parecidos términos, RUBINO considera que la prestación es indivisible cuando no se puede descomponer en fracciones cualitativamente iguales entre sí y en relación al todo, o cuando admitiendo semejante descomposición las partes no representan un valor proporcional al entero (indivisibilidad por la naturaleza de la prestación), mientras que tiene lugar la indivisibilidad subjetiva, intencional o teleológica cuando siendo la prestación naturalmente divisible los contratantes, por el modo que la contemplan, la tratan como indivisible, es decir, cuando si la prestación se dividiera no se alcanzaría el particular fin al que ha sido ordenada la obligación (indivisibilidad por voluntad de las partes) (3).

2. LA FRAGILIDAD CONCEPTUAL DE SEMEJANTE BIPARTICIÓN

La formulación de que la indivisibilidad unas veces se produce *ex natura* y otras *ex voluntate*, admitiendo la primera, además, la doble versión

(1) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1988, pág. 175.

(2) GANGI, *Le obbligazioni*. Milán, 1951, págs. 278 y sigs.

(3) RUBINO, "Delle obbligazioni", en *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*. Bolonia-Roma, 1957, págs. 287 y sigs.

de que el objeto debido sea indivisible de manera absoluta o tan sólo de manera relativa, debe reconocerse que tiene gran fuerza plástica, resulta en extremo simplificadora y parece adaptarse sin mayor esfuerzo a lo que ocurre en la realidad de los negocios contractuales, por lo que no debe extrañar demasiado que haya reinado y, en buena medida, continúe reinando plácidamente y sin mayores objeciones.

Y sin embargo, resulta en extremo frágil y dogmáticamente incorrecta a poco que se estimen las cosas con cierto rigor conceptual si, como bien dice BERCOVITZ, la divisibilidad estricta de una prestación depende de que las partes resultantes de su partición sean cualitativamente iguales, cuantitativamente proporcionales y conserven su valor económico, algo que nos revela el tipo de factores que han de tomarse en consideración en esta materia y el momento a estimar cuando se quiera adelantar la catalogación de divisible o indivisible de una prestación.

En efecto, por más que tanto la indivisibilidad por la naturaleza de la prestación como la indivisibilidad por voluntad de las partes pueden perfectamente explicarse por separado y no parece que existan objeciones insuperables para admitir una y otra, resultan de difícil y aun imposible conjunción cuando se intentan poner en relación y se aspira, aspiración lógica y dogmáticamente irreproachable, a cobijarlas bajo una categoría única y unos criterios uniformes y fijos.

Porque suena un tanto raro y artificioso que en unos casos la indivisibilidad emane de la propia naturaleza del objeto debido a través de unas exigencias cuya conculcación acarrearía la desvirtuación del *debitum*, mientras en otros derive de la sola circunstancia de que tal ha sido el acuerdo de los interesados, ya que por más que en uno y otro supuesto se utilice la única categoría jurídica de la indivisibilidad, no hace falta un gran esfuerzo ni una exquisita sensibilidad para advertir que muy probablemente bajo la misma se están cobijando dos realidades conceptualmente diferentes.

Que una prestación no admita en sí ni por sí división y que una prestación deba ser ejecutada unitariamente porque así lo han convenido los interesados son hechos que pueden conducir al mismo resultado práctico de su realización *uno actu* y pueden permitir hablar atécnicamente de que en uno y otro supuesto estamos en presencia de una obligación indivisible, pero no justifican de manera suficiente la circunstancia de que se emplee una sola catalogación jurídica (la de la indivisibilidad) para referirse a dos situaciones que poca o ninguna relación esencial guardan entre sí. Y ello porque resulta sumamente extraño que en un caso (indivisibilidad objetiva) el fraccionamiento de la prestación resulte excluido en cuanto no se respetan determinadas exigencias relativas a la calidad, cantidad y valor del todo, y en el otro, en cambio, la indivisibilidad provenga de que tal es el concierto de los interesados cuando todo conspira contra ella, en razón de que

no existe obstáculo alguno para la parcelación del objeto debido. Indivisibilidad objetiva e indivisibilidad subjetiva se revelan de esta manera especies disimiles que no acaban de encajar bajo el género globalizador de las obligaciones indivisibles.

Por otro lado, se trata de un esfuerzo discernidor que no se compecede con los efectos que del mismo cabe derivar, por cuanto la circunstancia de que se diferencie entre una indivisibilidad natural y otra convencional es algo por completo indiferente en cuanto al tratamiento jurídico de ambas, ya que no cabe apreciar diferencias relevantes entre el hecho de que el deudor se vea compelido a ejecutar íntegramente la prestación debida en razón de que la misma no es susceptible de fraccionamiento y el de que deba procederse de la misma manera en base a que así ha sido establecido contractualmente.

Al legislador lo único que le preocupa es que llegado el momento del cumplimiento de la obligación los deudores no puedan pretender que van a concurrir *pro quota* a la ejecución del comportamiento comprometido. Que semejante posibilidad se vea obstaculizada por la propia naturaleza de la prestación o por la voluntad de las partes es algo en última instancia intrascendente desde el ángulo de los efectos propios de la relación obligatoria de que se trate y anodino bajo el enfoque de cómo debe modularse en uno y otro supuesto la conducta cumplidora de los obligados. En consecuencia, ni en cuanto al *modus operandi* ni en cuanto al objetivo a cumplir se advierten diferencias sensibles entre las dos supuestas variedades de indivisibilidad. ¿Tiene sentido mantenerlas y continuar hablando de indivisibilidad objetiva y de indivisibilidad subjetiva como las dos genuinas y básicas variedades de la indivisibilidad obligacional?

Es lo que le ocurre a CICALA cuando propone abandonar semejante distinción al no encontrar razón suficiente ni explicación adecuada para su mantenimiento. En su opinión, separar entre indivisibilidad objetiva e indivisibilidad subjetiva es un mera cuestión histórica que atañe al estricto momento genético de la obligación, esto es, a la forma en que fue conformada la indivisibilidad prestacional en el instante del nacimiento de la obligación indivisible, ora ateniéndose a la naturaleza misma del objeto debido, ora acudiendo al convenio de las partes para consagrar una integridad que no manaba de aquélla.

En atención a ese momento genético, la llamada indivisibilidad objetiva contempla la cosa en abstracto, en su normal función económico-social, mientras que la indivisibilidad subjetiva atiende al modo de comportamiento concreto a la hora de dar cumplimiento a una determinada obligación. Ahora bien, ¿qué es lo que debe prevalecer en este campo, la manera en que se configura la relación obligatoria o las consecuencias jurídicas que de la misma se derivan, según adopte una u otra conformación?

CICALA considera que lo que ha de tomarse en cuenta es el momento esencial o funcional de la obligación, esto es, aquel en el que producen unas u otras consecuencias jurídicas o incide de manera diferente en el *statu quo* según la peculiar forma en que se presente, porque de nada sirve airear supuestas diferencias si luego resulta que las mismas se diluyen o se esterilizan a la hora de contemplar cuáles son las repercusiones jurídicas de las supuestas modalidades en contraste. Por lo que su conclusión es que en las relaciones obligatorias concretas no hay diferentes formas, fuentes o causas de indivisibilidad en razón de que la disciplina jurídica es la misma en todos los casos; algo que debe llevar al abandono de la comentada distinción (4).

La interesante y seria postura del civilista italiano citado tiene algunos precedentes en la doctrina germánica y, sobre todo, encuentra un aval importante en la forma en que diversos Códigos Civiles han enfrentado la materia. En efecto, el Código Civil austriaco prescindió del concepto de indivisibilidad y del señalamiento de sus causas; el alemán se ha limitado a establecer la afección solidaria de los deudores de una prestación indivisible y la acción conjunta de los acreedores en el mismo supuesto, lo mismo que el Código suizo de las obligaciones; y el Código Civil italiano, según hace notar con perspicacia SANCHO REBULLIDA, aunque recoge la doble fuente de la indivisibilidad natural y de la indivisibilidad voluntaria, se remite en su artículo 1.317 a la regulación de la solidaridad (5), con lo que, en el fondo, elude cualquier peculiaridad de la división al subsumir ambas supuestas variedades en el ámbito superior y unificador de los vínculos *in solidum*, por más que, como hemos visto, esta aproximación dogmática sea poco afortunada y en extremo discutible.

Realmente no se alcanza a encontrar justificación suficiente para nada menos que una *summa divisio* en materia de indivisibilidad, fraccionando la misma en las dos grandes categorías de indivisibilidad natural u objetiva e indivisibilidad voluntaria o subjetiva, para luego concluir que semejante esfuerzo es totalmente estéril porque resulta que, en uno y otro sector, las cosas suceden exactamente de la misma manera y no existe forma de encontrar un factor diferencial relevante en el tratamiento de una y otra variedad. Una tal formulación de fuentes o causas de la indivisibilidad apenas merece atención si se prescinde del mero gusto teórico por los cuadros o esquemas formales desde el momento que se advierte que la misma va a resultar por completo intrascendente cuando se contemplen las concretas obligaciones indivisibles de una u otra manera conformadas.

(4) CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell' obbligazione*. Nápoles, 1953, págs. 132 y sigs.

(5) SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil* de Lacruz, II, 1, Barcelona, 1985, pág. 117.

3. EL ADECUADO ENFOQUE DE LA INDIVISIBILIDAD PRESTACIONAL

Parece, por tanto, mucho más sensato y conveniente abordar el tema de la indivisibilidad prestacional bajo la óptica de cuál sea el específico contenido del comportamiento comprometido por el deudor, esto es, del tipo de actuación concreta que debe desarrollar el deudor para dar satisfacción a la pretensión del acreedor, ya que, como ha escrito CICALA, si la indivisibilidad es en todas las hipótesis imposibilidad de fraccionamiento en partes, la dicotomía indivisibilidad objetiva-indivisibilidad subjetiva atiende tan sólo al momento genético de la indivisibilidad y, en consecuencia, desde el ángulo de la esencia y de la función del vínculo obligatorio, objeto objetivamente indivisible y objeto subjetivamente indivisible son equivalentes (6).

Porque, como antes decíamos, aunque cabe conceptualmente distinguir entre el hecho de que una prestación no sea divisible en función de que las partes no serían homogéneas ni aptas para cubrir la misma función económico-social que el todo, y el hecho de que la indivisibilidad provenga de que tal es la contemplación que los contratantes han tenido de la prestación de cara al particular objetivo perseguido, ello no empece en nada a que quepa preguntarse legítimamente sobre la repercusión que generará semejante distinción en el momento de contemplar el cumplimiento de la obligación de que se trate. Si la contestación resulta negativa, como lo es en este caso, porque el desenvolvimiento de una y otra modalidad será con toda exactitud el mismo, parece lógico despreocuparse de las fuentes abstractas de la indivisibilidad y descender a las concretas situaciones que en función del tipo de conducta que deba desarrollar el deudor impongan la catalogación de la relación obligatoria como indivisible.

4. LA DENOMINADA INDIVISIBILIDAD LEGAL. LA OBLIGACIÓN PLURAL DE ALIMENTOS: EL ARTÍCULO 145 DEL CÓDIGO CIVIL

Se habla también de una tercera fuente de indivisibilidad, la indivisibilidad legal, para referirse a aquellos casos en que el no fraccionamiento de la prestación debida, al margen de lo que resulte de su naturaleza y de lo que al respecto hayan dispuesto los interesados, viene exigido por la Ley. Tendríamos, en consecuencia, que en determinados supuestos sería la propia voluntad del legislador la que, por razones de orden público o de interés general, impondría la necesidad de que los varios deudores de una relación

(6) CICALA, "Obbligazioni divisible e indivisibile", en *Novissimo Digesto italiano*, XI, Turín, 1968, pág. 640

obligatoria se viesen sujetos al cumplimiento no fraccionado de la misma. En este sentido, por ejemplo, RUBINO señala que no puede excluirse *a priori* que en específicos casos, aun faltando una indivisibilidad tanto natural como intencional, la indivisibilidad venga impuesta por la propia disposición de la Ley; tal como, en su opinión, ocurre en el párrafo tercero del artículo 443 del Código Civil italiano, a propósito de la obligación legal de alimentos, al disponer que “en caso de necesidad urgente la autoridad judicial puede también establecer temporalmente la obligación de alimentos a cargo de uno solo de los que están obligados, salvo la repetición contra los otros” (7).

De similar aviso es, entre nosotros, DIEZ-PICAZO al advertir que la indivisibilidad es legal cuando la prestación, aun siendo divisible por su naturaleza, deviene indivisible por disposición de la Ley, caso que sería el de la prestación de alimentos a cargo de varias personas, que sólo excepcionalmente el Juez puede poner a cargo de una de ellas (párrafo segundo del art. 145 CC) (8).

¿Son correctas estas apreciaciones de dichos autores en relación al caso que contemplan? Supongamos, como es lo ordinario, que la pensión de alimentos consista en la entrega de una determinada cantidad de dinero (prestación divisible por naturaleza) a cargo de los varios alimentantes; pues bien, a tenor del párrafo primero del artículo 145 del Código Civil español, “cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo”.

¿Quiere decir ello que el legislador español establece la divisibilidad de la prestación de alimentos? En modo alguno, porque ello ya resulta así de la propia naturaleza de dicha prestación y la norma se limitaría, con escaso sentido y justificación, a ratificar lo que ya venía dado *natura rerum*. La Ley hace otra cosa, y es la de establecer la condición mancomunada del débito alimentario al imponer su reparto proporcional entre los distintos obligados; y si se miran bien los términos ni siquiera eso, pues la mancomunada entre los varios deudores no hace falta establecerla en nuestro Derecho civil al constituir la regla en relación a las obligaciones con pluralidad de sujetos, sino lo que procede disponer, voluntaria o legalmente, es la solidaridad (art. 1.137 y 1.138 CC).

En realidad, la norma se limita a establecer la forma en que una obligación en sí mancomunada debe repartirse entre sus varios sujetos pasivos precisamente distribuyendo el monto de la pensión debida en proporción a

(7) RUBINO, “Delle obbligazioni”, *op. cit.* pág. 296.

(8) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 514.

las posibilidades y capacidad patrimonial de cada uno de ellos. Y eso sí que hacia falta proclamarlo legalmente, pues si no se hiciera la pauta distributiva no habría sido la proporcional, sino la igualitaria, ya que a tenor del artículo 1.138 del Código Civil, “si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior (las mancomunadas, pese a lo que piensa en sentido contrario la mayoría de la civilística española) no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya...” (9).

Así las cosas, el párrafo segundo del mismo artículo 145 contempla que “en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda”. ¿Es este un caso de indivisibilidad legal de la prestación, tal como piensa DIEZ-PICAZO entre nosotros y RUBINO en relación a una norma similar del Código Civil italiano?

Si la primera parte del precepto, según se acaba de apuntar, no se refiere a la obligación divisible de alimentos sino a la obligación mancomunada de alimentos, no tendría sentido que su segunda parte, relativa al mismo supuesto de pluralidad de obligados y circunscrito al solo hecho coyuntural de que se presenten “urgente necesidad” y “circunstancias especiales” en cuanto a la realización de la prestación de alimentos, contemplase un supuesto de obligación indivisible, porque lo que corresponde considerar es un caso de solidaridad pasiva, a no ser que se quiera sostener el punto de vista insólito de que una obligación mancomunada divisible pasa a conformarse como obligación mancomunada indivisible sin haber cambiado en nada la naturaleza de su prestación (pago de la pensión alimentaria), pues semejante mutación legal carecería de cualquier justificación dogmática, y la Ley, al menos en el plano de los principios, no puede propiciar semejantes cambios extravagantes.

La situación es otra. En el párrafo segundo del artículo 145 del Código Civil estructuralmente la situación no ha cambiado en nada respecto a lo que contempla el párrafo primero; una obligación con prestación divisible a cargo de varios sujetos, conformada, por tanto, como obligación mancomunada divisible, continúa siendo la misma, aunque se hayan presentado circunstancias de vigencia, necesidad o conveniencia que justifiquen el que el pago de la deuda pueda exigirse a uno solo de los deudores desde el punto de vista de la naturaleza de su prestación. Divisible era antes y divisible continúa siendo ahora, porque en nada se ha mutado la contextura, satisfacción de una cantidad de dinero, de su prestación.

(9) CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, 1985, pág. 21

¿Qué es lo que ocurre realmente? Ocurre que aquella originaria obligación mancomunada divisible pasa a configurarse como obligación solidaria divisible; y esto sí que tiene sentido en cuanto se guarda correspondencia entre las categorías jurídicas en relación (obligación mancomunada-obligación solidaria) constituye un normal contenido legal en razón de que la Ley es una de las fuentes contrastadas de la solidaridad (art. 1.137 CC) y no se trastorna legalmente, nada más y nada menos, que la condición natural de una prestación, máxime cuando no existe necesidad para ello, ya que el pago íntegro de la prestación debida, que es lo que en definitiva se persigue, puede obtenerse perfectamente a través del ordinario camino de la solidaridad y sin que haga falta aventurar vías extraordinarias e insólitas.

Nada, pues, de indivisibilidad legal y sí, en cambio, solidaridad legal e, incluso, rectamente miradas las cosas, posibilidad o autorización legal para que el Juez pueda establecer la solidaridad de la obligación plural de alimentos “en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales”; esto es, ni siquiera solidaridad *in actu*, sino tan sólo solidaridad *in fieri*. La Ley, configurando la posibilidad de una obligación *in solidum* y contemplándola en potencia, faculta al Juez para decretarla en casos concretos, con lo que resulta que no estamos en presencia de un *tertium genus* de solidaridad judicial (los franceses lo han defendido en relación a la hipótesis de la responsabilidad plural por acto ilícito civil) (10), sino ante una manifestación más de la solidaridad legal, siquiera la misma no se produzca mecánicamente, en cuanto precise de la determinación judicial al respecto.

PUIG BRUTAU ha avistado el problema cuando señala que “tal vez lo que la Ley autoriza es imponer la solidaridad con el efecto típico de un pago unitario en la realización externa (deudores frente a acreedor) y las correspondientes acciones de nivelación en la relación interna (entre los deudores)” (11). Apreciación correcta con muy pequeñas matizaciones al respecto, ya que realmente no se trata de que la Ley autorice para imponer la solidaridad, algo que, como se acaba de advertir, nos introduciría en la esfera de una supuesta solidaridad judicial que, dogmáticamente, crearía mayores problemas que los que resolvería, sino que es la propia Ley la que crea ese supuesto específico de solidaridad (obligación de alimentos a cargo de varias personas), y lo único que sucede es que su plasmación en los casos concretos la supedita a ciertas apreciaciones que debe hacer el Juez y, en definitiva, a la constatación por éste de que se han dado los elementos precisos (conformación de la *fattispecie*) para que se desencadenen los efectos legalmente contemplados.

Sin embargo, PUIG BRUTAU, después de esa oportuna apreciación, formu-

(10) *Ibid.*, págs. 34 y sigs.

(11) PUIG-BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, 2, Barcelona, 1976, pág. 249

la unas aclaraciones que en buena medida la desdibujan y privan de sentido, pues tras señalar que “cuando concurren varios acreedores o varios deudores la regla general es que la prestación se divide entre ellos por partes iguales, si ello es materialmente posible”, concluye que “si, por el contrario, la prestación es indivisible, nuestro Código no concede un derecho individual a cada acreedor en el sentido de que pueda exigir la prestación íntegra de cada deudor, sino que impone un sistema de colectividad o prestación conjunta” (12).

Apreciaciones inadecuadas en relación a la hipótesis que contempla el artículo 145 del Código Civil, porque en ella, en primer término, no estamos en presencia de una prestación indivisible, en cuanto el objeto debido continúa siendo el mismo y éste es, en el supuesto normal de pensión alimentaria en dinero, natural y permanentemente divisible; y en segundo lugar, si se concede al acreedor (alimentario) un derecho a exigir la prestación total a cualquiera de los deudores (alimentantes), sin que ello suponga quebrantamiento alguno de la reclamación conjunta que consagra el artículo 1.139 del Código Civil. Y no lo supone porque en el caso en estudio no estamos ante un supuesto de obligación mancomunada indivisible, sino ante una manifestación de solidaridad pasiva.

Y la mejor prueba de ello nos la proporciona el señalamiento legal de que cuando uno de los deudores del artículo 145 se vea compelido al pago íntegro de los alimentos, sejemante circunstancia será “sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda”. Algo que revela con toda nitidez que no nos estamos moviendo en la esfera estricta de la indivisibilidad, sino que, por el contrario, han entrado a jugar los criterios y efectos propios de la relación interna que se da entre los varios deudores solidarios y a cuyo tenor el que paga puede reclamar de los restantes la parte que cada uno concierne (13).

5. EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 1.169 DEL CÓDIGO CIVIL. EXCLUSIÓN DE QUE SE TRATE DE UN CASO DE INDIVISIBILIDAD LEGAL

Como es sabido, el párrafo primero del artículo 1.169 del Código Civil dispone que “a menos que expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación”. Trátase del conocido principio de la indivisibilidad de la prestación debida a efectos del pago que determina que el deudor, sea cual sea la

(12) *Ibid*

(13) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*. Madrid, 1990, págs. 311 y sigs.

naturaleza del vínculo, de la misma manera que no puede restringir el pago a una fracción de lo que debe, tampoco puede verificar el mismo por etapas o en momentos diferentes, aunque la prestación, fácticamente, sea susceptible de división, porque el acreedor tiene derecho a que el pago se efectúe en un solo acto (14). Acomodado a ello, el artículo 1.149 *eiusdem* estatuye que “la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones en que hay un solo deudor y un solo acreedor no altera ni modifica los preceptos del capítulo II (naturaleza y efectos de las obligaciones) de este título”.

¿Significa ello que aquí también, obligación divisible entre acreedor y deudor únicos, estamos ante un supuesto de indivisibilidad legal? Así parece sugerirlo algún civilista, como cuando PUIG BRUTAU señala que si hay un solo acreedor y un solo deudor la Ley impone la indivisibilidad por razones ajenas a la naturaleza de la prestación (15), o BERCOVITZ recuerda que por más que el concepto de indivisibilidad conecta estrechamente con la existencia de una pluralidad de acreedores o deudores en la relación obligatoria, no debe olvidarse que la indivisibilidad de las obligaciones trascienden dichos supuestos de pluralidad para adquirir relevancia jurídica en supuestos de unidad de deudor y de acreedor (16).

No parece que esta sea una correcta apreciación de las cosas. Que en una obligación con acreedor y deudor únicos el obligado se vea compelido, al margen de la divisibilidad o indivisibilidad objetiva de la prestación, a realizar *uno ictu* el comportamiento debido, es algo que no debe ponerse en relación con la estructura de la obligación porque concierne única y exclusivamente a la dinámica del pago.

En efecto, sabido es que el pago o cumplimiento de la obligación no es otra cosa que “la exacta realización de la prestación debida” (17), por lo que el mismo debe venir adornado por las notas de identidad, integridad e indivisibilidad de la prestación cumplida. El acreedor tiene derecho, en cuanto a la plena y exacta realización de su crédito, a que la prestación que recibe sea “la misma” (identidad), “por entero” o “completa” (integridad) y en “un único instante” o “única” (indivisibilidad) (18), por lo que, con toda evidencia, cuando el deudor único, al margen de la divisibilidad o indivisibilidad de lo que debe, ha de ejecutar la prestación de una sola vez, no estamos en el campo de indagar cuál sea la naturaleza de ésta, sino en

(14) CRISTOBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, págs. 93-94.

(15) PUIG BRUTAU, *Fundamentos* . . 1, 2, op cit., pág. 249

(16) BERCOVITZ, “Las obligaciones divisibles e indivisibles”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1973, pág. 583

(17) SCHLESSINGER, *El pago al tercero*, Madrid, 1971, pág. 30

(18) CRISTOBAL MONTES, *El pago* . op cit , pág. 93

el de saber de qué manera debe comportarse aquél al objeto de dar cabal satisfacción al derecho del acreedor.

¿Autoriza lo señalado para concluir que en la hipótesis que se considera se produce un caso de indivisibilidad de la obligación de origen legal? Parece que en base a lo que se acaba de exponer resulta imposible sostener semejante aseveración, porque así no estamos en presencia de una obligación de este tipo, y no porque el específico vínculo de que se trate no pueda ser indivisible, sino porque si lo es no lo será por mandato legal, sino en virtud de su particular estructura, y porque si no lo es, el hecho de que el deudor esté legalmente compelido a ejecutar la prestación debida en un solo acto o de una sola vez no atañe a la conformación de la relación obligatoria de una u otra manera, sino que hace relación tan sólo a que, dadas la naturaleza y la función del pago, el único deudor de una relación obligatoria no puede cumplir a plenitud ésta, salvo acuerdo en contrario, más que ejecutando lo que debe mediante una única y sola intervención solutoria. Y ello con indiferencia de que la obligación sea divisible o indivisible porque, según hemos expuesto en otro lugar, la regla, que se configura como un genuino derecho de acreedor, es que el cumplimiento es siempre indivisible aunque se refiera a obligaciones que sean divisibles, ya que el acreedor no puede ser compelido a que se distribuya en el tiempo la realización de la prestación debida (19).

Nada, pues que en los artículos 1.149 y 1.169 del Código Civil no, hallamos en presencia de una manifestación de indivisibilidad legalmente establecida en el ámbito de las obligaciones; ni uno ni otro precepto tienen nada que ver con ello, ya que mientras el segundo no pasa más allá de consagrar el derecho que el acreedor tiene a que en el momento del pago no pueda compelérsele “a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación”, algo que, como queda dicho, no concierne a la naturaleza de la obligación, sino a los caracteres del cumplimiento de la misma, el primero de dichos preceptos no hace otra cosa que insistir en la misma línea al recordar que cuando en la obligación no exista más que un solo acreedor y un solo deudor, todo se desenvolverá con independencia de que las cosas objeto de la misma sean divisibles o indivisibles.

Querer ver en ello el establecimiento por la Ley de un supuesto de obligación indivisible o, mejor, de una fuente de la indivisibilidad resulta harto temerario e improcedente, y no sólo porque la propia norma nos está diciendo que aquí no hay por qué considerar si se trata de una obligación divisible o de una obligación indivisible en razón de que el tratamiento y las consecuencias jurídicas van a ser los mismos, sino fundamentalmente porque no nos hallamos en la esfera de la configuración y catalogación de

(19) *Ibid*

las relaciones obligatorias, habida cuenta que lo único que se considera es la manera en que debe ejecutarse la prestación debida cuando existan un único deudor y un único acreedor. Y esto último, por más que dé lugar a la utilización del término “indivisible” y por más que materialmente las cosas se presenten de manera similar a lo que ocurre en la esfera de las obligaciones indivisibles, no guarda relación alguna con ellas, pues no trasciende del escueto ámbito del objeto de pago, esto es, de la manera en que debe realizarse el cumplimiento de la obligación o exactitud de la prestación debida. Por más que una obligación divisible deba ejecutarse en el caso de unidad de sujetos “indivisiblemente”, ello no muta ni trastorna en nada su naturaleza de vínculo divisible, porque aquí la indivisibilidad es algo que le trasciende en cuanto atañe al modo en que los vínculos obligatorios, genéricamente, deben ser cumplidos.

6. LOS DEFECTOS DE LA CONSTRUCCIÓN QUE ATRIBUYE A LA OBLIGACIÓN CON SUJETO ÚNICO LA CONDICIÓN DE LEGALMENTE INDIVISIBLE

Lo curioso es que los autores que ven en las obligaciones sin pluralidad de sujetos un supuesto de obligación indivisible legalmente establecido se muestran, a continuación, muy poco respetuosos con su propia formulación, ya que hacen referencia a una serie de supuestos legales en que la aludida indivisibilidad se quiebra y resulta excepcionada.

En efecto, tanto BERCOVITZ como PUIG BRUTAU recuerdan que en nuestro Código Civil están reconocidas la confusión parcial (art. 1.194), la compensación parcial (art. 1.196), la imputación parcial del pago (art. 1.174), la posibilidad de la moderación por el Juez de la pena convencional cuando “la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida” (art. 1.154) y, sobre todo, la plena consagración del cumplimiento parcial en los artículos 1.592 y 1.595 a propósito del arrendamiento de obra.

Para intentar encuadrar de una manera mínimamente lógica todos estos supuestos en el marco de la indivisibilidad legal que sostienen, los referidos autores se ven obligados a realizar alguna que otra finta escabrosa. Así, PUIG BRUTAU asevera que por más que cuando hay un solo acreedor y un solo deudor la Ley impone la indivisibilidad por razones ajenas a la naturaleza de la prestación, esto es, aunque ésta pudiera descomponerse por partes, sin embargo, “como la solución de conflictos no ha de regirse por principios rígidos, ha de tenerse en cuenta que, en ocasiones, la posibilidad de cumplimiento parcial la tiene en cuenta la Ley en beneficio del mismo acreedor” (20).

(20) PUIG BRUTAU, *Fundamentos* . 1, 2, op cit , pág. 248

Y BERCOVITZ, en un más difícil todavía, considera que en el sector de la indivisibilidad de las obligaciones con unidad de deudor y de acreedor cabe hacer una distinción entre un concepto estricto de la divisibilidad y otro amplio en el que se puede hablar de divisibilidad desde el momento en que las partes en que se pueda fraccionar materialmente la prestación conserven un propio valor económico; en los supuestos correspondientes a esta segunda modalidad cabe sostener que, “a pesar de los artículos 1.157 y 1.169, cuando el cumplimiento parcial tenga un valor económico para el acreedor y no quepa imputar al deudor el incumplimiento parcial, aquél habrá de ser aceptado de acuerdo con la buena fe que ha de imperar en las obligaciones (art. 1.258)” (21).

Quid iuris? Lo menos que cabe decir es que trata de una construcción jurídica insólita, pues no se alcanza a ver la razón por la que después de considerar que cuando estemos en presencia de una relación obligatoria sin pluralidad de sujetos la misma debe verse como una manifestación de la indivisibilidad legal, haya que admitir, como no podría ser de otra manera, que en numerosos supuestos dicha indivisibilidad queda marginada, sobre todo cuando no existe necesidad alguna de entrar en semejantes explicaciones o justificaciones.

Hablar de “beneficio del mismo acreedor” (PUIG BRUTAU) o de distinción entre “un concepto estricto de la divisibilidad... y otro amplio” (BERCOVITZ) es, sencillamente, sacar las cosas de quicio o recurrir a subterfugios para eludir las inconsecuencias que provoca el incorrecto camino elegido. El beneficio del acreedor poco o nada tiene que ver, en numerosos casos, con la naturaleza divisible o indivisible de una obligación en cuanto tales notas atañen a la estructura misma, y distinguir entre divisibilidad (o indivisibilidad) estricta y amplia es casi una *contradictio in adiecto*, porque una obligación puede ser divisible o indivisible, pero no puede ser, por exigencias dogmáticas mínimas y por la coherencia impuesta por el propio criterio clasificador, más o menos divisible o más o menos indivisible.

¿Qué es lo que ocurre realmente? La obligación legalmente indivisible en el supuesto de obligaciones con sujeto único ni existe ni puede existir, porque, como es natural, la forma en que las mismas deben ser ejecutadas (cumplimiento indivisible) no tiene por qué afectar a su estructura, es decir, que si eran indivisibles estructuralmente, la indivisibilidad del pago no añadirá nada a semejante condición, y si, por el contrario, aparecían como divisibles, dicha circunstancia del acto solutorio tampoco modificará semejante caracterización.

Si esto es así, ¿qué necesidad existe para trasladar al plano de la obli-

(21) BERCOVITZ, “Las obligaciones divisibles..”, *loc cit.*, *op. cit.*, págs. 583-584

gación lo que la norma contempla a escala del pago (art. 1.157 y 1.169 CC)? Absolutamente ninguna, porque ni resulta procedente semejante traslado, ni hablar de indivisibilidad legal de la obligación unipersonal sirve para otra cosa que no sea la de tener que buscar trabajosa y estérilmente explicación a los numerosos casos en que aquélla resulta excepcionada por la propia Ley.

En cambio, las cosas retornan a su ser y se acaban las fricciones si se prescinde de la indivisibilidad legal de las obligaciones y se habla, como corresponde, de que una de las notas o características objetivas del pago es la de la indivisibilidad. El acreedor tiene derecho a que la prestación se realice de una sola vez y el deudor está compelido a ejecutar la misma de manera unitaria; pero aquí, como se trata de algo coyuntural que mira tan sólo a la conveniencia del acreedor y no de algo estructural que emana de la misma sustancia de la figura, cual ocurre en el ámbito de las obligaciones indivisibles, se explica que se produzcan numerosas situaciones en que el pago parcial o la extinción también parcial por otras vías de la obligación pueden y deben ser admitidas porque no se conculca exigencia esencial alguna.

Quiero decir que si el fenómeno se contempla como “indivisibilidad de origen legal” en lo que atañe a la obligación, no cabría considerar, contra lo que la propia Ley establece en numerosas ocasiones, que dicha indivisibilidad resulta excepcionada, pues parece obvio que una obligación es naturalmente indivisible en todo supuesto y bajo cualquier tipo de circunstancias y situaciones, o no lo es en momento o aspecto alguno mientras no cambie la naturaleza de su prestación. En cambio, si se contempla bajo la óptica de que se trata tan sólo de un aspecto de la exactitud de la prestación cumplida, entonces no existe obstáculo alguno para que en numerosas ocasiones se admita que, no obstante la indivisibilidad del pago, caben ejecuciones, imputaciones o extinciones parciales de la obligación, porque en tales casos no se atenta contra la naturaleza de la misma, sino que tan sólo se está dejando de exigir algo que, *in casu concreto*, no interesa al acreedor, resulta inadecuado o no cabe requerir de acuerdo a los dictados de la buena fe que presiden el mundo de las obligaciones.

Bajo este enfoque no existe inconveniente ni objeción para que se contemple la confusión parcial, la compensación parcial, la imputación parcial o el cumplimiento parcial, porque ello nada tiene que ver ni guarda relación alguna con la materia de las obligaciones indivisibles, sino que, como sus propios nombres indican, se relacionarán más bien con la especie de las obligaciones divisibles en cuanto tales supuestos hacen referencia a fraccionamientos de la prestación. Pero ni siquiera ello tiene por qué ser considerado en este lugar, ya que no tiene sentido forzar el concepto de obligación indivisible a través de una sedicente indivisibilidad legal que luego va a

haber que excepcionar y violentar en numerosas ocasiones cuando está abierto y expedito el camino de que en la materia que se contempla no cabe ver otra cosa que circunstancias atinentes a la forma en que ha de realizarse el cumplimiento de las obligaciones, esto es, a la indivisibilidad de la prestación como una de las notas que normal o naturalmente acompaña al comportamiento solutorio del deudor. Una obligación indivisible no puede resultar excepcionada; en cambio, el pago, en principio indivisible, no puede conocer semejante excepcionalidad sin que sufra quebranto exigencia jurídica esencial alguna.

Por lo demás, la concepción que se critica conduce inevitablemente a una doble conclusión absurda, pues, por un lado, caso de acogerla, debería aceptarse también que toda relación obligatoria unipersonal es una obligación indivisible, contra el dato práctico inocultable e inalterable de que en ese campo, igual que en el de las relaciones obligatorias plurilaterales, se dan tanto obligaciones divisibles como obligaciones indivisibles, en cuanto dicha concepción no depende de los sujetos, sino de los objetos de las mismas. Y, por el otro, que semejante admisión supondría una victoria pírrica, pues son tantos y tan importantes los supuestos en que la sedicente obligación indivisible unipersonal resulta excepcionada que la misma queda sumamente desvirtuada y desfigurada, porque escasamente tiene sentido decir ésta es la naturaleza de la obligación para a continuación tener que aceptar que la misma supone o asume la naturaleza contraria en el largo rosario de pagos, imputaciones o confusiones y compensaciones parciales que la Ley contempla.

Crear en la sustancia indivisible de las obligaciones referidas constituiría, en consecuencia, un poco saludable ejercicio del *credo quia absurdum est*, aunque sólo fuera por la elemental consideración de que sujetos y objeto no deben interferirse en la estructuración de la obligación; y si se admite, como no puede ser de otra manera, que la naturaleza divisible o indivisible de una prestación no excluye la unidad o pluralidad de sujetos, debe aceptarse también, por pura lógica y porque ello supone contemplar el mismo problema desde otra perspectiva, que el hecho de que en una relación obligatoria exista unidad o pluralidad de acreedores y deudores no puede dar lugar a que en el primer supuesto la misma deba considerarse mecánica y necesariamente como indivisible.

Una concepción semejante trasladaría el matiz clasificatorio, en este área, del objeto a los sujetos; produciría la incongruencia de que no pueda haber obligaciones divisibles con un solo acreedor y un solo deudor (mutilando y seccionando la mitad conceptual de una categoría obligatoria que se formula en base a la posibilidad o no de que una determinada prestación sea susceptible de ejecución por partes) y, si se quisiera llevar el absurdo hasta sus últimas consecuencias, debería conducir a la conclusión de que si

toda obligación con acreedor y deudor únicos, y en base a esta circunstancia, debe reputarse obligación indivisible, paralela y armónicamente toda obligación con varios acreedores y deudores debe considerarse también obligación divisible.

Lo curioso es que semejante *totum revolutum* y semejante confusión conceptual pueden aclararse con relativa facilidad e, incluso, se impiden con tan solo tener en cuenta la siguiente consideración: Del hecho de que normalmente la indivisibilidad sólo presenta interés y adquiere significado cuando en la obligación existe pluralidad de sujetos, ya que en la relación obligatoria unipersonal el factor de la divisibilidad de la prestación pierde importancia ante el hecho de que su cumplimiento ha de tener lugar mediante la ejecución de la prestación debida de una sola vez o en un único instante (art. 1.169 CC), no cabe derivar la conclusión de que la misma se conforme como obligación indivisible, ya que ello supondría configurar una variedad obligatoria por las notas que la adornan en el momento de su extinción y no por las que la caracterizan en el instante de su nacimiento o constitución, aunque, según hemos dejado dicho páginas arriba, las primeras deben también ponderarse y ser tomadas en consideración.

7. LA INDIVISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN Y LOS CONTRATOS BILATERALES

¿Qué ocurrirá cuando estemos en presencia de un contrato bilateral? ¿La circunstancia de que del mismo dimanen obligaciones a cargo de ambas partes contratantes tendrá algo que ver o no con la condición divisible o indivisible de aquéllas?

CICALA ha sostenido que la mayor parte de las obligaciones naturalmente divisibles que nacen de un contrato bilateral pasan a ser indivisibles simplemente como consecuencia del sinalagma funcional, por más que semejante propagación de la indivisibilidad a través del sinalagma no se produzca cuando la indivisible correspondiente se halle ya cumplida y no quepa, por tanto, resolver el contrato sinalagmático, ni cuando ambas obligaciones son divisibles y no se ha dispuesto expresa o tácitamente nada en contra de esa divisibilidad (22).

Que por el hecho de que en un contrato con prestaciones recíprocas una de las obligaciones sea indivisible deba la otra asumir la misma caracterización como consecuencia del sinalagma funcional, no parece ser una consecuencia natural ni necesaria. Cada una de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral tendrá la consideración de divisible o indivisible que por naturaleza o convenio de las partes le corresponda, sin que la

(22) CICALA, *Concetto di divisibilità* . . . op. cit., págs. 165 y sigs.

circunstancia de que se encuentren ligadas las unas a las otras funcionalmente constituya factor suficiente para convertir una obligación divisible en obligación indivisible. De no ser así nos encontraríamos ante una manifestación más de la indivisibilidad legal, en cuanto sólo a la Ley cabría atribuir semejante mutación, pero con la curiosa circunstancia de que no existiría (tampoco en Italia) precepto legal alguno que establezca dicha consecuencia; un supuesto, pues, de indivisibilidad legal legalmente no contemplado.

En realidad, como bien dice RUBINO, en los contratos corresponsivos si una de las dos obligaciones es indivisible, la otra no resulta por eso sólo indivisible, como no lo sea por su naturaleza o por la voluntad de las partes; y de la misma manera, si la primera de las obligaciones es indivisible por voluntad de las partes, ello no basta para presumir que los contratantes habían querido también hacer indivisible la contrapuesta obligación. Aunque, quizá, el ejemplo que pone el autor citado para refrendar lo expuesto no sea del todo acertado, pues RUBINO considera que si una cosa determinada ha sido vendida a dos compradores conjuntamente, la obligación de entregar la cosa es indivisible; pero, en cambio, la de pagar el precio resulta divisible y, por tanto, el vendedor sólo puede reclamarla de cada uno de los dos compradores *pro quota* (23).

Y no es del todo acertado porque la obligación de entregar una suma de dinero en concepto de precio de la compraventa es una obligación naturalmente divisible en cuanto su prestación no sufre quebranto o alteración en caso de ser ejecutada por partes; y ello es así aunque el comprador sea único, pues en este caso, según hemos tenido ocasión de comentar extensamente, no es que la prestación divisible se torne indivisible, sino tan sólo que al existir un solo deudor y ser el pago indivisible, aquélla deberá ser cumplida de una sola vez, pero sin que ello transtorne en nada su intrínseca condición.

En cambio, resulta plenamente convincente su aseveración de que la circunstancia de que una de las obligaciones de un contrato sinalagmático sea indivisible no tiene por qué afectar a la caracterización de la otra, la cual sólo tendrá la consideración de indivisible cuando así resulte de su naturaleza o del convenio; así como que por el hecho de que las partes hayan pactado la indivisibilidad de una de las obligaciones no cabe presumir sin más que las mismas han deseado también la indivisibilidad de la otra, porque las cosas más bien deben ocurrir de la manera contraria, esto es, al haber contemplado los interesados una sola de las obligaciones, la presunción debe ser de que no han querido atribuir a la otra similar condición indivisible, presunción *iuris tantum* que sólo podrá desvirtuarse mediante prueba en contrario.

(23) RUBINO, "Delle obbligazioni", *op cit.*, pág. 295

8. SISTEMA DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL EN MATERIA DE FUENTES DE LA INDIVISIBILIDAD

Ya hemos dicho que nuestro Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en los Códigos Civiles de Francia e Italia, no contempla la dualidad de indivisibilidad por la naturaleza de la prestación (*rectius*, por la naturaleza de la cosa o del hecho objeto de la prestación) e indivisibilidad por la voluntad de las partes, sino que procede a catalogar las obligaciones como divisibles o indivisibles según que el contenido de su prestación sea un *dare*, un *facere* o un *non facere*. ¿Cuál de los dos sistemas es preferible y cuál resulta dogmáticamente más correcto?

La dicotomía naturaleza-convenio tiene una gran fuerza expresiva y parece ordenar conceptualmente las cosas de una manera más rigurosa y comprensiva. Se trata, en realidad, de un espejismo porque el segundo de los términos de la misma no aporta nada a la materia en estudio en cuanto al tratarse de un mero acto de voluntad que en un campo donde reina la autonomía privada hace que se trate como indivisible una obligación naturalmente divisible, no supone posibilidad alguna de separación o distinción en el seno del ámbito por él anotado ni excluye que dentro de la indivisibilidad natural haya que descender al análisis de sus distintas hipótesis según cual sea el contenido de la prestación.

Creemos, en consecuencia, que sin excluir la posibilidad divisibilidad pactada o teleológica, resulta mucho más adecuado restringir el estudio a las distintas manifestaciones de la indivisibilidad natural, en cuanto dentro de aquella no caben matices o distinciones, ya que la soberanía de la voluntad tornará iguales todos los casos en que se manifieste; pero, sobre todo, como dice CICALA, distinguir si se trata de indivisibilidad por naturaleza o de indivisibilidad intencional no tiene importancia práctica porque las consecuencias son siempre las mismas (24).

ANGEL CRISTOBAL MONTES
Catedrático de Derecho civil
de la Universidad de Zaragoza

(24) CICALA, *Concetto di divisibilità* . op . cit., pág 56

Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral

SUMARIO. 0. EL CONVENIO ARBITRAL EN SOCIEDADES MERCANTILES.

AMBITO OBJETIVO: A) FALTA DE PRESUPUESTO. B) LA POSIBILIDAD DE SOMETER A ARBITRAJE LAS CONTROVERSIAS SOBRE LA VALIDEZ/INVALIDEZ DE LOS ACUERDOS SOCIALES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE LAS SOCIEDADES: 1) *Estado de la doctrina y jurisprudencia.* 2) *Razones para un cambio doctrinal.*—I. AMBITO SUBJETIVO DEL CONVENIO ARBITRAL. FUNCION DE LA INSCRIPCION DEL CONVENIO ARBITRAL —II. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENDIENTE EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. LA ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA: 1) *Dificultades que plantea la legislación arbitral.* 2) *Dificultades planteadas por la legislación registral.*—III. LAUDO REGISTRABLE. INSCRIPCION: TITULO Y CALIFICACION.

El pasado 10 de diciembre fui invitado por el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) a participar en el IV Seminario organizado por la Asociación Catalana de Arbitraje bajo el prometedor título de “El arbitraje en las sociedades mercantiles”. Mi participación se centró, como es obvio, en los aspectos registrales del procedimiento arbitral; en definitiva, de la publicidad mercantil registral. Sobre el particular, a falta de doctrina mercantil o registral, me he atrevido a esbozar por escrito algunas líneas generales de discusión con el ánimo de que puedan suscitar algún debate. Entiéndase que son sólo ideas seminales necesitadas de profundización y de más serio análisis doctrinal. Centradas en el Registro Mercantil, es obvio que pueden algunas conclusiones extrapolarse al Registro de la Propiedad. La discusión sobre publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral es tanto más necesaria cuanto que la futura reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada todavía en trabajos preparatorios nos anuncia la inscripción de laudos dictados como consecuencia de sumisión a arbitraje de las impugnaciones de acuerdos de órganos colegiados.

0. EL CONVENIO ARBITRAL EN SOCIEDADES MERCANTILES. AMBITO OBJETIVO

La sumisión a arbitraje, de Derecho o de equidad, de las controversias que puedan suscitarse en la esfera corporativa ha sido, tradicionalmente, un fenómeno frecuente y no necesariamente exclusivo de las sociedades cerradas o familiares (1). Desaparecido el serio inconveniente de la necesidad de otorgar el contrato de compromiso arbitral —bastaba la oposición del obligado para que fuera necesaria la formalización judicial— por la eliminación de la distinción entre contrato preliminar y compromiso arbitral (2), los contrayentes de cualquier tipo societario pueden escapar de la jurisdicción y de la crisis de la Administración de Justicia mediante el recurso a la heterocomposición arbitral del mayor número posible de controversias futuras.

Se impone, y es muy recomendable, la redacción de cláusulas generosas cuyos modelos suelen las instituciones que administran el arbitraje facilitar. Así, en materia de sociedades el TAB dispone de una barroca cláusula arbitral (3). Pero toda cláusula contractual necesita de interpretación para determinar el supuesto de hecho contemplado en la previsión negocial. Aunque debe desecharse por trasnochada la opinión que defendía una interpretación estricta del convenio arbitral, es obvio que por amplia que sea la redacción no puede aquél amparar materias excluidas, bien voluntariamente (cuando las partes restringen el juego de la cláusula a ciertas controversias corporativas) o bien legalmente de arbitraje.

Para determinar *el ámbito objetivo del arbitraje* podríamos recorrer todo el Derecho societario, pero ese casuismo es agotador. Por razones de clarificación/generalización dogmáticas, podríamos señalar dos causas de inidoneidad objetiva:

(1) Un excelente estudio general en MUÑOZ PLANAS, "Algunos problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles", en *Estudios*, URJA, Madrid, 1977, págs. 379-495.

(2) Como dice la Exposición de Motivos de la Ley de 5 de diciembre de 1988 (en su párrafo 3): "La actual Ley elimina la distinción entre la cláusula arbitral (que la anterior llamaba contrato de arbitraje) y el compromiso, implantando el convenio arbitral como instrumento en el que se plasma el derecho de las personas para solucionar las cuestiones litigiosas de su libre exposición".

(3) Cláusula en la que, por cierto y a fuer de sinceros, el Registro Mercantil de Barcelona tiene mucha responsabilidad, y que reza (la cláusula es anterior a la nueva Ley de Anónimas): "Cualquier divergencia, cuestión o discrepancia surgida por razón del contrato social, tanto durante su vida y en caso o por causa de su liquidación, como también en la valoración de aportaciones, participaciones, el importe de restitución y el precio del ejercicio de adquisición preferente entre la sociedad, sus administradores y apoderados y los socios, se somete al arbitraje institucional de Barcelona de la Asociación Catalana para el Arbitraje, al que se le encarga la designación del árbitro o árbitros y la administración del arbitraje, obligándose desde ahora al cumplimiento de la decisión arbitral".

A) La falta de presupuesto. Inexistencia de controversia.

B) Por recaer la controversia sobre materia no susceptible de disposición conforme a Derecho (arts. 1 y 2 LA). En particular las acciones de impugnación de los acuerdos de órganos sociales.

A) FALTA DE PRESUPUESTO

Decía la antigua LA de 1953 (art. 2.2) que “no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente”.

Son varios los casos en que esa situación puede presentarse en la vida de las sociedades, pero por razones de simplificación podemos reducirlos a los siguientes:

Tercero actúa de perito dirimente otorgando o negando razón a criterios o voluntades contrapuestas permitiendo adoptar acuerdos de órganos sociales. Aquí las partes atribuyen a tercero, habida consideración de su cualificación técnica, “la función de realizar una cierta actividad sometándose al resultado de la misma, el cual debe valer como expresión de su propia voluntad”. Su actuación se limita a la dación de un voto de calidad; sin embargo, su trascendencia es grande, pues eventualmente puede mediar entre grupos opuestos y evitar la paralización de los órganos sociales causa de disolución (ex art. 260.3 LSA). Es el supuesto contemplado en la RDGRN de 27 de abril de 1989 (se trataba de un árbitro para resolver los empates en el Consejo). La resolución fue negativa: los árbitros no resolverán conflictos o contiendas que todavía no existen en caso de empate, sino que contribuyen a formar la voluntad social cuyo contenido conformarían. La RDGRN llega a ir más lejos: “Pretender aplicar esta institución en bloque vulnera los principios básicos del orden público por cuanto no corresponde a la autonomía privada definir el papel de jueces y tribunales”.

Tercero “arbitrador”: Aquel cuya función es integrar uno de los elementos esenciales de una relación jurídica incompleta. Caso del arbitrio del artículo 1.447 del Código Civil en que se deja la fijación del precio a tercera persona. Caso también del tercero, “experto independiente” o “auditor”, que fija el valor real de acciones y participaciones en supuestos de sindicación, exclusión y separación de socios, amortización de valores, etc.

¿Puede utilizarse el procedimiento arbitral para seleccionar un experto o auditor que elabore un dictamen emitido en forma de laudo y con el valor de éste (cosa juzgada)? En este punto hay que señalar lo siguiente:

- Cuando la Ley atribuye a una autoridad, como es el Registrador mercantil, la designación de experto o auditor, su intervención no es

fungible, como no es fungible, en general, la intervención judicial o parajudicial en jurisdicción voluntaria (4). Esto excluye la posibilidad de someter a arbitraje la valoración de aportaciones no dinerarias, de acciones en sindicaciones *mortis causa* o en procedimientos de apremio, de participaciones y acciones en la liquidación del usufructo, etc.

- Fuera de estos casos, sigue siendo aplicable la doctrina de la inexistencia de controversia sentada por la RDGRN de 27 de abril de 1989: la función del arbitrador no es la propia de un árbitro, como tiene declarado la doctrina (DÍEZ PICAZO especialmente) (5) y la jurisprudencia del TS (de interés en materia de valoración de acciones son las SS de 28 noviembre 1984 y 10 marzo 1986).
- Aunque no fuera así, una práctica registral relativamente consolidada proporciona un mecanismo alternativo satisfactorio. En estatutos puede pactarse la designación por el Registrador mercantil del domicilio, del auditor que valore acciones o participaciones, por ejemplo, en cláusulas de indicación por transmisiones *inter vivos* (aunque no esté expresamente contemplado en la Ley).

Así, puede resultar muy inconveniente que las participaciones sean valoradas por los dos peritos designados por las partes y un tercero por el Juez (art. 20 LSRL); la solución, en caso de controversia, puede ser la atribución del Registrador de la facultad de designar el tercero.

Sin embargo todo lo expuesto, merece señalarse lo siguiente:

- Empieza a apuntar, en Derecho comparado e incluso entre la doctrina española (6), una línea favorable a la extensión del arbitraje a la solución de situaciones no estrictamente litigiosas, pero sí conflictivas o controvertidas en sentido amplio. Al fin y al cabo las partes son las primeras interesadas en definir cuáles son sus presentes o futuras diferencias.
- No se comprenden bien las razones que impiden la integración de las relaciones incompletas por el mecanismo del arbitraje si las partes

(4) En este sentido, RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978, pág. 65. En contra, MUÑOZ SABATE, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 42.

(5) Por todos, DÍEZ PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957. También en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1991, págs. 24 y sigs., y en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 32 y sigs.

(6) Favorable a la extensión del arbitraje a cuestiones no litigiosas R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, París, 1982, págs. 31 y sigs. Citado por RODRIGO BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 27.

están conformes en ello; sobre todo si tenemos en cuenta que los órganos judiciales en algunos supuestos actúan como verdaderos “arbitradores” o peritos dirimientes: el caso del Juez que suple la falta de la mayoría legal para la constitución del sindicato de obligacionistas del artículo 9 de la Ley 211/1964, de 24 de diciembre; el Juez que resuelve en equidad en la Ley de Propiedad Horizontal a falta de mayoría para adoptar ciertos acuerdos (art. 16 LPH); etc.

- Que en todo caso puede utilizarse el arbitraje como mecanismo para resolver la controversia (¡aquí sí!) derivada de la falta de conformidad de cualquiera de las partes a la valoración dada por el experto/auditor.

La valoración dada por el experto/auditor en ningún caso es irrecurrible. Pueden, como es lógico, las partes alzarse judicialmente contra la peritación o valoración dada por el perito. Incluso someter a arbitraje, de común acuerdo, la resolución de la controversia que nace de la impugnación del peritaje.

B) LA POSIBILIDAD DE SOMETER A ARBITRAJE LAS CONTROVERSIAS
SOBRE LA VALIDEZ/INVALIDEZ DE LOS ACUERDOS SOCIALES
DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE LAS SOCIEDADES

Constituye hoy la principal preocupación de la doctrina y del mundo de los negocios en materia de arbitraje de sociedades. Por razones de brevedad estudiaremos el tema exclusivamente referido a los acuerdos provenientes de la Junta general de sociedades anónimas o limitadas (esto último por aplicabilidad del régimen general de las primeras, ex art. 15 *in fine* LSRL), sin perjuicio de apuntar aquí la posibilidad de extender las conclusiones a otros supuestos distintos. Estudiaremos:

- B.1) Estado de la doctrina y jurisprudencia.
- B.2) Razones para un cambio de doctrina.

1) *Estado de la doctrina y jurisprudencia*

Existe, hasta la nueva situación jurídica creada por la legislación de reforma de sociedades y la nueva Ley de Arbitraje, una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo negativa y consolidada, una doctrina de la DGRN reticente y una doctrina científica contraria prácticamente sin fisuras.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—El Alto Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse negativamente sobre el tema en la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1956 de un modo rotundo. De igual doctrina son las posteriores Sentencias de 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1977. Los argumentos son los mismos que esgrime la doctrina mercantil.

En contra de esta línea jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1961 parece permitir el compromiso arbitral en las sociedades de responsabilidad limitada.

Jurisprudencia de la DGRN. A diferencia del TS, la DG no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales. Sin embargo, apunta claramente una posición cerrada de interpretación rigurosísima del procedimiento de impugnación judicial previsto en la Ley (las sentencias son anteriores a la reforma) al que se califica de exclusivo (buscando apoyo en la dicción literal de los antiguos arts. 67 a 70 LSA 1951), imperativo (de derecho necesario) y hasta de orden público. Dos son las resoluciones a señalar:

- La de 26 de julio de 1988, que cita la STS de 23 de junio de 1959, en donde se resuelve la imposibilidad del pacto estatutario de *pro-rrogatio fori*, consistente en la alteración territorial de la competencia del Juez que conoce de la impugnación de acuerdos sociales. La DG en *obiter dicta* “bendice” con su autoridad la cláusula de estilo tan frecuente que excluía del arbitraje las materias excluidas (una tautología), incluyendo entre éstas las relativas a la impugnación de acuerdos sociales.

Esta cláusula de estilo, una auténtica simpleza por lo evidente, respondía a una práctica mercantil y registral consolidada y hasta aplaudida por la doctrina. Tuvo incluso reflejo positivo en el Reglamento de cooperativas (7). En cuanto a estas últimas, vid. ahora artículo 163 de la Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987 regulando la conciliación y arbitraje cooperativo y las competencias del Consejo Superior del Cooperativismo. La Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 1985 admite en su artículo 35.2 expresamente que toda impugnación de acuerdos sociales puede ser objeto de la conciliación y arbitraje que regula.

- La de 27 de abril de 1989, en donde se asienta todavía más lejos esta línea de opinión: “La actuación de los tribunales tiene en su normativa aspectos que por su carácter procesal no están sujetos a la libre

(7) Véase VICENT CHULIÁ, “La Asamblea general de la cooperativa”, en *RJCat*, núm. 2, 1978, págs. 487 y sigs.

disposición de los particulares". La cuestión sobre la competencia judicial se llega a fundar en la Constitución, a la que, por lo que se ve, violaría un pacto sometiendo a arbitraje la solución de empates que se produzcan en la adopción de acuerdos por el Consejo de Administración.

Doctrina.—Hasta recientemente existe una curiosa, por lo inédita, unanimidad doctrinal con matices; unanimidad a cuyo logro no ha sido ajeno el Derecho comparado, sobre todo el italiano (8). Suelen argüirse razones relativas a la *naturaleza del procedimiento* y a la condición de indisponible de los derechos que se *ventulan en la controversia*.

Inmediatamente antes de la reforma empezaron a abrirse brechas significativas en la doctrina (antes monolítica), existiendo una clara tendencia de apertura del arbitraje a la composición de controversias sobre acuerdos anulables (frente a los nulos por ser contrarios a las normas imperativas o prohibitivas).

Otro punto de vista distinto del anterior, defendido por V. CHULIÁ, es el mantenido por MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, págs. 448 y sigs., según el cual habría que distinguir entre la gran sociedad anónima de tipo abierto y las sociedades cerradas de carácter familiar.

En general, la doctrina parece pasar por alto lo incongruente que puede resultar defender la validez de la renuncia o del allanamiento y, en cambio, negar el compromiso (9). Solía equipararse éste a la transacción, y el artículo 1.812 del Código Civil ("las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes") impediría al órgano de administración comprometer derechos exclusivos de todos los socios (téngase en cuenta que la sentencia que resuelve el proceso de impugnación es oponible a todos ellos, comparezcan o no en el procedimiento, acudan o no a la Junta donde se tomaron los acuerdos, voten a favor o se opongan o abstengan).

— En lo que hace al argumento de la *naturaleza del procedimiento de impugnación*, solía alegarse la existencia de un dato positivo revelador: en aquellas legislaciones donde se contemplan procedimientos especiales existe una tendencia a excluir en general la autonomía de la voluntad (competencia improrrogable); en cuestión de sumisión, el arbitraje *prorrogatio fori*; alteración convencional del procedi-

(8) Por todos, SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali. Analisi di una esperienza statutaria*, Milán, 1979, en donde se estudia pormenorizadamente la jurisprudencia hostil del Tribunal de Casación italiano.

(9) GIMENO SENDRA, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pág. 25.

miento singular; etc. Se citaban los casos de la legislación de arrendamiento especiales, la laboral, etc. Sin embargo:

- a) Esto sólo debe ser así cuando el procedimiento especial sea un vehículo necesario del logro más eficaz del propósito tuitivo del legislador, y en muchos casos la normativa tuitiva reside más en lo sustantivo que en el orden procesal (así en materia de seguros y en la legislación sobre defensa del consumidor, ordenamientos tan tuitivos como los anteriores y abiertos francamente a la posibilidad de arbitraje).
- b) Y aun en estos casos puede ser discutible si un procedimiento arbitral suficientemente garantizador de los derechos protegidos por un procedimiento singular no sería solución posible y hasta recomendable.

— En lo que hace a la *condición de indisponible del derecho subjetivo de impugnación*, parecía existir conformidad en lo que hace a la impugnación de acuerdos nulos de pleno derecho: ¿Cómo puede ser lícito comprometer la aplicación de una Ley en contra de lo establecido en los artículos 6.2 y 6.3 del Código Civil? No cabe la exclusión voluntaria del derecho imperativo. Mayor benignidad había en sede de acuerdos anulables (pretensiones constitutivas de nulidad).

Existen sin embargo poderosas razones para un cambio de doctrina.

No puede desconocerse “la existencia en nuestra doctrina más reciente de posiciones de franca apertura hacia la operatividad del arbitraje en el tipo de litigios que nos ocupan” (10). Significativa es la evolución doctrinal del propio GIMENO SENDRA. Siempre favorable a una postura de apertura, en su primera monografía, anterior a la reforma, sobre impugnación de acuerdos sociales se mostraba partidario de distinguir entre pretensiones de declaración de nulidad y las de constitución de invalidez, en la línea de CHULIÁ. Pero así como éste sigue manteniendo la opinión en la nueva edición —la tercera— de su *Compendio crítico*, aquél parece evolucionar a una postura radicalmente favorable (11).

(10) URÍA, MENENDEZ y MUÑOZ PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo V, Junta General de Accionistas, Madrid, 1991, pág. 366.

(11) En su reciente obra, *La reforma procesal mercantil. Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos y de la propiedad industrial*, Valencia, 1990, pág. 47, llega a decir que la nueva LSA ha acentuado el carácter DISPONIBLE del acuerdo como negocio jurídico “fundamentalmente por la vía de restringir la nulidad radical a las contravenciones al orden público y de ampliar el régimen de nulidad relativa a las infracciones de auténticas normas imperativas”.

2) Razones para un cambio doctrinal

Tras la reforma —simultánea del Derecho de sociedades y del procedimiento arbitral— se va abriendo camino la opinión decididamente favorable a lo que hasta ahora, pacíficamente, se negaba.

Las primeras razones son siempre las que se refieren a la realidad social imperante en el momento en que la norma se ha de aplicar (art. 3.1 CC). En nuestro caso, el hecho notorio de la crisis de la Administración de Justicia, crisis que ataca en su raíz el derecho a la tutela efectiva (art. 24 de la Constitución) y el reconocido fracaso del procedimiento especial que se pretendía agilizar y simplificar la tramitación procesal. No sólo no se ahorraron plazos, sino que se perdió toda confianza en la calidad del procedimiento por el menoscabo de la inmediación judicial, la restricción de los medios de impugnación y el aumento de las dilaciones innecesarias.

Junto al desvanecimiento del espejismo de las supuestas ventajas del procedimiento hay que añadir la lucha del legislador y la doctrina por la supresión de los procedimientos especiales injustificados. En este sentido, el de la vuelta al tronco común de los procedimientos ordinarios, es de citar la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, cuya disposición adicional 3.^ª1 suprimió el procedimiento singular del artículo 70 de la LSA, anticipándose a la reforma del Derecho de sociedades, y la Ley General de Cooperativas, cuyo artículo 525 se sometió a la de anónimas en sede de impugnación de acuerdos, pero con expresa recepción del juicio de menor cuantía. Tras la reforma queda fuera de dudas *que el único y exclusivo procedimiento* es el ordinario declarativo de menor cuantía.

Con anterioridad, y de conformidad a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, había que distinguir, tratándose de acuerdos nulos, si el demandante se encontraba o no dentro del plazo de caducidad. En el segundo caso todavía cabía el ordinario correspondiente (SSTS 19 abril 1960, 9 noviembre 1961 y 8 diciembre 1973).

Además de la desaparición de todas las razones que argüían a favor de una singularidad procedimental, no es difícil advertir el cambio sustancial que se ha producido en sede de la materia objeto de compromiso. El legislador se ha separado en la nueva regulación, de una manera deliberada y sustancial, de la doctrina tradicional sobre la nulidad y vicios del negocio jurídico. Hasta tal punto existe esa desviación dogmática —todavía no suficientemente estudiada— que las categorías tradicionales ceden ante otras nuevas. Lo que pretende el legislador, en armonía con las soluciones de Derecho comparado, es que los vicios que aquejan a los procesos de formación de la voluntad social sean resueltos, en uno y otro sentido, y por elementales razones de seguridad jurídica, en plazos temporales razonables.

Para el logro de este propósito no queda más remedio que reconocer la

disponibilidad de los derechos objeto de controversia. Y para afirmar esto basta atender a dos datos normativos:

- La sujeción a plazos de caducidad (¡y caducidad anual!) de las pretensiones de declaración de nulidad por infracción de normas legales contra los aforismos tradicionales “Quod nullum est...”, “Quod ab initio vitiosum ..”
- La posibilidad indiscriminada (todo tipo de acuerdos, en tiempo anterior, coetáneo o posterior a la interposición de demanda) de REVOCACION y/o SUSTITUCION de acuerdos impugnables (art. 115.3: “No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro”).

I. AMBITO SUBJETIVO DEL CONVENIO ARBITRAL.

FUNCION DE LA INSCRIPCION DEL CONVENIO ARBITRAL

Tema fundamental aunque no merecedor de excesivo estudio doctrinal es el del ámbito subjetivo del convenio arbitral: ¿A quién obliga el compromiso de someter a arbitraje las controversias nacidas del contrato societario?

Creo que para resolver tal cuestión es menester considerar la naturaleza del compromiso en atención a su condición de pacto estatutario o parasocial.

El convenio arbitral puede configurar el contenido propio de un *pacto parasocial*. Como es bien sabido, los contratos parasociales son negocios bi o plurilaterales de colaboración asociativa que se vinculan de un modo accesorio al negocio societario al cual se refieren. Tienen por presupuesto la existencia de una sociedad y su regulación contempla el conjunto de los derechos y obligaciones que integran la posición de socio; pero la realidad parasocial, como su propio nombre indica, queda fuera como algo ajeno aunque tangencial a lo social. En tal caso, la eficacia o fuerza de obligar queda exclusivamente reservada a los que pactaron. Se dice que tienen tales pactos una eficacia “obligacional”, meramente interna o *inter partes* por el juego del principio de la relatividad de los contratos (art. 1.257 CC: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que las otorgan y sus herederos...”).

La obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa en que consiste el pacto parasocial puede, en ocasiones, injertarse en el vínculo societario perdiendo su naturaleza y adquiriendo la condición de “lo societario”. Por ejemplo, un pacto de sindicación de acciones nominativas puede “vagar” fuera de estatutos como pacto social parasocial entre todos o algunos de los

socios, en cuyo caso, si es lícito, no vincula a la sociedad ni a terceros (art. 63.1 LSA, a contrario: “Sólo serán válidas frente a la sociedad las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos”), o puede insertarse en estatutos. La diferencia no es baladí porque la eficacia de uno y otro pacto es sustancialmente diversa. Un pacto estatutario *puede superar el límite impuesto por el principio de la relatividad de los contratos en ciertas condiciones, de suerte que su contenido puede hacerse valer a terceros no partes del contrato* (oponibilidad). De esta suerte el pacto adquiere una eficacia “real”, externa o *erga omnes*.

Esto sólo es posible merced a la inscripción en un Registro público: El Registro Mercantil. Lo publicado y previamente inscrito es oponible a todo tercero, conozca o no el pacto (principio de oponibilidad que en nuestro Derecho interno positivo se encuentra en el art. 21 CCom y en el art. 9 RRM).

En aplicación de esta teoría: Un pacto parasocietario compromisorio, no inscribible, vincula exclusivamente a los socios que pactaron y a sus herederos, y a aquellos ulteriores socios que se adhieran prestando su conformidad.

Un pacto compromisorio societario, inscribible, si no resultare inscrito sufriría de inoponibilidad a la sociedad y a terceros (arts. 21 CCom y 9 RRM, en relación al art. 7 *in fine* LSA: “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”) por su condición “irregular” de “reservado”.

Un pacto compromisorio societario debidamente inscrito vincula a la sociedad y a los socios presentes y futuros.

Para entender cómo es esto posible veamos cómo puede injertarse un pacto compromisorio en el contrato social. Al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC, en relación a los arts. 117 CCom y 10 LSA) los socios pueden, y lo hacen así frecuentemente, pactar la sumisión a arbitraje en la propia escritura fundacional como pacto estatutario voluntario. El que se concierte el convenio como cláusula incorporada al contrato social (art. 6.1 LA) no significa que el pacto sea “accesorio”; antes bien, es un pacto societario como los demás, tan esencial al negocio como todos ellos, por más que voluntario. Sería discutible si debe figurar en estatutos como pacto estatutario (que ex art. 9 LSA rige “el funcionamiento de la sociedad”) o como pacto societario extraestatutario pero societario (es decir, figurará como pacto no estatutario en la escritura de constitución); pero esta discusión tiene mucho de académica y su trascendencia a nuestros efectos es mínima (está absolutamente desacreditada la tesis que defiende un distinto régimen de modificabilidad de unos y otros pactos societarios (los contenidos en escritura y en estatutos)).

El convenio arbitral *inscrito configura la posición de socio*: el haz complejo de derechos y obligaciones que integra esa posición social y que en las sociedades anónimas puede incorporarse a un valor negociable “porta” esa cláusula de compromiso como algo propio e inherente. Si esto es así, toda novación subjetiva en la persona del socio provoca una subrogación en la posición del anterior (figura enteramente similar a una “cesión de contrato”): tanto en las sociedades personalistas (inscritas) como en las capitalistas la transmisión de la condición de socio entraña para el adquirente la sujeción sobrevenida al compromiso arbitral. No puede pretender el nuevo socio que con la adquisición se adhiere al contrato societario ignorar el pacto compromisorio alegando no haber sido parte originaria. Y ello es ajeno a la Ley de circulación de la dicha condición de socio: se transmite ésta con la simple entrega del valor-acción (en las al portador), mediante el debido otorgamiento de documento público de transmisión de participaciones (en las sociedades limitadas) o por la modificación subjetiva del contrato de compañía mediante escritura pública debidamente inscrita (en las sociedades personalistas). Que la cláusula compromisoria obliga a los socios presentes y futuros no quiere, obviamente, *decir que les vincule por cualquier causa*. si un socio presta o vende una finca a la sociedad, las posibles controversias *derivadas* del contrato de préstamo o compraventa no están cubiertas por una cláusula compromisoria *societaria*, sin perjuicio de que el socio y la sociedad, a través de su órgano de administración, pacten la sumisión a árbitros de aquellas. Y es que por su *ámbito objetivo* las cláusulas vinculan a socios (ámbito subjetivo) en relación a las controversias *derivadas* del contrato de sociedad.

En cuanto a los administradores o gerentes de la sociedad, sean o no socios, es evidente que la cláusula les será oponible por todo lo dicho. La determinación del ámbito de facultades de los administradores, su sistema de retribución y su régimen de responsabilidad son cuestiones societarias. La función de aquellos se predica de la sociedad como titulares de un órgano social. No pueden pretender ignorar la cláusula, como no pueden pretender ignorar una limitación inscrita de sus facultades representativas (no son terceros protegidos por el art. 129 LSA). Su aceptación del nombramiento por la Junta u órgano competente supone necesariamente su vinculación al contrato social (su adhesión a él, si se quiere).

Ya hemos visto que el convenio arbitral obliga a socios presentes y futuros y a los administradores presentes y futuros, sean o no accionistas, mediante su inscripción. También obliga a la sociedad. ¿Y a terceros?

Pueden existir controversias entre la sociedad y los terceros, pero es difícil pensar que traigan causa del contrato de sociedad. Si un accionista conviene con otra persona la constitución de un usufructo de sus acciones, las posibles controversias que puedan surgir del contrato de usufructo no

pueden, por este solo título, quedar cubiertas por la cláusula compromisoria: será el título constitutivo del usufructo que regula las relaciones internas entre usufructuario y el nudo propietario (art. 67.2 LSA) el llamado a contener una específica cláusula arbitral. Sin embargo, si lo que se discute es la legitimación frente a la sociedad del ejercicio de los derechos (art. 67.1 LSA), dichas controversias pueden, entiendo, estar sujetas al compromiso arbitral. Piénsese igualmente que el tercero pretenda la anulación de un acuerdo de Junta por contravención de los estatutos sociales siempre que sea portador de un interés legítimo (art. 117.1 LSA); parece razonable que si la cláusula arbitral contempla la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales la vinculación le sea oponible. El problema, y no es pequeño, es desentrañar si las controversias giran sobre relaciones jurídicas corporativas o extracorporativas.

Queda pendiente el problema de determinar cómo puede introducirse *a posteriori* —es decir, después de la constitución— una cláusula arbitral (supuesto de la STS 27 enero 1968). A mi entender, carece totalmente de fundamento la tesis según la cual, como quiera que la sumisión entraña la renuncia del derecho a la tutela jurisdiccional únicamente actuable *uti singuli*, es necesario el consentimiento de todos los socios. No se entiende por qué razón “la introducción de la cláusula no puede ser valorada al nivel de una modificación estatutaria” (MUÑOZ PLANAS, *op cit.*). Creo que precisamente ése es el asiento lógico y positivo correcto. Bien está que la introducción del convenio en una sociedad regular colectiva precise del consentimiento de todos los socios, pero si la sociedad se rige por órganos colegiados, ¿por qué motivo exigir una unanimidad que destruye ese carácter, como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia de la DGRN? No se puede pretender que la modificación entrañe “nuevas obligaciones para los accionistas” o implique la obligación de “realizar prestaciones accesorias”, lo que exigiría la aquiescencia de los interesados (art. 145 LSA). Sin perjuicio de que, en todo caso, sea de aplicación lo relativo a la modificación perjudicial a una clase de acciones (art. 148 LSA). Tiene que tenerse en cuenta, sin embargo, en línea de principio, que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Y aún entiendo que la introducción de dicha cláusula pueda entrañar merma de derechos o renuncia a los que ya se tenían, justo es reconocer que en donde ni siquiera existe un derecho a mantener la condición de accionista (el accionista puede ser obligado a sufrir una amortización forzosa y contra su voluntad de sus acciones) difícilmente puede defenderse su consentimiento inexcusable para quedar sujeto al nuevo convenio arbitral.

II. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENDIENTE EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. LA ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA

◦ Es bien sabido —un tópico procesal— que de poco vale que el Juez resuelva favorablemente si por no haberse oportunamente asegurado la efectividad de la sentencia, anticipando en cierto modo su ejecución, esta última deviene ilusoria. Para satisfacer esta pretensión existe la tutela cautelar o función preventiva, sobre cuya naturaleza y sustantividad existe ya prolija discusión científica.

◦ Si conectamos el “ordo procesal” con el registral, la necesidad de anticipar los efectos de la inscripción del laudo futuro, pendiente el procedimiento arbitral, es tanto más necesaria cuanto que el principio de fe pública registral (art. 8 RRM: “La declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará a los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho”, y 122.1 LSA: “La sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado”) puede resultar en la aparición de un tercero registral cuya posición jurídica sea protegida, aunque la resolución declare la inexactitud y nulidad del contenido registral en cuya apariencia tabular fundó su confianza.

◦ La anotación preventiva de demanda es una auténtica medida cautelar: su naturaleza se revela en la “instrumentalidad” de la medida cautelar respecto al proceso principal y en la provisionalidad registral y “homogeneidad” con la futura medida ejecutiva (12), pues tiende a preordenar efectos indirectos de la cosa juzgada, tales como la cancelación de la inscripción de acuerdo y de los asientos posteriores al de anotación preventiva (art. 122.3 LSA).

La anotación preventiva cumple la función de enervar la fe pública registral impidiendo que aparezca ese tercero registral protegido.

Conocida, pues, la conveniencia y aun la necesidad de anotar previamente, pendiente el proceso —sea éste judicial o arbitral—, se plantea el problema, como es lógico, respecto a este último: ¿El proceso arbitral posee la idoneidad suficiente para conformar una medida cautelar autónoma (la anotación preventiva de pendencia de procedimiento arbitral) adoptada antes de que sea dictado el laudo?

Vamos a ordenar, por razones de brevedad, los posibles argumentos en contra para su discusión.

(12) Véase, por todos, RAMOS MENDEZ, *La anotación preventiva de demanda*. Barcelona, 1980

1) *Dificultades que plantea la legislación arbitral*

Es sabido que la Ley de Arbitraje sólo contempla las medidas cautelares después de dictado el laudo, en sede de recurso de anulación. Este silencio de la Ley es elocuente si conocemos los vericuetos del proceso legislativo: el Parlamento rechazó sin razones técnicas las diversas enmiendas de los grupos parlamentarios de la oposición tendentes al establecimiento de un dispositivo eficaz de medidas cautelares. Todo ello lleva a una situación de injustificable diferencia entre el procedimiento arbitral y judicial. Con enojo se pregunta MUÑOZ SABATÉ en un reciente trabajo (13): “¿Cómo se puede llamar cautelar a una medida (la del art. 50) a la que falta el más completo sentido de la oportunidad?”

Es oportuno defender la posibilidad de estas medidas cautelares pendiente el procedimiento arbitral y en tanto se pronuncie el laudo por buenas razones (defendidas por este último autor):

- a) Por la profunda semejanza (“identidad”, en los términos del art. 37 LA), tanto en la génesis (proceso) como en los efectos (cosa juzgada) *entre laudo y sentencia*; pertenece a la naturaleza de las cosas (y por aplicación de la analogía como criterio interpretativo, añadido, ex art. 4.1 CC) el que ambos dispongan de unos similares mecanismos de conservación de efectos.
- b) Porque de lo contrario el procedimiento arbitral impediría el logro del derecho constitucional de obtención de una justicia efectiva (art. 24.1 de la Constitución, significativamente citado en la propia EM de la LA cuando dice: “El convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial consagrado en el art. 24 de la Constitución”).

De igual opinión V. CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, tomo I, vol. 1, pág. 278

c) Porque, a mi entender y el de la mejor doctrina (ALMAGRO NOSETTE por todos), resulta absurdo —y posiblemente contrario al art. 27 CC que otorga al extranjero la misma condición que la nacional— que los laudos arbitrales extranjeros tengan mejor trato que los laudos internos. Es sabido que el Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961 y ratificado por España, en su artículo VI, apartado 4, permite expresamente la adopción de medidas antes del laudo (14).

(13) LLUÍS MUÑOZ SABATÉ, “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”, en *Revista Jurídica Catalana*, núm. 3, 1991, págs. 117 y sigs.

(14) ALMAGRO NOSETTE, *Jurisdicción y arbitraje*, boletín núm. 2 del Tribunal Arbitral de Barcelona de la Asociación Catalana para el Arbitraje, págs. 61 y sigs.

Es evidente que la solicitud de medidas cautelares ante un Juez, si necesario fuere, no sería incompatible con el convenio arbitral ni implicaría sumisión a los tribunales por renuncia ex artículo 11 de la Ley de Arbitraje, aunque del tenor literal de este artículo pudiera deducirse lo contrario.

¿Quién sería competente para acordar las medidas cautelares (anotación de demanda, suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado)? Aunque existen jurisdicciones en que, como enseña el Derecho comparado, el propio árbitro puede acordarlas, lo más prudente es entender que en nuestro Derecho se exige para ello intervención judicial (una suerte de auxilio jurisdiccional cautelar, del mismo modo que existe auxilio para la práctica de las pruebas). Razones para ello: de alguna manera la anotación preordena una ejecución provisional cuando los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los tribunales.

Surge entonces el tema de la posible compatibilidad de dos procesos de diversa naturaleza: el cautelar ante la jurisdicción ordinaria para asegurar las resultas del procedimiento arbitral (singular instrumentalidad). Me parece que los posibles inconvenientes a esta “dicotomía”, en palabras de MUÑOZ SABATÉ, pueden ser perfectamente salvados. Es más, creo conveniente que los propios reglamentos de las instituciones que administran el arbitraje o el convenio arbitral contemplen expresamente como regular dicha adopción de medidas con auxilio o intervención jurisdiccional. Dicha intervención jurisdiccional suministrará el título formal típico para la práctica de la anotación preventiva: el mandamiento judicial ordenando la anotación de demanda o de suspensión de ejecución de acuerdo. El propio juez podrá, a su prudente arbitrio, aunque a solicitud de los árbitros, acordar las cauciones o fianzas que correspondan. Como quiera que la anotación de demanda, por su propia naturaleza, debe ser coetánea y en ningún caso anterior a la demanda principal, deberá acreditarse al Juez los extremos necesarios: cláusula arbitral, introducción del arbitraje, etc.

2) *Dificultades planteadas por la legislación registral*

En sede de principio y como ha tenido ocasión de recordárnoslo recientemente la Dirección General, existe un *numerus clausus* de anotaciones preventivas. En Derecho mercantil registrable estamos además singularmente mal pertrechados para encontrar una regulación general de anotaciones preventivas, ni siquiera de anotaciones preventivas de demanda, aunque no creo sea difícil construir una teoría general de la anotación preventiva de las demandas “con trascendencia mercantil registral” (aquellas en las que se ventilan pretensiones que implicarían, de estimarse, la declaración de inexactitud o invalidez de hechos inscribibles, estén o no inscritos) por su

aplicación supletoria *mutatis mutandis* de la teoría de la anotación preventiva de las demandas con trascendencia real del Registro de la Propiedad.

Resta, sin embargo, el hecho evidente de que la anotación preventiva viene referida a una demanda, no a la introducción del procedimiento arbitral. Sin embargo, no creo necesario reiterar los argumentos antes apuntados sobre la identidad procedimental (idénticos principios de audiencia, contradicción e igualdad que proclama el art. 21 LA) y de defectos (cosa juzgada) y el relativo a la obtención de una tutela judicial efectiva. Argumentos que se añaden al literal: la conocida falta de precisión del término “demanda”.

En conclusión, la introducción efectiva del arbitraje y su pendencia pueden ser títulos causales suficientes de una anotación preventiva de pendencia del procedimiento arbitral.

III. LAUDO REGISTRABLE.

INSCRIPCION: TITULO Y CALIFICACION

El procedimiento arbitral concluye con un laudo (Título V LA). Interesa a nuestros efectos señalar que ciertos laudos pertenecen a la categoría de “registrables” y hasta de necesariamente “registrables” (en sede de Registro Mercantil la regla general es la obligatoriedad de la inscripción ex art. 19.2 del CCom), lo cual puede resultar paradójico si consideramos el carácter naturalmente reservado y hasta secreto que habitualmente —frente al procedimiento ante la jurisdicción ordinaria— se atribuye al procedimiento arbitral (así, el art. 29 RTAB reza: “El TAB no dará publicidad de los laudos salvo acuerdo de las partes”). Como es lógico, la reserva del laudo arbitral debe ceder ante los supuestos de obligatoriedad de la inscripción. Un caso típico de publicidad de laudos es el de aquellos que declaran la inexactitud o la nulidad de los asientos del Registro (art. 20.1 CCom; principio de legitimación: art. 7.1 RRM).

Si se quiere poner fin a los efectos derivados de la publicidad registral es menester atacar el contenido del Registro, que está “bajo la salvaguarda de los tribunales” y que se presume “exacto y válido”. Es innecesario decir que la protección de los tribunales no es obstáculo a la inscribibilidad del laudo, desempeñando el laudo o la resolución judicial idéntica función (es significativo que la única ocasión que nuestra legislación hipotecaria menciona a los laudos arbitrales como títulos inscribibles lo hace *pari passu* con las resoluciones judiciales: art. 38 RH).

¿Cuál será el título formal —documento— para inscribir el laudo? En principio (art. 18 CCom y art. 5 RRM sobre el de “titulación auténtica”) sólo puede ser idóneo un documento público. Como es fácil de adivinar, “el problema fundamental es determinar si el laudo resulta por sí inscribible o

precisa para ello del auxilio jurisdiccional”. La cuestión no es baladí. Si entendemos que para inscribir el laudo es necesario la ejecución de éste, habrá de observarse lo establecido en el Título VIII de la Ley de Arbitraje sobre ejecución forzosa del laudo. El artículo 117.3 CE atribuye en exclusiva a los Juzgados y tribunales “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”; y puesto que en la ejecución se actúa siempre la potestad coactiva del Estado, sólo el Juez de Primera Instancia puede obtener coactivamente su cumplimiento (art. 53 LA).

Con la mejor doctrina [vid. por ejemplo, JUAN MONTERO AROCA (15) o CAMPO VILLEGAS (16)], entiendo que el laudo no precisa de ejecución judicial para inscribir. Las razones para ello —es decir, para obviar una suerte de injustificable “homologación judicial”— son las siguientes:

- El laudo produce efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 37 LA). Una vez firme y por ende inatacable, el laudo debidamente documentado (públicamente) es título material apto para causar asiento registral. En el sentido material de título inscribible, el laudo arbitral es asimilable a la resolución judicial.
- La inscripción del laudo no entraña su ejecución como no quiera verse en ello una “ejecución impropia”. Y es doctrina de la DGRN y está fundada la opinión en Derecho positivo registral, que la simple ejecutoria (el documento público que dé fe del contenido de la resolución) es por sí sola título bastante para inscribir, que sin que sea menester otra resolución judicial ordenando la inscripción; por todas, la Resolución de 29 de noviembre de 1884. En el Reglamento del Registro Mercantil no faltan los artículos en los que se contempla el simple testimonio de la resolución como “título suficiente”: véase significativamente el artículo 156.2.
- Ausente la fe pública judicial (Tit. IV LOPJ, arts. 279 y sigs.), la dación de fe de los laudos arbitrales se regirá por lo establecido en la Ley de Arbitraje. Título para inscribir será el auténtico que documenta el laudo firme: el acta notarial de protocolización (art. 33.2 LA) y los títulos complementarios auténticos que acrediten la notificación fehaciente a las partes y el hecho negativo de no haberse interpuesto recurso de anulación. Ello es preciso porque un laudo no es firme hasta que hayan transcurrido diez días desde la notificación o de la aclaración a que se refiere el artículo 36 de la Ley de Arbitraje (art. 46.2 LA) sin haberse interpuesto recurso de anulación

(15) *Comentario breve...*, op cit, pág. 267

(16) *Ineficacia del laudo fuera de plazo Su protocolización notarial e inscripción registral*, boletín núm. 3 del Tribunal Arbitral de Barcelona, págs 89 y sigs.

ante la Audiencia provincial; o cuando habiéndose interpuesto ha recaído la correspondencia sentencia firme. Es evidente que un mecanismo precaucional idóneo para inscribir sería uno similar al establecido en el actual artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil: acreditación de la notificación fehaciente y transcurso de un plazo razonable desde la presentación del título en el Registro sin que el interesado acredite haber interpuesto recurso de anulación en la Audiencia. A falta de este mecanismo habremos de acudir a la certificación del Secretario judicial de la Audiencia respectiva acreditativa del hecho negativo de la inexistencia de la pendencia de un recurso de anulación por haber transcurrido sin oposición los plazos legales (debe tenerse para ello en cuenta, a contar desde la notificación, de dos plazos: el de aclaración y el de interposición de los citados arts. 36 y 46 LA).

Innecesario es recordar que la parte que interponga recurso de anulación puede, entre otras “medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquel” (art. 50.1 LA), impetrar la anotación preventiva de demanda en el Registro Mercantil (cfr. arts. 155 y sigs. RRM y 208 del mismo Reglamento, en relación al art. 42 LH).

Con arreglo al principio de legalidad (arts. 18.2 CCom y 6 RRM), los Registradores “calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que la otorguen o suscriban y la validez de su contenido por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro”.

Tratándose, pues, de laudos inscribibles existe un postrero control de legalidad del procedimiento arbitral: el de la calificación del Registrador. Su intervención, necesaria y previa a la inscripción, no es una instancia revisora del laudo o de la función arbitral; sin embargo, puede resultar en la suspensión o en la denegación de la inscripción en el Registro del laudo dictado, que puede por ello perder toda su utilidad. No es lugar éste para discutir la naturaleza —jurisdiccional mejor que administrativa— de la función registral o de procedimiento registral. El Registrador, como funcionario calificador, pronuncia un juicio de conformidad o disconformidad al ordenamiento jurídico y, por ende, sobre la aptitud o no para la inscripción del laudo dictado. Esa intervención no debe de extrañar porque existe incluso respecto a las resoluciones judiciales sujetas también al control de la calificación registral (art. 100 RH). Téngase también presente que contra la calificación que “atribuya al título algún defecto que impida su inscripción” pueden los interesados interponer recurso gubernativo (posterior, pues, a un eventual recurso de anulación) —arts. 66 y sigs. RRM— ante la DGRN.

¿A qué se extiende la calificación del laudo a realizar por el Registrador? Desde luego:

1. A las formalidades extrínsecas de los documentos inscribibles.
2. A validez del laudo y su eventual nulidad. Por tanto, podrá denegar —de oficio— la inscripción del laudo por los supuestos del artículo 45 de la Ley de Arbitraje:

- a) Nulidad del convenio arbitral.
- b) Inobservancia de formalidades y principios esenciales del procedimiento arbitral.
- c) Laudo dictado fuera del plazo.
- d) Incongruencia del laudo.

◦ Entiendo que, como es obvio, el Registrador no puede juzgar de fraudes o denegar la inscripción por ser contrario al orden público (motivo 5.º del art. 45 LA).

◦ En cuanto a la nulidad del convenio, si éste está inscrito el Registrador deberá darlo por bueno por el principio de legitimación registral. Otra cosa distinta es determinar si la controversia es susceptible de inclusión en una típica cláusula genérica por su falta de idoneidad objetiva: el Registrador no admitirá laudo sobre cuestiones no susceptibles de ser sujetas a arbitraje” (“materias de libre disposición conforme a derecho”, ex art. 1 LA).

◦ Deberá acreditarse el cumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento. Para ello es recomendable cuidar la protocolización del laudo. Ello es tanto más necesario cuanto que el Registrador debe poder controlar el cumplimiento de los plazos. En particular, en cuanto el plazo para dictar laudo, la calificación versará sobre su posible condición de extemporáneo. A falta de plazo singular (lo que normalmente resultará del convenio arbitral inscrito) el general es de seis meses (en el cómputo del art. 5 CC), contados “desde la fecha en que se hubiera aceptado la resolución de la controversia —art. 15 LA sobre aceptación— o desde el día en que fuera sustituido el último de los componentes del Colegio arbitral” (art. 30 LA). La extemporaneidad es apreciable de oficio por el Registrador y no convalidable por el transcurso del plazo para recurrir; el plazo para dictar el laudo es susceptible de prórroga en los términos establecidos por la Ley.

El Registrador calificará, como es obvio, la competencia del Tribunal arbitral, lo que exige que se le acredite (o conozca de) la cláusula de sumisión y, por supuesto, de los posibles obstáculos registrales.

Acabo con una recomendación: habida cuenta de la posibilidad de que se frustre la finalidad y función del procedimiento registral con una califi-

cación registral negativa y de la absurda e injustificable incompatibilidad del Registrador para ser árbitro (art. 12.4 LA), es muy recomendable que el árbitro designado o el Colegio arbitral, pendiente el procedimiento y antes de pronunciar el laudo, solicite informe al Registrador, informe por supuesto no vinculante ni para los árbitros ni para aquél, pero que puede ser muy conveniente para determinar el alcance de los asientos registrales, las condiciones de inscribibilidad de futuro laudo, etc.

El laudo que declare la nulidad de un acuerdo o hecho inscribible deberá ordenar la cancelación de la inscripción del acuerdo y de los asientos posteriores a esta inscripción que sean contradictorios con la decisión adoptada (cfr. analogía art. 122.3 LSA); no podrá perjudicar los derechos adquiridos por terceros de buena fe (art. 122.1 LSA en relación al principio de fe pública registral del art. 8.1 RRM). El *BORME* publicará un extracto del laudo (art. 122.2 LSA, por analogía).

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador Mercantil de Barcelona

Derecho de vuelo

El derecho de sobre y subedificación

El artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario regula el derecho que describe como de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo propias las edificaciones resultantes. Dicho derecho no recibe una denominación única, siendo, a veces, llamado derecho de vuelo, y otras, derecho de sobre o subedificación. De ese último modo lo califica la Compilación navarra, por ejemplo, y quizá sea, como señala JUAN PABLO RUANO (1), el modo de hablar más exacto, pues permite diferenciarlo tanto del derecho de superficie como del derecho de vuelo sobre fincas rústicas que regulan el artículo 30 del Reglamento Hipotecario o la Ley de Montes. En atención a esa mayor exactitud se ha escogido el título de estas líneas; pero en ellas, en mor de la brevedad, se hablará de derecho de vuelo.

Lo primero que hay que afirmar es que la regulación que del derecho de vuelo hace el Reglamento Hipotecario es insuficiente y que deja muchos cabos por atar. Posteriormente la Compilación de Derecho civil de Navarra en sus leyes 435 a 444 reguló ese mismo derecho para su ámbito de aplicación; y si en ella la regulación es más minuciosa y el rango de la norma es el de Ley, lo que es restringido es el ámbito de aplicación.

Lo segundo que hay que señalar es que el objeto de las líneas que siguen no es el de hacer un examen exhaustivo de todas las cuestiones que alrededor del derecho de vuelo pueden plantearse, sino el hablar de algunas de ellas que en mi experiencia profesional se han planteado. Sin embargo, como paso previo, será imprescindible el hacer un examen lo más somero posible, primero, de lo que el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario dice, y luego, de lo que acerca de su naturaleza jurídica de ese derecho puede decirse —y de lo que se ha dicho— por la doctrina científica.

(1) JUAN PABLO RUANO, "Comentario a la Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 1986", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, mayo-junio 1986.

El artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario dice del derecho de vuelo:

1. Que es un derecho cuyo contenido consiste en elevar una o más plantas sobre un edificio o en realizar construcciones en su subsuelo.
2. Que es un derecho que desemboca en un derecho de propiedad, pues quien lo ejercita hace suyas las edificaciones resultantes.
3. Que tal derecho no es un derecho de superficie. Y no hay que olvidar que éste es un derecho a construir edificios en suelo ajeno o de levantar construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo su suelo que da lugar a una propiedad separada de carácter temporal.
4. Que se puede constituir, bien reservándose ese derecho el propietario al enajenar todo o parte de la finca o bien transmitiendo ese derecho a un tercero.
5. Que dicho derecho es inscribible, sin que, sin embargo, sea su inscripción constitutiva.
6. Que en la inscripción se harán constar las circunstancias que el propio artículo 16.2 indica y que no vamos ahora a reiterar.

Veamos, haciendo un análisis del precepto, qué es lo que puede decirse:

I. RESPECTO DE SU NATURALEZA

Se han sostenido acerca de ese punto tres tesis en la doctrina:

1. La que entiende que *es un derecho real limitativo del dominio*, tesis sostenida por VENTURA TRAVESET (2), FUENTES LOJO (3) o CAMY (4). Dentro de estos autores hay quienes lo configuran como un puro derecho de superficie y quienes lo caracterizan como un derecho real *sui generis* distinto de la superficie.
2. La que piensa que no se trata de un derecho real limitativo del dominio, sino de *un verdadero dominio*, un verdadero derecho de propiedad que recae *sobre el espacio aéreo de una finca* perteneciente al menos en parte a distinto titular, doctrina sostenida por SOTO BISQUERT. Si bien el mismo autor indica que construcción doctrinal sobre el derecho de vuelo no cabe en los límites del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, que, dice, “se ha quedado corto, cortísimo”, a la hora de regularlo (5).

(2) VENTURA TRAVESET, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Barcelona, 1963

(3) FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1978.

(4) BUENAVENTURA CAMY SANCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1983

(5) ANTONIO SOTO BISQUERT, “El derecho de vuelo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, pág. 923

3. La tesis sostenida por ROCA SASTRE (6) y LA RICA (7), que habla de *dos fases en la vida de ese derecho*: una primera, en la que hay un derecho de construir sobre cosa ajena, y otra, segunda, en la que hay un derecho de propiedad en régimen de propiedad horizontal sobre las edificaciones realizadas.

Configurado como un derecho real en cosa ajena y de acuerdo con esa calificación y con la descripción reglamentaria del derecho de vuelo, pueden hacerse las siguientes afirmaciones:

- a) Que es un verdadero derecho real o, si se quiere, con trascendencia real en cuanto que implica para su titular la posibilidad de actuar directamente sobre la cosa gravada por el derecho, quedando manifestado ese carácter real en su inscribibilidad.
- b) Que es un derecho real que no implica —mientras está pendiente de ejercicio— un contacto posesorio de la cosa. Lo cual hace que su publicidad registral adquiera singular importancia. Si bien su inscripción no tiene, al contrario que en el derecho de superficie, carácter constitutivo.
- c) Que es un derecho real que implica una vocación al dominio en cuanto quien lo ejercita construyendo hace suyas —es decir, adquiere la propiedad— las edificaciones resultantes. Y no sólo las edificaciones resultantes, sino, con ellas, una cuota de los elementos comunes que existirán entre esas nuevas construcciones y las preexistentes. Sin olvidar que entre esos elementos comunes está el solar sobre el que se levanta la edificación, de tal manera que la misma constitución del derecho de vuelo supone la preparación de la transmisión de una cuota del solar; y el ejercicio del derecho de vuelo supone la efectiva transmisión de tal cuota.
- d) Que esa vocación al dominio es, por consiguiente, una vocación al condominio entre el titular de las edificaciones preexistentes y el de las nuevas construcciones realizadas.
- e) Que ese condominio al que el derecho de vuelo se encamina no es un condominio cualquiera, sino un régimen de propiedad horizontal.
- f) Que es un derecho real en cosa ajena y por eso se constituye, como dice el artículo 16, bien por vía de reserva al enajenar todo o parte de la cosa, bien por vía de transmisión del mismo derecho.
- g) Que de entre los tres tipos de derechos reales que se suelen admitir

(6) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona.

(7) LA RICA, *Comentarios a las reformas del Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1959

por la doctrina —derechos reales de goce, de garantía o de adquisición—, el derecho real de vuelo debe ser clasificado como de estos últimos en cuanto su ejercicio supone el acceso a la propiedad de lo construido. Se trataría, pues, de un derecho real de adquisición. En ese sentido es relevante cómo, por ejemplo, a la hora de estudiar las consecuencias de la hipotecabilidad indudable del derecho de vuelo, incluso un autor como SOTO BISQUERT, que ya hemos visto que sostiene que el vuelo es verdadero dominio, recurre al párrafo 8 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria —que regula la hipoteca del derecho de retracto convencional— para sostener la subrogación real de lo edificado en el lugar del derecho de vuelo (8).

Es ese dato fundamental de que el derecho de vuelo implique una vocación al dominio el que hace que la doctrina bascule, como hemos visto, entre considerarlo como un verdadero dominio o entender que es un derecho real. Aviva el debate el que tanto el Reglamento Hipotecario como la Compilación navarra no se inclinan ni por una ni por otra postura, sino que ambas contienen datos para apoyar las dos. Es fundamental a estos efectos el tema del plazo de duración del derecho de vuelo: a este respecto el Reglamento Hipotecario guarda silencio y la Compilación navarra admite expresamente que —éste y otros derechos— puedan constituirse a tiempo determinado o a perpetuidad, presumiendo esto último si no se dispone lo contrario. Lo cual es poco coherente con un derecho real en cosa ajena y más adecuado para un verdadero dominio.

Vamos a dejar ahora formuladas algunas preguntas que se derivan de la caracterización que hemos hecho del derecho de vuelo y que luego intentaremos responder:

1. ¿Es necesario, para una adecuada constitución del derecho de vuelo, que su ejercicio esté sujeto a un plazo?
2. ¿Es admisible la constitución del derecho de vuelo por otros títulos distintos de los de enajenación o reserva que contempla el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario?
3. ¿Cabe un derecho de vuelo sobre finca propia?
4. ¿Cabe la utilización del derecho de vuelo como camino hacia figuras distintas de la propiedad horizontal pero análogas a ésta, como pueden ser las figuras de propiedad horizontal tumbada o similares que tratan de organizar los regímenes de comunidad que surgen en el ámbito de las urbanizaciones privadas?

(8) SOTO BISQUERT, *ob cit*

5. El artículo del Reglamento Hipotecario habla del derecho de vuelo como de un derecho que recae sobre un edificio. Ahora bien, ¿cabe que el derecho de que tratamos se constituya sobre fincas no edificadas, es decir, sobre simple suelo?

II. RESPECTO DE SU CONTENIDO

Ya ha quedado visto cuál es el contenido del derecho de vuelo y cómo éste consiste —en la definición reglamentaria— en el derecho a construir sobre o bajo el edificio de otro haciendo propia la edificación resultante.

Pero también aquí caben plantearse varias preguntas a las que, ahora ya sí, y antes de entrar en las que hemos dejado pendientes, intentaremos ir dando respuesta.

1. Una primera cuestión es la de si cabe constituir el derecho de vuelo en esos tan inconcretos términos que el artículo del Reglamento Hipotecario utiliza. Es decir, si se puede constituir —y pretender que se inscriba— el derecho de elevar “una o más plantas sobre o el de realizar construcciones bajo el suelo de un edificio”, así, sin más precisiones.

Hay que responder que pactar un derecho así implica una indeterminación esencial y que debe exigirse que en el título constitutivo se concrete qué es lo que faculta para construir el derecho: si una, dos o tres plantas; si uno, dos o tres sótanos, sin que quepa la utilización indeterminada del término “varios” que emplea el precepto reglamentario. Y nada obsta a esta interpretación el que el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario utilice esa terminología, pues concebido el artículo para encuadrar todos los casos posibles, no podía utilizar otra. En apoyo de ese criterio puede citarse el párrafo 1 del propio artículo 16, que aunque se refiere al derecho de superficie creo que puede aplicarse analógicamente, y que en su letra c) exige concretar las “características generales de la edificación”.

Tampoco es admisible —porque implicaría igualmente indeterminación esencial del contenido del derecho que se constituye— la remisión a “lo que dispongan las Ordenanzas municipales”. Esta técnica ha sido empleada con demasiada frecuencia y a su través han accedido al Registro derechos de vuelo que, de hecho, no se extinguen nunca, pues constituido un derecho así —para construir lo que las Ordenanzas municipales permitan— resulta que su ejercicio no implica su extinción, habida cuenta de que las Ordenanzas municipales pueden decir hoy una cosa y mañana otra.

En ese mismo sentido se manifiesta VENTURA TRAVESET (9), que cita, entre otros argumentos, el de que encaminándose el derecho de vuelo a la

(9) VENTURA TRAVESET, *ob. cit*

construcción en el espacio aéreo para desembocar en una propiedad horizontal y siendo el primer elemento de ésta con arreglo al artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal el derecho singular y exclusivo sobre un espacio “suficientemente delimitado”, es imprescindible que esa suficiente delimitación abarque también a aquel espacio aéreo sobre el que va a realizarse la construcción para la que faculta el derecho de vuelo.

La Compilación navarra dedica a este tema la Ley 437, que indica que: “El titular puede construir el número de plantas que el título hubiere fijado.” Y añade que: “En defecto de determinación se entenderá autorizado para construir cuantas fueren posibles, sin más limitaciones que las administrativas y las que imponga la seguridad del inmueble.” Y que: “Salvo pacto en contrario, quedarán extinguidos estos derechos una vez terminada la construcción realizada en ejercicio de los mismos.”

Y en la Ley 438 establece que: “Las limitaciones administrativas que impidan al titular del derecho su ejercicio total o parcial, salvo pacto en contrario, no extinguirán este derecho.”

La regulación de la Compilación navarra es censurable en cuanto que supone la remisión al ordenamiento urbanístico para determinar —aunque sólo sea subsidiariamente— el contenido de un derecho. Ello puede dar lugar a numerosos problemas. Así, por ejemplo:

- La Ley 438, combinada con la 437, vendría a decir tanto como que si en el título de constitución no se hubiese designado el contenido exacto del derecho, este derecho tendría un contenido ilimitado o sólo limitado por la seguridad del edificio. Naturalmente que esto es absurdo, pues, de una parte, las limitaciones administrativas definirían los límites del derecho, de tal manera que el ejercicio de éste hasta el máximo de esos límites supondría su extinción; y, de otra parte, resultaría que el derecho no se extinguiría nunca, porque las limitaciones administrativas no extinguen el derecho, como se ha visto que dispone la Ley 438. Lo que hay que entender es que las limitaciones administrativas a que se refiere la Ley 437 son distintas de aquellas que menciona la 438: las primeras serían aquellas que configuran el derecho en caso de no existir delimitación contractual del mismo; las segundas son aquellas que, existiendo delimitación contractual, impiden el pleno ejercicio del derecho pactado. Dicho con un ejemplo: si en el contrato se ha pactado la posibilidad de levantar cuatro plantas y las normas urbanísticas vigentes no permiten de momento más que dos, el derecho no se extingue cuando se construyan las dos que ahora son posibles.
- No es tampoco problema menor el de concretar el momento en que hay que fijarse en el ordenamiento urbanístico para delimitar el

contenido del derecho de vuelo cuando éste no ha sido delimitado contractualmente. ¿Ese contenido será el que las normas urbanísticas indiquen en el momento de la constitución del derecho de vuelo, o en el momento de la petición de la licencia para hacer la edificación, o en el momento del comienzo de las obras, o en el momento de su terminación?

Hay que concluir, pues, diciendo que la regulación de la Compilación navarra es en este punto digna de censura y que, más allá de su ámbito de aplicación, no puede admitirse la constitución de un derecho de vuelo cuyo contenido no esté delimitado.

Y pasando ahora del ámbito puramente civil al hipotecario, hay que añadir que, salvo en el ámbito de aplicación de la Compilación navarra, no es inscribible un derecho real de vuelo de contenido indeterminado, ya sea con la indeterminación absoluta que supone emplear el término “varias” plantas, ya con la relativa que supone la remisión a las Ordenanzas municipales. Y ello en virtud del principio de especialidad que exige la determinación de los derechos que se inscriben, pero también como consecuencia del principio de publicidad que lleva a rechazar la determinación indirecta del contenido del derecho mediante la remisión a las Ordenanzas, pues la publicidad del Registro debe ser total y sus efectos extenderse a lo que sus libros publican y no a lo que consta en otros lugares, aunque éstos sean normas jurídicas de obligado cumplimiento, como es el caso de la planificación urbanística.

Con relación a esto queda sólo, primero, censurar a la redacción del actual artículo 16, que debió exigir expresamente el que el título de constitución del derecho de vuelo determinase su contenido y, segundo, recordar que, según indica CHICO ORTIZ (10), en los estudios previos para el nuevo texto del Reglamento Hipotecario se prevé el que al constituir el derecho de vuelo se determine “el número concreto de plantas que el titular de este derecho pueda construir, superficie y alturas máximas y demás características que determinen la extensión del derecho que se inscribe”.

2. Continuando con el examen del contenido del derecho de vuelo, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario exige que en la inscripción, y por consiguiente en el título, se hagan constar “las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos o gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación”. En este punto hay una clara discordancia entre el Reglamento Hipotecario y la Compilación navarra, pues ésta admite en su Ley 439 que en el título constitutivo no se hubieren deter-

(10) CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*. Madrid, 1981.

minado ni las cuotas ni tampoco ningún procedimiento para su determinación. También en admitir esta posibilidad es la norma navarra criticable.

Se exige sólo eso que el precepto dice. No es necesario, pues, que se contenga indicación alguna acerca de la repercusión que la, por así decir, “entrada en vigor” de las cuotas de las nuevas construcciones va a tener en cada una de las cuotas ya existentes de la propiedad horizontal. Ahora bien, es evidente que a falta de previsión acerca de esa repercusión en el título constitutivo del derecho de vuelo, al acto de formalización de la nueva propiedad horizontal resultante deberán concurrir, al menos, los titulares de los departamentos cuyas cuotas hayan sido objeto de modificación.

El Reglamento Hipotecario indica asimismo que en vez de cuáles son las cuotas que corresponderán a las nuevas plantas se indiquen “las normas que se establezcan para su determinación”. El artículo reglamentario es aquí, como en otros puntos, poco concreto. Y ello permite que esas normas puedan ser desde *normas de contenido*, por ejemplo, los criterios objetivos que se utilizarán para fijar las cuotas en cuestión, hasta *normas procedimentales*, por ejemplo, el establecimiento de un trámite de fijación unilateral de las cuotas por parte del titular del derecho de vuelo, con notificación a los propietarios de los demás predios, etc.

Cabe en toda esta materia hacer una precisión y una advertencia. La precisión, que las cuotas a que el artículo del Reglamento se refiere son cuotas que tendrán las nuevas plantas y no son cuotas del derecho de vuelo, que como tal y mientras continúe siéndolo, mientras no sea ejercitado, no tiene cuota alguna; naturalmente que en contra de esta opinión militarán quienes, como SOTO BISQUERT, entienden que el vuelo es un verdadero dominio. La advertencia, que en toda esta materia hay que formular la regla de que a menor determinación en el momento de constituirse el derecho de vuelo habrá una mayor complicación a la hora de su ejercicio; cuanto menos esté concretado el contenido del derecho de vuelo y las repercusiones que su ejercicio tendrá en los derechos de los demás interesados, mayor intervención de éstos será necesaria para ese ejercicio o, al menos, para la formalización documental de ese ejercicio mediante la correspondiente declaración de obra nueva. A este respecto la Compilación navarra indica en su Ley 439.2 que “cuando las cuotas sobre los elementos comunes no se hubieran establecido en el título ni se hubiere fijado el procedimiento para determinarlas, se requerirá el consentimiento de todos los propietarios del inmueble”.

La DGRN, en su Resolución de 7 de abril de 1970, establece la doctrina de que cuando no se hayan determinado en el título las cuotas de las nuevas plantas deben existir reglas de las que esas cuotas se deduzcan de forma indubitada, “evitando así —dice— que la modificación del título constitutivo (de la propiedad horizontal) sea un acto unilateral y arbitrario”.

III. RESPECTO DE SU EJERCICIO

Lo que acabamos de decir enlaza con el tema del ejercicio del derecho de vuelo. Al tratarse de un derecho real que otorga a su titular la facultad de actuar directamente, sin intermediarios, sobre la cosa, quien detenta el derecho de vuelo podrá ejercitarlo por sí solo construyendo las nuevas plantas; la obligación que compete al dueño o dueños de la finca gravada con el derecho de vuelo es la de abstenerse de poner obstáculos a la realización de las nuevas construcciones. Sin embargo, el dato de que el derecho real de vuelo implique una vocación al condominio y todo lo que hemos dicho antes en cuanto a la mayor o menor determinabilidad en el título constitutivo de las repercusiones que el ejercicio de vuelo tendrá para los propietarios por él gravados puede dar lugar a casos en que sea necesaria la colaboración activa de éstos en los actos en que se documente el ejercicio del vuelo. Actos que serán siempre o un título constitutivo o un título modificativo de una propiedad horizontal. Ya hemos visto lo que al respecto dispone la Ley 439 de la Compilación navarra.

Conviene aquí distinguir varios supuestos:

1. DERECHO DE VUELO SOBRE UN EDIFICIO QUE NO ESTÁ CONSTITUIDO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

En este caso el ejercicio del derecho de vuelo implica el nacimiento de una propiedad horizontal:

- Si en el título del derecho de vuelo estaba determinada la cuota que correspondería a las nuevas construcciones, no será necesaria para otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal la comparecencia del titular del edificio preexistente gravado.
- Si no se habían determinado las cuotas de las nuevas edificaciones, sino que sólo se habían dictado las normas para su determinación, la necesidad de comparecencia o no del titular gravado dependerá de cuáles hayan sido aquellas normas. Creo que sólo podrá excluirse esa comparecencia cuando las normas lleven de forma matemática e indudable a unas cuotas o cuando las normas hayan sido de carácter procedimental y en el procedimiento fijado haya sido, en algún modo, personal y fehacientemente citado el propietario del edificio preexistente.
- Todavía hay un tercer caso en que será necesaria la comparecencia del titular del edificio preexistente, y es cuando dicho edificio preexistente dé lugar él mismo no a uno, sino a varios departamentos

independientes en la nueva propiedad horizontal. Pero en ese supuesto la comparecencia del titular gravado por el vuelo no es tanto consecuencia del ejercicio de éste como de la división horizontal de la edificación preexistente que se realiza.

2. DERECHO DE VUELO SOBRE UN EDIFICIO PREVIAMENTE CONSTITUIDO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

En este caso a lo que el ejercicio del derecho de vuelo dará lugar es a *una modificación de la propiedad horizontal*. Y el tema clave es si en el título de constitución del vuelo quedó determinada no sólo la cuota de las nuevas construcciones, sino la repercusión que la “entrada en vigor” de tal cuota tendría sobre los departamentos privativos de la propiedad horizontal preexistente. Tanto en este caso como en el caso de que las normas que se hayan prefijado la hagan innecesaria, puede excluirse la intervención de los propietarios gravados en el título modificativo de la propiedad horizontal.

Ahora bien, *lo que no puede admitirse es una exclusión, por así decirlo, “voluntarista”* del tipo de, por ejemplo, establecer que por el mero hecho del otorgamiento del título constitutivo del vuelo o por la compra de una de las entidades registralmente gravadas con éste hay que entender que dichos propietarios de entidades preexistentes han concedido poder al titular del derecho de vuelo para “modificar” de la manera que tengan por conveniente las cuotas de sus propios departamentos. Un pacto de esas características tiene, como es evidente, el carácter de un apoderamiento y, en consecuencia, puede admitirse que tenga efectos entre las partes —poderantes y apoderado—, pero no que pase a formar parte (mediante su inclusión en el título constitutivo de un derecho real y mediante la inscripción en el Registro) del “estatuto real” de la finca.

De un pacto así trató la Resolución de la DGRN de 7 de abril de 1970, que ya antes se ha citado. En ella la DG indica, en primer lugar, que “el artículo 16 del Reglamento Hipotecario debe interpretarse en forma conjunta con los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal..., por lo que será necesario que si no se hacen constar las nuevas cuotas, sí al menos existan reglas de las que se deduzcan aquellas de forma indubitada, evitando así que la modificación del título constitutivo sea un acto unilateral y arbitrario...” A continuación, respecto de la cláusula de los Estatutos de la propiedad horizontal que se constituía por la que se establecía que el titular del derecho de vuelo se entenderá investido de amplios poderes de los titulares de los predios preexistentes para modificar las cuotas de éstos (cuyos poderes se entenderán otorgados por el hecho de la adquisición de los mismos y de la aceptación de los Estatutos de propiedad horizontal de que dicha

cláusula forma parte), indica la DGRN que esa cláusula debe entenderse como un poder y como un poder revocable mientras no se establezca lo contrario, sin entrar, dice expresamente, en el estudio de si tales poderes podrían configurarse como irrevocables; y que, por consiguiente, la modificación de la propiedad horizontal que se deriva del ejercicio del derecho de vuelo debe hacerse por el titular de éste en nombre propio y en representación de los demás propietarios afectados cuyos poderes estén vigentes.

Ahora bien, si a la cláusula de apoderamiento no hay que darle más valor que un apoderamiento, hay que concluir que no tiene trascendencia real y que por consiguiente no puede, como ha quedado indicado antes, formar parte del estatuto real de la finca. La cláusula, pues, no puede acceder al Registro y opino que tampoco puede hacerlo formando parte de los Estatutos de una propiedad horizontal, como en el caso que contemplaba la Resolución comentada. La Dirección General aceptó ese acceso al Registro de tal apoderamiento, y en ese punto creo que la doctrina de aquella Resolución es censurable. Por lo que se refiere a la posible irrevocabilidad del poder que la DG indica expresamente que no entra a estudiar, creo que esa irrevocabilidad sería sólo admisible con efectos entre partes, pero no si se establece dentro de los estatutos, que justamente se dirigen a los terceros futuros adquirentes, y para cuya reforma es necesario el consentimiento unánime de todos los propietarios: no puede admitirse que el comprador de uno de los departamentos tenga, por el solo hecho de su compra, que otorgar poder irrevocable a otra persona para que éste modifique su cuota de participación; y no puede admitirse porque ello sería una burla del principio de unanimidad que para las modificaciones estatutarias establece el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal; por la misma regla de tres se podría admitir la inclusión de un poder irrevocable de esas características en favor del promotor del edificio para que éste pueda modificar las cuotas o convertir elementos comunes en privativos, etc., aunque no haya derecho de vuelo.

IV. RESPECTO DE LA INSCRIPCION

Está regulada en el mismo artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario. Y no es una inscripción constitutiva.

La inscripción se practicará, lógicamente, en el folio del edificio sobre el que se constituye. Caso de que este edificio esté previamente constituido en propiedad horizontal, la inscripción del derecho de vuelo se practicará en el folio de la finca matriz, con notas de referencia en los folios de los departamentos privativos. Cuando la construcción sea realizada y nazca o bien la propiedad horizontal o bien los nuevos departamentos de ella, éstos

o todos los que integren el edificio pasarán a los correspondientes folios independientes.

A lo que no puede procederse en ningún caso es a la apertura de un folio independiente para el propio derecho de vuelo, pues éste no tiene, mientras no haya sido ejercitado y realizadas las nuevas construcciones, cuota de copropiedad ninguna en la finca sobre la que recae. En el fondo, con la inscripción del derecho real de vuelo, puede decirse que estamos en un caso particular de *la inscripción de los pisos meramente proyectados* que contempla el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, cuya inscripción, dispone este precepto, se hará en la inscripción del solar o del edificio en su conjunto, sin que proceda abrir folio separado.

Esta es la tesis que sostienen autores como ROCA SASTRE (11) o CAMY (12). En sentido contrario se manifiesta SOTO BISQUERT (13) como es lógico, dada su concepción del derecho de vuelo como un verdadero derecho de propiedad sobre el espacio aéreo, a cuyo derecho le corresponde desde ahora una cuota de participación en los elementos comunes. Coherentemente con ello, sostiene que el derecho de vuelo tenga, en cuanto a su inscripción, el mismo régimen que cualquier departamento de la propiedad horizontal.

V. RESPECTO DE SU EXTINCIÓN

El derecho de vuelo se extingue:

1. POR SU EJERCICIO

En cuyo caso el derecho de vuelo como tal desaparece y en su lugar surge un auténtico derecho de propiedad sobre lo edificado, sujeta dicha propiedad al régimen de propiedad horizontal.

Ya han quedado comentados antes suficientemente los problemas que en orden a concretar cuándo el derecho de vuelo ha quedado extinguido por su ejercicio pueden derivarse de una insuficiente delimitación de su contenido a la hora de ser constituido, así como lo que al respecto prevé la Compilación de Navarra.

(11) ROCA SASTRE, *ob cit*

(12) CAMY, *ob. cit*

(13) SOTO BISQUERT, *ob cit*

2. POR TRANCURSO DEL PLAZO QUE SE HAYA FIJADO PARA EL EJERCICIO
SIN QUE LA EDIFICACIÓN SE HAYA REALIZADO

De la necesidad o no de fijar plazo para el derecho de vuelo hablaremos enseguida. Esa extinción por el no ejercicio durante el plazo fijado es un caso de caducidad del derecho.

3. POR PRESCRIPCIÓN

LA RICA (14) dice que el derecho de vuelo no puede admitirse que sea perpetuo e imprescriptible y que ha de entenderse que prescribe y se extingue caso de no haber sido ejercitado durante el tiempo que señala para los derechos reales inmobiliarios el Código Civil, o sea, treinta años o menos, caso de que el derecho haya sido perjudicado por una prescripción adquisitiva de plazo menor (art. 193 CC). Naturalmente, hay que hacer la salvedad de que se hubiese señalado un plazo mayor para su ejercicio en el título de constitución.

SOTO BISQUERT (15) señala que la mera no construcción de las nuevas plantas durante aquellos plazos no debe dar lugar a la aplicación de la prescripción extintiva: ello es consecuencia de la doctrina de este autor, que concibe al derecho de vuelo como propiedad sobre el espacio aéreo no necesariamente encaminada a construir.

Vamos ahora a tratar de hilvanar respuestas a aquellas preguntas que hemos dejado sólo formuladas a lo largo de la anterior exposición.

1) *Respecto de la constitución del derecho de vuelo*

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario habla del derecho de vuelo que se reserva el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o del derecho de vuelo que el propietario de la finca transmite a un tercero.

Habíamos dejado planteada la pregunta de, primero, si cabe constituir el derecho de vuelo por vías distintas de esas, de enajenación o reserva, que el artículo del Reglamento contempla, y, segundo, la de si se podría hablar de un derecho de vuelo sobre finca propia. Una y otra pregunta están conectadas y se relacionan con otra más: la de si puede constituirse el derecho de vuelo en el momento de dividir el edificio horizontalmente aunque éste pertenezca a un único propietario.

(14) LA RICA, *ob. cit.*

(15) SOTO BISQUERT, *ob. cit.*

Creo que a esta última pregunta, y de rebote a las dos primeras, hay que contestar afirmativamente. En efecto, en contra podría alegarse que se produce entonces la figura de un derecho gravando una cosa propia. Pero en favor de esa posibilidad hay que señalar:

- que también cuando alguien divide horizontalmente la finca de la que es único propietario se produce la extraña figura de un régimen de comunidad especial con propietario único;
- que al fin el derecho de vuelo se encamina hacia la propiedad horizontal y si existiendo propietario único la Ley permite ésta, no se puede negar la posibilidad de aquél; y que no hay ningún precepto que condicione la constitución del régimen de propiedad horizontal a la existencia de varios propietarios;
- que, por otra parte, tanto quien divide horizontalmente una finca de la que es propietario único como quien constituye sobre ella y en favor propio un derecho de vuelo lo hace con vistas a la enajenación, bien de alguno de los departamentos de la finca, bien del derecho que se constituye;
- que finalmente, la posibilidad de que hablamos fue admitida sin paliativos por la Resolución de la DGRN de 7 de abril de 1970 antes citada.

Más extraña podría resultar la posibilidad de que el propietario único de una finca constituyese sobre ella derecho de vuelo en favor de sí mismo sin enajenar ni la finca ni la parte de ella, ni tampoco el derecho de vuelo y sin constituir tampoco a la finca en régimen de propiedad horizontal. Ahora bien, creo que siendo admisible el derecho de vuelo sobre finca propia para el caso de finca constituida en régimen de propiedad horizontal, no cabe rechazarlo para este otro supuesto. Ello sería tanto como hacer depender la posibilidad o no de constituir el derecho de vuelo de la susceptibilidad o no previa de la finca para poder ser constituida en régimen de propiedad horizontal: el propietario de una finca con dos departamentos podría, dividiéndola horizontalmente y sin realizar enajenación alguna, constituir en favor propio el derecho de sobreelevación, pero no podría hacerlo si la finca tuviese un único departamento. También, por otra parte, en este caso de finca no dividida horizontalmente el derecho de vuelo se encamina a la constitución de una propiedad horizontal en el que, como acabamos de indicar, la existencia de una pluralidad de propietarios no es requisito imprescindible.

Por último, y para el caso de que se quisiesen, por así decir, “salvar las formas”, siempre cabe la posibilidad de constituir el derecho de vuelo en favor propio y sobre la propia finca, sujeto a la condición suspensiva de que o bien la finca gravada o bien el derecho de vuelo hayan pasado a ser de

una titularidad distinta, con arreglo a la fórmula que a mi modo de ver, con un formalismo exagerado, se utiliza con frecuencia para las servidumbres prediales.

Por lo que respecta a la Resolución de 7 de abril de 1970, que ya antes hemos parcialmente comentado, conviene hacer aquí una precisión más. En ella se admite la inscripción del derecho de vuelo que en favor propio constituye el propietario único de una finca en el momento de dividirla horizontalmente. El dato en que ahora interesa fijarse es en el de que dicho derecho de vuelo se incluye, en el supuesto de hecho de la Resolución, en un precepto de los Estatutos. Lo cual es bastante extraño, tan extraño como sería que se incluyese como una parte de los Estatutos cualquier otro derecho real susceptible de inscripción independiente: por ejemplo, una hipoteca. Creo que la forma correcta de redactar la escritura y de practicar la inscripción es “sacar” el derecho de vuelo de los Estatutos: el derecho de vuelo, como cualquier otro que acceda al Registro, exige acta de inscripción propia. En el caso concreto de la Resolución de la DGRN no había, sin embargo, y a pesar de las apariencias, problema, pues el propio precepto estatutario prevenía que el derecho se inscribiese en favor de la entidad promotora.

2) *Respecto de la sujeción del derecho real de vuelo a plazo*

En cuanto a ese asunto, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario no incluye entre las circunstancias de la inscripción del derecho de vuelo el plazo en que dicho derecho deba ser ejercitado. Y la Compilación de Navarra establece en su Ley 428 que el derecho de sobre o subedificación “podrá establecerse a tiempo determinado o a perpetuidad, presumiéndose esto último si no se dispone lo contrario”, y que dicho derecho “será inscribible en el Registro aunque no se determinen los elementos accidentales como plazo de iniciación o terminación”.

Parece, pues, que ninguno de esos preceptos pone obstáculos a la existencia de un derecho de vuelo que no esté sujeto a plazo, es decir, de carácter perpetuo. Y sin embargo un tal derecho real sobre cosa ajena repugna a los principios generales de nuestro ordenamiento, que quieren una propiedad como regla general libre y unos derechos reales que la graven, delimitados tanto en su contenido como en cuanto a su duración. En esa dirección de poner límite temporal a los gravámenes van:

- el artículo 781 del Código Civil y los paralelos de la Compilación de Cataluña sobre sustituciones fideicomisarias;
- los que establecen la redimibilidad de los censos, tanto en el Código Civil como en la Ley de Censos de Cataluña;

- el artículo 515 del Código Civil sobre usufructo en favor de personas jurídicas;
- el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, que para la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas exige determinar la fecha o evento que ponga fin a la obligación garantizada;
- el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, que para el derecho de superficie exige en su número 1, en la letra A) que en el título de constitución se determine el plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años, y en la letra C) el plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años;
- el artículo 30 del Reglamento Hipotecario, que para el derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas o superficie rústica establece que debe determinarse la duración del derecho;
- el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, que en su artículo 173 establece un plazo máximo de setenta y cinco años para el derecho de superficie concedido por el Estado y demás personas públicas, y de noventa y nueve años para el convenio entre particulares;
- la Resolución de la DGRN de 8-V-1963, que indica literalmente que la inscripción de una anticresis para la que no se señalase plazo contradeciría el principio de especialidad y daría lugar a un gravamen inmobiliario de carácter indefinido que no autoriza nuestra legislación.

De hecho, se puede decir que en nuestro Derecho todos los derechos reales son limitados en el tiempo, salvo aquellos que —como se dice en el art. 13 LH de las servidumbres prediales— son cualidades de una finca. Estas servidumbres prediales —y otros derechos similares *propter rem* que han ido surgiendo como consecuencia de las nuevas formas de comunidad y de las vinculaciones entre fincas— son, desde luego, verdaderos derechos subjetivos que tienen por titular a un sujeto, lo peculiar de ellos es que ese sujeto no se determina directa, sino indirectamente, pues es titular de ellos quien resulte ser propietario de determinada finca. Y lo que ocurre —en lo que se refiere a su temporalidad— es que el carácter esencialmente perpetuo del dominio se “contagia” a esas titularidades que lo complementan y lo adornan.

Creo, pues, que hay que sostener la tesis de que el derecho de vuelo no ha de ser una excepción en nuestro ordenamiento y que por consiguiente debe constituirse sujeto a plazo: a un plazo dentro del que debe ejercitarse terminándose la construcción. En favor de esa postura hay, además de los señalados, otro argumento; y es el de que el derecho de vuelo no deja de

ser un derecho de carácter eminentemente transitorio que se dirige hacia esa fórmula especial de condominio que es el régimen de propiedad horizontal. Y sería contrario a esa su naturaleza transitoria el que no estuviese sujeto a un plazo de duración.

Contra la tesis de la sujeción del derecho de vuelo a plazo milita sin embargo, indudablemente, el silencio del Reglamento Hipotecario y la declaración explícita de la Compilación navarra. Ahora bien:

- en cuanto a la Compilación navarra, es dudosamente aplicable por analogía la norma que dicta a nuestro Derecho común, pues dicha Ley 428 engloba no sólo al derecho de sobre o subedificación, sino también al derecho de superficie; y para todos ellos declara la posibilidad de que se constituya a perpetuidad. Lo cual contradice la regulación que para el derecho de superficie hacen tanto el Reglamento Hipotecario como la Ley del Suelo. En ese sentido no se puede olvidar que, como ha indicado la Dirección General en su Resolución de 14 de mayo de 1984, el derecho de sobredificación regulado en la Compilación no es el mismo supuesto que el derecho regulado en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario;
- en cuanto a éste, al Reglamento Hipotecario su solo silencio creo que no es bastante para desvirtuar todo lo que llevamos dicho: primero, por el rango normativo del Reglamento, y segundo, porque un silencio no es una declaración expresa que pueda entenderse que contradiga lo que es un principio general de nuestro Derecho inmobiliario;
- y en cuanto a ambas, hay que decir que lo que quizá se halle en el fondo de la declaración de la Compilación de Navarra y del silencio del Reglamento —un silencio que, por cierto, sorprende más por encontrarse a renglón seguido de las explicitaciones que en cuanto a los plazos del derecho de superficie se hacen en su párrafo primero— sea una indecisión en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de vuelo: la misma indecisión que hemos visto en la doctrina, que duda entre configurarlo como un derecho de propiedad sobre el vuelo o como un derecho real sobre la finca. Parece, en efecto, a primera vista que si se configura el derecho de sobre o subedificación como un derecho real debe estar sujeto a plazo, mientras que si se configura como un dominio no es necesaria tal limitación. Sin embargo, tampoco esto es exacto; incluso considerando al derecho de vuelo como una verdadera propiedad separada que recae sobre el vuelo, habría que entender que esa separación entre las propiedades de suelo y vuelo no puede ser perpetua. Y habría que entenderlo así por aplicación analógica de las normas del derecho de superficie; en éste existe, en efecto, un primer plazo, que hay que señalar, durante

el cual debe realizarse la construcción; pero hay otro segundo plazo que también hay que pactar y para el que la Ley señala topes máximos, que es el de duración de la separación entre suelo y vuelo. En el derecho de sobre o subedificación hay sólo un primer plazo que señalar, aquel durante el cual puede realizarse la edificación; no existe plazo paralelo al segundo que acabamos de ver para la superficie, porque en esto justamente se diferencian uno y otro derecho: en que la propiedad superficiaria es temporal, mientras que la propiedad que se adquiere ejercitando el derecho de vuelo es una propiedad plena y de carácter perpetuo.

Igualmente podría alegarse, contra la exigencia de plazo para el derecho real de vuelo, el que podría burlarse tal exigencia con el fácil expediente de fijar un plazo desmesurado: un caso ha llegado a mis oídos en que ante la petición del Registrador de que se fijase plazo se fijó el de mil años. Sin embargo, tales plazos disparatados tampoco serían admisibles, pues hay normas, aquellas a las que hace un momento hemos aludido, que pueden resultar analógicamente aplicables con respecto a su duración y de las que puede deducirse la existencia de plazos máximos establecidos por la Ley para la duración del derecho. Desde luego, creo que en ningún caso podrá admitirse que se pacte que el plazo para realizar la edificación, es decir, el plazo de duración del vuelo exceda de los noventa y nueve años que recoge la Ley del Suelo para la superficie de más larga duración.

Hay que añadir finalmente, en cuanto a este punto, que, según indica CHICO ORTIZ (16), en los estudios previos realizados para la reforma del Reglamento Hipotecario se prevé exigir, al constituir este derecho, además de otras circunstancias, “el plazo para realizar la construcción, que no podrá exceder de diez años”. Ello supondría un progreso sobre la imprecisa regulación actual, si bien, si se hace así, sin más precisiones, supondría también una contradicción con la previsión de la Compilación navarra de que pueda constituirse este derecho a perpetuidad; una contradicción, sin embargo, no menor que la que en la actualidad existe entre el Reglamento Hipotecario y la misma Compilación o la Ley del Suelo con relación al derecho de superficie y que, desde luego, debe resolverse en favor de la norma de mayor rango.

3) Otro tema que había quedado planteado es el de si puede constituirse el derecho de vuelo sobre fincas no edificadas.

En efecto, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario habla del derecho de vuelo dirigido a construir nuevas plantas sobre o bajo un edificio. Parece.

(16) CHICO Y ORTIZ, *ob cit.*

pues, que la constitución de un derecho a construir sobre suelo sin edificar ajeno debe encauzarse a través del derecho de superficie.

Ahora bien, creo que, habida cuenta del principio de autonomía de la voluntad propio del ámbito del Derecho privado, del consiguiente sistema de *numerus apertus* que sigue nuestro ordenamiento en materia de derechos reales y con el precedente de la regulación del derecho de sobre o subedificación tanto en el Reglamento Hipotecario como en la Compilación de Navarra, no hay argumentos para negar la posible constitución de ese derecho a construir sobre suelo sin edificar ajeno como derecho diferente del de superficie. En efecto, tal derecho se diferenciaría del derecho de superficie porque en él:

- a) la propiedad sobre lo construido no sería temporal, sino perpetua;
- b) la realización de las nuevas construcciones implicaría la adquisición por parte de quien —con base en el derecho de que hablamos— las levanta de la totalidad o de una cuota de participación en el solar, lo cual lleva consigo que la propiedad sobre el suelo del titular gravado o bien desaparece o bien queda disminuida:
 - para este último caso será necesario que en el título constitutivo se prevea de qué modo se concreta esa cuota de participación, que ordinariamente irá vinculada a la propiedad de uno de los departamentos que sean resultantes de la división horizontal de lo edificado;
 - para el caso de que la propiedad del titular del solar desaparezca por el ejercicio del derecho de vuelo, todavía se puede constituir en su favor, y para ese momento, un derecho de sobrevuelo que le permitiría sobredificar en el futuro sobre lo que ahora se edifica.

SOTO BISQUERT (17) entiende que lo que es necesario no es tanto que la finca sobre la que el vuelo se constituye esté edificada como que se den los presupuestos de la propiedad horizontal que implica el vuelo. Y así, opina que si el propietario del suelo cede a otra persona el vuelo reservándose el sobrevuelo o el subsuelo o, en suma, produciéndose de manera que el presupuesto de la propiedad horizontal se realice, habrá un propio derecho de vuelo.

También FONT BOIX (18) y LA RICA (19) entienden que es imprescindible que la finca esté edificada.

(17) SOTO BISQUERT, *ob. cit.*

(18) FONT BOIX, "Derecho de vuelo y derecho de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal", en *Revista de Derecho Notarial*, núms 57-58, 1967

(19) LA RICA, *ob. cit.*

Sin embargo, ya MONET (20) se manifestó en favor de la posibilidad contraria y GERARDO MUÑOZ DE DIOS (21) la sostiene, viendo además en ella una buena fórmula para los contratos de aportación de solar a cambio de los futuros pisos. No es ahora el momento de estudiar ese contrato llamado “de aportación de solar”, pero sí conviene recordar que el problema fundamental que en él se plantea es el de conseguir una fórmula jurídica equilibrada que satisfaga los intereses del propietario del solar y del promotor y que dote a ambos de suficientes garantías. En ese sentido la tradicional permuta del solar por los futuros pisos tiene la desventaja de que el propietario del solar se desprende ya de la propiedad de éste a cambio de cosas aún no existentes —los pisos futuros— y sobre las que, por consiguiente, no puede detentar ninguna titularidad registral. La fórmula de constitución de un derecho de vuelo sobre el solar en favor del promotor, al estilo de la que luego veremos contempla la Resolución de 5 de febrero de 1986, tiene la ventaja de que el propietario del solar no se desprende de éste, mientras que el promotor adquiere un derecho a construir cuyo ejercicio le hará adquirir el dominio de lo construido: un derecho por lo demás hipotecable, lo cual permitirá acceder al crédito para la financiación de las obras.

Pero volviendo al tema que nos ocupa —la posibilidad de un derecho de vuelo sobre finca sin edificar—, argumenta MUÑOZ DE DIOS (22) diciendo que:

1. No es lógico que quien es dueño de un solar sin edificar y quiere conceder un derecho de vuelo para construir en el subsuelo a otra persona tenga para poder hacerlo que edificar previamente. Parece más lógico que las construcciones del titular del vuelo en el subsuelo se hagan con el solar “pelado”.

2. Que el artículo 16 del Reglamento no exige que las nuevas plantas que se autoriza a construir por el vuelo sean justamente las inmediatas a las existentes, sino que pueden ser otras proyectadas que se habrán de apoyar sobre las intermedias que aún no existen. Ahora bien, si no es necesario el soporte físico de la construcción que sería la última planta del edificio, ¿por qué no se puede conceder sobre el solar?

3. Si el artículo 8 de la Ley Hipotecaria permite la inscripción de la propiedad horizontal cuando el edificio esté meramente proyectado, bastando con que las obras estén comenzadas (y siendo comienzo de las obras, para muchos autores, la mera existencia del proyecto visado por el Colegio

(20) MONET Y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificios por construir*, Valencia, 1969.

(21) GERARDO MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987.

(22) GERARDO MUÑOZ DE DIOS, *ob cit.*

de Arquitectos y con la correspondiente licencia), ¿por qué se va a ser más rigorista en la situación transitoria que es el derecho de vuelo que en la final, que es la propiedad horizontal hacia la que aquel se encamina?

La DGRN se ha ocupado de esta cuestión en dos ocasiones:

- La Resolución de 14 de mayo de 1984 es, en mi opinión, muy interesante y en algunos aspectos también muy censurable: en ella el Centro Directivo admite la constitución de un derecho a construir bajo suelo ajeno no edificado, configurado ese derecho no con las características y los límites del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, sino como una servidumbre predial de carácter perpetuo. No es el momento de comentar dicha Resolución ahora, sino sólo de señalar que en uno de sus considerandos se dice que el supuesto de hecho del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario es el de la continuación hacia arriba o hacia abajo de un edificio ya construido. Ahora bien, si se admitió la constitución de una servidumbre de construir gravando a suelo no edificado, ¿por qué no admitir la constitución sobre ese mismo suelo no edificado de ese mismo derecho pero con los rasgos del artículo 16 del Reglamento, indudablemente más precisos y apropiados que los de una servidumbre predial?
- En la Resolución de 5 de febrero de 1986 se trataba de un solar: su dueño constituía en favor de un promotor el derecho de construir las dos plantas elevadas del futuro edificio de tres plantas; como contraprestación el promotor se obligaba a construir la planta baja; la adquisición del derecho de vuelo (referente, repito, a las dos últimas plantas) se sujetaba a la condición suspensiva de que se hubiese realizado la construcción de la planta baja. La Dirección General admite la figura, indicando que si es cierto que no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobrelevación, es indudable también que no se constituye un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja.

Se puede afirmar, pues, que existe una tendencia jurisprudencial a admitir la constitución del derecho de vuelo sobre finca no edificada, si bien es cierto que nunca se ha planteado frontalmente la cuestión de que la letra del artículo 16 del Reglamento Hipotecario hable de construir sobre o bajo “un edificio”.

4) *Un derecho análogo al de vuelo en las urbanizaciones privadas:
el derecho de determinar futuras parcelas privativas*

El último tema que trataremos es el de la utilización de la figura del derecho de vuelo para resolver problemas o satisfacer necesidades que se plantean en el ámbito de las urbanizaciones privadas.

Estas están, en sus aspectos de derecho privado, carentes de regulación. Con referencia a ellas dictó la DGRN su famosa Resolución de 2 de abril de 1980, tantas veces citada en documentos notariales, consagrando el acceso al Registro de dichas urbanizaciones a través de la fórmula de la propiedad tumbada o de otros regímenes de comunidad que no se especifican. El supuesto de hecho de la Resolución es, como dice uno de sus considerandos, el de aquellas urbanizaciones en que las diferentes edificaciones se encuentran adosadas unas a otras formando un único conjunto arquitectónico o bien el de aquellas otras en que cada edificio o parcela construida dentro de la urbanización constituye una unidad física independiente, existiendo o no entre las diversas edificaciones o parcelas elementos comunes. Estas situaciones se pueden ordenar, señalaba la Resolución de que hablamos, bien mediante el establecimiento de una red de servidumbres entre las fincas implicadas, bien mediante la regulación de un régimen de comunidad. Y como ejemplo de éste se pone por la DGRN el ejemplo de la que llama "propiedad horizontal tumbada". No es este el momento de estudiar este particular régimen: diremos únicamente que consiste en aplicar el principio fundamental de la propiedad horizontal (que es el que la propiedad de cada elemento privativo lleva consigo como anejo insparable una cuota de participación en los elementos comunes) a las urbanizaciones. A partir de ahí caben todo tipo de variantes. Y aunque tampoco es el momento de explicitar esas variantes, digamos por ejemplo:

- a) que esos elementos comunes pueden constituir fincas registrales independientes, en cuyo caso estaremos ante las titularidades *ob rem*, o no constituir fincas independientes, sino estar integradas en la finca matriz en que consta toda la urbanización, al modo de la propiedad horizontal clásica;
- b) que la propiedad del suelo de cada una de las parcelas edificables puede constituirse como elemento privativo o como elemento común de la urbanización;
- c) que el mismo carácter, bien de elemento privativo de cada parcela o bien de elemento común de la urbanización, puede darse al vuelo. Justamente en el caso de la Resolución de 2 de abril de 1980 se pactaba que el vuelo a partir de la tercera planta de cada parcela sería elemento común.

Al final la propiedad tumbada da origen —o, mejor, puede dar origen— a una especie de cascada de propiedades horizontales, de modo que cada departamento independiente será algo así como la última muñeca rusa de un juego de muñecas rusas y tendrá varias cuotas de participación, tantas como comunidades y subcomunidades se hayan establecido: una, en su portal; otra, en su edificio; otra, en su conjunto urbanístico; etc. Lo que importa es que en cada caso quede perfectamente determinado qué elementos patrimoniales pertenecen a cada una de las comunidades.

Pues bien, como ese régimen de propiedad tumbada está, como hemos dicho, calcado sobre los principios de la propiedad horizontal y como el derecho de vuelo es un derecho que se encamina hacia ésta, es por lo que es necesario plantear, si cabe, una figura análoga al vuelo en el ámbito de la propiedad tumbada. A lo cual hay que responder que sí por razones que ya hemos repetido con anterioridad para otros supuestos de “expansión del vuelo”: primero, por el principio de autonomía de la voluntad; segundo, por el consiguiente sistema de *numerus apertus* en materia de derechos reales; tercero, por el principio de analogía del artículo 4 del Código Civil, del que ha nacido, al fin, la misma propiedad tumbada, y cuarto, porque existe una necesidad real del tráfico que el Ordenamiento jurídico no puede dejar de satisfacer. Otra cosa son los requisitos para la constitución y las características de ese peculiar derecho de vuelo; requisitos y características que por el mismo carácter análogo y falta de regulación legal —y en consecuencia proteico y versátil— de la propiedad tumbada será necesario elaborar doctrinalmente.

Pero veamos antes de nada cuál es esa necesidad del tráfico que, según acabamos de decir, ese derecho de vuelo vendría a satisfacer. En efecto, ocurre en esas urbanizaciones privadas que no siempre es posible a sus promotores el constituir el régimen de propiedad tumbada debidamente por la sencilla razón de que cuando —por causa de la financiación o de la venta— proceden a las primeras declaraciones de obra nueva aún no saben cómo ni cuándo, ni quizá dónde (dentro de la total finca) van a realizarse las edificaciones posteriores. Si en esas condiciones se admitiese la constitución de una propiedad tumbada ocurriría que los derechos de los primeros adquirentes quedarían totalmente indeterminados, pues lo estarían los elementos comunes de la urbanización. La fórmula de declarar elemento común todo lo que no está en la actualidad edificado y de, simultáneamente, en los Estatutos de la Urbanización consignar una cláusula de apoderamiento por la que todos los adquirentes facultan a la promotora para declarar obras nuevas, rectificar sus cuotas en los elementos comunes de la urbanización, etc., no es sino un disfraz de aquella misma indeterminación, y a dicha cláusula, además, no cabe otorgarle otro valor que el meramente personal que le da la Resolución de 7 de abril de 1970 que ya antes hemos

comentado, con los problemas que ello puede acarrear en caso de, por ejemplo, una revocación de dicho poder por parte de algún adquirente.

Esas urbanizaciones privadas que se van configurando sucesivamente deben encontrar en la analogía con el derecho de vuelo un instrumento adecuado, pues a lo que más se parecen es a un edificio que se ha ido levantando en varias fases.

Naturalmente que la casuística es inagotable y que no podemos entrar en ella. Con todo, sí conviene exponer cuáles deben ser las líneas generales de la práctica en estos casos:

1) Lo primero que es necesario definir es la finca matriz sobre la que se va a constituir el régimen de urbanización y de la que procederán todas las parcelas edificables en el futuro. En el momento de constituir la urbanización se deben definir asimismo aquellas parcelas que en el futuro vayan a ser edificadas y que ya se pueden describir hipotecariamente. Dichas parcelas tendrán un coeficiente de participación en los elementos comunes de la urbanización. Y en el Registro, aparte de la inscripción extensa que se practicará en el folio de la finca matriz y en que constará el régimen de urbanización y una somera descripción de cada una de las parcelas ya definidas, se abrirán folios independientes para cada una de las obras nuevas que se declaren y para cada una de las parcelas que se describan. Será un caso más, similar a la propiedad horizontal, de folio plural: las parcelas que abren folio independiente no llevan una vida aparte y separada de la finca matriz como si procediesen por segregación de ella, sino que se trata en realidad de una y la misma finca que consta en dos folios.

2) Ahora bien, como ocurre que en la extensión de la finca matriz que resta después de separar las fincas ya definidas hay superficie correspondiente a elementos comunes de la urbanización y otra correspondiente a parcelas que se separarán en el futuro para constituir elementos privativos, en el propio documento se constituirá en favor del promotor un derecho análogo al de vuelo; si bien no será un derecho de construir en el futuro, sino que será el derecho de delimitar aquellas futuras parcelas. Naturalmente, no tiene sentido la utilización de la figura de que hablamos para aquellos supuestos en que ya están perfectamente definidas todas las parcelas edificables de la urbanización; si es así, ya acabamos de decir que lo que procede es identificarlas e inscribirlas en folio aparte.

Nos encontramos, pues, con una necesidad de construir en el futuro, no se sabe muy bien dónde, que viene a ser satisfecha con un derecho a delimitar en el futuro nuevas parcelas edificables. Ahora bien, es imprescindible para cumplir el principio de especialidad el concretar algunos elementos que vengan a delimitar el contenido del derecho que se constituye. Sin que se pretenda ahora otra cosa más que dejar apuntado el tema,

entre esos elementos el fundamental es la superficie máxima de suelo que pueden llegar a ocupar las nuevas parcelas, dato que tiene importancia, pues dicho suelo dejará de ser elemento común para ser elemento privativo. Y caso de que todo el suelo, incluso el ocupado por cada edificación, se haya previsto que sea común, ese de las parcelas futuras cambiará el régimen de su uso, que dejará de ser común para empezar a ser exclusivo. La exigencia de determinar esa superficie máxima de suelo que pueden llegar a ocupar las nuevas parcelas es paralela a la de determinar, en el derecho de vuelo en sentido estricto, el número de plantas que se puede edificar.

La necesidad de determinar ese dato no excluye el que haya que concretar aquellas otras cuestiones que ya había que determinar para el derecho de vuelo ordinario, es decir:

- a) *las cuotas* que en los elementos comunes van a corresponder a las nuevas parcelas o las normas que se establezcan para su determinación, pues, en efecto, la aparición de parcelas nuevas —que tendrán sus cuotas de participación en los elementos comunes de la urbanización— implicará la reducción de las cuotas de las parcelas primitivas. Debiéndose tener aquí por reproducidas todas las observaciones que con relación a este punto antes se han hecho hablando del derecho de vuelo *strictu sensu*;
- b) *las normas del régimen de comunidad*, si se establecieren, para caso de hacerse la delimitación de las nuevas parcelas. Piénsese que puede estarse en el caso de lo que se declare ahora sea la obra nueva de un simple edificio, sin que la propiedad tumbada sea más que un proyecto de futuro;
- c) *respecto del plazo*, creo que, por las mismas razones antes expuestas, es inexcusable su determinación. Aclarando nuevamente que no se trata aquí de plazo para realizar nuevas construcciones, sino de plazo para delimitar aquellas nuevas parcelas.

Esta sería la construcción para las urbanizaciones privadas de un derecho exactamente paralelo al derecho de vuelo del artículo 16 del Reglamento. Pienso, sin embargo, que sería posible y deseable una construcción más flexible teniendo en cuenta el dato fundamental de que *el derecho a delimitar futuras parcelas no es, como el vuelo, un derecho de vocación al dominio* y teniendo en cuenta también las necesidades de la práctica inmobiliaria que hacen que las urbanizaciones se vayan completando a lo largo de mucho tiempo. Así, por ejemplo:

- Podría atribuirse directamente a ese derecho de delimitar futuras parcelas, ya desde el principio, una cuota de participación en los elementos comunes de la urbanización. Lo cual no era posible, como antes se ha visto, en el derecho de vuelo.

- Haciéndose lo anterior podría abrirse folio independiente al derecho de delimitar esas parcelas para que su historial jurídico —dado que es perfectamente enajenable— pueda tener su lugar propio y distinto del folio de la finca matriz de la urbanización.
- No sería necesario el determinar plazo para terminar de ejercitar dicho derecho, sino que bastaría con aquella determinación de su cuota y de la superficie máxima que dichas futuras parcelas pueden llegar a ocupar.

Y hasta aquí llegan estas líneas que han querido tener dos vertientes. Una restrictiva, haciendo un análisis de en qué puntos es necesario exigirle al derecho de vuelo, bien sea a través de reformas legislativas, bien sea a través de la práctica notarial y registral, cuando haya normas jurídicas cuya aplicación analógica lo permita, para conseguir que ese derecho se constituya e ingrese en el Registro suficientemente delimitado. Y otra progresiva, examinando los puntos por donde el derecho de vuelo pueda expansionarse a efectos de resultar más útil en la ordenación de las relaciones inmobiliarias.

MANUEL BALLESTEROS ALONSO
Registrador de la Propiedad

ESQUEMA

INTRODUCCIÓN

Denominación.
Regulación.
Propósito.
Descripción del derecho.

NATURALEZA

Tesis doctrinales

Derecho real limitativo del dominio.
Dominio.
Derecho con dos fases.

Características

Con trascendencia real.
Sin contacto posesorio.

Con vocación al dominio.

Con vocación al condominio.

Con vocación a la propiedad horizontal.

Derecho sobre cosa ajena.

Derecho real de adquisición.

Indecisión del régimen legal en cuanto a la naturaleza del derecho de vuelo.

Preguntas que se formulan

Sobre el plazo.

Sobre títulos de constitución.

El derecho de vuelo en finca propia.

Utilización del derecho de vuelo en los problemas de las urbanizaciones privadas.

El derecho de vuelo en finca sin edificar.

CONTENIDO

1) *Determinación del contenido*

El término varias plantas.

La remisión a las ordenanzas.

Doctrina de Ventura Traveset.

La Compilación navarra: interpretación de las leyes 437 y 438. Censura.

Los principios de especialidad y publicidad.

El proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario.

2) *Las cuotas de las nuevas construcciones*

La Compilación navarra.

La repercusión de las nuevas cuotas en las antiguas.

Las normas para la determinación de las cuotas.

Una precisión: el derecho de vuelo no tiene cuota.

Una advertencia: problemas de la indeterminación inicial.

Doctrina de la DGRN: Resolución de 7 de abril de 1970.

EJERCICIO

Lo ejecutará su titular, sin intermediarios; es un derecho real.

Supuestos

El edificio gravado no está en propiedad horizontal, título constitutivo de ésta:

- si se habían determinado las cuotas de las nuevas construcciones;
- si se habían establecido normas para su determinación;
- si el edificio gravado da lugar a varias entidades.

El edificio gravado está en régimen de propiedad horizontal, título modificativo:

- la exclusión de la intervención en él de los propietarios gravados;
- inadmisibilidad de una exclusión voluntarista;
- la Resolución de 7 de abril de 1970.

INSCRIPCIÓN

Modo de practicarla.

No cabe folio independiente para el derecho de vuelo.

EXTINCIÓN

Por su ejercicio.

Por su no ejercicio en plazo.

Por prescripción.

PROBLEMAS PENDIENTES

- 1) *La constitución de vuelo por títulos distintos de la enajenación o reserva, el vuelo sobre finca propia y el vuelo simultáneo a la constitución de la propiedad horizontal*

La Resolución de 7 de abril de 1970: el vuelo en los estatutos.

- 2) *El plazo.*

Silencio del Reglamento Hipotecario y normas de la Compilación navarra.

Argumentos legales para la necesidad de plazo.

Argumentos en contra.

Los plazos desmesurados: inadmisibilidad, límite máximo.

Reforma del Reglamento Hipotecario.

3) *Vuelo sobre fincas no edificadas.*

Argumentos en favor de su admisibilidad.

Doctrina de Soto Bisquert.

Doctrina de Muñoz de Dios: los contratos de aportación de solar.

Doctrina de la DGRN: Resoluciones de 14 de mayo de 1984 y 5 de febrero de 1986.

4) *Un derecho análogo al de vuelo: el de delimitar nuevas parcelas en las urbanizaciones.*

El régimen de propiedad tumbada: características.

Posibilidad teórica de la aplicación analógica del vuelo.

La necesidad social a satisfacer.

Modo de operar.

Características del derecho: la delimitación del mismo.

Una configuración más flexible: la cuota de participación para el derecho, la apertura de folio, la no necesidad de plazo.

Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción

SUMARIO: 1. PREAMBULO.—2. LOS PERFILES DE SISTEMÁTICA LEGAL Y CONCEPTUAL EN LAS SITUACIONES PREVIAS A LA ADOPCIÓN: 2.1. LA TUTELA POR MINISTERIO DE LA LEY Y EL ACOGIMIENTO FAMILIAR COMO FÓRMULAS ALTERNATIVAS LEGALES DE PROTECCIÓN AL MENOR. 2.2. LAS CONEXIONES ENTRE LA TUTELA AUTOMÁTICA Y LA EFICACIA EXTINTIVA DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA TUTELA ORDINARIA.—3. LAS NECESIDADES PÚBLICAS ASISTENCIALES DE LA LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, EN EL MARCO DEL DERECHO DE FAMILIA: 3.1. EL ESPACIO DE LAS FIGURAS PREADOPATIVAS EN EL DERECHO DE FAMILIA. 3.2. LA INVASIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO DEL DERECHO DE FAMILIA. 3.3. LA ACTIVIDAD ASISTENCIAL O DE PRESTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MEDIANTE LOS INSTRUMENTOS DE LA TUTELA Y DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR.—4. CONCLUSIONES.

1. PREAMBULO

El presente trabajo versa sobre un aspecto concreto de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción: Se trata de adecuar el ámbito y naturaleza de las funciones interventoras de las entidades públicas a las que, en el respectivo territorio, está encomendada la protección de menores en las fases previas de las que puede traer causa la adopción, esto es, por una parte, la del desamparo, con la correspondiente tutela *ope legis* del menor por la entidad administrativa, y, por otra parte, la de la guarda temporal por la persona o personas que lo reciban en acogimiento familiar.

Este interés viene motivado por una confusa comprensión jurídica del tema y que, no en vano, provoca disfunciones en el actuar cotidiano de las Administraciones Públicas dentro del marco de protección enunciado. El Preámbulo de la Ley reconoce en su párrafo 8 que “no se oculta, desde luego, que el éxito de la reforma vendrá en gran parte condicionado por el buen funcionamiento de estas instituciones”. Ya la literatura jurídica de primera hora surgida a raíz de la publicación y vigencia de la Ley de referencia alertó sobre los riesgos implícitos en torno a una posible incorrecta utilización de las atribuciones otorgadas a dichas entidades públicas (1).

Sentado lo anterior, es de advertir que el hilo conductor de la exposición parte de una de las conclusiones a que se llega en el estudio doctrinal sobre *Problemas de protección de menores*, que se inserta como complemento de la Memoria del Fiscal general del Estado —1989-1990— (2): “... hay que tener en cuenta que toda la materia de protección de menores se rige por estrictas normas de Derecho privado, tanto en el orden procesal como en el material, donde las entidades públicas no tienen ninguna posición de privilegio ni presunción de legalidad respecto a las demás partes como ocurre en las esferas jurídicas administrativas...” Pues bien, es probable que sea el propio legislador de 1987 quien ofrezca alguna de las claves para el entendimiento del problema, porque teniendo por finalidad instaurar una intervención administrativa en el ámbito civil de la protección de menores, sin embargo ha recurrido a técnicas de Derecho privado a las que se atribuye, aparentemente al menos, un significado y alcance diferentes al que cabría asignarles a la vista del Código Civil (3).

Termino esta introducción con una reflexión del profesor ELÍAS DÍAZ que me parece oportuno evocar aquí por su hondura y lucidez (4): “... el Estado de Derecho como Estado con poder regulado y limitado por la Ley se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estado con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente o, al menos, insuficientemente regulado y sometido al Derecho..., en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales...”

(1) ANTONIO GIL MARTÍNEZ, *La reforma de la adopción. Ley 21/1987. Comentarios*. Dickinson, S.L., 1987, págs. 19, 23, 26 y 28; JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO, “La tutela ‘ex lege’, la guarda y el acogimiento de menores”, *Actualidad Civil*, semana 11 a 17 enero 1988, pág. 77; MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *Comentarios a la nueva Ley de Adopción de 11 de noviembre de 1987*, Civitas, 1989, págs. 51 y sigs., MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *Comentarios a la Ley de Adopción*. Tecnos, 1989 (Prólogo de ANTONIO GULLÓN), págs. 13-21.

(2) *Tapia*, diciembre 1990, págs. 74-75

(3) MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *op cit* en nota 1, págs. 51-52.

(4) ELÍAS DÍAZ, “Estado de Derecho y sociedad democrática”, *Cuadernos para el Diálogo*. 1972, págs. 14-15.

2. LOS PERFILES DE SISTEMATICA LEGAL Y CONCEPTUAL EN LAS SITUACIONES PREVIAS A LA ADOPCION

2.1. LA TUTELA POR MINISTERIO DE LA LEY Y EL ACOGIMIENTO FAMILIAR COMO FÓRMULAS ALTERNATIVAS LEGALES DE PROTECCIÓN AL MENOR

Hay que arrancar comprobando cómo las situaciones fácticas de desamparo y plena participación del menor en la vida de familia (matizada diferencia con la plena integración, que sería lo que caracterizaría a la figura de la adopción) (5) se encuadran en las instituciones que les da vida: La tutela por ministerio de la Ley del artículo 172.1 en relación con los artículos 215, 222.4, 239.1 y concordantes del Código Civil y el acogimiento familiar del artículo 173 del Código Civil.

Forman parte de la sección primera, capítulo V ("De la adopción y otras formas de protección de menores") y, bajo rúbrica, del título VII, libro I, del Código Civil, "De las relaciones paterno-familiares".

Ambas instituciones, a su vez, son propias del Derecho de familia, puesto que están reguladas por las normas de organización de las relaciones familiares básicas (el acogimiento) (6) y las que resuelven los conflictos de intereses que dentro de esas relaciones se pueden plantear (la tutela automática o por ministerio de la Ley) (7); y como precisamente expresa el Auto de 19 de octubre de 1990 de la Audiencia Provincial de Córdoba, quien frente a una solicitud formulada contra el Instituto Andaluz de Servicios Sociales para reintegrar a los menores al hogar familiar, la deniega acordando la constitución judicial de acogimiento y el mantenimiento de la situación legal de desamparo: "... el entrecruzamiento de las distintas enfrentadas argumentaciones jurídicas en las que, en no pocas ocasiones, trasciende la insuficiencia de las mismas ante problemas y situaciones de hondo contenido ético y humano tan peculiares de las relaciones propias del derecho de familia..."

La tutela *ope legis*, cuya titularidad recae en la entidad pública, cobra efectividad cuando los particulares que ostentan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho han ocasionado que el menor se encuentre en situación de desamparo "por el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia oral o material" (8), lo que acontece por complejas circunstancias sociales y hu-

(5) Véase artículo 178.1 del Código Civil.

(6) Véase artículo 173.1 del Código Civil.

(7) Véase artículo 172.1 del Código Civil. LUIS DIEZ PICAZO y ANTONIO GULLON, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, 1989, pág. 36.

(8) Véase artículo 172.1 del Código Civil.

manas, y que requiere una declaración formal del órgano público después de una valoración fáctica.

El acogimiento familiar es un medio de adaptación a la vida en familia de menores desarraigados (9), que "se procura dotar de un contenido jurídico de carácter esencialmente personal a la relación que se crea entre el menor y la persona o personas a quienes se les confía" (párrafo 5 del Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre), lo que se concibe como un negocio jurídico de Derecho de familia en el que son precisos varios consentimientos, así como la mediación e intervención del órgano administrativo (10). A este propósito son aleccionadoras las palabras de PERLINGIERI: "La Constitución española no se limita a discurrir sobre la familia pensando sólo en la familia nuclear... Existen otras formas de agregación familiar jurídicamente relevantes: la familia adoptiva, la familia de afecto; hipótesis, por ejemplo, de agrupación familiar entre una persona acogida y un posible sujeto acogedor. La noción de familia es una noción múltiple digna siempre de tutela cuando representa un grupo idóneo para el desarrollo libre y pleno de las personas que lo componen" (11). Sin embargo, es justo reconocer la existencia de un sector doctrinal que asigna a las relaciones entre acogedor y acogido el carácter de cuasi familiar y con cuyo planteamiento podría coincidir en tanto en cuanto se conviniera que la persona o personas que reciban al menor le acogen por delegación de la entidad pública que asuma únicamente la guarda provisional del artículo 172.2 del Código Civil, no desembocando nunca en la adopción; es así que una tal orientación se localizaría entonces extramuros de las figuras o fases previas con las que opero.

Vinculada con las situaciones de hecho mencionadas se halla la función protectora que de modo natural y por imperativo legal (12) los padres han de cumplir sobre los hijos menores de edad no emancipados; mas, sin embargo, en defecto de los padres o si éstos están imposibilitados, incapacitados o privados, ya sea provisional o indefinidamente, de ejercer esa función, surge la necesidad de atender a los menores en virtud de otras instituciones tuitivas (13). Con JOSÉ LORCA MARTÍNEZ, se puede afirmar que el principio rector de toda actuación referente a la protección del menor es velar por su bien, y esto, antes que por el bien de los padres, por lo que

(9) ANTONIO GIL MARTÍNEZ, *op. cit.* en nota 1.

(10) JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO, *ob. cit.* en nota 1 (2.ª parte), semana 18 a 24 enero 1988, pág. 138

(11) P. PERLINGIERI, *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, 1984, y *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, 1972

(12) Véanse artículos 154, párrafo 2, y 170, párrafo 1, ambos del Código Civil

(13) JOSÉ M.ª CABALLERO GONZÁLEZ, "La tutela de menores en situación de desamparo", *La Ley*, 31 mayo 1988, DIEGO ESPIN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, Revista de Derecho Privado, 1984, pág. 525.

la medida que se tome por el Ente público (o por la Autoridad judicial en su caso) no lo es tanto en contra de los progenitores como a favor de las circunstancias del menor (14). Es esta dirección la que ha arraigado en nuestra jurisprudencia, reconociendo en la patria potestad aquella institución establecida en beneficio de los hijos (15).

Igualmente reconoce nuestro Alto Tribunal el interés público de la patria potestad declarando que “estando estrechamente conexos en el instituto de la patria potestad el interés del Estado y el de la familia, es necesario que la misión encomendada al padre de familia asuma un carácter de importancia social del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad..., así como, sobre todo, el derecho del poder público de vigilar, corregir y, a veces, suplir la obra del que ejercita la patria potestad, intervención que encuentra por parte de los Estados actuales el mayor desenvolvimiento...” (16).

2.2. LAS CONEXIONES ENTRE LA TUTELA AUTOMÁTICA Y LA EFICACIA EXTINTIVA DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA TUTELA ORDINARIA

Una cuestión de principio que se observa es la atinente a que dentro del capítulo I (“Disposiciones generales”), título X (“De la tutela, curatela y guarda de menores o incapacitados”), el artículo 215 del Código Civil establece unos sistemas de protección en donde no se alude a la patria potestad y que incluye en el primer ordinal con un significado de globalidad a la tutela. Partiendo de aquí, el supuesto de hecho que analizo se reconduce a que la tutela por ministerio de la Ley del artículo 172, en concordancia con el número 4 del artículo 222 del Código Civil, se producirá en los casos en los que el menor esté sometido a la patria potestad o a la tutela, en contraste con la técnica protectora de la tutela ordinaria que opera cuando el menor de edad no está sometido a la patria potestad (17).

Ahora bien, puede ocurrir que aun cuando el menor esté sujeto a la patria potestad o a la tutela, éstas no se ejerciten eficazmente al hallarse aquel en situación de desamparo, dando lugar a la finalidad asistencial de la tutela *ope legis* (18), ya que ésta atiende a una falta de ejercicio o a un

(14) JOSÉ LORCA MARTÍNEZ, *La tutela “ex lege” o tutela de los menores en situación de desamparo*. Actualidad Civil, 1989, pág. 1820.

(15) Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1955, 20 de septiembre de 1960 y 24 de abril de 1963 reiterándose el mismo principio hasta la actualidad.

(16) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1960. DIEGO ESPÍN, *op cit.*, págs. 436-437.

(17) ENCARNA ROCA TRIAS, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, pág. 222 (comentario art. 215); JOSÉ M.^a CASTAÑ VÁZQUEZ, *id.*, pág. 269 (comentario art. 222).

(18) Véase artículo 172.1 del Código Civil

ejercicio deficiente de la patria potestad, tutela o guarda de hecho. Es por este motivo que de acreditarse dichos extremos la tutela por ministerio de la Ley desembocará automáticamente en la eficacia extintiva de la patria potestad, de la tutela ordinaria o de la guarda preexistente, y por lo tanto por esta vía se alcanzará el resultado de aplicar directamente la disposición general contenida en el artículo 215 del Código Civil; es decir, que en definitiva se instaura un régimen tuitivo de menores para los casos de ausencia o inexistencia de la patria potestad, ya sea en sede de titularidad (tutela ordinaria), ya sea en sede de efectividad de los poderes aglutinantes de la misma (tutela automática). Esta solución se compaginaría bien con la aportada por el profesor SANCHEZ REBULLIDA, para quien la tutela administrativa del artículo 172.1 del Código Civil habrá de subsumirse en los preceptos del título X, libro I, que regula la tutela “ordinaria”, caracterizándola, por contraposición a esta última, como especial, administrativa, automática, subsidiaria y transitoria (19). Expuesto el problema, queda por debatir su consecuencia lógica, cual es la posible compatibilidad entre la privación total o parcial de la titularidad de la patria potestad por obra del artículo 170 del Código Civil y la remoción de los cargos de tutor, curador y guardador de los artículos 247 y concordantes del Código Civil, con la eficacia extintiva (extinción de los efectos propios de la titularidad) que de hecho (y como mera situación fáctica, que técnicamente no puede confundirse con la resolución judicial sobre privación de la titularidad) lleva aparejado el acuerdo administrativo del artículo 172.1 del Código Civil. Planteado en estos términos, parece que la tutela por ministerio de la Ley, que pudiera devenir en adopción, se configura más bien como un tránsito, o *conditio iuris*, hacia la extinción *strictu sensu* de la patria potestad, tal y como lo previene el artículo 169.3 del Código Civil; o, si se prefiere, a la vista del inciso segundo del número 2, apartado 2, del artículo 177 del Código Civil (“deberán asentir a la adopción los padres del adoptando a menos que... o se encuentren incurso en causa para su privación...”), como un *interin* difuso e incierto encaminado a la privación legal del artículo 170 del Código Civil.

Finalmente, en este contexto hay que tener en cuenta la incidencia que en la titularidad y en el ejercicio de la patria potestad puede tener la valoración discrecional de los órganos administrativos de la situación de desamparo (lo que de hecho se produce por el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección) en relación con la privación de la patria potestad que, en su caso, pudiera decretar el Juez por

(19) SANCHEZ REBULLIDA, *El nuevo régimen de familia*, Madrid, 1989, págs. 53 y sigs., básicamente en la misma dirección se orienta, aun cuando con matizadas diferencias, la profesora ETELVINA VALLADARES RASCÓN, *Comentarios centenario Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, t. II, págs. 2049-2050 (véase art. 239 CC)

sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. En todo caso, conviene puntualizar que se trata de una cuestión indeterminada legalmente y que ha estimulado encendidas polémicas doctrinales en torno a la pureza técnica del texto legal reformado (20).

3. LAS NECESIDADES PUBLICAS ASISTENCIALES DE LA LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, EN EL MARCO DEL DERECHO DE FAMILIA

3.1. EL ESPACIO DE LAS FIGURAS PREADOPTIVAS EN EL DERECHO DE FAMILIA

Es innegable la desorientación de analistas en general y de aplicadores en particular sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, porque se impone un sistema de intervención y control administrativos en el ámbito civil de la protección de menores que se fundamenta en la primacía del interés del menor desvalido (en la fase constitutiva de la adopción se absolutiza con el adverbio “siempre”) (21) y en la atribución de instrumentos de integración familiar que, según los casos y circunstancias, bien podrá ser el núcleo familiar originario o bien otro ajeno (22).

El substrato que late en la Ley es el de la vieja discusión doctrinal de la integración del Derecho de familia en el Derecho privado y, en definitiva, la demarcación entre el Derecho público y el Derecho privado. Es claro que nuestro legislador se ha decantado por considerar, preponderantemente, a estas instituciones jurídicas de carácter asistencial (tutela por ministerio de la Ley y acogimiento familiar) dentro del campo del Derecho privado, aun cuando se confirma un fuerte componente administrativista que no por ello desvirtúa su condición principal. Intuyo, en efecto, que una virtud del legislador en este punto consista en intentar superar por una síntesis la clásica y tajante dicotomía entre las grandes ramas del Derecho; mas ello no debe confundir la tamizada distinción de la que se hace eco tanto el propio legislador como la doctrina más depurada.

(20) José MANUEL RUIZ RICO, *op. cit.* en nota 1, págs. 65-66; MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *op. cit.* en nota 1, págs. 32, 33, 34, 37 y 38; ANTONIO GIL MARTÍNEZ, *op. cit.* en nota 1, págs. 18-19; ETELVINA VALLADARES RASCÓN, *op. cit.* en nota 19, págs. 2041-2042, 2051-2052 y 2054.

(21) Véase artículo 176.1 del Código Civil, cotejándolo con la redacción de los artículos 172.4 y 173.2 del Código Civil y con la dicción de los artículos 1.826, párrafo 1; 1.828, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(22) Por lo que respecta a los periodos que en estricto sentido pudieran avocar a una adopción, véanse párrafos 2, 4, 5, 7 y 8 del Preámbulo; los artículos 172.1, 3 y 4, y 173.1 y 2 del Código Civil; más los articulados 1.826.1 y 1.828.2 de la Ley Adjettiva, MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, págs. 61 y 205.

Comparto la pacífica idea de que la Ley de Adopción ha significado el otorgamiento de un importante protagonismo a los entes públicos administrativos de carácter territorial cuyos fines serán otros: los de auxiliar y asistir a los menores desvalidos (23); la razón la manifiesta muy acertadamente FELIÚ REY: “Los entes u órganos administrativos desarrollan una labor de control y fiscalización de la actividad de los particulares, por cuanto se trata de una cuestión de interés público (la protección a la infancia desvalida)” (24).

Este interés público es diferente del oficio o función de Derecho público que a algunos civilistas, como CICU, sirvieron para negar al Derecho de familia la categoría de Derecho privado por entender que el centro de gravedad no es la idea de derecho subjetivo, sino la del deber jurídico. Según dicha escuela la estructura interna de la familia detecta la existencia de un interés familiar que no es un interés individual, sino un interés superior inserto en una relación de carácter orgánico que justifique la injerencia del Estado en el ámbito familiar (25).

Alternativamente puedo concebir, más bien, ese interés público que impregna a las figuras predecesoras de la adopción como el catalizador de la finalidad social de proteger a los menores privados de una vida familiar normal (26), por lo que me sumo a las explicaciones del profesor Díez PICAZO cuando dice: “... Debemos entender ahora que en el estado actual de nuestra sociedad la familia no es un organismo público o cuasi público, sino un cauce de desarrollo de fines estrictamente personales, dominado por el principio de la personalidad y, por tanto, perteneciente de lleno al mundo del Derecho privado” (27).

En cuanto a la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, ya el profesor DE CASTRO Y BRAVO expuso: “En el Derecho actúan dos grandes principios constructivos, el de comunidad y el de personalidad, ambos dirigidos hacia el fin común y en constante colaboración; los dos aparecen siempre en todas las normas, aunque uno de ellos quede en segundo término. Presididos por cada uno de estos principios se constituyen dos conjuntos bien caracterizados de normas; tratan unas de la reglamentación de la estructura, defensa y funcionamiento del Estado (Derecho político), y otros de la situación y conveniencia de las personas dentro del Estado (Derecho civil)... Su nota diferencial estará en cuál de los dos principios que los informan constituye su punto de partida y determina así su tendencia

(23) JOSE MANUEL RUIZ RICO, *op. cit.* en nota 1, pág. 77.

(24) MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *op. cit.* en nota 1, pág. 64.

(25) Recapitulado por LUIS Díez PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *op. cit.* en nota 7, págs. 37-38; A. CICU, *Diritto de famiglia (teoria generale)*, págs. 106 y sigs. y 157 y sigs.

(26) Véase Preámbulo de la Ley 21 /1987, de 11 de noviembre, párrafo 2.

(27) LUIS Díez PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *op. cit.* en nota 8, págs. 37-38.

inmediata, caracterizando las relaciones jurídicas que organice". En consonancia con su parecer, el profesor HERNÁNDEZ GIL define el Derecho civil como "el Derecho privado general que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica en los derechos que le correspondan como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la comunidad" (28).

Por lo que ha sido expuesto, no ofrece duda que las actuaciones que preceden a la adopción han de ser reguladas por las normas ordenadoras del Derecho civil al estar implicadas en los fenómenos adoptivos y responder éstos a su "verdadera finalidad social de protección de los menores privados de una vida familiar normal" (párrafo 2, Preámbulo Ley 21/1987); y si uno de los objetivos del Derecho civil es la creación de un ámbito de responsabilidades donde debe crecer y desarrollarse el hombre (29), no puede soslayarse que las situaciones de desamparo y de plena participación del menor en la vida familiar ajena se dirigen hacia el más pleno y armonioso desarrollo de la persona humana dentro de "una vida familiar normal".

Este enclave no se desvirtúa por la necesaria y prudente influencia pública en las instituciones que albergan una determinada "función social", como acontece con la adopción (30) y, de suyo, con las figuras que la determinan o puedan determinar, ejerciendo aquélla una "vis atractiva" sobre éstas en relación con la funcionalidad inspiradora que les da vida (31). Es así como

(28) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Civitas (reedición 1984), págs. 115 y sigs.; ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *El concepto de Derecho civil*, Revista de Derecho Privado, 1943, pág. 173

(29) JAVIER SAINZ MORENO, *Esquema de las ciencias del Derecho positivo*, Madrid, 1977, pág. 39.

(30) En nuestro país es la reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958 la que emprende la senda de la "función social de la adopción", siendo continuada por la Reforma de 4 de julio de 1970 y alcanzando un estadio de mayor perfección la actual de 11 de noviembre de 1987.

(31) Desde una perspectiva jurídico-positiva, es constatable que siendo unánime la consideración doctrinal de la patria potestad como una función social (v. art. 154 en relación con el art. 170, ambos CC) y siendo así que el artículo 108 del Código Civil equipara efectivamente la filiación por naturaleza y la adoptiva, determinando una nueva vigencia del principio *adoptio naturam imitatur* y en tanto que el artículo 110 del Código Civil dispone que el padre y la madre (ya sea por filiación natural o por filiación adoptiva), aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos, es evidente, reafirmo, que la filiación adoptiva participa de la cualidad de función social. Sin embargo, no se debe olvidar, al hablar de estos temas, la frecuente intervención administrativa en materia de educación, instrucción y alimentos, que, por descontado, no hace decaer el preeminente carácter privado y civilístico de la materia. *Eadem rationem* para la tutela como oficio o función social, esto es, como una situación de derecho-deber, ya que, con fundamento, en la atribución de poderes existe el deber de ejercitarlo en beneficio del tutelado por analogía a la patria potestad a la que suple, por tanto, función social de Derecho privado

se explica que la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 reconoce el impulso inmediato de la personalidad humana del menor gracias al empleo por el Estado de todos los medios y cauces adecuados (32).

3.2. LA INVASIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO DEL DERECHO DE FAMILIA

Los preceptos de la Reforma de 1987 encarnan la asunción previa por la Administración de una protección integral de los menores cimentada en el artículo 39.2 y 4 de la Constitución española de 1978 y refrendada por el Convenio sobre los Derechos del Niño (33): Este principio general se ve confirmado por el artículo 172.1 del Código Civil cuando propugna tácitamente que sean las propias entidades públicas territoriales de protección de menores quienes tomen la iniciativa de apreciar la concurrencia de las circunstancias que den lugar al desamparo.

Estoy tratando de un postulado nada baladí, ya que en su sede han meditado estudiosos del Derecho, sirviéndose algunos de ellos de métodos que bien pudieran calificarse de *lege ferenda* (34). Todos estos trabajos se apoyan en la administrativización de las instituciones de Derecho civil que

porque viene a satisfacer necesidades familiares (véanse arts. 215, 216 y concordantes del Código Civil).

(32) Aun cuando básicamente me remito a la referencia "Instrumento de Ratificación por el Reino de España del Convenio-Acuerdo Internacional de 20 de diciembre de 1990" (BOE 31 diciembre 1990), sin embargo considero interesante transcribir algunas de sus disposiciones más destacadas al respecto:

Así, por ejemplo, apartado 5 Preámbulo. "... Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños..."; artículo 3.2: "Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar... y con este fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas", artículo 20.1: "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado".

(33) Véase nota 28 (BOE 31 diciembre 1990). Son ilustrativos los artículos 3.2, 19, 20, 27 y siguientes del Convenio sobre los Derechos del Niño

(34) JOSÉ MANUEL RUIZ RICO, *op. cit.* en nota 1, págs. 64-71, quien de *lege data* reconoce que la decisión sobre la declaración de desamparo debe corresponder al ente público; no satisfecho, sin embargo, con esta solución, busca otras respuestas de tipo *lege ferenda* cuya dificultad admite dado el aparente choque frontal con los artículos 172 y 173, reformados, del Código Civil. RUIZ RICO piensa que, habida cuenta que toda privación de la patria potestad exige una sentencia judicial, también aquí será imprescindible aunque por la vía de declarar judicialmente el desamparo. MANUEL IGNACIO FELIU REY, *op. cit.* en nota 1, pág. 34, escribe

"... La no admisión de una intervención judicial en la declaración de la situación de desamparo podría dar lugar a un fraude legal consistente en la aplicación del supuesto previsto en el artículo 172, con la consecuente inaplicación del artículo 170. Por ello

tienen por objeto la guarda de menores (35), siendo tal administrativización la que motiva la dificultad de explicar la Reforma de 1987 recurriendo exclusivamente a técnicas de Derecho privado, aun cuando, de contrario, tampoco resulta fácil hacer incidir en el texto legal unas técnicas propias del Derecho administrativo elaboradas al margen de su aplicabilidad en el Derecho civil: de consuno me adhiero a las consideraciones efectuadas en este sentido por, entre otros, PÉREZ ALVAREZ (36).

Pues bien, la iniciativa de apreciación, exclusiva y transitoria que se atribuye a las entidades públicas, con la titularidad en la guarda que de ella emana, deriva ya de una coherente evolución legislativa de carácter administrativo que procede del hoy vetusto y derogado (disposición derogatoria tercera CE) Decreto de 2 de julio de 1948 por el que se aprobó el Texto Refundido de la legislación sobre protección de menores, cuyo artículo 1 disponía que “la protección de menores es una institución de inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de organismos y servicios protectores...; por ello, cuando resulte preciso para acudir a las necesidades que ofrezca la realidad social y para atender a los menores desamparados se dirigirá a los Ayuntamientos y Diputaciones...” El artículo 5 de dicho Texto Refundido preveía entre las funciones de la obra de protección de menores “el amparo a los menores moralmente abandonados recogiendo en la vía pública”, así como “ostentar la representación legal de los menores protegidos que carezcan de ella...”; ocurre, empero, que la asignación funcional se ordenaba monolítica y concéntricamente por la propia institución del Estado.

Punto de inflexión orgánico lo constituyó la Constitución española de 1978, posibilitando a las Comunidades Autónomas para que asumieran competencias en materia de asistencia social, con lo que se han flexibilizado y ramificado las fuentes distributivas (37); esta asunción de competen-

debemos concluir defendiendo una cierta intervención judicial consistente en la previa declaración de la situación de desamparo...”

MIGUEL ANGEL PEREZ ALVAREZ, *op cit* en nota 1, pág. 78, argumenta de adverso: “... por muchos y ciertos que sean los inconvenientes del régimen jurídico que instaura la Ley 21/1987 y a pesar del silencio legal al respecto, entiendo que si se atiende a la *mens legislatoris* no cabe defender que la situación de desamparo haya de ser estimada *a priori* por el Juez”.

Desde ángulo similar, véase ETELVINA VALLADARES RASCON, *op cit* en nota 20, pág. 2066.

(35) MIGUEL ANGEL PEREZ ALVAREZ, *op cit* en nota 1, pág. 54; ETELVINA VALLADARES RASCON, *op. cit.* en nota 20, pág. 2053, JOSE LORCA MARTINEZ, *op cit.* en nota 15, págs. 1820 y sigs.

(36) MIGUEL ANGEL PEREZ ALVAREZ, *op. cit* en nota 1, págs. 62-63

(37) Véase nota 20 (art 148 CE)

En cuanto a la incidencia del concepto de asistencia social en el ámbito de que se trata, es valioso recordar una de las secuencias pronunciadas por el señor Ministro LEDESMA en la Comisión de Justicia del Senado: “En el texto legal se parte de la idea de que la protección de menores tiene mucho más que ver, es mucho más competencia

cias y traspaso de funciones en el área de protección de menores alumbra con la aprobación de las distintas leyes orgánicas de estatutos de autonomía y con los respectivos reales decretos de traspasos y transferencias de funciones y servicios de la Administración del Estado en la disciplina de protección de menores (38). Un repaso a las distintas exposiciones de motivos de las normativas autonómicas referenciadas a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y puestas en conexión con la Disposición Adicional primera de esta última (39), persuade de hasta qué punto por la propia naturaleza de las cosas era, desde una perspectiva lógica, previsible el pronunciamiento que se desprende del texto legal estatal, teniendo en cuenta además que los reales decretos de traspasos son anteriores a la presente reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente acaba por cerrar el círculo la promulgación de normas, bien de rango legal, bien de rango reglamentario, dictadas por los órganos competentes de las distintas CC.AA., para desarrollar y adaptar a la Ley comentada la fundamental participación de las entidades públicas a las que corresponda en el respectivo territorio la misión tuitiva de los menores, regulando la intervención, distribución de competencias y procedimiento de las unidades administrativas de gestión (40). La hilvanación y coordinación territoriales en la materia es de lo más dispar y desordenada, como lo muestra que, verbigracia, en las Comunidades Autónomas de Madrid, de Castilla-León y de Galicia se hayan aprobado, y sea ello motivo de elogio, reglamentos de los

de los servicios sociales de la Administración..., predominando esta consideración sobre otros criterios también muy importantes, como son los criterios técnico-jurídico..." (*Diario de Sesiones del Senado*, III Legislatura, 1987, pág. 1724), reseñado por M. A. PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1.

(38) Sirvan de ejemplo, v.gr.: artículos 13-23 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre; Estatuto de Autonomía de Andalucía y Real Decreto 1080/1984, de 29 de febrero, sobre traspaso de funciones en materia de protección de menores que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, artículo 44.10 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, y Real Decreto de 1 de agosto de 1985 sobre traspaso de funciones, artículo 35.19 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Aragón, y Real Decreto 1070/1984, de 8 de febrero, y 2051/1985, de 9 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios, artículo 9.25 y 28 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cataluña, y Real Decreto 1292/1981, de 5 de junio, por el que se traspasan los servicios y funciones que la Obra de Protección de Menores ejercía en el territorio de Cataluña ..

(39) *Adopción-Ley 21/1987 - Guía de aplicación y normativa de las CC.AA. que la desarrollan*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, págs. 57 y sigs.

(40) Véase, por ejemplo, en el texto reseñado en la nota anterior, el muy elaborado, detallado y casuístico ordenamiento de la Diputación General de Aragón, que se refunde en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre (*BOE* 5 enero 1990), de la Comunidad Autónoma de Aragón, las medidas mucho más parcas, ambiguas e imprecisas de la Junta de Andalucía, o las señeras e iluminadoras directrices de la legislación catalana.

expedientes administrativos de acogimiento de menores y adopción (Decreto de la Junta de Castilla-León 184/1990, de 20 de septiembre, o la Orden de la Comunidad de Madrid 175/1991, de 18 de marzo, que desarrolla el Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, en materia de promoción del acogimiento de menores y la adopción, o la Orden de la Xunta de Galicia de 30 de abril de 1990 que desarrolla el Decreto 190/1988, de 28 de julio, en materia de acogimiento familiar de menores), “al evidenciarse por la experiencia obtenida la necesidad de dictar normas más precisas que clarifiquen requisitos materiales, así como criterios y procedimientos a seguir”; en tanto que, por el contrario, y por destacar sólo dos ejemplos de la incoherente y desdeñosa praxis autonómica, se dejan transcurrir casi cuatro años de la publicación de la Ley del Estado 21/1987, de 11 de noviembre (*BOE* 17 de noviembre), sobre adopción y otras formas de protección de menores, para que La Rioja por Decreto 14/1991, de 18 de abril, se decida a establecer las primeras medidas para su aplicación, o la casi tan extravagante y patológica de la Junta de Andalucía, que después de más de tres años no ha sido capaz de afianzar y desarrollar unas medidas que surgieron como provisionales y que se adoptaron por Decreto 281/1988, de 13 de septiembre, “por motivos de urgencia para posibilitar la aplicación de la Ley 21/1987 en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza”, lo que repercute en una indudable e inquietante inseguridad jurídica. Cataluña y Navarra presentan ciertas peculiaridades, pues ambas Comunidades Autónomas ya habían legislado puntualmente sobre instituciones que más tarde fueron objeto de articulación por la Ley del Estado (Ley del Parlamento de Cataluña 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, y Decreto 162/1986, de 9 de mayo, por el que se regula el trato y la prevención de la delincuencia y la tutela de los menores por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad; en Navarra el Decreto Foral de 25 de marzo de 1986 sobre adopciones, acogimiento y atención a menores). De esta realidad proviene lo indicado de su posterior adaptación y modificación para facilitar la aplicación de los supuestos y realidades que se contemplan en la nueva Ley del Estado 21/1987. Del examen de las disposiciones de la Generalitat (de entre ellas también hay que destacar la Orden de 14 de marzo de 1988 por la que se regula la tutela de los menores desamparados) llama la atención la propiedad y lo ajustado de los términos y de la técnica empleada: No en vano la Ley del Parlamento de Cataluña 11/1985, de 13 de junio, es el precedente legislativo inmediato de la Ley del Estado de 1987.

Si la propuesta del legislador de 1987 implica un férreo control de las actuaciones que preceden a la adopción, rodeando al menor de las garantías suficientes que acompañan a los procedimientos constituyentes del acogimiento o de la adopción y procurando la adecuada selección, de una manera

objetiva, de los acogedores o de los adoptantes (41), entonces ese método se aproxima a lo que la doctrina administrativa ha circunscrito como una determinada técnica operativa, por la que se invade el campo jurídico-privado: el protectorado; éste implica el respeto a que una determinada actividad continúe siendo privada, pero de tal forma vigilada en su actuación, bajo el imperio de normas administrativas, que puede hablarse de un auténtico protectorado estatal (42). De modo que, *prima facie*, lo que sí se constata es una fiel correspondencia entre los períodos previos al inicio del expediente de adopción y el Derecho privado, sin que ello sea óbice para que germine un fructífero proceso de infiltración del Derecho administrativo de mayor o menor intensidad; o, si se prefiere, y tal y como declara el profesor GARRIDO FALLA (43), es un hecho, y de máxima actualidad, que la totalidad de la actividad administrativa no está sometida al Derecho público administrativo; antes bien, hay actos de la Administración que están sometidos al régimen jurídico-civil.

Acotando específicamente la alegación practicada, hay que entender que, una vez supeditado un acto de la Administración a este último régimen, lo coherente será invocar que sus consecuencias también hayan de regirse por aquél; así de diáfano se muestra FELIÚ REY (44) cuando califica la formalización del acogimiento familiar en el plano administrativo, vía artículo 173.2 del Código Civil, como un acto de naturaleza compleja: Una parte pública constituida por la intervención administrativa, consistente en que por el organismo o ente público se otorgue, si procede, la oportuna autorización, de tal suerte que sin la misma no se pueda constituir válidamente el acogimiento; y otra parte privada, o estrictamente negocial, integrada por la prestación de los restantes consentimientos. Ambas resultan de corte constitutivo y sus efectos o consecuencias jurídicas se cursan al Derecho civil; pero en tanto que la participación de las personas que vayan a recibir al menor y la de los padres que no estuviesen privados de la patria potestad o de la tutela en su caso también es preceptiva (de forma que si los padres o tutores no prestaren el consentimiento o no comparecieren su voluntad sería suplida por el Juez) (45), se llama la atención de que el

(41) Véase el Preámbulo de la Ley 21/1987, párrafos 2, 3, 7 y 8. El férreo control aludido se recapitula en la siguiente frase entresacada del párrafo 8º: "... a las que se encomiendan, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción y, en todo caso, la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar."

(42) FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pág. 160, RAMÓN MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho administrativo*, Trivium, 13ª ed., 1990.

(43) *Op. cit.* en nota 42

(44) MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *op. cit.*, pág. 168; nota 1, pág. 64.

(45) Véase artículo 173.2 en relación con el artículo 1 828, párrafos 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformados; JOSÉ MANUEL RICO, *op. cit.* en nota 1, págs. 139-140

consentimiento de la entidad pública tiene el aspecto de una manifestación volitiva que cristaliza en un plus de garantía añadido en beneficio del menor, ya que, en definitiva, actúa en protección de la infancia desvalida, procurando la adecuada selección del acogedor y encomendándosele en todo caso la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar: no otra cosa es el férreo y tenaz control al que aludía anteriormente y que hace innecesaria la sustitución judicial.

Para terminar, entronco el principio general de la asunción previa por la Administración de una protección integral de los menores, del que partí al inicio de este apartado, con el hecho de que el ente público competente actúa como auténtica Administración Pública, "sirviendo con objetividad los intereses generales" (46), a lo que le compromete el artículo 39.2 y 4 de la CE; estos intereses generales a los que sirve se hallan comprendidos, en nuestro ordenamiento constitucional, dentro del título I, capítulo 3, bajo la rúbrica de "Los principios rectores de la política social y económica" con una formulación que los constitucionalistas alemanes llaman "determinaciones de los fines del Estado" y que no pretenden configurar verdaderos derechos fundamentales (están enclavados al margen del capítulo segundo sobre "derechos y libertades", pero incluidos en el título I, "De los derechos y deberes fundamentales"), sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado enunciando efectivas normas jurídicas (47). Además y como es sabido, las finalidades programáticas no prejuzgan la adscripción particular de cada una de ellas a cualesquiera de las ramas del Derecho: Es decir, que los poderes públicos personifican *in genere* la gestión de bienes e intereses de la comunidad política a la que se limitan a servir, conformando el orden social mediante una intervención directa o mediante la participación activa del Estado (u otro sujeto de la Administración Pública) en las funciones de la vida social, empleando para ello las técnicas apropiadas.

Continúo el planteamiento para resaltar que mediante los principios rectores se conduce o gobierna, en un sentido amplio, a la comunidad política al logro de sus fines esenciales, satisfaciendo sus exigencias en un plano de la actividad estatal previo a la clásica división de poderes; perspectiva esta certificada por el artículo 53.3 CE, el cual irradia el reconocimiento, respeto y protección de los principios a la legislación positiva, a la práctica judicial y a la actuación de los poderes públicos. Por tanto, por este conducto se armoniza el artículo 103.1 de la Constitución, que incide íntegramente en la Administración Pública, con la gerencia de los poderes

(46) Véase artículo 103 CE.

(47) EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol I, Civitas, Madrid, 1988, págs 109-110

públicos *latu sensu*, que asegura, por ejemplo, la protección de la familia, de los hijos y de los niños en general (48).

3.3. LA ACTIVIDAD ASISTENCIAL O DE PRESTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MEDIANTE LOS INSTRUMENTOS DE LA TUTELA Y DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

Presupuestos del enunciado de este apartado lo constituyen la titularidad pública de la tutela, por un lado, y, por otro, la titularidad de la guarda que la misma lleva aparejada y que es ejercitable tanto por la Administración directamente como por delegación por la persona o personas que reciban al menor en acogimiento.

La intervención pública directa se apoya legalmente en la claridad lexicográfica del artículo 172.1 y 3 del Código Civil y en las posibilidades de actuación conferidas a “las autoridades competentes” por el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (49).

Si se quiere catalogar la actividad administrativa contemporánea en el ámbito de análisis, de las tres formas tradicionales de actuación administrativa: policía, fomento y servicio público, deberán excluirse por definición las dos primeras. Efectivamente, el elemento unificador, tanto en la actividad de policía como en la de fomento, es el de destacar la presencia del particular: en la de policía, utilizando una serie de medidas coactivas para que ajuste su comportamiento a un fin de utilidad pública; en la de fomento, protegiendo o promoviendo aquellas actividades debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas.

El servicio público, por el contrario, es una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una manera directa por órganos de la propia Administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares. Es esta la descripción administrativista que se compadece con el diseño delineado por los artículos reseñados del Código Civil y de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como por la Disposición Adicional primera de la Ley reformada. El profesor GARRIDO FALLA evoca, en fin, que el servicio

(48) Véase FERNANDO GARRIDO FALLA, *op. cit.* en nota 42, págs. 29, 59 y sigs.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, en *op. cit.* en la nota anterior, considera que hoy en día la doctrina del acto político es inútil e innecesaria (págs. 535, 536), ahora bien, el mismo autor no descarta explícitamente la virtualidad teórica o de principios que esta doctrina de los actos políticos o de gobierno pudieran tener, sino que centra su juicio crítico en que ha servido, en un momento histórico determinado y hoy constitucionalmente superado, para justificar la injusticiabilidad de ciertos actos que no proceden de la Administración como persona jurídica

(49) Reproducido en nota 28 el artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño

público implica una actividad para la satisfacción de necesidades públicas que, por consecuencias de circunstancias históricas determinadas, pasa a manos del Estado con carácter exclusivo o no; en cualquier caso se trata de actividades que sin repugnancia podrían estar en manos de particulares (50).

Particularizando al caso que me ocupa, cuando se habla de personas abandonadas y necesitadas de tutela se expresa una función social encomendada al Estado cuyos antecedentes se encuentran en las antiguas leyes de beneficencia y en los remotos artículos 212 del Código Civil, que atribuía la tutela a los jefes de las Casas de Expósitos, y 303 del mismo Cuerpo legal, el cual concedía dicha titularidad a la Administración de cada establecimiento de beneficencia; no obstante, según la interpretación más ajustada al espíritu de la redacción primitiva del Código Civil, la tutela de los menores a que se refería el artículo 303 no había de estar sujeta a la legislación común, sino que cuidaba de ella la Administración Pública. De ahí que, al menos doctrinalmente, fuese factible sostener la legitimidad rectora de las personas físicas bajo un régimen jurídico-privado, perfectamente separado y segregado de una legislación especial que iba confiando funciones tutelares a organismos públicos de naturaleza asistencial. Con la reforma del Código Civil (Ley 13/1983) en materia de tutela desaparece toda pretensión mixtificadora, alentada en un primer momento en pro de un régimen tutelar, asistencial y público favorecido por el sistema arbitrado vía artículo 242 que, se entiende, incluye en su ámbito a las personas jurídico-públicas en general (que no persiguen primordialmente el lucro) y, aprovechándose de la expresión aglutinadora empleada por dicho artículo ("personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa"), naturalmente, comprende además a las personas jurídico-privadas (asociaciones o fundaciones no lucrativas del tipo art. 35.1 CC). En consecuencia, pues, el Estado se atribuye competencias de servicio público, coadyuvando a sus funciones sociales (la protección de menores e incapacitados) los sujetos privados, esto es, bien las personas físicas (art. 239, redacción 1983), bien las personas jurídico-privadas (51).

(50) FERNANDO GARRIDO FALLA, *op. cit.* en nota 42, vol. II, págs. 150 y sigs.; MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, pág. 72 (nota 93), menciona el primer "Informe del Anteproyecto Ley de Adopción" emitido por el Consejo General del Poder Judicial, en el que se lee: "... sería deseable que se configuraran las actividades públicas de guarda de menores desamparados o tendentes a su integración familiar como un auténtico servicio público de titularidad administrativa que pudiera ser objeto, bien de gestión directa, bien de gestión indirecta a través de instituciones colaboradoras, pero de tal modo que en cualquier caso la Administración conservara facultades inspectoras, coordinadoras y directivas respecto a la gestión del servicio..." La reforma legislativa definitiva refrenda las recomendaciones aconsejadas en su día por el máximo órgano de gobierno de los Jueces.

(51) Para un seguimiento discursivo e integrador acerca de la titularidad de la tutela véanse RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *op. cit.* en nota 17, págs. 345 y sigs.

Por último, la Reforma de 1987 consume el círculo giratorio al decretar, con la calificación de exclusividad, la tutela administrativa por obra de la Ley cuando concurren los presupuestos extremos de desamparo prevenidos por el artículo 172.1 del Código Civil. Es importante insistir en el no combatido principio de que es a las entidades públicas y no a las instituciones privadas (asociaciones o fundaciones no lucrativas convenientemente habilitadas en su territorio como instituciones colaboradoras de integración familiar) a quienes compete la titularidad de la tutela de los menores desamparados y de que es a aquéllas y no a éstas a quienes compete decidir en orden la constitución del acogimiento en sede administrativa; y es que, en realidad, sólo por este cauce las entidades públicas podrán hacer efectivo el control administrativo que se ha querido instaurar, entre otros, por la técnica de la habilitación (52): De esta forma se estructura un auténtico servicio público de titularidad administrativa.

Para culminar este epígrafe, considero interesante la estimación del profesor GARRIDO FALLA cuando sostiene que, frente a la actividad administrativa por medio de coacción o mediante medidas de fomento, existe una actividad de prestación dirigida a proporcionar utilidad a los particulares impuesta cabalmente por razones de interés público y sintetizada en la locución "servicio público", la cual puede desarrollarse, bien sometido a un régimen de Derecho público, bien a un régimen de Derecho privado, habiéndose de entender, incluso, que la clásica exigencia del sometimiento de los servicios públicos a las reglas exorbitantes del Derecho público ha perdido gran parte de su vigencia (53). Por tanto, esta noción es susceptible de traspolarse fácilmente al ámbito de las actuales funciones interventoras de las entidades públicas en los primeros estadios, de los que más adelante puede surgir el título constitutivo judicial de la adopción.

(comentarios a los arts. 239 y 242 Ley 13/1983, de 24 de octubre), y MANUEL IGNACIO FELIU REY, *op. cit.* en nota 1, págs 21 y sigs

RODRIGO BERCOVITZ, págs. 349 y 361 de la obra referenciada, alude a la dispar interpretación gramatical facilitada por J. M. LETE DEL RIO en sus *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, Edersa, Madrid, 1985, en donde aduce dialécticamente, como auténtica guarda asistencial de Estado, la enhebrada por el artículo 239 (redacción Ley 1983), en oposición al artículo 242 que contempla simplemente a las personas jurídicas no dependientes del Estado.

E. GARCIA DE ENTERRÍA, *op. cit.* en nota 47, cap. VII, págs 364-395, desarrolla de modo muy completo "La tipología de los entes públicos"

(52) Véase Disposición Adicional primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre: MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, págs 72-73.

En virtud de lo expuesto, hoy gana mayor coherencia la tesis mantenida por J. M. LETE DEL RIO (nota 51) para comentar el artículo 242 del Código Civil, no modificado por la Reforma de 1987.

(53) FERNANDO GARRIDO FALLA, *op. cit.* en nota 42, vol. II, págs 335 y sigs.; RAMÓN MARTÍN MATEO, *op. cit.* en nota 42; F. LÓPEZ RAMON, "Los límites constitucionales de la autotutela administrativa", en *Revista de la Administración Pública*, núm. 115, 1988.

4. CONCLUSIONES

Como he tratado de demostrar, ni en la tutela por ministerio de la Ley ni en el acogimiento familiar, desde una perspectiva institucional y sistemática, cabe hablar de una participación administrativa de tal envergadura que sea capaz de ensombrear las evidentes consecuencias jurídico-civiles que emanan de la intervención de las entidades públicas a las que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores. Lo que, ciertamente, no se niega es el protagonismo concedido a los entes públicos administrativos, en cuanto sujetos de Derecho que personifican los intereses generales de la comunidad (en este caso los de la infancia desprotegida), en dos de las ramificaciones principales en esta materia: En primer lugar, la tutela *ope legis* atribuida a los órganos administrativos competentes para aquellos casos verificados de desamparo, que ellos mismos evaluarán sirviéndose de sus propios equipos multidisciplinares atendiendo a unos parámetros objetivos que limitan su discrecionalidad y que se encuentran recogidos en el Derecho común y general del Código Civil (art. 172.1 en relación con los arts. 154, 170 y 216); además, esta infiltración de las Administraciones en el ámbito jurídico-privado deberá ir acompañada o precedida de resoluciones e, incluso, procedimientos complejos inequívocamente jurídico-públicos (54), que si serán fiscalizados, en su caso, por la jurisdicción contencioso-administrativa. De modo que si los presupuestos están regulados por procedimientos estrictamente administrativos, no cabe la menor duda que el producto de esa actuación, coetánea o preliminar, se inscribe en la órbita del Derecho privado: Es lo que la doctrina administrativista llama "Teoría de los actos administrativos separables" (55). Apoya la disección vislumbrada la regla 16 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (reforma Ley 21/1987, de 11 de noviembre) al prevenir que "en las actuaciones judiciales relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas será competente el Juez de Primera Instancia del domicilio de la entidad...; luego es incontestable que entre las funciones protectoras se halla la declaración de desamparo, a partir de la cual se activarán las demás figuras tuitivas de guarda y custodia.

En segundo lugar, idénticas puntualizaciones habrán de hacerse respecto del acogimiento familiar o modalidad de ejercicio de la guarda, que la entidad pública delega bajo su responsabilidad en la persona o personas que ella misma selecciona, elección que cobra virtualidad en la subrayada como función mediadora que se instrumenta igualmente a través de un procedimiento específico de corte administrativista, garante del control previo ob-

(54) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* en nota 47, cap. VII, pág. 407; F. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.* en nota 53.

(55) *Idem* nota anterior

jetivo para una efectiva integración familiar del menor, pues se asiste de equipos multidisciplinarios *ad hoc* que aseguran una intervención de la entidad pública esencial y constitutiva. Ahora bien, la operatividad de la Administración Pública habrá de complementarse e integrarse necesariamente dentro del proceso constitutivo negocial del acogimiento familiar, en donde además se precisa la concurrencia de las voluntades de los sujetos que se verán afectados por el acogimiento. Por lo tanto, también aquí se constata una consecuencia jurídica de neto cariz privatístico, del que el ente u organismo público no puede prescindir.

Y tan es así que, primero, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1981 declara “no ser suficiente que formalmente sea dictado un acto por un órgano de la Administración, sino que la materia sobre que verse su contenido sea administrativa, y no lo es, según el artículo 2 de la LJ, aquella que aunque relacionada con actos de la Administración Pública se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otra jurisdicción” (56). De forma que, ora una presumible oposición de algún interesado en el procedimiento de acogimiento administrativo (en el que puede inscribirse la declaración de desamparo), ora que la oposición se ventile en el expediente judicial de adopción por considerar que no se está incurso en causa para la privación de la patria potestad (lo que provoca el acuerdo de desamparo) o ya sea porque la entidad pública aprecie el cese de los motivos que condujeron a la declaración de desamparo y a la consiguiente, si es que a ello hubo lugar, delegación de la guarda; pues bien, en estos incidentes y en otros que se presentaran relacionados con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas (y entre los que se incluyen los promovidos por ellas cuando no hubieran podido hacerse cargo del menor en situación de abandono por negativa de los padres o representantes legales a entregarlo) será competente el Juzgado de Primera Instancia y, en su caso, el que corresponda (con arreglo a lo dispuesto en el art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), del domicilio de la entidad (57), etc.

Segundo, JOSÉ LORCA MARTÍNEZ, compartiendo un convencimiento extendido, y desde luego el mío, escribe que “la asunción de tutela *ex lege* por el ente público (...) incide en el campo del Derecho de las personas (...); por tanto no son actos administrativos, sino actos de un ente público adoptados de un modo supletorio y sometidos al Derecho civil” (58). De ahí que

(56) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op cit* en nota 47, cap. 10, pág. 507.

(57) Véase artículo 6 de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que da nueva redacción a la regla 16 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en conexión con la Disposición Adicional segunda de la reseñada Ley, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

(58) JOSÉ LORCA MARTÍNEZ, *op cit* en nota 14

hayan de decaer las prerrogativas o potestades exorbitantes de la Administración cuando ésta se rige por su derecho estatutario o Derecho administrativo; de entre esas privilegiadas potestades, especial interrogante se cuestiona con la aplicabilidad o no de la ejecutoriedad del acto, pues si es notorio, como asegura la Memoria del Fiscal general del Estado, 1989-1990, que toda la materia de protección de menores se rige por estrictas normas de Derecho privado donde las entidades públicas no tienen ninguna posición de privilegio ni presunción de legalidad respecto de las demás partes (59), también lo será que sus acuerdos adolecen de ejecutoriedad y por lo tanto nunca en estricta técnica jurídica, a no ser que se incurra en arbitrariedad y en desvío de poder, podrán invocar los órganos administrativos la aplicación de los artículos 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo, puesto que ambos preceptos presuponen la presunción de legitimidad de las decisiones administrativas, en el doble sentido de que para ser obligatorias no precisan el previo control judicial y de que para ser factible ese control resulta imprescindible que la Administración decida previamente de manera ejecutoria: Es precisamente por esto por lo que abogo por la inviabilidad de la ejecutoriedad en la materia de protección de menores (Ley 21/1987, de 11 de noviembre) (60).

Tercero, la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 9.1 y 20 (61), distingue satisfactoriamente la doble dimensión del problema: por un lado, la hipotética separación del niño de sus padres contra la voluntad de éstos, medida adoptada por la autoridad competente a reserva de la revisión judicial (se configura en un plano sustantivo), y, por otro lado, el procedimiento aplicable para conformar con el método óptimo la solución más conveniente (se configura en un plano adjetivo o formal), pues como ilustra el profesor GARRIDO FALLA, el procedimiento administrativo aparece como un conjunto de formalidades en garantía del particular, con el objetivo de lograr el mayor acierto y eficacia en las resoluciones administrativas (62).

FRANCISCO JAVIER ARELLANO GÓMEZ

(59) Véase nota 2, F. LOPEZ RAMÓN, *op cit* en nota 53

(60) E. GARCIA DE ENTERRIA, *op cit* en nota 47, cap IX, págs. 472 y sigs, F. LÓPEZ RAMÓN, *op cit* en nota 53; ALFREDO GALLEGU ANABITARTE, *Derecho administrativo. Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad*. Universidad Autónoma de Madrid, 1985, págs. 13 y sigs.

(61) Véase nota 28

(62) FERNANDO GARRIDO FALLA, *op cit* en nota 42, vol I, págs. 545-546; F. LOPEZ RAMÓN, *op cit* en nota 53; RAMÓN MARTÍN MATEO, *op cit* en nota 42, ALFREDO GALLEGU ANABITARTE, *op cit* en nota 60

Adquisición de inmuebles por donación

SUMARIO. I. LA DONACION COMO ADQUISICION DEL DOMINIO: 1. LA DONACIÓN COMO CONTRATO: 1.1 *Donación obligacional:* a) Derecho romano. b) Derecho común español.—1.2. *Donación liberatoria.*—2. LA DONACIÓN COMO ACTO DE DISPOSICIÓN: 2.1 *La situación de pendencia.* 2.2. *El acto dispositivo consensual en el Código Civil* 2.3. *El requisito de la forma* —3. DONACIONES “MORTIS CAUSA”.—II. REVOCACION DE DONACIONES.—III. EL DERECHO DEL DONATARIO: 1. FRENTE AL DONANTE Y SUS SUCESOES: 1.1. *Protección de los derechos de la persona.* 1.2. *Protección de derechos familiares.* 1.3. *Protección de derechos de sucesión:* a) Inoficiosidad de donaciones. b) Colación.—2. FRENTE A TERCEROS: 2.1. *Acreedores del donante.* 2.2. *Titulares de derechos reales anteriores.* 2.3. *Titulares de derechos emanados del donante:* a) Doble enajenación lucrativa. b) Donatario frente a comprador: 1) El título del comprador es anterior. 2) El título de comprador es posterior.—IV. CONCLUSIONES.

El derecho de propiedad se manifiesta como una situación estática en la que el titular ejerce una actividad más o menos directa sobre un objeto. El propietario de la finca la usa y la utiliza, percibe sus frutos y la tiene en el más amplio sentido de la palabra. Su posición es perfectamente estable y los vecinos del dueño lo reconocen como tal.

Cuando el propietario decide transmitir su derecho, ceder la finca a otro, se realiza un cambio en el sujeto activo de la relación que puede ser y es, en muchos casos, conflictivo.

La necesidad de clarificar y facilitar este cambio, ha producido un conjunto de normas tendentes a dotar el acto de transmisión de determinadas formalidades, que hagan cierto para las partes el momento en que se efectúa y al mismo tiempo lo divulguen, para que los terceros lo conozcan y la nueva titularidad esté dotada de estabilidad.

El Código Civil regula la transmisión de los derechos reales, según la opinión más generalizada, mediante título y modo, que es, entre los siste-

mas de transmisión, el que persigue una mayor identidad entre la realidad fáctica y la jurídica, al hacer coincidir la adquisición con la puesta en poder y posesión del adquirente. Aunque la verdad es que se pueden abrigar algunas dudas sobre si éste es el sistema realmente establecido.

Una de las aparentes excepciones viene representada por las adquisiciones a título gratuito. Hay distintos procesos para adquirir por acto *inter vivos* cuando la adquisición es onerosa o lucrativa; según que se adquiera dando una contraprestación o no.

I. LA DONACION COMO ADQUISICION DEL DOMINIO

Donación es la palabra que la técnica jurídica utiliza para descubrir el regalo. Regalar es “dar a uno graciosamente una cosa en muestra de afecto o consideración o por otro motivo”. Donar, “traspasar uno graciosamente a otro alguna cosa o derecho que sobre ella tiene” (1). En la vida ordinaria se regala dando. En el regalo concurren dos factores: las entrega de mano a mano y la declaración del que entrega, de que lo que da es un regalo. Ambas circunstancias son esenciales y normalmente simultáneas. La promesa (“te voy a regalar una cosa”) no obliga a quien la emite ni crea derecho en quien la oye. La entrega sin declaración de voluntad de regalar no transmite la propiedad. El que recibe el objeto tiene la obligación de devolverlo porque no ha pasado a ser suyo. Entrega y declaración de voluntad podrán estar distanciadas en el tiempo (“no me la devuelvas, te la regalo”), pero han de estar conectadas.

Cuando se analiza el regalo en su aspecto jurídico (donación) la esencia no cambia; la cuestión es la misma. Sin embargo, parece que el tema se vuelve mucho más complejo, sobre todo si se trata de donar inmuebles. Como no se pueden entregar de mano a mano, hay necesidad de determinar el momento de la transmisión, prescindiendo del hecho de la entrega, o ampliando su concepto estricto a formalidades simbólicas.

En las transmisiones onerosas *inter vivos* también existen los dos elementos: voluntad y entrega. Pero en el sistema de título y modo la voluntad de transmitir viene predeterminada por una obligación anterior y en la donación parece que no.

El proceso adquisitivo completo podría configurarse del siguiente modo:

“A” = Obligación (título)

“B” = Declaración de voluntad de transmitir.

“C” = Entrega (modo)

(1) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, 1984

Al examinar el proceso adquisitivo en su conjunto se puede apreciar que el transmitente sólo tiene una voluntad, que se desglosa en los tres momentos que la componen. El vendedor no tiene una voluntad de obligarse a vender, otra voluntad de transmitir y otra de entregar. Tiene una sola voluntad que se encamina a un fin determinado y único: desprenderse del inmueble para que pase a otro. Pero la trascendencia jurídica del proceso no depende únicamente de la voluntad, sino de su manifestación. Teóricamente podría exigirse que la voluntad se declarase en los tres momentos: "A", en la obligación ("me obligo a entregarte"), "B", en el acto dispositivo ("quiero transmitirte el dominio") Y "C", en la entrega ("te entrego la cosa"). Pero sería una exigencia más que redundante. Para qué exigir al vendedor que diga que quiere transmitir la propiedad, si ya se sabe que quiere hacerlo, puesto que formaliza un contrato traslativo. Por eso en el sistema de adquisición por título y modo, se elimina la declaración de voluntad del momento "B", se entiende implícita en el "A" y se considera tácita en el "C" (basta la entrega, no hay declaración de voluntad e incluso puede haber entrega supuesta). Al eliminar el elemento "B" y ligar causalmente los elementos "A" y "C" se configura la teoría de título y modo.

Que esto es así se ve muy claramente en la compraventa. Según el Código Civil, el vendedor no se obliga a transmitir la propiedad. Sólo se obliga a entregar (arts. 1.445 y 1.461) y a mantener al comprador en la posesión de la cosa (art. 1.475). Este es el momento "A". Cuando hace la entrega por razón de la obligación que contrajo (momento "C"), la conjunción de ambos opera la transmisión sin necesidad de que el vendedor declare su voluntad de transmitir el dominio (momento "B"). Así resulta de los artículos 609 y 1.095.

En las transmisiones lucrativas parece que el momento "A" no existe. Sólo los "B" y los "C" ligados causalmente. Se han hecho denodados esfuerzos por intentar demostrar que en la donación el momento "B" es en realidad el "A", o que no existe, e incluso que el inexistente es el "C". Lo que ha conducido a considerar la donación como contrato, como modo de adquirir, o incluso como una simple causa. Las opiniones sobre su naturaleza jurídica son variadas: causa, obligación, contrato, acto dispositivo, modo de adquirir.

La declaración de voluntad de donar aceptada transmite el dominio sin entrega. ¿Por qué? ¿Por qué un comprador que ha pagado el precio no adquiere si no recibe y un donatario que no ha efectuado ningún sacrificio económico, sí? Este es el meridiano del problema.

Quiero prescindir de la razón legal. La respuesta a la pregunta merece una contestación distinta al mero apoyo en la literalidad del artículo 609. La lógica obligaría a dar a ambos casos la misma respuesta, si no la inversa. ¿Cuál es el motivo de tan sorprendente solución?

Conviene en primer lugar plantearse si esto es realmente lo que dice el

artículo 609: “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”.

La separación en el texto de la donación y de ciertos contratos es tan clara que se hace muy difícil negar que la donación opera por sí sola la transmisión sin necesidad de entrega.

La respuesta está probablemente en la acogida que tuvo la corriente doctrinal del pasado siglo, que contempló más el aspecto dispositivo que el contractual en la tradición.

Los intentos de adaptar el sistema de transmisiones lucrativas a la teoría del título y modo han provocado serios debates sobre la naturaleza jurídica de la donación.

1. LA DONACIÓN COMO CONTRATO

Si la donación fuese un contrato, sería título válido para que la entrega opere la adquisición por título y modo. La construcción parece lógica, puesto que en la donación tienen que concurrir las voluntades de donante y donatario. Si el donatario no acepta, no hay donación.

La voluntad de transmitir existe aunque el Derecho no exija su declaración como requisito para la eficacia del proceso. Si preguntásemos a cualquier profano en Derecho qué es la venta, probablemente nos diría que el traspaso a otro de la propiedad de una cosa por un precio. Es la técnica jurídica la que, al no exigir la emisión de la voluntad de transmitir, plantea problemas.

Si se vuelve la vista a las transmisiones lucrativas se comprueba que, lo mismo que en las onerosas, es necesaria una emisión de voluntad por parte del transmitente. La cuestión es en qué fase del proceso se manifiesta esa declaración. Si se considera que la declaración de donar constituye el momento “A”, es necesario construir la donación como un contrato. Aceptada esa solución, desaparece el momento “B” y la adquisición por título y modo queda consagrada para las lucrativas.

Los ataques a esta construcción toman generalmente como base los casos en que la emisión de voluntad y la entrega están distanciadas, lo que se pone de manifiesto sobre todo en dos tipos de donaciones: las obligacionales y las liberatorias. En las primeras la declaración de voluntad es previa a la entrega. En las segundas, posterior.

1.1. *Donación obligacional*

Los antecedentes históricos orientan hacia la configuración de la donación como obligación.

a) Derecho romano

En Roma, por la primacía del negocio formal, la donación no era tenida en principio como una forma jurídica autónoma. Era todo lo más una causa del negocio jurídico formal de transmisión (*mancipatio, in iure cessio, traditio*). Ni en el Derecho romano clásico, ni en el tardío parece que la donación haya tenido la consideración de acto de disposición.

Para la *res Mancipi* era la *mancipatio* la que transmitía la propiedad. Si se trataba de inmuebles, se solventaba la falta de presencia de la cosa por medio de un símbolo. El negocio era abstracto, aunque basado en una *iusta causa* (en este caso la voluntad de donar). Su ausencia no impedía la adquisición del dominio, pero el *accipiens*, convertido en propietario que ha adquirido sin causa, quedaba obligado a retransmitir la propiedad y, si se negaba, cabía contra él la *conditio*, acción de recuperación del valor. Hasta tal punto se efectuaba la adquisición, a pesar de la inexistencia de la causa, que se consideraba que el adquirente quedaba liberado si la cosa perecía sin dolo de su parte, a menos que hubiese incurrido en mora.

La *in iure cessio*, forma de transmisión también utilizable para la *res nec Mancipi*, que consistía en una ficción de proceso en la que el propietario se allanaba ante la reclamación del adquirente, tenía el mismo carácter abstracto y las mismas consecuencias. Este modo se utilizó más bien, dada la especial configuración del acto, para la transmisión de partes indivisas, acciones divisorias y subastas, entre otras.

Exclusivamente para la *res nec Mancipi*, en el derecho clásico se utilizaba la *traditio*, caracterizada por su naturaleza no formal y causal. La inexistencia de causa impedía la transmisión del derecho, aunque hubiese entrega. Pero bastaba con la existencia de una *iusta causa* (en nuestro caso *donationis causa*), sin que fuese necesaria la coincidencia entre las intenciones de *tradens* y *accipiens*. Esto ocurría tanto en los actos onerosos como en los lucrativos. La tradición no se configuraba, aunque ello fuese lo normal, como el cumplimiento de la obligación de dar de un contrato previo.

Abandonados los viejos modos (*mancipatio, in iure cessio*), la *traditio* evoluciona para hacerse, en el Derecho justiniano, el modo normal de transmitir *inter vivos*, hasta llegar a la configuración con que hoy se conoce. Para las transmisiones onerosas evolucionó a formas más simplificadas (abandono de formalidades externas por la constancia escrita o acto simbólico), pero no parece lo mismo para la donación, en la que siempre se exigía una tradición real.

La donación como una simple causa que era, no merecía regulación legal en su aspecto obligacional. Bastaba expresar la causa, el deseo de favorecer. Aspecto que sólo adquirió relevancia, como ocurre frecuente-

mente en el mundo del Derecho, cuando se establecieron limitaciones a la voluntad de donar. Las fundamentales reglas restrictivas incidían en un triple aspecto: limitación de cuantía (*Lex Cincia*), prohibición de donaciones entre esposos y revocación. Es ésta la razón por la que el carácter obligacional de la donación sólo aparece indirectamente señalado.

Las Instituta, refiriéndose a los predios establecía que si se entregaban por causa de donación, o dote, o por cualquier otra, quedaban sin duda transferidos (2), y al tratar de las donaciones *inter vivos*, que si las donaciones se hubiesen perfeccionado, no podían ser revocadas sin motivo. Se perfeccionaban si el donante manifestaba, por escrito o no, su voluntad. Una Constitución decidió que, a ejemplo de la venta, tuviesen por sí también necesidad de tradición, de modo que, aun cuando no se entregasen las cosas donadas, tuvieran plenísima y perfecta validez, e incumbiese al donante la necesidad de la tradición (3).

Hay algunos textos del *Digesto* que pueden servir de apoyo. JULIANO (4), CELSO (5) y MODESTINO (6) consideran válida la promesa de donar. ULPIA-

(2) *Instituta* 2.1, § 41: (2) *Instituta* 2.1, § 41 "Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur".

(3) *Instituta* 2.7.2: "Quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit; et ad exemplum, venditionis nostra Constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donator"

(4) *Digesto* 39.5.2. JULIANO: "Si un hijo de familia que quería donar una cantidad la prometió por orden de su padre, es válida la donación lo mismo que si hubiese sido fiador. Pero si el padre que quería donar una cantidad a Ticio le hubiera mandado a su hijo que se la prometa, podría decirse que importa saber si el hijo era o no deudor de su propio padre; porque si el hijo le debía al padre tanto cuanto prometió, se entiende que es válida la donación, lo mismo que si el padre le hubiese mandado a otro cualquier deudor que prometiese la cantidad" Es, pues, válida la promesa de donar (aquí efectuada por un mandatario), que constituye al donatario en acreedor, antes de recibir el importe de la deuda. "JULIANUS, libro LX, *Digestorum* Si, quum filiusfamilias pecuniam donare vellet, patris iussu eam promisit, valet donatio, perinde ac si fideiussorem dedisset. § 1 Si vero pater donatarus Titio pecuniam iusserit filium suum eam promittere, poterit dici, interesse, debitor filius patri suo fuerit, nec ne; nam si tantumdem filius patri debuit, quantum promisit, valere donatio intelligitur, perinde ac si quamlibet alium debitorem pater iussisset pecuniam promittere"

(5) *Digesto* 39.5.21. CELSO: "Para hacer una donación prometiste por delegación mía a un acreedor mío; lo hecho vale, porque él recibe lo suyo" En este caso la promesa de donar el importe de la deuda al acreedor supone una donación para el deudor que es exigible por ser válida CELSUS, libro XXVIII, *Digestorum*. Ut mihi donares, creditorum meo delegante me promissisti, factum valet, ille enim suum recepit".

(6) *Digesto* 39.5.22 Para MODESTINO "es de suma equidad el que por causa de donación prometió una cantidad u otra cualquier cosa, no deba intereses por demora en la entrega del dinero, máxime cuando esta especie de donación no se considera como los contratos de buena fe". Se ve aquí otra aplicación de la donación obligacional. La promesa de donar obliga, pero el donante no debe los intereses. MODESTINUS, libro VIII,

no (7) opinaba que la toma de posesión es la que transmite, por tradición, la propiedad, ya que una vez tomada, el dueño no puede impedir al donatario el transporte de la cosa. También admitía la posibilidad de demanda contra el que se obligó a donar. HERMOGENIANO (8) consideraba obligado al donante. En sus textos está latente el supuesto de la obligación de donar que no se ha cumplido y que es exigible como tal obligación. No se trata de que el donatario, como propietario de la cosa donada la reivindique, sino de que se cumpla la obligación por el donante.

Y SCAEVOLA (9): "Lucio Ticio donó un fundo a Mevia, y antes de la entrega, pocos días después, le obligó en prenda a Seyo, y dentro de treinta días puso a Mevia en la vácuca posesión del mismo; pregunta, si se habrá perfeccionado la donación. Responde que, según lo expuesto, se perfeccio-

Differentiarum. "Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis ets, maxime quum in bonae contractibus donationis species non deputetur".

(7) *Digesto* 39 5.6 y 12 ULPIANO. "Quien me eximió de su permiso por causa de donación para que saque piedra de su fundo, no me puede prohibir que la transporte porque la piedra se hizo mía por modo de tradición". Y si "el que se obligó por virtud de una donación es demandado en virtud del rescripto del Divino Pio (queda obligado) por cuanto puede hacer; se habrá de deducir lo que se les debe a sus acreedores, pero no aquello a que uno se obligó por la misma causa". En el primer caso es la toma de posesión de la piedra (tradición) la que confiere el derecho de propiedad, de modo que el dueño del fundo no puede prohibir su transporte porque ya no es suya. Y en el segundo se considera exigible una obligación de donar. ULPIANUS, libro XLII, *ad Sabrinum*. "Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causas; statim, cum lapis exemptus est, meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est" Idem libro LXXVI, *ad Edictum*. "Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto Divi Pii, in quantum facere potest, convenitur, sed enim id, quod creditoribus debetur, est detrahendum; haec vero, de quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non dedebit detrahere".

(8) *Digesto* 39.5.33, § 3 HERMOGENIANO. "Si queriendo Primus hacerte una donación y teniendo tú voluntad de hacer otra donación a Secundus, Primus le hubiera prometido, estipulando, por tu voluntad a Secundus, se perfecciona la donación, y como Primus no le donó nada a Secundus, por quien es demandado, es condenado ciertamente a la totalidad y no a lo que pueda pagar. Y lo mismo se observa también si delegando el que había de recibir la donación le hubiese prometido el donante a su acreedor; porque en este caso el acreedor es gestor de su propio negocio" De nuevo se ve en este texto que la donación obliga sin necesidad de entrega. HERMOGENIANUS, libro VI, *Iuris Epitomarum*. "Si, quum Primus tibi donare vellet, et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti primiseri, perficitur donatio; et quia nihil Primus Secundo, a quo convenitur, donavit, et quidem in solidum, non in id, quod facere potest, condenatur. Idque custoditur, et si delegante eo, qui donationem erat accepturus, creditori eius donator promiserit, et hoc enim casu creditor suum negotium gerit".

(9) *Digesto* 39.5.35, § 1. SCAEVOLA, libro XXXI, *Digestorum*. "Lucius Titius fundum Maeviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Seyo pignori obligavit, et intra dies triginta Maeviam in vacuum possessionem eiusdem fundi induxit; quaero, an donatio perfecta sit Respondit, secundum ea, quae proponerentur perfectam, verum creditorem firmam pignoris obligationem habere".

nó, pues el acreedor tenía firme la obligación pignoraticia.” Este texto es sumamente clarificador, y además, se refiere a inmuebles. El donatario, antes de la entrega, tenía el derecho obligacional, no el dominio. Constituida la prenda, ésta es preferente a la adquisición del dominio por el donatario, que es posterior a la constitución de la prenda.

En el Código de Justiniano se pueden encontrar textos que suponen la consideración obligacional de la donación. Como cuando se equipara la entrega de los instrumentos de compra a la entrega real (supuesto de tradición instrumental), siendo esta entrega la que consuma la adquisición por donación (10), o se decide la validez de las donaciones entre ausentes, que se cumplen con la entrega de la posesión (11). O al establecer que el donante “sea apremiado por la autoridad de nuestra ley a entregar tanto como donó”, o sea “compelido por la fuerza a hacer la entrega” (12).

(10) Código 8 54.1: “Donados y entregados los instrumentos de la compra de esclavos, debes entender hecha la donación y también la entrega, y puedes, por lo tanto, ejercitar contra el donante la acción real”. Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. LUCIO: “Emtionum Mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum Mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere”. PP. V. Kal. Iun. FAUSTINO et RUFINO Conss [210].

(11) Código 8 54.6: “No se debe dudar que son válidas también las donaciones entre ausentes, principalmente si aquellos a quienes se hizo la donación adquieren la posesión por voluntad de los donantes” Impp. DIOCLECIANUS et MAXIMIANUS AA. ARISTIANAE: “Nec ambigi oportet, donationes etiam inter absentes, maxime si ex voluntate donantium possessionem hi, quibus donatum, est, nanciscantur, validas esse”. PP. III. Id. Februar. Mediolani, MAXIMO II et AQUILINO Conss [286].

(12) Código 8 54.35: “Si alguien hiciese donación universal, o de dos terceras partes, o de la mitad de sus bienes, o de una tercera parte, o de la cuarta, o de otra porción cualquiera, o aun de todo, si contra ello no reclamase por razón de inoficiosidad de las donaciones, sea apremiado el donante por la autoridad de nuestra ley a entregar tanto cuanto donó; debiéndose requerir de todos modos también en este caso, según lo que ya hemos dispuesto, la observancia de la insinuación. Pero si verdaderamente en todos los casos antes citados el donante hubiese retenido el usufructo, se entiende también realizada por derecho la entrega. Mas si de alguna manera hubiese expresado esto el donante, pero en la donación se hubiese insertado una estipulación, sea compelido por la fuerza de ésta a hacer la entrega. Pero si también esto hubiera sido olvidado y él no retuviese el usufructo, impóngasele, sin embargo, por nuestra ley la necesidad de entregar lo que quiso donar a fin de que no sea inútil la donación porque no hayan sido entregadas las cosas y para que no se confirme la donación por la entrega, sino que el efecto necesario de la entrega siga a una liberalidad plena y hecha perfectísima con arreglo a nuestra ley y el donante tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o parte de bienes que hubiese designado o todos los bienes. Porque cuando estando al arbitrio de cualquiera hacer lo que determina, es conveniente o que de ningún modo él se precipite o que cuando se hubiese apresurado no falte a su propósito con algunos imaginados artificios y no encubra tanta informalidad con ciertos pretextos como si fueran legales. Y con tanta más razón serán firmes estas disposiciones si la donación hubiera sido hecha para actos piadosos o a personas religiosas (guardándose en estos casos la observancia de la insinuación, según lo que especialmente se ha dicho antes por nosotros para tales casos), a fin de que el donante no sea considerado en las susodichas

Decía SAVIGNY (13) que “en el Derecho justiniano la forma empleada para transferir la propiedad es simplemente la tradición, sin consideración alguna al fin que se propone. La naturaleza positiva de la donación muestra su eficacia aquí, sirviendo a la tradición de justa causa, y operando la transmisión real de la propiedad”.

b) Derecho común español

Los antecedentes de nuestra legislación también pueden considerar la donación como un contrato.

El Fuero Juzgo (14) establece la validez de la donación por escrito, ya

causas por virtud de ciertas maquinaciones no solamente indevoto, sino también impío, ya haya de esperar no sólo las penas legales sino también las del cielo. Y en todos los indicados casos serán compelidos a entregar las cosas donadas no solamente ellos mientras viven, sino también sus sucesores, no solamente a aquellos a quienes se les hizo la donación, sino también a sus herederos”. Imp. IUSTINIANUS A. IULIANO P.P., § 4: “Sed et si quis universitatis faciat donationem, sive bessis, sive dimidiae partis suae substantiae, sive tertie, sive quartae, sive quantaecunque, vel etiam totius, si non de inofficiosis donationibus ratio ad hoc reclamaverit, coartari donatorem legis nostrae auctoritate tantum, quantum donavit, praestare; observatione et hic monumentorum, secundum quod iam sanximus, omnimodo requirenda” §5. “Sed si quidem in omnibus supradictis casibus ususfructus fuerit a donatore retentus, et traditionem iure intelligi fieri. Sin autem hoc minime donator expresserit, si quidem stipulatio donationi inserta sit, ex eius auctoritate traditionem compelli fieri. Sin vero et hoc praetermissum sit, et usumfructum minime detinuerit, nihilominus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc, quod donare existimavit, ut non ex hoc inutiles si donatio, quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem substantiae, quam nominaverit, vel totam substantiam tradere. Quum enim in arbitrio cuiuscunque sit hoc facere, quod instituit, oportet eum vel minime ad hoc prosilire, vel, quum ad hoc venire properaverit, non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare, tantamque indevotionem quibusdam quasi legitimis velamentis protegere, tantoque magis haec firma esse, si piis actibus vel religiosis personis donatio deputata sit (monumentorum observatione in his modis, secundum quod specialiter a nobis in huiusmodi casibus praedictum est observanda), ne in praefatis causis ex quibusdam machinationibus non solum indevotus, sed etiam impius donator intelligatur, poenasque non solum legitimas, sed etiam coelestes expectet. Resque donatas in omnibus supradictis casibus non solum eos, dum supersunt, sed etiam eorum successores reddere compelli, non tantum his, in quos donatio facta est, sed etiam eorum heredibus”. Dat. XV Kal April. Contantinop. LAMPADIO et ORESTE VV.CC. Conss. [530].

(13) SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*. Vertida al castellano por JACINTO MESIA y MANUEL POLEY, 2.ª ed., tomo III, pág. 75.

(14) Fuero Juzgo 5 2.6. “De las cosas que son dadas por escripto”. “. E si avinier por ventura que la cosa que es dada sea luenne, si es dada por escripto, non debe por ende ménos valer, que estonz someia la donación perfecta, pues que a ende el escripto daquel que ie la da...” “Mas si aquel que fizo el escripto non dió la cosa, ni el escripto en su vida á aquel a quien fiziera la donación; mas tovioselo consigo, e despues mudósele la voluntad, el escripto que fizo despues será firme”

que éste vale como la entrega. Y el Fuero Real (15) declara eficaz la donación hecha por carta entre ausentes, bastando con que la carta de donación sea entregada al donatario, sin que sea necesaria la entrega real.

Las Partidas (16) son bastante explícitas cuando, al tratar de la donación por carta o verbal, sin que se haya entregado la cosa donada, determinan que el donante, o sus herederos, están obligados a cumplirla.

El Proyecto de Código Civil de 1851 al acoger la solución francesa de la transmisión del dominio por el otorgamiento del contrato, iguala los sistemas de adquisición onerosa y gratuita. Pero esta reforma no llegó a ser Ley y perduró el sistema de adquisición por título y modo. Al promulgarse la Ley Hipotecaria en 1861, antes de la aprobación del Código Civil, el sentir de los especialistas en la materia era que la tradición es la clave de la adquisición del dominio. La Exposición de Motivos de dicha Ley decía: "Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa y, por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles". No se alude a los títulos de adquisición, pero es claro que es la entrada en la posesión lo que transfiere el dominio cualquiera que sea la causa de la adquisición. No se ve que haya que hacer una diferenciación en el caso de adquirir gratuitamente. La adquisición gratuita por título sin entrega, crea una distorsión en el sistema, para el que no existe una adecuada justificación.

En el Anteproyecto de Código Civil en el artículo 606, antecedente del 609 decía: "La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación, por sucesión testada e intestada, y por efecto de los contratos". Hay dos diferencias que interesa destacar con respecto a la redacción del Código. No existían las palabras "mediante la tradición ni la referencia a "ciertos contratos". Se proponía que la adquisición se produjera como efecto de los contratos. Pero la donación seguía en el texto tan separada de los contratos como está ahora. Probablemente por la dificultad que siempre ha existido para aceptar que la donación sea un contrato. Este

(15) Fuero Real de España 3.12.10: "Como la cosa absente se puede dar, e vale". "Porque acaesce muchas vegadas, quie algun home quiere dar heredad à otri, ò otra cosa que no es en el lugar do están, mandamos que la donación no sea por tal razon desfecha, si le ficiere ende carta, è gela diere: è si despues aquel que fizo la carta de donación è gela dió, dixere que aquella carta no gela dió, mas que le fue furtada: si la carta fue fecha asi como manda la Ley, si probare aquel que tiene la carta de donación, que gela dió, vala: è si no lo probare, que no vala la donación "

(16) Partida 5.4.4: " . E quando la donación es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazen, tenudo es de complirla aquel que la faz, o sus herederos".

texto del Anteproyecto conducía a pensar que el efecto del contrato que contenía una obligación de dar, era la transmisión de la propiedad. La necesidad de entrega venía establecida en el Anteproyecto, para los contratos onerosos (compraventa) en el artículo 1.122 (antecedente del 1.085) y para los lucrativos (donación) en el 632 que no pasó al texto definitivo del Código Civil, y que decía: “La donación debidamente aceptada es perfecta entre los interesados, y la propiedad se entiende transferida al donatario, mediante la tradición, si la cosa es mueble, o por la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad si fuese inmueble”.

Es en el Código Civil, a través de la supresión de los párrafos citados, donde por primera vez se dice expresamente que la donación transmite el dominio. La Ley de Bases (año 1988), no la cita como forma de adquisición. La Base 14 se refiere a la ocupación como uno de los medios de adquirir. Y la Base 20 dice que “los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aún en aquellos casos en que se exijan solemnidades para la transmisión de las cosas o el otorgamiento de escritura”.

ALBALADEJO (17), al comentar la supresión del artículo del Anteproyecto dice que “no se sigue que el artículo 532 se suprima para eliminar la necesidad de tradición para la donación, sino porque, por lo que toca a la tradición, se estima el artículo innecesario y redundante (ciertamente hace falta la tradición para transmitir por donación, pero no es preciso repetirlo, como hace el artículo 632)”.

No creo que sea un argumento sólido considerar que el artículo se suprimió por innecesario. Que no lo era, lo demuestra la aún existente controversia sobre la naturaleza de la donación.

En primer lugar se sustituyó el párrafo “por efecto de los contratos” por la frase “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. La sustitución de “los contratos” por “ciertos contratos” es una precisión terminológica. Existen contratos que aunque contengan la obligación de dar (arrendamiento, por ejemplo) no producen el efecto de transmitir el dominio. También se cambia la palabra “efecto” por “consecuencia”. Se quiso probablemente matizar que el efecto del contrato no es siempre la adquisición del dominio. En el sistema del Código puede darse el caso de un contrato de compraventa que se cumple con la entrega de la cosa, en el que

(17) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: “Comentario al artículo 609”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo VII, págs. 18 y sigs

el vendedor mantiene la posesión pacífica del comprador, con lo que el contrato está cumplido, pero en el que no hay adquisición del dominio por defecto en el título de propiedad del vendedor. La adquisición no es efecto del contrato. Puede ser consecuencia, pero no efecto, que si lo fuera, siempre se produciría.

El párrafo añadido “mediante la tradición”, probablemente con intención aclaratoria, ha producido el efecto contrario. Si el precepto dijera, como el Anteproyecto, que la donación, la sucesión y los contratos transmiten el dominio, la cuestión quedaría reducida a dilucidar si la donación es un contrato o no, pero no a su eficacia transmisoria sin tradición, porque el artículo 632 la requería. Pero la supresión de este artículo y la frase añadida al 609 traen a debate la cuestión.

No cabe coordinar la frase “mediante la tradición” con todos los supuestos antes enumerados en el párrafo, porque hay dos de ellos, la ley y la sucesión, que, sin duda, no la requieren. Aunque la intención de los legisladores fuese otra y aunque para ellos estuviese clara la innecesariedad de incluir en los textos legales la norma que requiera el complemento de la tradición para adquirir por donación, lo cierto es que dejaron escrito lo contrario: que la donación transmite el dominio sin necesidad de entrega.

El Código sitúa la donación fuera de los contratos y obligaciones. La regula en su Libro Tercero (“De los diferentes modos de adquirir la propiedad”). Esta colocación no es innovadora; tiene viejos antecedentes. Los mismos textos romanos la ponían más bien entre los modos de adquirir que entre las obligaciones. Las dudas han existido siempre. Por ejemplo SAVIGNY (18) la sitúa en la parte general del tratado. Pero no por considerar que la donación no es un contrato, sino porque admite la validez de la donación constituida por acto unilateral.

A pesar de la colocación, la terminología que emplea el Código Civil parece estar referida a los contratos. El artículo 621 dice que las donaciones “se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones”. Y el 624 que “podrán hacer donaciones todos los que puedan contratar”. También se establece que “la donación no obliga al donante, ni produce efecto sino desde la aceptación” (art. 629), que la donación “verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada” y que “faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación” (art. 632, apartado segundo).

La circunstancia de que el Código Civil no regule una forma contractual no determina necesariamente su naturaleza no contractual. La donación de una actividad e incluso de un no hacer, es un contrato. Por ejemplo: un propietario con derecho de luces y vistas renuncia pura y simplemente

(18) *Ob cit.*, tomo III, pág. 9.

frente al titular del predio sirviente al ejercicio de su derecho durante un periodo de tiempo determinado. Este acepta. El derecho de servidumbre no se ha alterado. No hay más que una obligación de no ejercitar el derecho por persona y tiempo determinado. Si el obligado incumple y mira el predio sirviente, el donatario podrá exigirle el cumplimiento de la obligación.

Con base en los preceptos citados, se ha querido demostrar que la donación no es un contrato. VALLET DE GOYTISOLO (19), argumentado contra la posición de BLAS PÉREZ y J. ALGUER, dice: «Creemos que el artículo 632 no es rectamente interpretado por tan doctos autores. El párrafo segundo de dicho artículo, dispone que la donación de una cosa inmueble, si ésta no es entregada simultáneamente, “no surtirá efectos si no se hace por escrito y consta en la misma forma su aceptación”. He aquí el caballo de batalla. Pero a nuestro juicio esta donación y aceptación no supone una simple promesa obligatoria, cosa que, además de ir contra el concepto dado en el artículo 618, no encuentra base en que apoyarse en el artículo 632».

El argumento, a mi modo de ver, no es totalmente válido. Es verdad que el precepto dice que la donación no aceptada no crea obligación en el donante. Pero también, en sentido contrario, que la donación de cosa mueble surtirá efecto si se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación (art. 632), y que la donación de inmuebles es válida si consta en la debida forma la aceptación (art. 633).

Creo que no hay realmente diferencia entre la donación y el resto de las obligaciones y contratos, como no sea su carácter lucrativo. El apartado segundo del artículo 1.257 establece que “si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido revocada”. La declaración por la que una persona se obliga a favor de otra, no se perfecciona y no es exigible sino hasta que el destinatario la acepta y hacer saber la aceptación al obligado. Hasta ese momento no tiene validez jurídica alguna la declaración de voluntad del futuro obligado, que la puede retirar hasta que conozca la aceptación. Notificada ésta, queda obligado.

Lo mismo establecen los artículos 623 y 633 para la donación. Tan pronto como se conozca la aceptación (“deberá notificarse la aceptación”, art. 633) el donante queda obligado (20). No se ve la razón por la que hay que excluir la donación del panorama de los contratos y no admitir que el acuerdo de voluntades de la donación es un contrato que crea una obligación.

(19) VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones*. Madrid, 1987, pág. 287.

(20) Respecto a la contradicción entre preceptos sobre el momento de la perfección de la donación, puede consultarse el trabajo de ENRIQUE RUBIO, “Los artículos 623 y 629 del Código Civil: apuntes para otra explicación”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, págs. 351 y sigs.

La construcción de la donación obligacional es perfectamente posible en el ordenamiento jurídico español. El principio de autonomía de la voluntad que inspira el derecho de obligaciones permite que las partes, donante y donatario, configuren un contrato de donación con traspaso del dominio diferido. La emisión por carta de la declaración de voluntad ("me obligo a donarte") que el donatario acepta, puede ser el supuesto típico de estas donaciones.

La emisión de la voluntad del donante no es obligatoria hasta que conoce la aceptación del donatario (art. 629 en relación con el párrafo segundo del 1.262). En este momento nace la obligación del donante de entregar la finca.

La objeción es la circunstancia de que la aceptación por sí misma produce la transmisión. Si se exige a los contratos el complemento de la tradición para que operen la transmisión del dominio y a la donación no, parece incuestionable que ésta por sí sola determina el cambio de titular.

Sin embargo, el texto legal no debe ser llevado más allá de sus propios términos. Que la donación opera la transmisión no quiere decir que no se pueda configurar un contrato de donación en que el donante se obligue a donar y que la obligación sea exigible por el donatario antes de que se transmita el dominio. Normalmente contrato y transmisión van a coincidir, pero, al menos en un plano teórico, la configuración jurídica separada es posible.

VALLET DE GOYTISOLO dice: "Ciertamente que toda transmisión de la titularidad de una cosa, si no va unida a la entrega efectiva de la misma, supone la obligación de entregarla. Pero este deber no es hijo de la donación ni del negocio en que se constituyó, sino consecuencia de que el donatario ha pasado a ser titular del objeto donado y el donante ha dejarlo de serlo y se ha convertido en una simple precarista" (21). "La mal llamada obligación de donar —añade más adelante—, aunque parezca paradójico, sólo es obligación cuando ya se ha cumplido" (22).

En mi opinión hay que distinguir entre la obligación de entregar y el efecto de la entrega. La donación, como acuerdo de voluntades que es, obliga al donante, al margen de cualesquiera otros efectos, a la entrega de la cosa donada. Del mismo modo que el vendedor está obligado a entregar la cosa vendida al comprador, con independencia del hecho de que esa entrega le transmita o no el dominio. El donante tiene la obligación de entregar el inmueble al donatario desde que se obligó a ello, aunque ya fuera su propietario antes de la entrega. El cumplimiento de las obligaciones no se altera por la circunstancia de que el objeto a entregar sea de un

(21) *Ob. cit.*, pág. 288

(22) *Ob. cit.*, pág. 289.

propietario u otro. Se lo tiene que entregar porque se ha obligado a ello. Sería notable que la demanda de cumplimiento de la obligación fracasase porque el donante no tiene obligación de entregar la cosa que ha donado. El donatario, si es ya propietario, tiene dos acciones. La reivindicatoria como cualquier propietario y la de cumplimiento como parte contratante.

La mayor parte de la doctrina ha defendido, a pesar del contenido del artículo 609, la tesis de que la donación es un contrato.

Para ALBALADEJO "por mucho que algunos lo nieguen, en el sistema del Código Civil, la donación es un contrato" (23).

Según LACRUZ BERDEJO "la donación puede presentarse, ya transmitiendo al perfeccionarse ella misma la titularidad de las cosas donadas, ya creando un derecho de crédito en el donatario y la correspondiente deuda en el donante, y por tanto sirviendo de título a la ulterior transferencia. En ambos casos es *contrato*, es decir, acuerdo de voluntades título que justifica la adquisición del donatario y estatuto que gobierna la suerte ulterior de lo adquirido, pero en el primero es, además, *modo de adquirir*, concepto que no debe oponerse al de *contrato*, pues no es contradictorio con él, y simplemente se refiere a un orden distinto de ideas: el de las transferencias de cosas y derechos frente al de la creación de vínculos justificativos y regulativos de una prestación no exigible todavía o sólo desde la fecha del contrato" (24).

DE LOS MOZOS opina que "la donación aparece regulada, en el Código Civil, como un *contrato traslativo de cosas*, en los artículos 618 y sigs., que funciona como *título* para la transmisión de la propiedad y que, para su perfección, requiere juntamente con la *aceptación del donatario*, el cumplimiento de la *forma* legalmente prescripta como *requisito esencial*" (25).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1972 reconoce la naturaleza contractual de la donación, y la considera como título apto para consumar la adquisición del donatario a través de la tradición instrumental. Reconoce "la perfecta validez de la 'donación' por concurrir en el contrato que la genera, los tres requisitos esenciales señalados en el artículo 1.261 del Código Civil, de 'consentimiento de los contratantes', manifestado en la escritura pública, en la que figura la 'aceptación'; 'objeto cierto' de la donación —bien inmueble con expresión individualizada—; y 'causa' o mera liberalidad de la obligación que se establece". Y añade: "la entrega de la escritura de donación a la donataria equivale a una *tradictio-ficta* y opera la transmisión real del inmueble donado".

(23) MANUEL ALBALADEJO, *Derecho civil, II; Derecho de obligaciones*, vol. II; "Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales", 7.^a ed., 1982, pág. 103.

(24) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, II; "Derecho de obligaciones"*, vol. III, "Contratos y cuasicontratos", ed. de 1986, pág. 127.

(25) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, "La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica", en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1971, pág. 819

1.2. *Donación liberatoria*

En este tipo de donaciones no existe tampoco simultaneidad entre la declaración de voluntad y la entrega. Cuando el donante manifiesta su deseo, el objeto donado ya está en poder del donatario. La entrega, si es que ha existido, habrá sido anterior a la declaración de voluntad. El proceso adquisitivo tendría su orden alterado. El primer momento sería el "C", y se manifestaría del siguiente modo:

"C" = Entrega

"A" = Obligación (título)

"B" = Declaración de voluntad de transmitir.

Pero este orden no sería más que aparente, pues la entrega, si existió, no fue a título de donación y no podría ser nunca modo de adquirir. El donatario puede ser poseedor de la cosa sin que el donante se la haya entregado e incluso puede ser poseedor por otro título que no implique la posesión como dueño.

Si el donatario tiene ya el objeto que se va a donar, lo tendrá en precario, o como poseedor, o por cualquier otro título (por ejemplo, el de arrendatario del inmueble). Si el propietario dirige carta al arrendatario obligándose a donarle el inmueble arrendado, la oferta se convertirá en obligacional cuando el arrendatario la acepte y el donante conozca la aceptación. Pero como el objeto se encuentra ya en poder del donatario, parece que la simple declaración de voluntad, una vez aceptada, opera la transmisión del dominio.

Aún así, eso no es ningún argumento en favor de la tesis de la naturaleza no contractual de la donación. Lo mismo ocurre en la compraventa cuando el comprador es ya poseedor del inmueble en el momento del contrato. La entrega es innecesaria y la transmisión del dominio se realiza.

El Código Civil admite y regula la donación liberatoria a través de la condonación. El artículo 1.187, apartado segundo, somete la condonación a las reglas de las donaciones inoficiosas y a la forma de las donaciones. Llama la atención que la considere como un caso de extinción de las obligaciones y no como un acto traslativo o un negocio de disposición. Para el Código Civil, el efecto natural de la condonación es extinguir la obligación (art. 1.156).

Supongamos que en el ejemplo anterior del arrendatario, en lugar de ser donatario, compra el inmueble arrendado. Como no puede haber entrega real, para ser consecuentes con el sistema de adquisición por título y modo, se admite la tradición llamada *brevi manu* en el que se supone que la entrega queda efectuada por el hecho de tener ya el acreedor el poder y posesión de la cosa donada.

La solución está recogida para los bienes muebles en el párrafo final del artículo 1.463 del Código. La entrega se considera efectuada cuando el comprador ya tenía la cosa en su poder por otro motivo. La misma regla vale para los inmuebles, pues no hay razón para lo contrario. Quizá se haya omitido la referencia expresa a los mismos, dado que la solución normal de éstos vendrá a través de cualquiera de las formas de tradición fingida que se regulan en el artículo anterior.

Lo establecido para la compraventa también podría valer para la donación. Nada hay que obligue a considerar que en la compraventa se adquiere por título y *traditio ficta* cuando el bien está en posesión del adquirente, y sólo por el título en la donación.

2. LA DONACIÓN COMO ACTO DE DISPOSICIÓN

La donación transmite el dominio sin entrega. Aún así, la norma no es absoluta. No siempre la declaración del donante opera de inmediato la transmisión. El efecto transmisivo se puede diferir.

2.1. *La situación de pendencia*

El distanciamiento entre la donación aceptada y el traspaso del dominio se puede producir por acuerdo de las partes (plazo, condición), o por la propia naturaleza del acto jurídico (*conditio iuris*). En el período que media entre el acuerdo y la llegada de la fecha o suceso desencadenante de los efectos, se produce una situación de pendencia en la que se cuestiona la naturaleza de los derechos del donante y donatario. Los debates doctrinales sobre este tema son muy amplios. Sin entrar en ellos, voy a exponer a continuación la construcción que me parece más aceptable.

El acuerdo de voluntades produce un vínculo obligacional. La deuda será exigible en el momento en que se produzca el evento que resuelve la situación de pendencia. Hasta ese momento el donante sigue siendo dueño de la cosa donada, pues el traspaso del dominio no se ha efectuado. El donante la tiene, la disfruta y ejerce sobre ella todas las facultades del dominio. Lo único que ha hecho es utilizar una de las que le son inherentes: la de disponer. Ha dispuesto de la cosa con carácter más o menos definitivo. Como esta facultad, la de disponer, es de las que se agotan mediante su ejercicio, el donante, que sigue siendo propietario, lo es sin poder dispositivo, porque en virtud de su convenio lo ha traspasado a otro, al donatario.

El donatario no es titular del dominio y no lo será hasta que el evento conclusivo de la pendencia se produzca. Lo que tiene es lo que el donante

le ha dado hasta ese momento: la disposición. Considero que en la situación de pendencia esta facultad tiene la doble faceta de adquirir y disponer. Podrá ejercitarla para sí o para otro. Puede transmitir el dominio durante la pendencia, en cuyo caso, al producirse el evento, quien lo adquiriría no sería el donatario, sino el cesionario.

Hay, como dice DE CASTRO (26), una concurrencia de derechos sobre la cosa. El cambio de sujeto activo de la relación jurídica que es la propiedad, no se produce en un instante, sino que es un proceso en el que hay al menos dos etapas: traspaso del poder de disposición y transferencia del dominio.

Se ha discutido la naturaleza real u obligacional del poder de adquisición-disposición que tiene el adquirente durante la pendencia. El adquirente, donatario en este caso, tiene el poder de disposición con la extensión con que lo ha recibido: podrá disponer para sí o para otro que adquirirá o no con sujeción al evento. Este derecho es de carácter absoluto o real, pues opera directamente sin necesidad de nueva actividad del donante o transmitente. Es transmisible y oponible a terceros. Pero carece de contenido posesorio.

No es éste el lugar adecuado para entrar en el tema de la posesión de los derechos en nuestro sistema legislativo. Pero aún reconociendo lo discutible en la anterior afirmación, creo que es innecesario acudir al remedio de la posesión del derecho para construir el ejercicio del poder de disposición sin transferencia simultánea de la propiedad. Durante la pendencia, la posesión la tiene el donante. El poder de disposición no requiere contacto físico, ni siquiera la posesión mediata o inmediata, directa o indirecta, sobre la cosa de la que dispone. El donatario tiene el poder de adquisición-disposición y lo ha adquirido sin necesidad de entrega. Esto ocurre tanto en la esfera de los actos gratuitos como en los onerosos. No se transmite el poder de disposición por medio de título y modo porque, al no haber posesión, no hay posibilidad de entrega. La transmisión del poder de adquisición-disposición tiene lugar por simple consenso.

Este modo de enfocar el tema conduce a la conclusión de que en la transmisión onerosa con periodo de pendencia, se produce una quiebra al sistema de adquisición por título y modo. Si en el momento de contratar una venta sujeta a pendencia, lo que se traspasa sin entrega es el derecho de disponer, y el comprador adquiere el dominio sin entrega por el sólo cumplimiento del evento (art. 1.114 del Código Civil) la consecuencia es que la transmisión se ha producido por simple consenso. No por título y modo.

Prácticamente se llega a un punto crítico de muy difícil solución. La disyuntiva es:

(26) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*. Madrid, 1984, págs 611 y sigs

- Si hay contrato de compraventa y no hay entrega, el comprador no es propietario. Cuando recibe se convierte en propietario por obra de la tradición. Hasta tanto, sólo es un acreedor que puede exigir el cumplimiento de la obligación. No puede transmitir ni disponer del objeto donado hasta que lo reciba. No puede, hasta ese momento, reivindicar.
- En el mismo supuesto, si el comprador y vendedor han acordado el distanciamiento (plazo, condición), el comprador adquiere al menos el poder de disposición, que es eficaz frente a terceros y transmisible. Y, además, adquirirá el dominio por la sola llegada del evento sin necesidad de tradición. Igual ocurre con la donación (arts. 1.114 del Código Civil y 23 de la Ley Hipotecaria).

Las posibilidades de salvar esta contradicción serían las siguientes:

- Considerar que el derecho del comprador o donatario es, durante la pendencia, meramente obligacional. Argumento rechazable porque impediría los efectos reales del acto y la inscripción registral.
- Defender que se trata de una adquisición *a domino* pero *ex lege*, tesis difícil de defender porque aquí el comprador adquiere por la voluntad que tiene el vendedor de transmitirle.
- Aceptar que se trata de una excepción al sistema de título y modo. Con esta explicación se entraría de lleno en la necesidad de admitir la transmisión del dominio por consenso o por acto de disposición.

2.2. *El acto dispositivo consensual en el Código Civil*

La venta con el plazo o condición suspensiva no se puede catalogar como un supuesto de transmisión consensual. El texto del artículo 609 del Código en relación con el 1.462 es demasiado categórico.

No cabe más que suponer que aquí se produce un acuerdo de carácter dispositivo. Pero es absolutamente ilógico mantener que si la obligación es exigible desde luego haga falta la tradición, y que si lo es al cabo de cierto tiempo, no sea necesaria. Se trataría de admitir una forma de tradición de carácter dispositivo mediante acuerdo de voluntades, que sólo puede producirse cuando se aplaza o condiciona la obligación.

En el caso contemplado se adquiere por obra de la voluntad expresada contractualmente que, en este caso, tiene efectos más que obligacionales, transmisivos. No es probable que en la vida cotidiana un vendedor no se proponga transmitir la propiedad. Su voluntad es la misma tanto si aplaza la entrega como si no. Su voluntad se manifiesta igual en uno y otro caso.

Celebra el contrato de compraventa y dice que vende. En ambos casos va a entregar la cosa, o de inmediato o al cabo de cierto tiempo, pero la va a entregar. Es la Ley la que en un caso u otro va a dar distintos efectos a los mismos actos y manifestaciones. La incongruencia no puede ser mayor. Basta con que el vendedor, de acuerdo con el comprador, aplaze un día el efecto del contrato para que la transmisión se consume sin tradición. En este aspecto la compraventa diferida y la donación tienen el mismo efecto. Transmiten por sí mismas el poder de disposición-adquisición.

Hay que intentar buscar los puntos de coincidencia entre ambos "títulos" y la diferenciación que puedan tener con la compraventa con obligación de entrega exigible desde luego. Para más fácil exposición voy a llamar convencionalmente "compraventa" a esta última, y cuando hay diferimiento acordado o *de iure*, "compraventa diferida", aun reconociendo lo impreciso de la terminología.

En la compraventa, la obligación del vendedor tiene distinto carácter según que la obligación recíproca esté cumplida o no. Mientras que el comprador no pague (arts. 1.124, 1.500 y siguientes del Código) la obligación puede resolverse a facultad del vendedor. Una vez que se efectúa el pago (art. 1.500) la obligación de entregar es inexcusable. Esta incertidumbre, que no existe en los contratos lucrativos, puede justificar el distinto tratamiento entre la compraventa y la donación. Lo que racionalmente debe detener el traspaso del dominio es la situación inestable de la obligación hasta que se produce o se garantiza el pago. No parece lógico atribuir ya la propiedad al comprador cuando, si no paga o se aviene a pagar, el vendedor puede optar por no seguir adelante y dejar las cosas como están. Esto no ocurre en la donación, por falta de reciprocidad.

En la compraventa diferida, la obligación de entregar no se produce hasta el evento. Antes se habrá pagado o no, e incluso en el momento del evento podrá no haberse pagado. Pero lo que diferencia este supuesto del anterior es que consta en el mismo título una determinación del momento de traspaso, incluso en los supuestos en que pueda parecer indeterminado, como en la condición, porque, a pesar de la incertidumbre, el evento escapa a la voluntad de las partes y queda determinado e inalterable para ellos y para terceros. Podrá haber incertidumbre en el *quando*, pero en cualquier caso llegará la certidumbre cuando el evento se produzca o se sepa que ya no se va a producir. En la compraventa diferida hay algo que en las demás no existe: la fijación consensual de un evento determinante del efecto.

Lo que diferencia ambas compraventas en el aspecto que aquí señalo, es que en la primera hay indeterminación del momento transitorio, cuya determinación dependerá de las partes, mientras que en la segunda hay determinación o indeterminación no dependientes de ellas.

En la donación diferida se produce la misma situación que en la com-

praventa diferida. En la donación no diferida, por la falta de reciprocidad, no se produce el período previo de la obligación y, por consiguiente, entra dentro del mismo supuesto.

La arquitectura del sistema de transmisiones podría ser la siguiente:

La determinación del efecto transmisivo se efectúa:

A) En el acto gratuito:

- a) No diferido: Por la aceptación de la donación (determinación legal).
- b) Diferido: Por el evento (determinación legal).
- c) Si hay acuerdo dispositivo expreso de las partes, por determinación de las mismas con prioridad a la determinación legal (determinación voluntaria).

B) En el acto oneroso:

- a) No diferido: Por la entrega (determinación legal).
- b) Diferido: Por el evento (determinación legal).
- c) En ambos: Si hay acuerdo dispositivo expreso de las partes, por determinación de las mismas con prioridad a la determinación legal (determinación voluntaria).

Los supuestos c) pueden tener su fundamento en el artículo 1.463, aplicable por extensión a los inmuebles, como antes dije.

Se discute si a la vista de este precepto, el acto dispositivo consensual sólo es posible “si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta”. ALBALADEJO (27) interpreta que el espíritu del precepto es que “si cabe la entrega material de la cosa al momento del contrato, no puede ser sustituido por el simple acuerdo traditorio, cuando la cosa esté destinada ya al adquirente desde ahora; pero sí pueda ser sustituida cuando se pretende que la cosa siga, por lo menos por cierto tiempo en manos del transmitente (por ejemplo, como arrendatario, como comodatario, como depositario, etc.), ya que, en otro caso, se obligaría a una inútil entrega material al adquirente, puesto que estando pensando que la cosa siga en manos del transmitente, aquél habrá de entregársela de nuevo a éste”.

Por mi parte creo que este precepto se está refiriendo al aspecto obligatorio de la compraventa, a la obligación de dar la cosa. Lo que posibilitaría siempre acordar el traspaso del dominio antes de la entrega. Distinto es que, si no hay acuerdo traslativo, sea la entrega (cumplimiento de la obligación) la que opere el traspaso. La obligación de entregar la posesión

(27) *Derecho civil*, ob. cit., pág. 155.

puede estar desconectada del acuerdo traslativo del dominio, por lo que, aunque se haya acordado el traspaso del dominio sin entrega, sigue subsistiendo la obligación de entregar. Por ejemplo, si el propietario que cultiva directamente la finca la vende, puede acordar válidamente que el comprador la adquiera desde el momento del contrato, pero que se la entregue cierto tiempo después. Este acuerdo transmite el dominio y no va contra el artículo 1.463, porque no ha habido entrega. Al cumplirse el plazo tiene que entregar físicamente porque si no hay incumplimiento. Si en el momento las partes se reunieran y suscribieran un documento en que se dijese que mediante el mismo se efectúa la entrega, pero el vendedor siguiese teniendo la finca sin otro título, en realidad la entrega no se habría efectuado y seguiría obligado a entregar.

En definitiva, los casos anteriores quedarían resumidos del siguiente modo:

A) Acuerdo traslativo expreso.

Siempre debería ser posible el acuerdo traslativo expreso de las partes. Tanto en los actos onerosos como gratuitos. Producida la declaración expresa de voluntad de transmitir, la transmisión queda efectuada sin necesidad de entrega. Si en ese momento no se ha entregado, subsiste la obligación de entregar.

La fijación de una condición o plazo suspensivo equivale a estos efectos a un acuerdo expreso de transferencia al cumplirse el evento.

B) Acuerdo traslativo tácito.

En los actos onerosos se presume su existencia en el otorgamiento de contrato traslativo y la transmisión en el momento de la entrega.

En los actos gratuitos se presume su existencia en el momento del otorgamiento del título y la transmisión en el mismo instante.

2.3. *El requisito de la forma*

El artículo 1.280 del Código establece que “deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles”. Y el 1.279 que “si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

Se acepta unánimemente que el efecto traslativo en los contratos onerosos relativos a inmuebles (compraventa), se produce por la conjunción de contrato y entrega, sin que sea necesario que consten en escritura pública. No obstante, las partes podrán compelerse a otorgarla, lo que será conveniente a efectos de prueba, e incluso necesario para lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad y la plena eficacia frente a terceros.

Hay dos aspectos a tener en cuenta: el simplemente contractual y obligatorio, entre partes (art. 1.279), y el real. En el primer aspecto la exigencia de la forma escritura pública es poco relevante. Las partes vendrán obligadas entre sí a cumplir el contrato. Si acaso la forma pública reforzará la prueba de los pactos entre partes, si una se niega a admitirlos. Pero nada más.

Es en la esfera de los derechos reales donde se pone de manifiesto la importancia de la forma escrita y pública. El artículo 1.227 permite que, si no concurren las circunstancias del mismo, el tercero no interviniente en el contrato lo ignore o no le perjudique su fecha. Pero lo que verdaderamente atribuye el derecho no es la forma pública del título, sino la prioridad en la posesión o la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1.473 para los casos de conflicto). Ello no quiere decir que la forma pública carezca de importancia a estos efectos. Un ejemplo puede aclarar este punto. Secundus vende un inmueble a Primus en documento privado y no se lo entrega. Posteriormente lo vende también en escritura pública a Tertius al que se lo entrega. Según el artículo 1.473 Tertius, aun admitiendo la validez y fecha del contrato de Primus, adquiere. Pero si el título de Tertius, en lugar de ser público, fuese un documento privado, Primus podría desconocerlo y, aun admitiendo la posesión de Tertius, intentar considerarlo como un mero poseedor sin título.

De esto se infiere que, en la esfera externa, frente a terceros, es donde se manifiesta la importancia de la forma pública, hasta tal punto que, incluso en casos de no inscripción registral, la adquisición onerosa con título privado puede no mantenerse frente a tercero y ser resuelta.

Para las donaciones, el Código Civil es mucho más exigente. El artículo 633 establece que “para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública”. La literalidad del texto induce a considerar que la falta de forma afecta a la validez incluso entre partes. Pero si se admite la validez de la obligación de donar, el artículo quedaría circunscrito a la donación en cuanto negocio traslativo. Los requisitos a que se está refiriendo el artículo 1.279 son los de la validez de los contratos: consentimiento, objeto y causa. La validez a que se refiere el artículo 633 es la de la donación como acto traslativo del dominio, como medio de adquirir la propiedad. Basta observar la colocación de uno y otro en el Código. El 633 en el Libro Tercero, “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”. El 1.279 en el Libro Cuarto, “De las obligaciones y contratos”.

La donación efectuada en documento privado y aceptada del mismo modo, sólo supondría la constitución válida de una obligación de transmitir por donación. El donatario podría exigir al donante el cumplimiento de su obligación. El contrato no sería oponible a terceros. Si se eleva a escritura pública, su otorgamiento equivaldría a la transmisión del dominio, de un lado porque la donación como acto traslativo transmite la propiedad (art. 609) y además la escritura podría considerarse como una forma de tradición instrumental (analogía con el artículo 1.462).

Una aplicación de este criterio se encuentra prácticamente contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1989, que el tratar de las excepciones a la libertad de forma contractual, dice que “una de las expresadas excepciones es, precisamente, la relativa a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el artículo 633 del Código Civil, precepto que, de manera pacífica, reiterada y uniforme, ha venido interpretando esta Sala... en plena coincidencia, por otro lado, con el criterio de la doctrina científica, en el único sentido en que puede serlo, cual es el de que las donaciones de bienes inmuebles no tienen validez, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren (que es el aspecto que aquí nos interesa) si no aparecen instrumentadas en escritura pública”.

3. DONACIONES “MORTIS CAUSA”

Interesan sólo aquí las donaciones *mortis causa* que suspenden el efecto hasta la muerte del donante (suspensivas). La muerte es el evento desencadenante de la transmisión sin entrega de la posesión. Como dice VALLET DE GOYTISOLO (28) “en lo que los autores están de acuerdo es en que el dominio de la cosa que se donó sin previa tradición pasa automáticamente en el momento de fallecer el donante a ser propiedad del donatario”. En este tipo de donaciones (sigue VALLET) (29) “no hay más que una disposición para el futuro, sin vinculación actual, pues el donante a nada se obliga —sólo dispone para mañana— y ni siquiera puede obligarse. Uno se puede obligar a realizar ciertas prestaciones, pero nunca a verificar una donación. Pues las donaciones son actos gratuitos y su causa es el *animus donandi*; y, por lo tanto, no podrán considerarse como tales las transmisiones verificadas en cumplimiento de una obligación contraída anteriormente. La conjunción de los términos ‘obligarse a donar’ así enlazados resulta un absurdo inaceptable”.

(28) *Ob. cit.* pág. 53.

(29) *Ob. cit.* pág. 83

Una de las diferencias que la doctrina ha venido señalando entre las donaciones *inter vivos* y *mortis causa* es la naturaleza revocable de las últimas. GALINDO y ESCOSURA (30) lo expresaban así al referirse a las reglas de Derecho civil a que han de ajustarse para su validez las donaciones: "Son éstas de dos clases: donaciones *inter vivos* y donaciones *mortis causa*. La diferencia capital de unas a otras consiste en que por las primeras lo que hoy se da y en la forma que se da es irrevocable, mientras que en las segundas es siempre revocable". La jurisprudencia también ha expresado la naturaleza revocable de este tipo de donaciones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1975 dice: "la jurisprudencia califica de donaciones *mortis causa*, las que se informan en el temor de la muerte, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en el caso de vivir, por lo que son revocables, no producen efecto sino *post mortem* y son ineficaces si no se justifican por ninguno de los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias".

Si se aplica este criterio a las donaciones *mortis causa* con efecto suspensivo, hasta la muerte del donante (si premuere) no hay transmisión del dominio. Pero creo que se olvida que la donación no es un acto unilateral, como el legado, sino bilateral, y que la intervención del donatario añade algo que impide aplicar el mismo criterio de revocabilidad que a las disposiciones sucesorias (unilaterales).

Por este motivo difiero de la opinión generalizada. Si el donante no se obliga, no hay consecuencia jurídica. Las condiciones producen el efecto de suspender la eficacia jurídica de una obligación, relación o negocio. Pero si jurídicamente no hay nada, nada queda suspendido. Creo que la emisión de voluntad del donante es una declaración de voluntad que tiende a producir un efecto jurídico. Mientras el destinatario no la conoce y acepta, no hay nada. La declaración pende a la espera de su aceptación, pero ningún efecto está suspendido y el donante puede arrepentirse porque la obligación no ha nacido. Aceptada por el donatario, el donante queda obligado y ya no puede arrepentirse. Es entonces cuando comienza la suspensión del efecto. El donatario no adquirirá el dominio hasta que el donante muera, si es que le premuere. Defender otro punto de vista es negar la posibilidad de existencia de las obligaciones sin contraprestación. O lo que es igual, considerar que la obligación unilateral no existe.

Hay una cuestión importante en las donaciones *mortis causa*: es si el donatario debe y puede aceptar antes de la muerte del donante. Pienso que puede y debe aceptar antes. La donación *mortis causa* tiene, aunque parece

(30) LEÓN GALINDO Y DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo I, Madrid, 1880, pág. 348

un contrasentido, naturaleza de acto *inter vivos*. Por consiguiente, la exigencia de aceptación está en el artículo 630.

Si se lleva esta opinión a sus consecuencias lógicas, no cabe la aceptación después de la muerte del donante, puesto que hasta que se acepta no hay obligación y el causante, a su sucesión, no transmite más que sus derechos y obligaciones (arts. 634 y sigs.). De no ser así el negocio no sería una donación *mortis causa*, sino una disposición sucesoria. En la donación *mortis causa* la muerte no es la causa del efecto transmisorio como lo es en la sucesión, sino el evento que produce el levantamiento de la suspensión de los efectos.

II. REVOCACION DE LAS DONACIONES

Durante el estado de pendencia (emisión de voluntad no aceptada) no puede hablarse en sentido propio de revocación, puesto que la obligación no ha nacido. El donante, del mismo modo que ha lanzado su oferta, la puede retirar.

Cuando la donación se acepta, nace la obligación, que no puede ser resuelta unilateralmente. Podrá resolverse por las causas de resolución de las obligaciones y, por supuesto, será también resoluble por las causas de revocación.

El artículo 37 de la Ley Hipotecaria establece que las acciones revocatorias “no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley”. De aceptar la tesis que mantengo de la irrevocabilidad de la donación aceptada, la norma no requiere comentario. Si el donatario está a salvo, mucho más lo estará el tercer adquirente. Y lo mismo ocurrirá si consta inscrita la renuncia del donante a revocar. Pero si se considera que la donación es naturalmente revocable, el precepto salvaguarda la adquisición del tercero que adquirió del donatario e inscribió su adquisición.

Sobre los requisitos que ha de reunir este tercero para estar protegido contra la acción de revocación, parece suficiente con la inscripción de su título, que es la única exigencia del artículo 37. No es necesario que el donatario que le transmite el derecho lo tenga inscrito. Aquí es eficaz el asiento de inmatriculación (sin perjuicio de sus limitaciones temporales) y no es necesaria la buena fe. Quien compra a un donatario sabe siempre (de admitirse la tesis de la revocabilidad) que el donante puede revocar. Este conocimiento no le convierte en un adquirente de mala fe. Sólo en el caso de que la acción de revocación hubiese sido interpuesta antes de que el donatario transmita al tercero y la anotación de demanda sea posterior, cabría plantearse la cuestión de la buena fe (desconocimiento de la acción

interpuesta). Pero creo que, aún en este caso, la mala fe no frena la protección, ya que el artículo 37 no la exige y no se está vulnerando el derecho del donante que, cuando donó, ya sabía que el donatario podría transmitir a un tercero y dejar ineficaz su posible decisión futura de revocar.

El citado artículo 37 de la Ley Hipotecaria deja también a salvo el tercero de "las acciones de revocación de donaciones, en el caso de que no cumpla el donatario las condiciones inscritas en el Registro". La norma es clara y debe referirse no sólo a la donación condicional, sino incluso a la modal.

III. EL DERECHO DEL DONATARIO

La posición del donatario como dueño de la cosa donada es más frágil que la de cualquier adquirente a título oneroso. Puede examinarse su situación en relación con el donante y con los titulares que le hayan precedido en la cadena de la titularidad, o tengan derechos emanados del mismo.

1. FRENTE AL DONANTE Y SUS SUCESOES

En la elección entre la adquisición lucrativa del donatario y determinados intereses personales, familiares o sucesorios del donante, la ley prefiere estos últimos. Son los supuestos de revocación de donaciones en sentido estricto. A diferencia de la revocación de que antes he tratado (facultad del donante de arrepentirse), aquí se trata de donaciones que obligan al donante o que ya han sido consumadas.

Las causas de revocación reguladas en la Ley pueden ser clasificadas en función de los intereses a proteger, del siguiente modo:

1.1. *Protección de los derechos de la persona*

Revocación por ingratitud (art. 648). Es posible en los casos en que donatario cometiere algún delito contra la persona, honra o bienes del donante, o le imputase un delito de los que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer o los hijos constituidos bajo su autoridad, o si le niega indebidamente los alimentos.

Los hechos anteriores no determinan de por sí la revocación de la donación, sino que otorgan al donante la facultad de revocar. La acción de revocación del donante por causa de ingratitud no es renunciante anticipa-

damente, prescribe al año a partir del momento en que tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción (art. 652), y no se transmite a sus herederos, si el donante, pudiendo, no la hubiese ejercitado (art. 653).

Los efectos de esta revocación son los siguientes: si la donación se ha consumado, se restituye el dominio al donante, o lo que es igual, el donante lo adquiere de nuevo. No se trata de una anulación del título de adquisición del donatario, ya que este adquirió con todos los requisitos legales, sino de una adquisición que se resuelve forzosamente para el donatario por el ejercicio de la acción de revocación por causa de ingratitud. De ahí que la devolución de los frutos de la cosa sólo afecta a los producidos desde la interposición de la demanda (art. 651).

La acción de revocación por ingratitud no afecta a los herederos del donatario, a no ser que a la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda.

Protección de los terceros. Los terceros adquirentes del dominio o derechos reales sobre la cosa donada con anterioridad a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad, están protegidos frente a la acción de revocación (art. 649). Será el donatario o sus herederos, en su caso, quienes respondan con el resto de su patrimonio del valor de los bienes enajenados (art. 650). No es necesario acudir a la protección registral (art. 37 de la Ley Hipotecaria).

En este aspecto, el donatario, en la esfera externa, es un titular del mismo grado que cualquier adquirente a título oneroso. Los posibles terceros que quieran contratar con él la adquisición de la cosa donada o constituir un derecho real limitado sobre la misma, no deben estar preocupados por la conducta futura del donatario, pues sus posibles ingratitudes con el donante no les afectan.

1.2. *Protección de derechos familiares*

Se trata de la sobreveniencia o supervivencia de hijos

Cuando el donante al efectuar la donación no tiene hijos y los tiene después de donar o aparece vivo el que tenía por fallecido, puede revocar la donación en el plazo de cinco años. La acción es irrenunciable y se transmite a sus descendientes (31).

Los terceros están protegidos, igual que en el caso anterior. El artículo 645 del Código establece que "rescindida la donación por la supervivencia

(31) La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1989 reconoce la constitucionalidad del artículo 644 del Código Civil que establece esta causa de revocación.

de hijos se restituirán al donante los bienes donados, o su valor si el donatario los hubiese vendido. Si se hallaren hipotecados podrá el donante liberar la hipoteca pagando la cantidad que garantice, con derecho a reclamarla del donatario. Cuando los bienes no pudieren ser restituidos se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación”.

1.3. *Protección de los derechos de sucesión*

a) Inoficiosidad de las donaciones

El artículo 636 del Código Civil establece que “ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento”. Y el artículo 654, que “las donaciones que con arreglo al artículo 636 sean inoficiosas computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de estas donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código”.

“Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia y sus herederos o causahabientes. Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar a su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa ni prestando el consentimiento a la donación. Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella” (art. 655).

“Si siendo dos o más las donaciones no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente” (art. 656).

Los artículos 820 y 821 establecen las reglas de la reducción, que en resumen son:

- El derecho del legítimo se protege antes que el del donatario.
- El del donatario antes que el del legatario.
- El donatario más antiguo es preferido al más moderno (art. 656).
- Se admite el orden de preferencia establecido por el donante.

El efecto que se produce es el deber de restitución del valor que falta para cubrir íntegramente las legítimas. No es que el donatario no haya adquirido la propiedad de lo donado, sino que establecida una pugna de intereses cede la adquisición lucrativa del donatario. Los supuestos son:

- Si hay que reducir íntegramente la donación, el donatario viene obligado a reintegrar la finca (art. 821).
- Si la reducción es en parte y no admite cómoda división, lo donado quedará a favor del donatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, abonando la diferencia en dinero.

b) Colación

El artículo 819 establece: “Las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejoras se imputarán a su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán en la parte libre que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la parte disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes”. Ver artículos 820 y 821, antes citados.

Los terceros adquirentes del donatario también quedan a salvo, como en los supuestos anteriores.

FRENTE A TERCEROS

El derecho del donatario puede venir afectado por ataques que procedan de terceros, bien sean acreedores del donante o titulares de derechos reales que le preceden en la cadena de titularidades o que traigan causa de él.

2.1. *Acreedores del donante*

Se trata de titulares de créditos contra el donante. Frente a ellos prevalece el derecho real adquirido por el donatario (art. 643). Pero si la donación fue efectuada en fraude de acreedores (art. 1.291.3.º) prosperará la acción pauliana y la adquisición del donatario podrá ser rescindida.

En este punto hay una desventaja para el donatario, ya que “se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos en virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito” (art. 1.297, apartado 1). El donatario está obligado a probar que no adquirió en fraude, mientras que el comprador no lo está.

El Registro de la Propiedad no protegerá al donatario en este caso, pues las rescisiones de enajenaciones en fraude de acreedores perjudicarán a tercero “cuando hubiese adquirido por título gratuito” [art. 37.4.º.a) LH].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1991 hace una aplicación de esta regla al dar preferencia a una anotación de embargo por

créditos vencidos antes de una donación (venta simulada) inscrita antes de la anotación.

2.2. Titulares de derechos reales anteriores

Si se trata de propietarios que anteceden al donante en la cadena de la titularidad, de aquellos de los que directa o indirectamente emana su derecho, será la existencia de algún defecto en el título de adquisición del donante o sus causahabientes lo que le haya impedido consumir su adquisición. El donatario vendrá afectado por la posible resolución del derecho del donante que se declare después de la inscripción de la adquisición por donación. Su adquisición podrá verse resuelta por tal causa, lo mismo que lo sería si fuese un adquirente a título oneroso. Pero a diferencia de éste, vendrá afectado por la resolución aun en el caso de haber adquirido de un titular registral, haber inscrito su título y ser de buena fe, ya que “los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente” (art. 34, apartado 3.º, LH).

2.3. Titulares de derechos emanados del donante

La regla a aplicar debería ser *prior tempore, potior iure*, sin distinguiendo entre adquirentes a título gratuito u oneroso. Sin embargo, el tema es complejo y requiere alguna precisión. El supuesto tipo es la doble enajenación del donante, bien se trate de dos enajenaciones a título lucrativo (dos donaciones) o una a título lucrativo y otra a título oneroso (donación y compraventa).

El Código Civil ha regulado la doble venta (art. 1.473), pero no los conflictos con adquirentes por donación. Quizá porque se piense que la adquisición lucrativa debe ceder siempre ante el adquirente a título oneroso.

a) Doble enajenación lucrativa

El supuesto parece claro: el primer donatario adquiere. Cuando el donante efectúe la siguiente donación ya no será propietario, lo que impide la adquisición del segundo. Además, si quiere hacer una segunda donación por creer que la primera no es válida o no ha transmitido el dominio (por ejemplo, el inmueble donado sigue en su poder), lo normal sería que intente previamente una revocación de la primera. Pero si no es así las dos donaciones se producen y la entrega la realiza el donante al segundo donatario; el primero dispondrá frente a él de la acción reivindicatoria.

Si ambas donaciones constan en escritura pública y el segundo donatario llega antes al Registro e inscribe su título, debe plantearse si hay posibilidad de protección registral y si se produce una adquisición *a non domino* a favor del segundo donatario. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es de aplicación, pues se refiere a anulaciones o resoluciones del derecho del otorgante (donante) que se produzca después de la inscripción del tercero (donatario). No debe plantearse la inaplicación de este precepto por el hecho de que el donatario sea a título gratuito (que lo es), sino porque en este caso ni se anula ni se resuelve el derecho del donante, sino que se trata de un título emanado del mismo, el del primer donatario, que pugna con el del titular inscrito (el segundo donatario). Pero en cambio se puede aplicar el artículo 32. Creo que se trata de un caso claro de aplicación de este precepto. La no oponibilidad del título del primer donatario al del segundo que ha inscrito consuma una adquisición *a non domino* a favor de éste que no sólo podrá oponer su inscripción a los ataques del primer donatario, sino que podrá obtener la posesión reivindicando.

b) Donatario frente a comprador

1) El título del comprador es anterior

Si no ha habido tradición a favor del comprador, el título del donatario, a pesar de ser posterior, lo hace propietario aun sin entregas. Si el comprador, que incluso puede haber pagado el precio, se siente lesionado, podrá acudir a las acciones pertinentes. Pero no por eso el donatario habrá dejado de adquirir. El comprador tendrá contra el vendedor las acciones de incumplimiento y resolución del contrato (art. 1.124), pero no podrá obtener la de cumplimiento *in natura* como no haya logrado una rescisión de la adquisición del donatario por fraude que se presume que existe en las transmisiones gratuitas. Pero si el donatario prueba la inexistencia de fraude (la existencia de otros bienes para responder), la adquisición del donatario no se rescinde y se mantiene. Y también se mantendría si se ha producido la prescripción para el ejercicio de la acción por el transcurso de cuatro años. Si el donatario logra además inscribir su título por llegar antes al Registro de la Propiedad, el artículo 37 de la Ley Hipotecaria conduce al mismo resultado.

Si hay entrega al comprador con título anterior, éste adquiere. Cuando el vendedor dona después el donatario no adquiere, puesto que al efectuarse la donación ya no era propietario. Pero si el título de donación accede al Registro y se inscribe antes que la venta, de admitirse la tesis dualista el

donatario podría consumir una adquisición *a non domino* por la vía del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, dejando a salvo los efectos de la acción rescisoria. La objeción fundamental es que, según los partidarios de la tesis unitarista de la eficacia ofensiva de la inscripción, el donatario es un adquirente al que le falta uno de los requisitos hipotecarios para la protección registral: la onerosidad. El último párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria antes transcrito establece que “los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente”. Este artículo bien interpretado no es aplicable a este supuesto, porque aquí el donante no va a sufrir ningún ataque a su derecho ni a su título, que no se va a resolver ni anular. Si se resolviera o anulara sería por la existencia de nulidad, anulabilidad o causa de resolución en su título de adquisición, y este efecto alcanzaría al donatario, que aunque reuniera los demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no estaría protegido. Pero en el caso examinado se trata de un ataque que recibe la adquisición del donatario, no la del donante, de un derechohabiente de éste. Debe observarse además que el donatario está protegido civilmente excepto cuando hay una enajenación en fraude. Y sería un contrasentido admitir que si civilmente lo está, no lo esté registralmente.

2) El título de comprador es posterior

En estos casos siempre adquiere el donatario. Cuando el donante vende a un tercero el inmueble donado, el comprador no adquiere por falta de título en el donante. En la esfera extrarregistral el título del comprador no puede nada contra el derecho del donatario. No cabe ni la acción de rescisión por fraude, ya que el donatario tiene título anterior. Pero si el comprador, por llegar al Registro, inscribe, consumará una adquisición *a non domino* con apoyo del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, aun sin reunir los restantes requisitos del artículo 34 según la tesis dualista.

IV. CONCLUSIONES

a) Debe admitirse la posibilidad de que las partes interesadas en una donación formalicen la obligación de donar, que será plenamente válida y exigible por el donatario una vez que la haya aceptado.

b) La transmisión del dominio al donatario se lleva a cabo:

1) Por determinación expresa de las partes, que tienen libertad de pactar sin necesidad de entrega el momento en que ha de efectuarse la

transmisión de dominio. Este acuerdo dispositivo consensual por causa de donación produce la transmisión del dominio entre partes aun sin cumplimentar la forma de escritura pública. Pero la transmisión podrá ser ignorada por terceros a quienes no afecta la fecha ni el contenido del documento privado.

2) En defecto de pacto expreso, el otorgamiento de la escritura pública de donación transmite el dominio al donatario sin necesidad de entrega material por obra del artículo 609 del Código. Se produce el mismo efecto que con el otorgamiento de escritura pública de compraventa (tradición instrumental del art. 1.462). Un mismo acto material, la escritura pública, produce los mismos efectos, la transmisión del dominio, aunque con distintos fundamentos legales, según que se trate de transmisión onerosa o lucrativa.

3) La adquisición del donatario en los dos casos anteriores se produce, aunque el donante no tenga la posesión del inmueble donado, por poseerlo un tercero a título de dueño.

4) La entrega material de la posesión al donatario con base a una donación no instrumentada públicamente produce el mismo efecto que el acuerdo consensual sobre el momento de transmitir tiene validez entre las partes, pero no puede ser ignorada por los terceros.

No existen razones históricas ni esenciales para separar las adquisiciones por donación del sistema general de adquisición por título y modo. Pero mientras subsista el artículo 609 del Código Civil en su redacción actual hay que aceptar que la donación de inmuebles efectuada en escritura pública transmite el dominio sin entrega y que la efectuada en documento privado obliga al donante frente al donatario.

El donatario adquirente del dominio goza de una menor protección jurídica que el adquirente a título oneroso, puesto que:

- La adquisición del donatario no se mantiene cuando se produce revocación por el donante en los supuestos establecidos en la Ley.
- Se presume que la adquisición del donatario es en fraude de acreedores, por lo que se puede rescindir si el donatario no logra probar la inexistencia del fraude. Si la adquisición es a título oneroso será el acreedor el que tendrá que probar su existencia.
- El donatario que inscribe su título en el Registro de la Propiedad no puede consumir una adquisición *a non domino* con base en la eficacia ofensiva de la inscripción si posteriormente se anula o resuelve el derecho del donante por causas que no constan inscritas. Pero puede consumirla frente a titulares de pretendidos derechos que no hayan accedido antes al Registro de la Propiedad.

c) El adquirente a título oneroso de un donatario goza prácticamente de la misma protección de quien, a su vez, lo hizo a título oneroso.

JUAN MONTERO LEÓN

Abogado

DICTAMENES Y NOTAS

La reforma de la legislación urbanística en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

La Ley 8/1990, de 20 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo (recogida en el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992) ha introducido una compleja regulación en el estatuto jurídico del suelo urbano. Prescindiendo del análisis de la problemática que plantea en cuanto a la situación en la que queda el titular dominical, vamos a circunscribirnos en nuestro comentario a los puntos que han sido objeto de resoluciones por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tres son las resoluciones que hasta ahora se han ocupado del tema: Resolución de 6 de septiembre de 1991 (*BOE* 14 octubre 1991), Resolución de 4 de febrero de 1992 (*BOE* 5 mayo 1992) y Resolución de 28 de abril de 1992 (*BOE* 4 junio 1992). En estas tres resoluciones se abordan otras tantas cuestiones fundamentales, que, respectivamente, son: el ámbito de aplicación territorial de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, el ámbito de aplicación temporal y —desde una perspectiva material— la precisión de cuándo se está ante el supuesto de obra nueva en el caso de constitución de un régimen de propiedad horizontal. Cada uno de estos puntos los analizaremos separadamente, pero permítasenos hacer de entrada una afirmación previa, la de que aunque las soluciones a las que la Dirección General ha llegado son asumibles en gran parte, el camino escogido (es decir, la argumentación jurídica) no ha sido siempre el adecuado y en algún supuesto se realizan afirmaciones susceptibles de una crítica dura.

APLICACIÓN TERRITORIAL DEL ARTÍCULO 25.2 DE LA LEY 8/1990
(art. 37.2 del Texto Refundido de 26-6-1992)

El tema se aborda en la primera de las Resoluciones, la de 6 de septiembre de 1991. En la misma se plantea si los requisitos que se exigen en el artículo 25.2 han de aplicarse en los municipios de menos de 25.000 habitantes. La Dirección General establece:

“2. La solución ha de resolverse en el sentido de que la obtención de los documentos antes indicados [licencia de construcción y certificación de finalización de la obra] ha de ser exigida siempre y cualquiera que sea el número de habitantes del municipio, pues así resulta de la disposición adicional primera, números 1 y 3, en relación con la disposición final primera, número 1, que dispone esta última que tendrán carácter de legislación básica, entre otros, los artículos 11 y 25 de la Ley y que son aplicables según la primera disposición adicional citada al ser disposiciones específicas sobre adquisición gradual de facultades urbanísticas tanto el derecho a construir un edificio como el derecho a la edificación (art. 11, núms. 3 y 4, antes citados).

3. No puede aceptarse la argumentación que expone el recurrente de que tratándose de municipios pequeños es suficiente para el legislador el que sean los Ayuntamientos quienes controlen la situación urbanística dada su inmediatividad y fácil conocimiento de las obras que se efectúen en su término municipal, pues pese a esta mayor facilidad que pudieran tener respecto a los grandes no se excluye por eso la posibilidad de que pasen inadvertidas infracciones urbanísticas en esta materia ni, sobre todo, elimina la actuación del fedatario que ha de colaborar en el control del planeamiento y acción de las Administraciones Públicas para evitar la existencia de edificaciones ilegales que, incluso, pueden llevar al nacimiento de núcleos de población contrarios al orden urbanístico establecido.”

Como claramente se deduce de los dos Considerandos transcritos, el régimen de control notarial y registral para las edificaciones establecido en la Ley 8/1990 es aplicable a todos los Municipios, tengan más o menos de 25.000 habitantes. La conclusión es correcta, pero la argumentación en la que se apoya no lo es; muy al contrario, dicha argumentación hace que nazca un gran problema, cual es el de si dicho artículo es aplicable o no a todo el territorio nacional (piénsese en la existencia de disposiciones autonómicas específicas).

La resolución viene a recoger el argumento que aparentemente se extrae de las disposiciones adicionales y finales de la Ley 8/1990 y, sin pararse a pensar en el problema competencial que existe en el fondo del tema, con-

cluye que, dado que el artículo 25 se encuentra dentro de la materia de la adquisición gradual de facultades urbanísticas, se aplica a todos los Municipios con independencia del número de habitantes (1). Ahora bien, en el mismo argumento está su debilidad, ya que afirmar que la aplicación a toda clase de Municipios se encuentra en el solo dato de que el precepto forma parte del sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas es desconocer el sistema competencial establecido en la Constitución española. En efecto, con anterioridad hemos expresado ya esta misma idea (2) destacando que la razón de que se aplique a todo Municipio sin distinción se encuentra en que es un precepto dirigido a regular la conducta de Notarios y Registradores de la Propiedad. No hay que olvidar que la regulación de los Registros (jurídicos) y los instrumentos públicos corresponde en exclusiva al Estado (art. 149.8 de la Constitución) (3), y de dicha competencia no puede desprenderse por el inadecuado mecanismo de decir en una Ley ordinaria (como es la Ley 8/1990) que el precepto que regula la actividad de los Notarios y los Registradores de la Propiedad es sólo de aplicación básica y, por lo tanto, aquella puede ser modalizada y desarrollada en diversa forma por las distintas Comunidades Autónomas (cfr. art. 150 de la Constitución que establece la necesidad de una Ley Orgánica) (4).

(1) Este argumento (además de por otros autores) está expuesto con claridad por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ en "La inscripción de las declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 601, pág. 528. Las palabras usadas por la resolución hacen pensar en que la influencia de este comentarista ha sido muy directa en este punto concreto.

(2) PIEDAD MARÍA PAREJO-MERINO, *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, Academia Sevillana del Notariado, tomo VI, pág. 442.

(3) Véanse Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, y 62/1990, de 30 de marzo, a propósito del Registro Civil.

(4) De la misma opinión es RAFAEL ARNAIZ EGUREN, "Aspectos civiles y registrales de la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma y Régimen Urbanístico del Suelo de 25 de julio de 1990", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, págs. 2194, 2198-2199. Dice este autor:

"... Por ello, defendemos que a todos los preceptos de naturaleza registral le son aplicables dos principios, no discutidos en nuestro Derecho

— Tienen naturaleza de disposiciones civiles, entendidas éstas en el sentido amplio y comprensivo que resulta de la dicción de los artículos 605-608 del Código Civil, y de la remisión genérica a la legislación hipotecaria contenida en este último.

— Tienen naturaleza de normas específicamente reservadas a la competencia exclusiva del Estado, según resulta de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.º de la Constitución, que incluso acentúa este régimen respecto del resto de la legislación civil al utilizar respecto de tales disposiciones la frase «en todo caso», lo que no ocurre en el inciso primero del párrafo citado."

"... No parece que el artículo 25.2 se refiera directamente a la adquisición de facultades, consecuencia positiva del cumplimiento de deberes urbanísticos, sino a una fina-

El artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo hay que entenderlo en sus justos términos y, so pena de llegar a soluciones no constitucionales, ha de interpretarse en el sentido de que su aplicación básica se circunscribe al número 1 y no al número 2, pues el Estado, mediante el cauce de fijar en una Ley ordinaria cuál es el alcance de las normas, no puede desprenderse de facultades que le corresponden. Así planteada la cuestión no existen obstáculos para señalar la extralimitación competencial en la que ha incurrido la Ley canaria de 14 de mayo de 1990 cuando establece un sistema distinto de actuación notarial y registral respecto de las escrituras de declaración de obra nueva (5).

Existe otro argumento más para sostener que el artículo 25.2 no forma parte del esquema de adquisición gradual de facultades urbanísticas: el carácter voluntario que tiene el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y su inscripción en el Registro de la Propiedad; cualquiera que sea la postura que se sostenga sobre la naturaleza jurídica de la declaración que se realiza, lo que no puede discutirse es que la misma no es necesaria para que se adquiera la edificación que se ha construido. Por lo tanto no puede formar parte de un sistema de adquisición de facultades algo que para nada influye en el mismo, ya que se es igual de dueño se formalice o no documentalmente la edificación. Sobre este punto insistiremos posteriormente a la hora de analizar hasta qué punto puede entenderse modificado el sistema establecido en el Código Civil sobre la accesión.

La resolución que en este punto comentamos tiene, empero, un aspecto

lidad de colaboración entre instituciones del Estado, por lo que debería haberse situado dentro de la adicional décima "

".. En cuanto a la posible modalización o modificación de la norma por las Comunidades Autónomas, no es posible dada la competencia exclusiva y absoluta que la Constitución reserva al Estado en materia notarial y registral. Por tanto, no cabe tampoco su desarrollo, puesto que, por razones de concepto, ya que no de ubicación sistemática, debe considerarse norma de aplicación plena y no de legislación básica, criterio que señala con toda claridad la propia Ley de 25 de julio para su adicional décima."

(5) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA ha intentado salvar la extralimitación competencial autonómica argumentando sobre el carácter básico del artículo 25 de la Ley 8/1990; pero incluso este mismo autor no puede por menos de reconocer que la Ley canaria está regulando una materia que corresponde al Estado (v. LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, especialmente págs. 52 y sigs.

Sobre el problema de la legislación autonómica que ha invadido competencias estatales puede verse a JUAN JOSE PRETEL SERRANO, "La nota marginal de la situación urbanística de la finca en la Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", dentro del volumen *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, en especial págs. 55-60.

positivo. Mediante la misma queda superada la criticable doctrina establecida anteriormente (R. 16 noviembre 1981) según la cual el control de la disciplina urbanística era algo que correspondía exclusivamente a las autoridades municipales y urbanísticas, “no correspondiendo al Notario al autorizar la escritura de declaración de obra nueva, ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora el entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado por el planeamiento”. Esta tesis es ahora rechazada de plano cuando en el Considerando 3 se dice que no puede aceptarse la argumentación de que en los Municipios pequeños es suficiente que el control lo ejerzan los Ayuntamientos dada su inmediatez y fácil conocimiento de las obras que se efectúen en el término municipal; y a continuación se destaca que el fedatario “ha de colaborar en el control del planeamiento y acción de las Administraciones públicas para evitar la existencia de edificaciones ilegales”.

Esta nueva perspectiva de la actuación de los Notarios y Registradores en el campo del urbanismo implica, como se ha dicho, la superación de anteriores concepciones que al dejar al margen del tema a los mismos únicamente llevaba al ostracismo de su función e, incluso, a una merma de la eficacia social de la documentación y Registros Públicos. No debe olvidarse que el artículo 25.2 tiene un origen muy concreto: el llamado informe “Mac Millan-Scott”, que se presentó a la Comisión de peticiones del Parlamento europeo en noviembre de 1988 y que hacía una señalada referencia a estafas inmobiliarias (especialmente en la Costa del Sol española). La colaboración notarial y registral es necesaria para evitar que se cree una falsa apariencia de legalidad, con el subsiguiente peligro de fraude, dado que, en otro caso, podrían darse al mundo jurídico fincas en sentido registral que no existirían en la realidad extratabular.

Esta idea de evitar en lo posible una apariencia de legalidad que pudiese provocar falsas confianzas en terceras personas se encuentra presente también en el artículo 27. Con arreglo al mismo:

“La edificación realizada al amparo de licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno.

La resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad para su debida constancia.”

Dejando al margen el comentario del párrafo primero de este artículo, respecto del segundo surge la cuestión de hasta dónde pueden llegar las consecuencias de la declaración de ilegalidad de una licencia, sobre todo si se trata de una construcción que puede haber sido objeto de tráfico jurídico

posterior. Para el análisis de la misma ha de tenerse en cuenta que a pesar de los controles que se establecen en el artículo 25.2 de la Ley 8/1990, no por ello se va a aumentar la protección registral, ya que aunque el artículo 38 de la Ley Hipotecaria hace que deba presumirse que los derechos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, dicha presunción cede siempre ante la comprobación de la realidad extrarregistral y nunca puede servir de soporte para recabar la protección de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en lo que a los datos físicos se refiere. No obstante, ha de hacerse la observación de que la no constancia por parte de la Administración de la ilegalidad de la licencia sí puede hacer surgir una especial responsabilidad de la misma por el anormal funcionamiento de los servicios públicos por no destruir la apariencia de legalidad que se hubiera creado. Desde esta perspectiva, no debe olvidarse que Notarios y Registradores de la Propiedad ejercen una función pública, que provocan una presunción de legalidad y que, por tanto, su colaboración con el control de la legalidad no debe ser entendida como dificultades añadidas a su tarea, sino consecuencia lógica de la que les es propia.

APLICACIÓN TEMPORAL DEL ARTICULO 25.2 (37.2 DEL TEXTO REFUNDIDO). EL PROBLEMA DEL DERECHO TRANSITORIO

El problema del ámbito de aplicación temporal del artículo 25.2 de la Ley 8/1990 ha sido, sin duda, el más debatido entre los comentaristas y en la práctica diaria. Se aborda en la Resolución de 4 de febrero de 1992, que aunque parece que deja el tema resuelto, no lo hace del todo y, además, realiza algunas afirmaciones discutibles, aunque tiene la virtud de establecer el criterio que es el mayoritariamente compartido y el que en la práctica se estaba aplicando en la generalidad de los casos.

El supuesto de hecho consiste en una declaración de obra nueva cuya escritura es otorgada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y en la que los interesados manifiestan que la construcción es anterior a dicha entrada en vigor, aportando una licencia de ocupación de fecha de 22 de mayo de 1990 y una certificación extendida por los aparejadores y el arquitecto que dirigieron las obras, visada en 1989, en la que se manifiesta que sobre una determinada parcela ha quedado terminada la edificación de un chalet, que no se describe (hay que señalar que en la escritura se declara la obra nueva de una edificación integrada por dos viviendas).

La Dirección General de los Registros y del Notariado establece:

“2. Es cuestión previa determinar el ámbito temporal de aplicación del artículo 25.2.º de la nueva Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y

Valoraciones del Suelo, y en particular su aplicación a las declaraciones de obra nueva formuladas después de la entrada en vigor de tal Ley cuando se refieran a edificaciones ya concluidas en ese instante (lo que puede ocurrir en el caso debatido como se desprende de la documentación aportada).

La valoración del contenido del artículo 25 de la Ley 8/1990, en conexión con el resto del articulado de ese texto legal, revela de modo ostensible que se están contemplando primordialmente aquellas declaraciones de obra nueva referidas a edificaciones realizadas bajo el nuevo régimen urbanístico; efectivamente, por cuanto se proclama la adquisición sucesiva de las facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria (vid. art. 11 de esta Ley) y se exige la oportuna licencia ajustada a la legalidad urbanística para la incorporación al patrimonio del titular de las nuevas edificaciones realizadas (arts. 11.4.º, 25.1.º y 27 de esta Ley), adquiere pleno significado la subordinación de la constatación tabular de las nuevas edificaciones a la previa justificación del otorgamiento de la oportuna licencia de edificación y a la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de obra conforme al proyecto aprobado.

3. Ahora bien, tratándose de obras concluidas bajo la vigencia de la legislación anterior, que por efecto del juego automático del instituto civil de la accesión, a medida que se realizaron, pasaron sin más a formar parte integrante del dominio del suelo (si bien si la edificación se hacía con infracciones urbanísticas podía haber lugar a medidas de establecimiento de la legalidad urbanística, y entre ellas a la demolición de lo edificado), no es el artículo 25 de la Ley 8/1990 el que resulta aplicable para regular su acceso al Registro, sino la disposición transitoria 6.ª, que establece que tales edificaciones “se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular”, aunque no se hayan realizado de conformidad con la ordenación urbanística entonces aplicable al respecto de ellas, “ya no procede actuar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición”. Así pues, y conforme a dicha disposición transitoria 6.ª, para la inscripción de esas edificaciones y una vez que se acredite suficientemente (certificación urbanística administrativa, certificación de los antecedentes que obran en el Colegio profesional, certificación fiscal, etc.) que a la entrada en vigor de la Ley 8/1990 preexistía la edificación (en los términos con que se describe en la escritura la declaración de obra nueva), debe bastar con justificar alternativamente: *a)* Que esa edificación ha sido realizada de conformidad con la legislación urbanística entonces aplicable. *b)* Que, en cualquier caso, ya no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. El extremo *a)* puede acreditarse por resolución administrativa competente o del modo hoy previsto en el artículo 25.2 de la Ley 8/1990. El extremo *b)* requiere la acreditación de que la edificación ha sido terminada hace más de cuatro años (vid. los arts. 185 LS y 9.º RD-L 16

octubre 1981), siempre que no conste en el Registro de la Propiedad —como es obligado (cfr. DA 10.3 de la Ley 8/1990)— la incoación del expediente de disciplina urbanística.”

La Dirección General concluye entendiendo que la licencia de primera ocupación y la certificación que se aporta son pruebas suficientes de que la edificación existía antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, pero que no se acredita que haya caducado el plazo para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística o que la obra se ajustare a ella, ya que la licencia que se aporta no se corresponde con la obra cuya inscripción se pretende. Por lo tanto se confirma la nota del Registrador. Dicha nota había calificado el defecto como subsanable.

Varios son los puntos que deben analizarse. Para ello distinguiremos entre: *a)* la opinión de la doctrina antes de la Resolución; *b)* criterios que ésta establece, y *c)* análisis de la argumentación que emplea y de las soluciones a las que conduce.

a) Las distintas opiniones doctrinales

Este tema ha sido uno de los más discutidos. Inmediatamente que se publicó la norma legal surgió el problema de su ámbito temporal de aplicación, problema que se hizo más llamativo ante lo rocambolesco de la nonnata disposición transitoria 8.^a (6). Las distintas posturas doctrinales destacaron unánimemente que las escrituras de declaración de obra nueva que habían sido formalizadas antes de la entrada en vigor de la Ley podían inscribirse con posterioridad a la misma sin que fuera de aplicación el precepto comentado. Pero la opinión ya no ha sido igual respecto de las escrituras que formalizándose después hacen referencia a edificaciones anteriores. Estas distintas opiniones pueden agruparse de la siguiente manera:

1) La postura mayoritaria ha sido la de entender que la nueva norma no era de aplicación a las construcciones que tuvieran más de cuatro años de antigüedad en el momento de la entrada en vigor de la Ley. De los distintos comentarios puede citarse aquí el de JOSÉ LUIS LASO MARTÍ-

(6) Al respecto hay que señalar que dicha disposición transitoria nunca ha llegado a existir. Fue introducida en el último momento por el Senado mediante vía de enmienda, pero no se aprobó por el Congreso con posterioridad. Lo que ocurrió es que se remitió al *Boletín Oficial del Estado* no el texto que nuevamente debía ser aprobado por el Congreso (art 90 de la Constitución), sino el que lo había sido en el Senado. El error fue salvado por una extraña corrección de errores realizada en forma lamentable.

NEZ (7), según el cual dado que la disposición transitoria 6.^a admite la patrimonialización de edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley, cuando no se puedan adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística permite entender que tales edificaciones, según el esquema legal, están plenamente consolidadas. Y “como el Decreto-Ley de 16 de octubre de 1981 fijó el plazo de cuatro años como máximo para el ejercicio de las facultades de restablecimiento de la legalidad en su artículo 9.º, quiere decirse que si por cualquier medio de prueba resultara que las edificaciones cuentan con más de este plazo de duración resultaría evidente la innecesariedad de la licencia.”

Por nuestra parte hemos expresado la misma opinión, precisando que aunque el transcurso de los cuatro años se puede justificar por cualquier medio (acta notarial, documentación fiscal, licencia de ocupación, etc.), no obstante, no es suficiente justificar que han pasado dichos cuatro años, sino que es necesario que el plazo no se hubiere interrumpido, lo cual no se puede acreditar sino con una certificación municipal de que no está tramitándose ningún expediente de disciplina urbanística (8).

2) Postura particular ha sido sostenido por PRETEL SERRANO (9). Según este autor es incorrecto el aplicar la disposición transitoria 6.^a de la Ley a las declaraciones de obra nueva porque ello supone dar por bueno que el contenido del derecho de propiedad viene determinado por el cumplimiento de la legalidad urbanística, cuando el artículo 25 ha de reducirse a sus justos límites y las palabras legislativas han de ser interpretadas no en el sentido de que la disciplina urbanística sea la que condiciona el contenido del derecho de propiedad y las facultades del propietario, sino que lo que significa simplemente es que las consecuencias de la infracción no pueden patrimonializarse, pero precisamente por la infracción cometida, no porque la licencia sea la constituyente del derecho (10). Como consecuencia de ello, dado que el precepto contiene un mandato exclusivamente dirigido a regular la conducta de los Notarios y los Registradores de la Propiedad (11), estos funcionarios

(7) JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, “La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 601, págs. 521 y sigs.

(8) PIEDAD MARÍA PAREJO-MERINO Y PAREJO, *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, Academia Sevillana del Notariado, tomo VI, págs. 446-447.

(9) JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, “La intervención del «técnico competente» del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, págs. 2207 y sigs.

(10) En este mismo sentido, LASO MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 541.

(11) Esta misma argumentación (aunque no extrae las consecuencias anteriores) la utiliza en parte RAFAEL ARNAIZ EGUREN, quien destaca adecuadamente que la disposición transitoria 6.^a no puede aplicarse nada más que al artículo 25.1, pero no al artículo 25.2

han de ajustarse a sus prescripciones desde el momento de su entrada en vigor, pero diferenciando respecto de cada uno de los requisitos que exige. Es decir, la finalidad que persigue el precepto (evitar que puedan cometerse fraudes inmobiliarios o dar apariencia de legalidad a las infracciones urbanísticas) “lleva a la conclusión de que desde el momento en que entró en vigor la Ley el artículo 25 ha de aplicarse a toda declaración de obra nueva cualquiera que sea el tiempo en el que se realizó la construcción; no obstante, ha de hacerse una matización, y es que la anterior afirmación es válida en lo que a la intervención del técnico se refiere, no en cuanto a la existencia de la licencia de edificación, la cual puede suplirse por el transcurso del plazo de cuatro años existente para ejercitar acciones tendentes a restablecer la legalidad urbanística. El argumento lo da no sólo la teleología que ha sido expresada, sino la propia letra del artículo 25, de la que se desprende que el requisito de la intervención del técnico ha de referirse precisamente al momento del otorgamiento de la escritura y, por tanto, es diferenciable en el tiempo del requisito de la licencia” (12).

b) *Criterios que establece la Resolución de la DGRN*

La Dirección General en los dos Considerandos que han sido transcritos anteriormente (v. *supra*) establece los siguientes criterios:

1. Une los números 1 y 2 del artículo 25 de la Ley de Reforma, de tal manera que concluye que el nuevo régimen de declaraciones de obra nueva ha de aplicarse únicamente a aquellas edificaciones sometidas a la nueva normativa del sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas (Considerando 2).

2. Presupuesto lo anterior, entiende que para las construcciones *terminadas* antes de la entrada en vigor de la nueva Ley es de aplicación la disposición transitoria 6.^a y por lo tanto no rige para las mismas el comentado artículo y en ningún caso será de aplicación el requisito de la intervención del técnico competente; pero sí que se cumple la legalidad urbanística o que ya no es posible adoptar medidas de disciplina urbanística. Por ello se establecen distinciones respecto de la forma en que este requisito ha de cumplirse:

- a) Para las construcciones que tuvieran más de cuatro años en el momento de la entrada en vigor de la Ley 8/1990 basta con acreditar el transcurso del período de tiempo aludido, “siempre que no

que es una norma estrictamente registral y notarial pese a su ubicación sistemática *Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, ob. cit., págs. 2157 y sig.

(12) *Ob. cit.*, pág. 2213.

conste en el Registro de la Propiedad la incoación del expediente de disciplina urbanística” (inciso final del Considerando 3). Es decir, basta justificar que ha transcurrido el plazo de cuatro años desde que finalizó la construcción para que no haya de cumplirse ninguna exigencia del artículo 25; dado que durante el período de cuatro años pudo haber iniciado un expediente de disciplina urbanística (en cuyo caso se interrumpe el plazo), ha de justificarse ese extremo negativo y, según la Dirección General, para el Registrador es suficiente con que nada conste en el Registro sobre tal incoación.

- b) Para las construcciones ya realizadas y que tuvieren menos de cuatro años en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley no es necesario que intervenga ningún técnico, pero sí es necesario que se justifique la correspondiente licencia de edificación o que mediante una “resolución administrativa competente” se declare que la construcción ha sido realizada de conformidad con la legalidad urbanística.

Como puede observarse, la Dirección General basa su argumentación en la afirmación de que antes de la nueva Ley había un régimen sustantivo respecto de la accesión distinto al que introduce la nueva normativa, y dado que se afirma en la disposición transitoria 6.^a que si ya no son posibles medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística las edificaciones se entienden incorporadas al patrimonio particular, extrae las consecuencias anteriormente expresadas. Pero esta argumentación, además de ser jurídicamente muy discutible (como veremos a continuación) tiene inconvenientes prácticos. El principal inconveniente se encuentra en que queda sin solucionar el supuesto de las construcciones que siendo de menos de cuatro años de antigüedad en el momento de la entrada en vigor de la Ley vayan posteriormente cumpliendo dicho plazo; según el criterio de la Dirección General nada influirá este sucesivo transcurso del tiempo, pues el cómputo hay que hacerlo precisamente desde el momento de la entrada en vigor del nuevo régimen normativo; pero ello entendemos que no es correcto, ya que la premisa mayor tampoco lo es; es decir, no puede admitirse que la normativa urbanística haya modificado el régimen de la accesión como tan despreocupadamente se afirma en la Resolución. Al análisis de este aspecto pasamos a continuación.

c) *Análisis crítico de la argumentación*

1. Según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el artículo 25 de la Ley 8/1990 forma parte en su integridad del

mecanismo de adquisición gradual de facultades urbanísticas y por lo tanto está justificado que se subordine la constatación tabular de las nuevas edificaciones a la previa justificación del otorgamiento de la oportuna licencia de edificación y a la expedición por técnico competente de la certificación de la finalización de obra conforme al proyecto aprobado (final del Considerando 2). Solamente para las obras concluidas bajo la vigencia de la legislación anterior se producía el juego automático de la accesión y pasaban sin más a formar parte integrante del dominio del suelo (comienzo del Considerando 3). Ambas argumentaciones son inexactas.

Por lo que se refiere a la afirmación de que la actuación de Notarios y Registradores de la Propiedad se encuentra incardinada en el mecanismo de adquisición gradual de facultades urbanísticas, ello implica el desconocer que el precepto, a pesar de su colocación sistemática, es un mandato dirigido directamente a regular la conducta de tales funcionarios. Es una competencia exclusivamente estatal (cfr. art. 149.1.8.^a de la Constitución) de la que no puede hacerse dejación mediante una Ley ordinaria, por lo que la afirmación de que el artículo 25 es legislación básica ha de entenderse circunscrita exclusivamente al número 1 de dicho precepto, no al número 2. Este punto quedó ya suficientemente analizado a propósito del ámbito de aplicación territorial.

Más incorrecto es el argumento de que el instituto de la accesión ha quedado modificado por la nueva Ley.

En los artículos 25 a 28 de la Ley de 1990 (arts. 37 a 41 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992) se regula el llamado “derecho a la edificación”, es decir, “la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada”. Supone el último escalón dentro del sistema de adquisición gradual de facultades establecido en la Ley; se realizará (en las previsiones del legislador) la culminación y finalización del proceso urbanístico, de tal manera que a partir de ese instante dejarán de ser aplicables las disposiciones urbanísticas (excepto en lo que a la obligación de conservación se refiere), pues nos encontramos con el producto final del proceso sobre el que recaerá el estatuto de la propiedad inmobiliaria desde una óptica totalmente distinta. Al final del proceso el terreno respecto del cual no se reconocía otra posibilidad de utilización que la rústica o la agraria se ha convertido en un objeto nuevo, respecto del cual, paradójicamente, se habla ya como un bien de consumo (art. 10 LCU).

En los artículos citados quiere introducirse en apariencia un nuevo derecho, pero el sistema de adquisición gradual de facultades no resiste un mínimo de análisis desde el punto de vista de la técnica jurídica. El legislador de 1990 ha establecido que el contenido urbanístico de la propiedad

se integra mediante la adquisición sucesiva de los derechos a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico a edificar y a la edificación (cfr. arts. 11 Ley 8/1990 y 23 del TR de 1992). Ahora bien, a pesar de esta terminología legal hemos de analizar cuál es la verdadera naturaleza de estas situaciones (13). El derecho subjetivo para que sea tal ha de tener un sujeto, un objeto y un contenido, y si tales requisitos los aplicamos respecto de los pretendidos derechos urbanísticos puede observarse que no siempre se cumplen, ya que ¿dónde está el objeto y el contenido distintos del que es el objeto y contenido del derecho de propiedad? Los pretendidos derechos a urbanizar y a edificar no sin sino facultades integrantes del derecho de propiedad con el que guardan las notas que son propias de las mismas, entre las que hemos de destacar el que carezcan de independencia por estar siempre unidas a una situación jurídica principal.

La conclusión es que si se reconoce el derecho a la propiedad (art. 33 de la Constitución) y se respeta su contenido esencial (arts. 33 y 51 de la Constitución), no puede establecerse una desfiguración del derecho que a través de una ficción legal llevaría a que no se tenga por el propietario el *ius aedificandi*, que es el contenido esencial de su derecho. No puede admitirse la idea de que se va a adquirir la propiedad de lo construido por una especial concesión de la autoridad urbanística y no precisamente por el hecho de que se es propietario. Por ello compartimos la afirmación (relativa al art. 25 de la Ley 8/1990) de que: "... los términos literales, con la expresividad práctica de que sólo si todo va bien la edificación queda incorporada al patrimonio de su titular, son desproporcionados. Debe estimarse fundamentalmente que la trascendencia y singularidad del Derecho urbanístico no destruye todas las instituciones del ordenamiento en base a un "panurbanismo" en el que no se puede caer. Habrá que dar un verdadero sentido a tan pomposa palabra... Un error sustancial de la Ley ha sido confundir el ejercicio obligado de la potestad de restaurar el orden jurídico perturbado con la consolidación patrimonial de las facultades urbanísticas y de los derechos del titular del suelo" (14).

Desde esta perspectiva es desde la que han de interpretarse los artículos de la Ley, y, por tanto, cuando se dice que "la edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular", en realidad lo que se está explicitando son los requisitos necesarios para que se entienda cumplida la legalidad urbanística, no que del cumplimiento de la legalidad urba-

(13) Sobre este punto, para un análisis más detallado, puede verse mi obra anteriormente citada, *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, pág. 428

(14) JOSÉ LUIS LASO MARTINEZ, *La inscripción de declaraciones de obra nueva* .. ob. cit., pág. 541.

nística vaya a hacerse depender el que el propietario vea modificado el contenido esencial de su derecho.

Aparentemente, en contra de esta idea se encuentra la disposición transitoria 6.^a de la Ley 8/1990 (la 5.^a del Texto Refundido de 1992). No obstante, en realidad lo que esta disposición pone de manifiesto es que la única posibilidad de reacción que cabe contra la infracción urbanística es la disciplina de la misma naturaleza; por ello habla de “medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística”; la expresión de que “se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular” las construcciones realizadas conforme a la legalidad urbanística es una auténtica tautología, es decir, una repetición inútil.

Esta idea aparece reforzada si se analizan los artículos 27 y 28 de la Ley de 1990 (40 y 41 del TR de 1992). Según el primero de los preceptos, cuando una resolución administrativa o judicial declare ilegal una licencia deberá notificarse al Registro de la Propiedad para su debida constancia. Ya hemos apuntado anteriormente (v. ámbito de aplicación territorial) que aunque aparentemente se esté reforzando la eficacia registral respecto del cumplimiento de la legalidad urbanística, ello no es así si se piensa en los casos en los que el Registro no llega a entrar en juego; es decir, para el supuesto en el que no se comunique al Registro de la Propiedad la declaración de ilegalidad no por eso va a aumentar la protección registral, ya que aunque el artículo 38 de la Ley Hipotecaria hace que deba presumirse que los derechos existen en la forma determinada por el asiento respectivo, dicha presunción cede siempre ante la comprobación de la realidad extraregistral y nunca puede servir de soporte para recabar la protección de la fe pública.

Por lo que se refiere al artículo 28 (41 del TR), el precepto contempla la hipótesis según la cual el plan de ordenación urbana concede a una parcela un aprovechamiento real superior al que corresponde al propietario con arreglo a las normas de cálculo de aprovechamiento tipo; ante tal situación el propietario debió de adquirir a otro propietario a atribuir de otras parcelas de las que él es dueño a esa parcela nuevas unidades de aprovechamiento, pero, no obstante, no lo ha hecho y ha ejecutado la construcción (siendo esta construcción conforme con la ordenación urbanística); ante tal situación de posible enriquecimiento, más allá de la idea de equidistribución de cargas y beneficios, la Ley impone abonar a la Administración el valor urbanístico del exceso, salvo si se trata de terceros amparados por la protección registral, pues en este caso el pago debe hacerlo el propietario u otras personas que le hayan sucedido. La importancia de este artículo se encuentra en que cuando no hay infracción de la legalidad y por lo tanto no es posible ejercitar medidas de disciplina urbanística, se pone de manifiesto que el propietario hace

suya la edificación por encima de las vacías palabras de adquisición de derecho al aprovechamiento urbanístico, a edificar o a la edificación; es la fuerza del dominio, el derecho de propiedad, el que hace que el propietario quede dueño de lo construido.

La conclusión que ha de extraerse de esta argumentación es que frente a lo dicho por la Dirección General el instituto de la accesión no ha sido modificado y, además, la actuación de Notarios y Registradores de la Propiedad no debe mezclarse con el sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas. Ello tiene importantes consecuencias prácticas como destacaremos.

2. La segunda afirmación que realiza la Dirección General y que es necesario comentar es la de que es obligado que conste en el Registro de la Propiedad la iniciación de expedientes de disciplina urbanística (Considerando 3, inciso final). Ignoramos de dónde se extrae la argumentación (que no se da) para realizar tal afirmación. En la disposición adicional 10.3 de la Ley 8/1990 (art. 307 TR) no se dice que la constancia registral sea obligatoria; el precepto está encabezado por la expresión “serán inscribibles”, que no es sino reproducción de la misma expresión del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, precepto que puede servir de apoyo para defender el carácter voluntario de la inscripción, pero no el obligatorio. Una cosa es que para destruir la apariencia de legalidad que existe en los libros registrales deba hacerse constar la iniciación de los expedientes de disciplina urbanística a fin de que terceras personas tengan un mejor conocimiento, y otra muy distinta afirmar que dicha constancia es obligatoria, de tal manera que, en otro caso, la eficacia de la disciplina urbanística queda mermada.

Frente a la afirmación de la resolución ha de sostenerse que la no constancia del expediente de disciplina urbanística para nada ha de influir en la protección registral ni tampoco en la actuación del Registrador de la Propiedad.

3. Llega el momento de extraer las consecuencias prácticas de las anteriores argumentaciones; éstas son las siguientes:

- a) Frente a la postura de la Dirección General de que el plazo de cuatro años que permite no tener que justificar que se ha obtenido la oportuna licencia para edificar sólo es aplicable respecto de las obras que tuvieran esa antigüedad en el momento de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, sostenemos que también es aplicable a aquellas construcciones que vayan cumpliendo con posterioridad dicha antigüedad, tanto si son anteriores a la nueva norma como si lo son posteriores. Otra cosa supondría confundir el régimen de disciplina urbanística con el estatuto jurídico de la propiedad urbana.

- b) Frente a la afirmación de que es obligatorio la constancia de la incoación de los expedientes de disciplina urbanística en el Registro de la Propiedad a fin de que el Registrador pueda calificar que ha habido interrupción del repetido plazo de cuatro años, sostenemos que el único medio de probar que dicha interrupción no se ha producido es mediante declaración de la entidad que podría haberlo hecho. Es decir, el Registrador de la Propiedad no ha de contentarse con que se le justifique que la construcción tiene más de cuatro años, sino que ha de exigir que se acompañe certificación expedida por la autoridad urbanística de que no se ha incoado ningún tipo de expediente.

APLICACIÓN MATERIAL DEL ARTÍCULO 25.2 (37.2 TR).

EL CONCEPTO DE OBRA NUEVA

A este punto se refiere la Resolución de 28 de abril de 1992. El supuesto de hecho que contempla es el siguiente: Un edificio está inscrito en el Registro de la Propiedad con cuatro plantas de altura y se ha constituido el régimen de propiedad horizontal. En posterior escritura la planta baja se divide en dos superpuestas y se acompaña un certificado del Arquitecto municipal en el que se afirma que el desdoblamiento es conforme con la legalidad urbanística.

La escritura es denegada por el Registrador por entender que han de cumplirse los requisitos establecidos para las declaraciones de obra nueva y por vulnerarse la legalidad urbanística dado que las normas subsidiarias y complementarias de planeamiento sólo permiten cuatro alturas. El Notario, por su parte, sostiene que no hay declaración de obra nueva, sino solamente aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal sobre la división de locales y que, además, el certificado del técnico municipal acredita que se cumple con la legalidad urbanística.

La Dirección General establece en su Resolución:

“Primero. La primera cuestión que se plantea es si la división de la planta de un edificio sujeto a un régimen de propiedad horizontal en dos plantas superpuestas, realizada por el dueño, debe ser inscrita como simple acto de división de uno de los locales integrados en este régimen o si ella debe considerarse como modificación de la obra nueva declarada e inscrita y sujeta por tanto al régimen de acceso de una obra nueva al Registro. Es claro que se trata de una modificación que afecta a la estructura esencial del edificio y pone en cuestión si con esta nueva estructura la edificación está ajustada a la legislación urbanística. Son, pues, aplicables para el

acceso de esta modificación del edificio al Registro las prescripciones del artículo 25 de la Ley 8/1990...”

Segundo. Determinado que deben cumplirse las prescripciones establecidas para la obra nueva, queda por decidir si en el presente caso ha quedado acreditado, conforme a las prescripciones aplicables, que el desdoblamiento de una planta en dos se ajusta a la legislación urbanística. Pues bien, para tal fin no es suficiente por sí sola la certificación de un técnico, incluso de un arquitecto municipal. El artículo 25 de la Ley 8/1990 exige una doble titulación: 1.º La licencia de edificación (o la resolución o resoluciones administrativas competentes que hayan alterado sus términos). 2.º El certificado del técnico de que la obra se ajusta al proyecto aprobado...”

“Tercero. Presentes las normas que rigen la eficacia de los actos administrativos, es prematuro el juicio del Registrador por el que sin conocer los términos de la licencia y sus incidencias estima que existe defecto insubsanable, consistente en que el edificio —según estima el Registrador— al tener cinco plantas resulta prohibido por las normas subsidiarias y complementarias del planeamiento. Por los títulos presentados no puede todavía conocerse si hay o no defecto que pueda ser apreciado por el Registrador con el carácter de insubsanable...”

Dos son las cuestiones que han de ser analizadas: *a)* cuando nos encontramos ante una obra nueva que exigirá el cumplimiento de lo establecido en la normativa urbanística, y *b)* hasta dónde ha de llegar la calificación notarial y registral en el control de la legalidad urbanística.

A) Obra nueva urbana

Saber cuándo nos encontramos ante una obra nueva es decisivo, pues de ello dependerá el necesario cumplimiento o no de los controles establecidos en la Ley del Suelo. Este tema ha sido objeto de comentario con anterioridad en un trabajo ya citado (15) al que seguiremos en este punto.

El concepto de declaración de obra nueva es estrictamente hipotecario y notarial y parecería que la remisión a dicha legislación es suficiente para saber cuándo estamos ante una obra nueva. Pero ni el artículo 208 de la Ley Hipotecaria ni en el 308 del Reglamento Hipotecario se da ningún concepto, sino que simplemente se alude a “nuevas plantaciones” y a “construcción de edificios o mejora de una finca urbana”, centrándose la regulación en los tipos, clases o medios a través de los cuales puede lograrse hacer constar

(15) PIEDAD MARIA PAREJO-MERINO Y PAREJO, *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, ob. cit., págs. 443 y sigs

en el Registro de la Propiedad la modificación de la finca inmatriculada. Ante esta situación es necesario hacer las siguientes puntualizaciones: 1.^a La Ley 8/1990 no altera para nada los mecanismos registrales, luego ha de seguir estándose a los cuatro procedimientos que se desprenden de la normativa hipotecaria. 2.^a Tampoco se alteran (salvo en lo que es objeto del artículo de la Ley de 1990) los requisitos, entre los que destacan el que sólo puede hacer la declaración quien es titular de la finca. 3.^a Dado que tienen cabida cualesquiera alteraciones de la finca, no existe una determinación de cuáles han de ser los datos que se contengan en la descripción a realizar. 4.^a Debe recordarse que es suficiente con que la construcción esté simplemente comenzada.

Empezando por el final, recordemos que opiniones doctrinales anteriores entendían que para que estuviéramos ante una “construcción comenzada” era suficiente que el edificio hubiera quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes. Así opinaba MANUEL DE LA CÁMARA, y dichas opiniones aparecen reforzadas con la actual regulación, si bien con un notable énfasis en la necesidad de aprobación oficial, ya que para que pueda concederse la licencia de obras (y por lo tanto pueda hacerse la escritura de declaración de obra nueva) es necesario que exista el oportuno proyecto; con ello se introduce una mínima exigencia, pues la escritura notarial y la inscripción registral harán referencia a una construcción que si aún no ha sido realizada por lo menos está autorizada.

La segunda precisión que ha de hacerse se refiere a si el artículo 25.2 (art. 37.2 TR) introduce o no el requisito de que la descripción que se haga de la obra deba contener unas determinaciones mínimas, tanto si se trata de obra finalizada como de obra en construcción. Para contestar a esta pregunta hay que tener en cuenta que para la declaración de obra nueva la legislación hipotecaria y notarial no especifican la forma y el detalle con que ha de hacerse la descripción; por otro lado, también ha de resaltarse el que la declaración de obra nueva normalmente es el paso previo para la constitución del régimen de propiedad horizontal, si bien ambas escrituras e inscripciones no tienen por qué estar conectadas.

Aparece por lo tanto la posibilidad de que la escritura de la declaración de obra nueva sea muy escueta en su descripción y posteriormente en la constitución del régimen de propiedad horizontal (donde ya no se darían los mecanismos de control urbanístico) se llevara a cabo una vulneración de la legalidad urbanística, por ejemplo, señalando un número mayor de pisos (el supuesto de la resolución) o locales de los realmente existentes.

La Ley 8/1990, cuando se trata de obra nueva en construcción, especifica que ha de justificarse que la descripción se ajusta al proyecto para el que se

obtuvo la licencia; y cuando de obra nueva terminada se trata, se habla de que la obra sea conforme con el proyecto aprobado; ¿cuál es el sentido de esas expresiones? Entre dos posiciones extremas posibles cabe una solución intermedia. En efecto, pretender exigir que la escritura notarial recoja todo el proyecto (cuando se trata de obras en construcción) es absurdo, puesto que el mismo contiene especificaciones cuya inclusión para nada sirve de cara al Registro de la Propiedad; además, cuando se trata de obra que ya ha sido realizada, difícilmente existe un acomodo absoluto entre lo proyectado y lo construido. Pero si se quisiera defender la solución contraria, es decir, que la declaración de obra nueva sea muy genérica en sus datos, con ello se podría fácilmente vulnerar la *ratio* del precepto, ya que ante la no expresión de unos mínimos requisitos difícilmente podría decirse que la simple declaración de que se ha construido una edificación no es conforme con el proyecto para el que se dio la licencia. La solución ha de darnosla una interpretación teleológica, de tal manera que si se trata de evitar el posible fraude de que nazcan al mundo registral fincas que no están en la realidad, la declaración de obra nueva ha de contener por lo menos los datos que su inclusión y subsiguiente control eviten aquel peligro; tales datos no pueden ser otros que los de la superficie ocupada (o susceptible de ocupación), el número de plantas de la edificación y el número de unidades máximo que son susceptibles de pasar a ser fincas independientes en una posible propiedad horizontal. Ello puede plantear algún problema en la práctica, puesto que cuando se trata de locales comerciales es frecuente el que constituyan una sola finca en la propiedad horizontal, que posteriormente se irá dividiendo o fragmentando según las compras que sean realizadas.

El inconveniente se salva en el sentido que se desprende de la resolución: podrán realizarse mediante el régimen de la propiedad horizontal todas las alteraciones que se considere conveniente en la descripción, salvo que afecten a la *estructura esencial del edificio*, ya que si así ocurriera nos encontraríamos con que en la dicha propiedad horizontal existiría una declaración de obra nueva encubierta y debería aplicarse el mecanismo de control de la legislación urbanística.

Ahora bien, ¿cuándo estamos ante un supuesto que se regirá exclusivamente por la Ley de Propiedad Horizontal y cuándo será necesario, además, exigir la licencia urbanística y la declaración del técnico competente? La respuesta no es sencilla. Si tenemos en cuenta el artículo 242 del Texto Refundido de 1992 (se corresponde con el 178 del TR de 1976), resulta que están sujetos a licencia las obras de nueva planta y (en lo que aquí nos interesa) la modificación de estructura o de aspecto exterior de las edificaciones. El Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978 especifica que también necesitan licencia las obras que modifiquen la disposición interior de los edificios, cualquiera que sea su uso (art. 1.5).

La solución a la que ha de llegarse es que, dado que el concepto de obra nueva es muy amplio (“construcción de edificio o mejora de finca urbana” según el art. 208 LH), también ha de darse una respuesta que lleve a un control amplio. No obstante, intentaremos hacer dos distinciones:

1) No ha de existir duda en exigir que toda alteración que se haga de la descripción de la estructura del edificio (nuevas plantas, nueva superficie, construcciones anejas...) exigirá que además del cumplimiento de la normativa sobre propiedad horizontal (si la misma está constituida) deba cumplirse con la normativa del comentado artículo 25.2 de la Ley 8/1990 (actual art. 37.2 TR), y ello aunque no se realice la alteración de la descripción mediante una expresa declaración de obra nueva, sino sólo a través del régimen de propiedad horizontal, ya que dicha declaración de obra nueva se estará haciendo en forma embebida en los títulos referentes al inmueble (art. 308.1.º RH).

2) Para aquellos supuestos en los que los pisos o locales se dividen para formar otros más reducidos e independientes, o se aumentan o disminuyen por agregación o segregación, hay que diferenciar. Si la escritura se limita a hacer la oportuna modificación en el título constitutivo pero no altera la descripción de la distribución interna (por ejemplo, agregación de dos pisos colindantes respecto de los cuales no se ha hecho —o no se indica que se haya hecho— ningún tipo de obra), solamente habrá que tener en cuenta las exigencias de la normativa de la propiedad horizontal (art. 8 de su Ley especial).

Pero si la escritura sólo afecta al título de la propiedad horizontal (cuotas, número de elementos, etc.), sino también a la estructura del edificio (apertura de nuevas salidas a elementos comunes, alteración de la descripción interior de los pisos o locales, etc.), dado que estamos ante una obra respecto de la que se exige la preceptiva licencia, habría que concluir la aplicabilidad de los mecanismos de control notarial y registral para el acceso al Registro de la Propiedad.

Esta solución puede suponer un cierto retraimiento de los particulares a la hora de formalizar las escrituras de obra nueva que afecten a pequeñas modificaciones. Por ello es necesario realizar mayores puntualizaciones. Hay que recordar que el concepto de obra nueva desde el punto de vista hipotecario no tiene por qué coincidir con el de “obra que necesita licencia” desde el punto de vista urbanístico, de tal manera que determinados supuestos que necesitan licencia de obra para llevarlos a cabo, hipotecariamente podrían entenderse como simples modificaciones de descripción de las fincas (que cuando se trata de propiedad horizontal ha de ser más completa —R. 22 diciembre 1986—), sin llegar a tener la consideración de declaración de obra nueva y, por lo tanto, sin necesidad de que Notarios y Regis-

tradores de la Propiedad tengan que entrar a controlar la legalidad urbanística de las pequeñas modificaciones que no supongan una alteración esencial del edificio. Si dicha legalidad urbanística no se hubiere cumplido, siempre será posible adoptar medidas de disciplina, incluso con reflejo registral (art. 307.3 TR 1992).

Para una mayor claridad sugerimos desde aquí que en la necesaria reforma del Reglamento Hipotecario que ha de hacerse se establezca la no aplicabilidad del artículo 25.2 (actual 37.2) a este tipo de pequeñas obras de reforma interior; ello no supondría vulnerar la jerarquía normativa, puesto que, como hemos visto, el concepto de obra nueva hipotecario es independiente del de obra en sentido urbanístico y, además, la exigencia de licencia para este tipo de obras deriva no tanto de la Ley como del Reglamento de Disciplina Urbanística.

B) *Alcance del control de la legalidad urbanística por Notarios y Registradores de la Propiedad*

El comentario de este punto viene motivado por la afirmación que hace la Dirección General de que el Registrador de la Propiedad no puede calificar como defecto insubsanable el levantar cinco plantas en un edificio cuando, según las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento, sólo son posibles cuatro.

Lo que se desprende de esta afirmación es que la colaboración de Notarios y Registradores de la Propiedad han de prestar no ha de llegar al extremo de asumir las competencias que a otros órganos corresponde. Con anterioridad hemos dicho (16) que Notarios y Registradores de la Propiedad no son los órganos a los que compete el control de la legalidad urbanística, aunque se recabe su colaboración, de tal manera que su actuación no ha de llegar al extremo de calificar el contenido y legalidad de la licencia municipal, sino que únicamente han de examinar aquello que se desprende del artículo 25.2, es decir, el que la licencia que se ha concedido lo es precisamente para la finca sobre la que se realiza o va a realizar la construcción. Lo relativo a la coincidencia entre la licencia y la descripción de la obra nueva ha de entenderse que queda bajo la responsabilidad del técnico que certifica dicho extremo. Tampoco es posible la apreciación de la caducidad de la licencia por los Notarios y Registradores, dado que la misma ha de ser formalmente declarada (art. 35.2 TR). Si se trata de obra que ya está construida no existe hoy posibilidad de averiguar si existe o no caducidad, por muy antigua que la licencia fuere, ya que la declaración de obra nueva

(16) Última obra citada, pág. 447.

no es obligatoria; ahora bien, si se trata de obra en construcción y se observa que la misma no se ha finalizado todavía a pesar de que ha transcurrido en exceso el plazo señalado en la licencia (art. 35.1 TR), una medida de prudencia puede consistir en exigir del declarante que exprese formalmente que no se ha declarado la caducidad de la licencia, ya que ello equivaldría a su falta según se deduce del artículo 36 del nuevo Texto Refundido.

PIEDAD MARÍA PAREJO-MERINO Y PAREJO
Notario
Doctor en Derecho

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho comunitario

1) *Convenio sobre libros del estado civil.*—En el *Boletín Oficial del Estado* del 27 de mayo se publica el instrumento de ratificación del Convenio sobre reconocimiento y actualización de los libros de estado civil, hecho en Madrid el 5 de septiembre de 1990.

Dicen así sus primeros cuatro artículos:

Artículo 1.º 1. A efectos del presente Convenio, por libro de estado civil se entenderá un documento expedido en virtud de la Ley por un encargado del Registro Civil y destinado a recoger el contenido de las inscripciones originarias y de los asientos ulteriores de las actas del Registro Civil relativas al nacimiento, el matrimonio y la defunción.

2. Las inscripciones y asientos del Registro Civil consignadas en esos libros irán provistos de la fecha, firma y sello o timbre de la autoridad que los haya consignado.

Art. 2.º Cada Estado contratante reconocerá, sin legalización ni formalidad equivalente, a los libros a que se refiere el artículo 1.º y expedidos en otro Estado contratante, el valor probatorio que reconoce a las certificaciones en extracto de actas del Registro Civil expedidas en dicho Estado.

Art. 3.º Cuando los libros se ajusten al modelo anexo al Convenio sobre creación de un libro de familia internacional, firmado en París el 12 de septiembre de 1974, o contengan los códigos correspondientes a una codificación aprobada por la Comisión Internacional del Estado Civil, no podrá exigirse su traducción; en su defecto, la autoridad ante la que se exhibe podrá pedir su traducción.

Art. 4.º Cuando el encargado del Registro Civil de uno de los Estados contratantes extienda un acta del Registro Civil, actualizará sobre la base de esa acta, cuando se le presenten, los libros expedidos por el encargado del Registro Civil de otro Estado contratante.

2. *Modificación del Convenio entre España y Finlandia sobre doble imposición.*—En el *Boletín Oficial del Estado* del día 28 de julio se publica

el canje de notas modificando dicho Convenio para evitar doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, fechado en Madrid el 27 de abril de 1990.

La modificación consiste en lo siguiente:

1. El párrafo 3 del artículo 2.º del Convenio se suprimirá para ser reemplazado por lo siguiente:

“3. Los impuestos actuales a los que el Convenio se aplica son:

a) En España:

1. El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
2. El Impuesto sobre sociedades.
3. El Impuesto sobre el Patrimonio.
4. Los impuestos locales sobre la renta y el patrimonio.

b) En Finlandia:

1. El Impuesto estatal sobre la Renta y el Patrimonio (*valtion tuloja varallisuusvero*).
2. El impuesto local (*kunnallisvero*).
3. El impuesto religioso (*kirkollisvero*).
4. El impuesto retenido en la fuente sobre las rentas de los no residentes (*lahdevero*).

B) Leyes españolas

Reseñamos las siguientes:

— Ley 18/1992, de 1 de julio, que deroga la Ley de Inversiones Extranjeras de 1986 para poner esta materia a tono con la Directiva del Consejo de la CEE 88/361, de 24 de junio de 1988, pasando a regularse todas estas cuestiones por los Reales Decretos 671 y 672 de 2 de julio, cuyos textos también se recogen en el presente número.

— Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulación hipotecaria.

— Ley 20/1992, de 7 de julio, que modifica la Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

— Real Decreto-Ley 3/1992, de 21 de julio, de medidas presupuestarias urgentes, que modifica el tipo de IVA, las escalas de retenciones del Impuesto sobre la Renta y otros aspectos de la Seguridad Social bien conocidos por su difusión.

C) Comunidades Autónomas

En los respectivos *Boletines Oficiales* de las distintas Comunidades han aparecido las siguientes normas de rango legal:

Andalucía.—Ley Forestal de 15 de julio de 1992.

Baleares.—Ley de 6 de mayo que modifica la Ley de Disciplina Urbanística de las islas en su disposición final 1.^a

Extremadura.—Ley de 9 de julio de patrimonio de la Comunidad Autónoma.

Valencia.—Ley de 5 de junio de 1992 sobre suelo no urbanizable.

II. Información de actividades

1. *Encuentros sobre condiciones generales de la contratación y protección del consumidor*.—Se han celebrado en Palma de Mallorca durante los meses de mayo y junio, con las siguientes ponencias:

— “Una panorámica general sobre las condiciones generales y la protección al consumidor”, por XAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ, Magistrado-Catedrático de Derecho civil.

— “Caracterización jurídica de los contratos bancarios”, por SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL, Abogado.

— “La función notarial ante las condiciones generales de la contratación”, por FRANCISCO CUENCIA ANAYA, Notario y decano del ilustre Colegio de Sevilla.

— “El Registro de la Propiedad y la protección de los consumidores”, por JOSÉ POVEDA DÍAZ, Registrador de la Propiedad y decano del ilustre Colegio Nacional.

— “El contenido natural del contrato y la protección de los contratantes”, por SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA, Profesor titular de Derecho civil UIB.

— “Problemática del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, por JAVIER MUÑOZ JIMÉNEZ, Magistrado.

— “Las nuevas exigencias normativas de los contratos celebrados bajo condiciones generales”, por MIGUEL COCA PAYERAS, Catedrático de Derecho civil UIB.

2. *Jornadas sobre créditos hipotecarios, pólizas de crédito y protección de los consumidores*.—Organizadas por la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito se celebraron en Madrid el día 10 de junio, con el programa que sigue:

— “Los préstamos y créditos con garantía hipotecaria: naturaleza y contenido. La cesión de créditos hipotecarios”, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Catedrático de Derecho civil y Registrador de la Propiedad.

— “Cláusulas relativas a intereses, interés variable y demora. Cláusulas relativas al incumplimiento, vencimiento anticipado y otras causas de resolución”, por PEDRO AVILA NAVARRO, Registrador de la Propiedad.

— “Las cláusulas de los préstamos y créditos hipotecarios y la protección de los consumidores”, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad.

— “Las recientes medidas urgentes de reforma procesal; cláusulas de sumisión. La fuerza ejecutiva de la póliza de crédito y la jurisprudencia constitucional. La protección de los consumidores”, por VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho procesal.

— “La ejecución de los préstamos y créditos hipotecarios: especial referencia al Real Decreto 290/1992 sobre ejecución extrajudicial de hipotecas”, por CARMEN DE GRADO SANZ, Registradora de la Propiedad.

— “La incidencia de la Ley 8/1990 de reforma de régimen urbanístico y valoraciones del suelo en los créditos hipotecarios y de las normas reguladoras de las viviendas de protección oficial”, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad excedente y Abogado.

3. *Jornadas sobre desarrollo del mundo rural en España.*—Organizadas por el Ministerio de Agricultura se han celebrado en Madrid en los días 29 y 30 de junio, con las siguientes ponencias:

— “Presentación del estudio sobre el mundo rural”, por JUAN RAMÓN CUADRADO ROURA, Universidad de Alcalá de Henares.

— “Perspectivas del escenario agrario”, por CARLOS TIÓ SARALEGUI, Universidad Politécnica de Madrid.

— “Demografía del mundo rural”, por JOSÉ LUIS CALVO PALACIOS, Universidad de Zaragoza.

— “Disparidades de bienestar social en el mundo rural”, por JOSÉ MANUEL GARCÍA DE LA CRUZ, Universidad Autónoma de Madrid.

Además en varias mesas redondas se debatieron diversos temas relacionados con la cuestión central; hubo muy numerosa asistencia y los temas suscitaron gran interés.

4. *Curso de verano de la UNED.*—En Avila ha tenido lugar en los días 6 al 10 de julio el curso sobre “La vivienda en España y su financiación”, habiéndose expuesto las siguientes ponencias relacionadas con este tema:

— “La posición de la iniciativa privada ante la nueva legislación sobre la vivienda”, por MANUEL MARTI FERRER, Gerente de la Asociación Nacional de Promotores-Constructores.

— “Oferta, demanda y precio de las viviendas en la España actual”, por SANTIAGO GARRIDO BUJ, UNED.

— “Las Cajas de Ahorro y la financiación de la vivienda en España”, por AURELIO VALLESPÍN, Secretario técnico de la presidencia de IBERCAJA.

— “La secularización del crédito hipotecario”, por RODOLFO DEL OLMO, Subdirector de inversiones del Instituto de Crédito Oficial.

— “El Banco de Crédito Hipotecario y la financiación de la vivienda en España”, por JULIO RODRÍGUEZ LÓPEZ, Presidente del Banco de Crédito Hipotecario.

— “La vivienda que crece: una alternativa a los problemas de financiación”, por FRANCISCO PUENTES LÓPEZ, Presidente de CRECIENDA.

— “La situación de la vivienda en España y el plan cuatrienal 1992-1995”, por JESÚS LEAL MALDONADO, de la Universidad Complutense y Presidente de la comisión de expertos que elaboró el informe sobre la vivienda para el MOPT.

— “Las cooperativas de viviendas en España”, por ANTONIA PILAR GÓMEZ APARICIO, Universidad Complutense.

— “Cómo financiar la compra de una vivienda: Análisis de la oferta crediticia”, por SANTIAGO GARRIDO BUJ, UNED.

— “El Registro de la Propiedad y la financiación de la vivienda: hipoteca y *leasing*”, por JUAN JIMÉNEZ DE LA PEÑA, Registrador de la Propiedad.

5. *Grupo de trabajo sobre estructuras agrarias.*—Convocados por la Secretaría General de Estructuras Agrarias del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación se han reunido diversos profesores universitarios y profesionales, durante los días 20 y 21 de julio, en la finca Encomienda de Mudela, de Ciudad Real, con el fin de estudiar las posibles medidas legislativas encaminadas a la mejora de las estructuras agrarias.

Los Registradores de Madrid don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA y don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS aportaron comunicaciones sobre las modificaciones deseables en las Leyes de Arrendamientos Rústicos, Unidades Mínimas de Cultivo, Explotaciones Familiares Agrarias y en el retracto de colindantes del artículo 1.523 del Código Civil, y sobre la conveniencia de regular legalmente las agrupaciones conocidas con el nombre de Sociedades Agrarias de Transformación. Las exposiciones de ambos fueron acogidas con interés y se ha solicitado su colaboración para elaborar los proyectos de normas correspondientes.

6. *Curso de verano de la Universidad Complutense en El Escorial.*—Durante los días 4 y 5 de agosto, bajo el título de “Análisis de las consecuencias de la reforma mercantil”, se ha desarrollado el tema a cargo del Colegio de Registradores, con el siguiente programa:

Día 4:

— “La sociedad anónima: su cesión de importancia respecto a la sociedad limitada”, por MANUEL GONZÁLEZ MENESES ROBLES, Registrador Mercantil, Madrid.

— “La sociedad de responsabilidad limitada: pasado, presente y futuro”, por JUAN PABLO RUANO BORRELLA.

— “Valoración de la reforma mercantil”, mesa redonda. Participantes: GABRIEL RUIZ MEDINA, Jefe de la sección de legislación del periódico *5 Días*; RAFAEL DE ALDAMA CASO, Abogado del Estado excedente, Director del Departamento de Asuntos Legislativos de la CEOE; NICOLÁS MORENO BADÍA, Notario de Madrid; BELÉN VELEIRO REBOREDO, Letrada del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España; JOSÉ M.^a MÉNDEZ-CASTRILLÓN FONTANILLA, Registrador Mercantil de Madrid.

Día 5:

— “El nuevo Registro Mercantil: organización, funcionamiento y principios. Posibilidades en el futuro”, por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil de Barcelona.

— “Las nuevas funciones del Registro Mercantil. Su significado en los dos primeros años de aplicación”, por MANUEL CASERO MEJÍAS, Registrador Mercantil de Madrid y Censor-Interventor del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

— “El nuevo Registro Mercantil”, mesa redonda. Participantes: RAFAEL MINER GUERRERO, Jefe de la Sección de Normas y Tributos del diario *Expansión*; JOSÉ ANTONIO CALVO GONZÁLEZ DE LARA, Registrador Mercantil de Madrid y Registrador encargado del Registro Mercantil de Madrid; TOMÁS FERNÁNDEZ DE PINEDO, Abogado y socio-director de los Servicios Legales de *Price-Waterhouse*; MARÍA CRISTINA SANTAOLALLA LÓPEZ, Subdirectora General del Notariado y de los Registros; JOSÉ POVEDA DÍAZ, Registrador de la Propiedad de Fuenlabrada y decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 17 de octubre de 1992.—REGLAMENTO DE LA LEY DE COSTAS.—Conflictos de competencias interpuesto por diversas Comunidades Autónomas.—Pleno.—Ponente: Don Francisco Rubio Llorente.

Antecedentes.—Las Comunidades del País Vasco, Andalucía, Islas Baleares y Cataluña promovieron diversos conflictos de competencias que se han acumulado y resuelto en esta sentencia.

Fallo.—Estimar parcialmente los conflictos positivos de competencia interpuestos por el Gobierno Vasco, la Junta de Andalucía, el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares y la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos del Reglamento General para el Desarrollo y Ejecución de la Ley de Costas, aprobado por Real Decreto 147/1989, de 1 de diciembre, y en consecuencia:

1.º Declarar que invaden las competencias de las Comunidades Autónomas y son nulos de pleno derecho los siguientes artículos:

48.1 (en cuanto atribuye a la Administración del Estado el otorgamiento de autorizaciones en la zona de servidumbre de protección; 49, en sus apartados 2, inciso “en el servicio periférico de costas”; 3, la referencia inicial al “servicio periférico de costas”; 4, inciso “Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo”, y 5, la referencia inicial al “Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo”; 50; 67, el inciso “del Estado”; 71-74 (y en consecuencia todas las referencias que a las normas aprobadas de acuerdo con estos preceptos se hacen en los arts. 101.3, 109.1 y 5; 111.1; 114.2 y disposición transitoria 10); 77, el inciso “de oportunidad y otras”; 103, apartados 2 y 3; 107.2; 203.1, apartados *b)* (en cuanto incluye las autorizaciones en la zona de protección), *h)* (en cuanto referido a los vertidos de tierra a mar) y *l)* (en cuanto se refiere a la inspección y coordinación del cumplimiento de los tratados internacionales por las Comunidades Autónomas); 204.1.*d)*, el inciso “sobre acuicultura”; 211, y las disposiciones transitorias 13.1.*c)*, el inciso “de la Administración del Estado”, 13.3, el inciso “por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo”; 18.1, el término “del Estado”, y 18.2, inciso “el servicio periférico de costas”.

2.º Declarar que no son inconstitucionales si se interpretan en el sentido que se expone en los fundamentos jurídicos de esta sentencia que a continuación de cada uno de ellos, entre paréntesis, se indican, los artículos siguientes:

9.3 [FJ 2.f)]; 47 [FJ 3.a)]; 67, el inciso “y se distribuirá de forma homogénea” [FJ 4.A.b)]; 79.2 [FJ 4.A.d)]; 90.1 (FJ 4 *in limine*); 110.1 [FJ 4.i).l)]; 133.1 [FJ 4.i).l)]; 134 (FJ 4.E); 140.2 [FJ 4.i).l)]; 203.1, subapartados c), g), e) e i) [FJ 7]; 205.1 [FJ 7]; 206 4 [FJ 7]; 208 [FJ 7]; y disposición transitoria 14 [FJ 8.c)].

3.º Desestimar los conflictos de competencia en todo lo demás.

Fundamentos jurídicos. 1. En los presentes conflictos positivos de competencia acumulados, con la excepción del planteado por la Junta de Andalucía, los promovidos por el Gobierno Vasco, la Generalidad de Cataluña y el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares combaten la mayor parte de los preceptos del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, que aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988 de Costas (en adelante, LC). En todos ellos se reproducen en lo sustancial las argumentaciones de carácter general ya expuestas en los recursos de inconstitucionalidad planteados por dichos órganos contra la LC, proyectándolas, con algunas excepciones, sobre los preceptos reglamentarios ahora impugnados. Este planteamiento, que es el seguido también en las alegaciones del Abogado del Estado, obliga a que para la resolución de los presentes conflictos haya de partirse, dándola por reproducida a fin de evitar superfluas repeticiones, de la fundamentación jurídica general y específica que ya se expusiera respecto de los preceptos de Ley recurridos por razones de orden competencial en nuestra anterior STC 149/1991. Por ello, en todos aquellos casos en los que el precepto reglamentario es simple reproducción del correlativo precepto de la LC o, aun no siéndolo, se impugna por las mismas razones utilizadas para atacar el artículo de la LC que viene a desarrollar, la fundamentación de nuestra decisión se hará por simple remisión a la STC 149/1991, con indicación de los fundamentos jurídicos de la misma en los que se analizan los artículos correspondientes de la referida Ley.

Hecha esta precisión inicial y antes de proceder al análisis de cada uno de los preceptos objetivo de la controversia suscitada, aún no preciso realizar otra más, de orden procesal, respecto de la objeción que formula el Abogado del Estado en atención a la falta de cita expresa en el requerimiento de incompetencia dirigido al Gobierno por la Generalidad de Cataluña de los preceptos del Reglamento que reproducen literalmente preceptos de la Ley también recurridos por el órgano ejecutivo catalán. A su juicio, esta omisión determina que dichos preceptos deberán quedar fuera de este Tribunal, pero esta opinión no puede ser acogida. Con independencia de la nula trascendencia que tal limitación tendría, toda vez que, como el propio representante del Gobierno de la Nación reconoce, la invalidación de los artículos o de parte de los artículos de la Ley se extenderá *ipso iure* al enunciado reglamentario que lo reproduce, en el presente caso no puede considerarse incumplido el requisito del requerimiento previo, puesto que expresamente se advirtió en el mismo que la no enumeración de los preceptos del Reglamento que reproducen los de la Ley, y que fueron ya impugnados en el recurso de inconstitucionalidad, “no se debe a un cambio en la actitud frente a ellos (...), sino a que, en aras del principio de economía procesal, no se considera necesario repetir las impugnaciones y alegaciones que ya han sido residenciadas ante el Alto Tribunal y están sometidas a su decisión”, haciendo además explícita referencia más adelante a que dichos preceptos reglamentarios no respetan el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias.

Distinto es, no obstante, el alcance de la objeción asimismo planteada por falta de requerimiento previo de la Generalidad de Cataluña en relación a las disposiciones transitorias 7.^ª2 y 3; 8.^ª2-6; 9.^ª2, y 11.3, así como la que se refiere, por idéntico motivo, a la controversia suscitada por el Gobierno balear respecto del artículo 109.2, si bien resulta aconsejable, por razones sistemáticas, posponer el examen de las mismas a un momento ulterior.

2. Dentro del Título I, los preceptos objeto de los conflictos suscitados son los siguientes:

a) Artículo 3.1.a)

La Generalidad de Cataluña lo impugna por las mismas razones que fundamentaban su impugnación del correlativo artículo 3.1.a) de la Ley, del que es mera reproducción. Por ello, con independencia de que el artículo 3.1.a) de la Ley no fue recurrido por la Generalidad de Cataluña por transgredir el orden constitucional de competencias, sino más bien por otras razones ajenas al mismo, con lo que ninguna viabilidad procesal presenta el conflicto suscitado en este particular extremo, basta en todo caso con remitir a lo ya razonado en el fundamento jurídico 2.A de la STC 149/1991 para rechazar la pretensión deducida.

b) Artículo 4.a)

Es atacado por el Gobierno vasco argumentando que la inconcreción del límite de las olas hace imprecisa la determinación de los bienes demaniales costeros, violando la institución del dominio público marítimo-terrestre garantizada por la CE. Sin embargo, lo ya razonado con ocasión de los artículos 3.1.a) y 4 y 5 de la Ley en los fundamentos jurídicos 2.A y B, respectivamente, de la STC 149/1991, descarta la pretendida nulidad del precepto reglamentario.

c) Artículo 6

Es también el Gobierno vasco el que impugna en su totalidad, excepto el apartado 2, inciso primero, el artículo 6 por extender la calificación de dominio costero a espacios que, a su juicio, en la Ley no tienen esa consideración.

Es evidente, no obstante, que la demanialidad marítimo-terrestre de las "rías y desembocaduras de los ríos hasta donde sea sensible el efecto de las mareas" declarada por el apartado 1 de este artículo no supone una extralimitación por relación a lo establecido en los artículos 3.1.a), párrafo primero *in fine*, y 5 de la Ley, sin perjuicio, además, de que, en principio, el simple exceso reglamentario no vulneraría o menoscabaría por sí solo las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma vasca, ya que, como bien afirma el Abogado del Estado, el cumplimiento o no de la reserva de Ley del artículo 132.2 de la CEE no es cuestión propia del proceso constitucional de conflicto.

El apartado 2 *in fine* tampoco vulnera competencia autonómica alguna, y lo mismo cabe afirmar de los apartados 3 y 4 que desarrollan ajustadamente los apartados 4 y 7 del artículo 4 de la Ley, concretando, respectivamente, cuándo se considerarán los acantilados "sensiblemente verticales" y el momen-

to en el que quedarán incorporados al dominio público los terrenos aportados por los concesionarios para completar la superficie de la concesión de dominio público marítimo-terrestre que les haya sido concedida.

Por último, el apartado 5 es objeto de controversia por la Generalidad de Cataluña, argumentando que la distinción entre la concesión de ocupación del dominio y la concesión correspondiente para el ejercicio de cada actividad no tiene otro sentido que el permitir al Estado controlar directamente todos los actos de utilización del dominio a pesar de no tener competencia sobre la actividad de que se trate. Sin embargo, no cabe aquí sino dar por reiterado lo ya dicho en la STC 149/1991, fundamento jurídico 4.G.a), a propósito del artículo 64 de la Ley, debiendo estarse asimismo a lo declarado en el fundamento jurídico 4.D.b).a) en relación con el artículo 49, y en el fundamento jurídico 9.D, respecto de la disposición adicional 5.ª2, todos de la Ley.

d) Artículo 8.b) y c)

La imputación del Gobierno vasco se apoya en los motivos ya esgrimidos con ocasión de la impugnación del artículo 6, extensión de la calificación del dominio costero a espacios que en la Ley no tienen tal consideración, pero rechazados esos motivos y descartado, por tanto, que el artículo 6 vulnere el orden constitucional de distribución de competencias, idéntica ha de ser la respuesta que ahora se dé respecto de los referidos apartados b) y c) de este artículo 8.

De otra parte, la Generalidad de Cataluña ciñe el objeto del conflicto a lo dispuesto en el apartado c), alegando que la reserva de potestad expropiatoria a favor del Estado carece de cobertura competencial. Alegato, no obstante, que no puede prosperar de acuerdo con lo ya dicho a propósito del artículo 29.2 y disposición adicional 3.ª, ambos de la Ley, en los fundamentos jurídicos 3.F.G y 9.B de la STC 149/1991.

- e) Al quedar desechadas las razones por las que se impugnan los artículos 6 y 8.b) y c), decae también la impugnación, que se extiende a los artículos 18.2 y 3, 28.2,3 y 4, 38.2,5 y disposiciones transitorias 3.ª2.3 y 4, 4.ª2 y 3, y 5.ª2.

f) Artículo 9.3,4 y 5

Considera el Gobierno vasco que la reserva de competencias ejecutivas que en estos preceptos se hace a favor del Estado vulnera la competencia autonómica sobre ordenación del territorio, litoral y urbanismo (art. 10.31 EAPV).

En primer lugar, es preciso señalar que en el apartado 3 no se menciona a la Administración del Estado como titular de la potestad de autorizar las obras de defensa cuando hayan de emplazarse en terrenos privados y de otorgar la pertinente concesión —o autorización— cuando las mismas hayan de ocupar el dominio público, aunque desde luego es al Estado a quien corresponde esa potestad cuando se trate de la ocupación directa del dominio público (arts. 51 y 64 de la Ley), tal como ya se analizó en el fundamento jurídico 4.G.a) de la STC 149/1991. Sin embargo, cuando los terrenos sean privados, el hecho físico de su contigüidad o colindancia con el dominio público marítimo-terrestre hace que entren en juego las previsiones relativas a la llamada ser-

vidumbre de protección y, entre ellas, lo dispuesto en el artículo 26.1 de la Ley, habiéndose ya considerado que frente a lo establecido en dicho precepto corresponderá ejercitar esa potestad autorizatoria a los pertinentes órganos de las Comunidades Autónomas con competencia en la ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo (FJ 3.D de la STC 149/1991). En consecuencia, hecha expresa advertencia de que cuando las obras se emplacen en terrenos privados dentro de la servidumbre de protección la potestad autorizatoria corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en las materias de ordenación del territorio y urbanismo, y entre ellas a la Comunidad Autónoma del País Vasco, la impugnación del apartado 3 de este artículo 9.º debe ser rechazada.

El apartado 4 prevé la suspensión de la tramitación de las solicitudes para la realización de obras mientras se encuentre pendiente de resolución el expediente de deslinde del tramo de costa correspondiente, salvo en el supuesto del artículo 12.7 de la Ley. Nada cabe objetar, sin embargo, al precepto desde la consideración de las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco por cuanto se trata de una suspensión *ope legis* vinculada al desarrollo de procedimiento de deslinde, de competencia estatal y que encuentra una única excepción justificada en situaciones de emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.7 de la Ley y correlativo artículo 21.3 del propio Reglamento, que por lo demás no han sido objeto de impugnación alguna.

Son también circunstancias de emergencia las que justifican la atribución de competencia al servicio periférico de costas para autorizar la adopción de medidas provisionales de defensa (apartado 5), sin que las condiciones añadidas a la autorización merezcan reserva ninguna atendiendo a lo ya razonado en el fundamento jurídico 4.B.f) con ocasión de la impugnación del artículo 36 de la Ley.

Resta finalmente añadir que rechazada la impugnación del artículo 9.3 a 5, automáticamente deben serlo las de los artículos 21.4 y 31.3 y 5 por cuanto se apoyan en idénticos motivos y razones.

3. El Título II (arts. 39-58) es impugnado en su totalidad, a excepción del artículo 54.

a) Con carácter previo debe recordarse que los artículos 39, 40, 41.1, 43.1 y 2, 44.1 y 2, 45.1, 46.1, 47, 48.1 y 2, 51.2 y 3, 52.1 y 2, 53.1, 56.1, 57.1 y 58.1 y 2 que se impugnan son estricta reproducción literal de los correlativos artículos 20, 21, 22.1, 23, 24, 25, 26, 27, 28.1.2 y 3, 29 y 30 de la LC, por lo que no fundándose ahora la controversia en motivos o razones distintas de las que sirvieron de apoyo a la impugnación de los señalados preceptos de la LC, resulta suficiente remitirse a lo ya razonado en el fundamento jurídico 3 de la STC 149/1991, lo que nos lleva a estimar inconstitucional el artículo 48.1 y a declarar que no invade las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña el artículo 47 interpretado conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico 3.D.c) *in fine* de la STC 149/1991, procediendo a la desestimación de la impugnación de los restantes preceptos.

b) Artículo 41.2 y 3

Descartada la pretendida inconstitucionalidad del artículo 22.1 de la LC y correlativo artículo 41.1 del Reglamento, automáticamente decaen también las impugnaciones de los apartados 2 y 3, pues la facultad que se atribuye a la

Administración del Estado para dictar normas para la protección de determinados tramos de costa es constitucionalmente legítima (STC 149/1991, FJ 3.C) y la propia Ley encomienda ya su ejercicio al MOPU (disposición final 1.ª, párrafo segundo, STC 149/1991, FJ 9.E).

c) Artículo 42

Regula este artículo el procedimiento de elaboración y aprobación de las normas de protección de determinados tramos de costa, trayendo causa la impugnación de la formulada respecto de los artículos 22.1 de la Ley y 41 del Reglamento. Pero descartada, como acabamos de decir, la de estos últimos, también ha de serlo la del artículo 42, debiéndose significar, además, que la previsión reglamentaria ha venido sencillamente a dar respuesta al silencio de la Ley en orden a precisar las consecuencias dimanantes de la falta de acuerdo expreso, estableciendo que en tal caso las normas no podrán ser aprobadas (apartado 3). En suma, se trata de una regulación respetuosa con las competencias autonómicas, tal como ya se señaló en el fundamento jurídico 3.C de la STC 149/1991

d) Artículo 43

El apartado 3 se halla en estrecha conexión con el artículo 41.1 del propio Reglamento, si bien no se cierra con ello la posibilidad de que la ampliación, en su caso, de la servidumbre de protección no pueda llevarse a cabo también por el planeamiento territorial o urbanístico, con lo que queda despojada toda duda acerca de su adecuación al orden constitucional de competencias. Además, la reducción de la dimensión de la servidumbre de protección lo será por razón de la aplicación de lo dispuesto en las disposiciones transitorias 8.ª y 9.ª del Reglamento en desarrollo de la disposición transitoria 3.ª de la Ley, debiendo quedar por ello remitida la cuestión al análisis de dichas disposiciones.

Por último, los restantes apartados, al margen de que ni siquiera son objeto de específicas alegaciones, tampoco menoscaban las competencias autonómicas de ordenación del territorio y urbanísticas una vez constatada la legitimidad de la previsión de la servidumbre de protección y no ser apreciable en los preceptos reglamentarios impugnados desbordamiento alguno en el ejercicio de la competencia estatal.

e) Artículo 44.3 y 4

En cuanto a la primera parte del apartado 3, relativo a las características de los cerramientos que pueden autorizarse, es incuestionable su carácter de norma mínima de protección medio-ambiental, susceptible de ser complementada, mientras que el apartado 4 no es sino reiteración de lo dispuesto en el artículo 44.6 de la Ley, ya examinado en el fundamento jurídico 4.C.a) de la STC 149/1991.

f) Artículo 45.2 y 5

En el apartado 2 se especifica el alcance de la prohibición de edificaciones destinadas a residencia o habitación, incluyendo expresamente en la

misma, con total adecuación a la Ley, las instalaciones hoteleras y excluyendo, sin embargo, los campamentos con instalaciones desmontables autorizadas. Excepción esta que guarda plena conexión con lo dispuesto en el artículo 33.5 de la Ley ya examinada en el fundamento jurídico 4.B.c) de la STC 149/1991.

Asimismo, el apartado 3 viene a concretar el alcance de la prohibición del apartado b) del artículo 25 de la Ley, que expresamente prevé la habilitación reglamentaria de la que se ha hecho uso, habiéndose dictado este precepto sin menoscabo de las competencias autonómicas.

El apartado 4 excluye, obviamente, de la prohibición del apartado c) del mismo artículo 25 de la Ley aquellos casos en los que el aprovechamiento de áridos se hace para su aportación a las playas, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley que ya ha sido objeto de análisis en el fundamento jurídico 3.G de la STC 149/1991.

Por último, el apartado 5, al permitir en determinados supuestos la existencia de rótulos indicadores de establecimientos, tampoco puede suscitar reparo alguno una vez considerado legítimo que el Estado haya establecido la prohibición de publicidad en la servidumbre de protección.

g) Artículo 46.2 y 3

Lo ya razonado en el fundamento jurídico 3.D.c) de la STC 149/1991 a propósito de la remisión reglamentaria prevista en el artículo 25.2 *in fine* de la Ley y que ha venido a materializarse en lo dispuesto en el artículo ahora controvertido, despeja toda duda de inconstitucionalidad por inadecuación al orden constitucional de competencias, pues no cabe tampoco apreciar exceso en la fijación de lo básico, que, como ya hemos dicho, en materia medioambiental se lleva a cabo por la Ley y las normas reglamentarias dictadas en su desarrollo.

h) Artículo 48.3

Fácilmente se constata que el apartado 3 del artículo 48 reitera el criterio ya establecido en el artículo 25.3 *in fine* de la Ley, exigiendo ahora que las autorizaciones que se otorguen respeten el planeamiento urbanístico en vigor, lo que en forma alguna puede conceptuarse como menoscabo de las competencias autonómicas sobre el urbanismo. Idéntica consideración ha de merecer el inciso final de este apartado al establecer que en defecto de ordenación podrá condicionarse el otorgamiento de las autorizaciones a la previa aprobación del planeamiento.

i) Artículo 49

En la medida en la que, como ya hemos dicho, no corresponde a la Administración estatal otorgar las autorizaciones relativas a los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección (art. 48.1), deben declararse nulas de pleno derecho todas las mencionadas que en el artículo 49 se hacen a la "Administración del Estado", al "Servicio Periférico de Costas" y al "Ministerio

de Obras Públicas y Urbanismo", por ser contrarias al orden constitucional de distribución de competencias, correspondiendo ejercitar esas potestades ejecutivas a los pertinentes órganos de las Comunidades Autónomas.

j) Artículo 50

Este precepto plantea un problema complejo. En principio cabría sostener que su apartado primero, en cuanto que se limita a regular el procedimiento a seguir para el otorgamiento de las autorizaciones previstas en los artículos 25.3 de la Ley de Costas y 47 de su Reglamento, no puede ser objeto de tacha alguna una vez aceptada la validez constitucional de estos preceptos. De una parte, sin embargo, esa aceptación no se hizo en STC 149/1991, fundamento jurídico 3.D.c), de manera incondicionada, sino subordinada a una determinada interpretación, que no era la única posible a la vista de su tenor literal, del artículo 25.3 LC; de la otra, en este mismo apartado se limita sólo a determinados supuestos la necesidad de audiencia previa de las restantes Administraciones territoriales competentes sobre la zona a la que se extiende la autorización.

Estas consideraciones que inclinan a pensar que la validez de este apartado primero del artículo 50 no puede aceptarse sin alguna matización que remita a la interpretación constitucional adecuada de la norma legal que completa, se refuerzan con la lectura del apartado segundo, del que inequívocamente se desprende que, una vez otorgada la autorización por el Consejo de Ministros, podrán iniciarse sin más las actuaciones autorizadas y será forzosa la acomodación a esa nueva situación de planeamiento ya existente.

Esta regulación se acomoda mal a la doctrina sentada en el antes citado fundamento jurídico 3.D.c) de la STC 149/1991. Allí dejamos sentado, en efecto, que salvo cuando la autorización acordada se ampare en un título competencial que dote a la decisión estatal de un valor absoluto o se otorgue en uso de la facultad que concede al Consejo de Ministros el artículo 180 de la Ley del Suelo, las actuaciones autorizadas habrán de sujetarse al planeamiento ya establecido por la Administración competente, que, por el contrario, deberá ser modificado para acomodarlo a la nueva situación en estos supuestos excepcionales, aunque también en ellos, una vez hecha la modificación, tendrán que respetar el planeamiento las actuaciones autorizadas.

El apartado que ahora comentamos convierte en regla general este caso particular al que reconducen todos los demás supuestos, violando con ello las competencias que a las Comunidades Autónomas costeras hemos reconocido, de acuerdo con la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía, y debe ser por eso declarado nulo.

Este vicio no se extiende necesariamente al apartado primero del mismo artículo, que como acabamos de señalar podría considerarse como constitucionalmente adecuado si se interpretase de conformidad con la doctrina ya antes citada. La complejidad de tal interpretación, que habría de permitir la integración de una norma incompleta y la conveniencia en aras de la seguridad jurídica de no acumular una declaración interpretativa sobre otra, y a propósito además de una norma reglamentaria cuya sustitución puede hacerse con facilidad y rapidez, aconsejan sin embargo extender a todo el artículo 50 la declaración de nulidad.

k) Artículo 51.4

La previsión es mera concreción orgánica de la competencia que corresponde al Estado, atribuyéndose su ejercicio al MOPU, sin que se aprecie en ello extralimitación alguna respecto del artículo 27 de la Ley, por lo que tampoco presenta fundamento la imputación formulada.

l) Artículo 52.3 y 4

El apartado 3 se limita a establecer que la terminación de los accesos al mar se entenderá producida con la finalización de la ejecución de los mismos independientemente del momento de su recepción por el Ayuntamiento respectivo, lo que es una simple concreción de la correspondiente norma legal que por sí misma en nada puede afectar al orden constitucional de distribución de competencias. Y la parte final del precepto remite a lo dispuesto en las disposiciones transitorias 3.ª, 5.ª y 6.ª de la LC y 11 del propio Reglamento, que más adelante serán examinadas.

De otra parte, el apartado 4 prevé que la obtención de terrenos para dar cumplimiento a las exigencias mínimas de accesos previstas en el apartado 2 del artículo 28 de la Ley se realizará "por los mecanismos previstos en la legislación urbanística", lo que en manera alguna puede menoscabar las competencias autonómicas.

ll) Artículo 53.2

La regulación del procedimiento previo de elaboración del proyecto para la realización o modificación de los accesos públicos al mar y aparcamientos es consecuencia directa de lo dispuesto en el propio artículo 28.3 de la Ley, por lo que resulta incuestionable su adecuación al orden constitucional de distribución de competencias de acuerdo con lo ya razonado en la STC 149/1991, fundamento jurídico 3F.

m) Artículo 55

Impugnado tanto por el Gobierno vasco como por la Generalidad de Cataluña, es esta última la que expresamente alega la improcedencia de incorporar los terrenos al dominio público marítimo-terrestre en lugar de hacerlo al demanio estatal, ya que ello supone una ampliación especial de la Ley de Costas en detrimento de las competencias autonómicas. Es evidente que la mera calificación demanial sin integración en el dominio marítimo-terrestre de los terrenos expropiados para accesos y aparcamientos abriría la posibilidad de que tales terrenos pasaran a integrarse en el dominio público de la respectiva Comunidad Autónoma; pero la eliminación de esa posibilidad mediante su incorporación al dominio público marítimo-terrestre, de incuestionable titularidad estatal, no viola competencia autonómica alguna, ya que no puede ser tachada de arbitraria dada la función instrumental que esos terrenos tienen respecto del libre uso de la costa.

n) Artículo 56.2 y 3

Los apartados 2 y 3 del artículo 56 no pueden reputarse contrarios al reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas promotoras de los conflictos por cuanto se limitan a fijar el procedimiento que se seguirá para la emisión del informe preceptivo y favorable de la Administración estatal, previsto justamente en el apartado 1 del artículo 29 de la Ley sobre cuya constitucionalidad ya nos pronunciamos en el fundamento jurídico 3.G de la STC 149/1991.

ñ) Artículo 57.2 a 4

Estos preceptos traen causa directa del derecho reconocido a favor de la Administración estatal por el apartado del mismo artículo 57, de manera que no vulnerando las competencias autonómicas dicho precepto tampoco las infringen los apartados ahora impugnados, en los que, por lo demás, no se advierte el motivo específico de inconstitucionalidad.

o) Artículo 58

Rechazada la inconstitucionalidad de los apartados 1 y 2 de este mismo artículo 58, ninguna tacha cabe ya oponer desde la consideración del orden constitucional de distribución de competencias a la concreción del significado y alcance que el precepto da al concepto de “densidad de edificación”.

4. Título III. Como ha ocurrido en los títulos anteriores, gran parte de la discusión procesal entre las partes de estos conflictos de competencia acerca del Título III, dedicado a reglamentar la utilización del dominio público marítimo-terrestre (arts. 59-165), ha quedado zanjada al resolver en la STC 149/1991 los recursos dirigidos contra la Ley de Costas, a cuyo desarrollo y ejecución atiende el Reglamento.

Las conclusiones allí alcanzadas resuelven, sin más, la constitucionalidad de todos aquellos artículos del Reglamento que se limitan a reproducir los efectos de la Ley que fueron objeto de nuestro conocimiento e impone determinadas pautas interpretativas de los artículos 90.1 [STC 149/1991, FJ 4 C.a)], 110.1 [ídem, FJ 4.E.c/a’)], 133.1 [ídem, FJ 4.G.b)] y 140.2 [FJ 4.G.d)].

Resta, pues, por examinar brevemente aquellas disposiciones del Reglamento que desarrollan o complementan los preceptos de la Ley o que aluden a temas regulados en artículos de la LC que no fueron impugnados en su día.

A) Frente al capítulo I de este Título III sobre disposiciones generales (arts. 59-84) se ha presentado una serie de impugnaciones que pueden ser agrupadas en relación con las cuatro secciones que lo componen.

a) Los preceptos dedicados a desarrollar el régimen general de utilización (Sección 1.ª, arts. 59-63) no suscitan reparos de constitucionalidad. Los artículos 60 (apartados 2 y 3) y 61.2 se justifican holgadamente por la competencia exclusiva del Estado sobre el régimen jurídico del dominio público de su titularidad, en los términos expuestos con ocasión del artículo 32 LC [FJ

4.B.b)]. Lo mismo cabe decir del artículo 63, cuyos apartados 1 y 2 se limitan a establecer con carácter general el régimen jurídico de unos usos que se encuentran incluidos sin violencia en los enumerados por el artículo 51 LC y cuyo apartado 3 no obsta el cumplimiento de la legislación sectorial que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de turismo puedan establecer respecto a las embarcaciones destinadas a excursiones marítimas costeras de tal carácter, incluida la exigencia de las eventuales autorizaciones sectoriales que pudieran corresponder, tal y como prevé la disposición adicional 5.ª LC.

b) El régimen de utilización de las playas que dispone la Sección 2.ª (arts. 64-70) ha de ser enjuiciado de acuerdo con los mismos parámetros que se expusieron en relación con el artículo 33 de la Ley. En cuanto establecen normas que constituyen el régimen jurídico del demanio estatal, son inmunes a toda duda la constitucionalidad desde la óptica competencial los artículos 66, 68, 69 y 70. El último de los cuales sólo rige con carácter supletorio, como indica expresamente su texto, lo cual se acomoda a las conclusiones alcanzadas al enjuiciar el artículo 33 LC en la STC 149/1991.

Estos mismos criterios llevan a declarar la licitud del apartado 1 del artículo 65, pues como señalamos en nuestra sentencia sobre la Ley [FJ 4.B.c)] no es contrario a la Constitución que el artículo 33.3 LC habilite a la Administración del Estado a que establezca unos límites máximos y mínimos, sin que en los presentes conflictos se haya mostrado que los establecidos por este precepto del Reglamento restrinjan indebidamente las potestades de ordenación de las Comunidades Autónomas sobre sus playas. Por su parte, los apartados 2 y 3 del artículo 65 no sufren tacha alguna de incompetencia, pues sus determinaciones integran el régimen jurídico del dominio público en conexión con lo dispuesto por el artículo 32.3 LC.

El apartado 4 del artículo 64 RC, que faculta al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo a autorizar determinados cambios en la ubicación de las edificaciones de servicio, es válido en cuanto pormenorización del principio general establecido por el artículo 32.1 LC. Pero no puede permitir un ejercicio de la facultad estatal de autorización que contradiga la ordenación establecida por las Comunidades Autónomas al margen del cauce dispuesto por el artículo 35.2 LC.

Por último, el imperativo de distribución homogénea a lo largo de la playa de las instalaciones que establece el artículo 67 sólo puede tener un valor supletorio por las razones ofrecidas al enjuiciar el artículo 33.4 LC [STC 149/1991, FJ 4.B.c)]. Las cuales llevan, asimismo, a considerar inconstitucional que la Administración que puede autorizar una distribución distinta, cuando existan condiciones especiales, sea la del Estado.

c) La declaración efectuada por la STC 149/1991 [FJ 4.B.d)] de que el artículo 34 LC es inconstitucional conlleva, por conexión, la anulación de los artículos 71-74, que componen la Sección 3.ª que desarrollaba aquél.

d) Los otros principios comunes que agrupa la Sección 4.ª (arts. 75-84) no incurrir en vicio competencial alguno. El artículo 76.1 es un mero desarrollo del artículo 35.1 LC, reflejando en el procedimiento para pronunciarse sobre las solicitudes de utilización del dominio público marítimo terrestre diversos principios básicos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo. El artículo 78.2 es constitucional, a su vez, por las razones expuestas para confirmar la validez del artículo 36 LC en la STC 149/1991 [FJ 4.B.f)]. El artículo 79.2 no es inconstitucional, siempre que su aplicación siga la interpretación

indicada al examinar el artículo 37.2 LC [FJ 4.B.g)], cuyo texto transcribe. El artículo 80.2 regula las fichas que componen un registro estatal y que se abren para consignar usos cuya autorización corresponde a la Administración del Estado, por lo que es innegable su licitud. Lo mismo cabe decir del artículo 81.3, que desarrolla el régimen jurídico del demanio costero establecido por el artículo 38 LC [STC 149/1991, FJ 4.B.h)]

La excepción la ofrece el artículo 77, que debe sufrir la misma poda invalidatoria experimentada por el artículo 35.2 LC, del que es mera transcripción [STC 149/1991, FJ 4.B.e)].

B) El capítulo II, sobre proyectos y obras (arts. 85-100), no incide en los vicios de constitucionalidad que le reprochan el Gobierno vasco y el Consejo Ejecutivo de Cataluña. Los artículos 85.3, 88 y 89 y 90.2 regulan proyectos de obras que, sean o no de competencia de las Comunidades Autónomas, precisan para su realización una concesión de ocupación demanial otorgada por la Administración del Estado o, en las porciones adscritas, por la Administración autonómica. Esto explica que el contenido y documentación requerida para obtener dicha concesión y que se integra en el acto de su otorgamiento forme parte del régimen jurídico de dominio público estatal. Por su parte, las impugnaciones dirigidas contra los artículos 92, 93, 94.2 y 95.2 deben ser rechazadas, por las mismas razones que conllevaron a sostener la constitucionalidad del artículo 44 LC y de su disposición transitoria 7.^a 3 [STC 149/1991, FJ 4.C.a) y 8.G].

C) El capítulo III, sobre reservas y adscripciones (arts. 101-107), introduce en su artículo 103.2 una novedad significativa respecto del régimen establecido por la Ley que reclama un análisis por separado.

a) Las impugnaciones dirigidas contra los restantes preceptos de este capítulo no requieren una fundamentación específica respecto a la desarrollada con ocasión del examen de la Ley en nuestra STC 149/1991 (FJ 4.D). La dirigida contra el artículo 102.3 es evidentemente infundada, porque la norma se limita a establecer las modalidades de gestión indirecta utilizables por la Administración del Estado en las zonas reservadas, lo que resulta ajeno a las Comunidades Autónomas. Lo dispuesto en el artículo 104.3 es ajustado a la regulación que sobre el canon de ocupación del dominio público establece el artículo 84 LC, así como a la previsión de su artículo 49.1 de que la utilización y gestión del demanio marítimo terrestre adscrito a una Comunidad Autónoma corresponde a ésta.

El artículo 105 RC se limita a pormenorizar el procedimiento que debe seguirse para formalizar la adscripción de porciones demaniales regulada por el artículo 49 LC. Es este precepto el que exige que la adscripción sea formalizada mediante acta suscrita por representantes de ambas Administraciones, la estatal y la autonómica. Suscripción que, como reconoce el Abogado del Estado, es un acto debido por parte de la Administración titular del demanio, quien no puede condicionarlo o retrasarlo de modo que impida el ejercicio de las exclusivas competencias autonómicas. El apartado c) de este artículo 105 hace converger el régimen propio del acta de adscripción con el del replanteo de las obras que establece el artículo 24 de la Ley de Contratos del Estado, en términos que facilitan antes que dificultan la realización efectiva de las obras de competencia de las Comunidades Autónomas litorales.

Las disposiciones que enuncia el artículo 106.2 son adecuadas a la competencia exclusiva del Estado sobre la iluminación de costas y señales marítimas que contempla el inciso 2 del artículo 149.1.20 CE. La impugnación dirigida contra el apartado 3 de este artículo 106 no se encuentra mínimamente razonada, sin que aparezcan factores que aconsejen proceder a enjuiciar su contenido en este proceso (STC 11/1981, FJ 3). Finalmente, lo expuesto en relación con el artículo 50 LC en la STC 149/1991 [FJ 4.D.b).b)] lleva a declarar la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 107 y la validez de su apartado 4.

b) La crítica que efectúan unánimemente las cuatro Comunidades Autónomas que han planteado conflicto contra el apartado 2 del artículo 103 se encuentra evidentemente fundada, porque este precepto restringe drásticamente el margen que el artículo 49 LC deja para la actuación de las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias sobre vías de transporte y, sobre todo, sobre puertos. No se trata de dilucidar, como presupone el Abogado del Estado, si el sistema de dualidad concesional (concesión demanial otorgada por el Estado y concesión portuaria otorgada por la Autonomía) es o no tan respetuoso con el orden constitucional de competencias como el sistema de concesión autonómica única, previo informe con virtualidad adscriptoria por parte de la Administración del Estado. La opción entre estos dos sistemas para acomodar o integrar las competencias concurrentes sobre las dependencias demaniales que sirven de soporte a infraestructuras portuarias y viarias de titularidad autonómica ya ha sido realizada por quien tenía potestad para decidirla, las Cortes Generales, que han establecido en el artículo 49 de la Ley un sistema que ha sido considerado constitucional en nuestra STC 149/1991 [FJ 4.D.b).a)]. La ilegalidad del Reglamento en este punto no es inocua para el bloque de la constitucionalidad porque afecta a una norma de la Ley en la que se ha definido un determinado equilibrio entre las competencias de las instituciones centrales y de las instituciones autonómicas del Estado. Por lo que es preciso declarar, sin más, la nulidad de este segundo apartado del artículo 103 RC.

c) También incurre en extralimitación el último inciso del artículo 103.3, porque al subordinar la adscripción de terrenos —imprescindibles para el ejercicio de las competencias autonómicas e informada con anterioridad favorablemente— a la previa aprobación del deslinde de la zona de dominio público marítimo-terrestre afectada, se impone un requisito no previsto por la Ley y que el propio Reglamento tampoco impone cuando se trata de otorgar concesiones o autorizaciones a los particulares, ni mucho menos cuando se declaran reservas en favor del Estado.

Es indudable que la previsión reglamentaria es encomiable, pues el efectivo deslinde del dominio público redundará en una clarificación que es conveniente para los intereses públicos promovidos por todos los entes administrativos implicados en la adscripción. Pero tampoco está abierto a discusión que las omisiones o retrasos en que incurra la Administración del Estado no deben perjudicar la actuación de las Comunidades Autónomas más allá de lo que la propia Ley aprobada por las Cortes Generales haya estimado imprescindible. Ni tampoco que nada impide a aquélla iniciar el procedimiento para aprobar el deslinde en el momento en que se somete a informe el proyecto de obras varios meses antes de su aprobación, en paralelismo con lo dispuesto por el artículo 15.4 LC para el supuesto de inmatriculación de fincas en el Registro en favor de particulares.

D) Las impugnaciones suscitadas respecto al capítulo IV, sobre autorizaciones (arts. 108-128), pueden igualmente ser agrupadas en las cuatro secciones que lo componen.

a) De los artículos que desarrollan las disposiciones generales sobre autorizaciones (Sección 1.ª, arts. 108-110), no suscitan especiales problemas ni el artículo 108 (apartados 3-4) ni el 110 (apartados 3-4), pues ambos completan con naturalidad el régimen jurídico del demanio costero dispuesto por los artículos 51 y 55 LC en términos que no resultan afectados por los matices interpretativos expuestos en la STC 149/1991 [FJ 4.E.c)]. En relación con el artículo 109.5, nada se puede objetar una vez desaparecida la referencia que efectúa la primera parte del precepto a las normas dictadas en virtud del artículo 34 LC, que es nula por consecuencia de lo dicho respecto a éste, pues en lo restante el artículo 109.5 se remite a los criterios generales sobre protección del demanio establecido por la Ley y sometidos al planeamiento autonómico en los términos declarados al conocer del artículo 35.2 LC en la STC 149/1991 [FJ 4.B.e)]. No puede olvidarse que este artículo del Reglamento contempla las autorizaciones demaniales, que son distintas e independientes de las autorizaciones sectoriales que puedan ser exigidas por las distintas Comunidades Autónomas, tal y como declara la disposición adicional 5.ª LC.

b) En cuanto a los servicios de temporada en playas (Sección 2.ª, arts. 111 y 112), no puede aceptarse la inconstitucionalidad del artículo 111. Las impugnaciones dirigidas contra sus apartados 3-9 han de recibir idéntica respuesta que la emitida al rechazar la invalidez del artículo 53.1 LC en la STC 149/1991 [FJ 4.E.b)]. Lo dispuesto en estos apartados no impide el cumplimiento de las normas autonómicas en materias en las que ostenten competencia y la articulación del otorgamiento estatal de estas autorizaciones demaniales con los actos que plasmen la eventual intervención administrativa sectorial no resulta impedida, precisamente porque no ha sido prevista. Lo dispuesto en el apartado 10 de este artículo 111 constituye una norma general y abstracta que forma parte del régimen jurídico del dominio público demanial. Y la norma del artículo 111.11 merece el mismo juicio que el artículo 63 RC.

c) Los preceptos que han sido objeto de los conflictos sobre vertidos (Sección 3.ª, arts. 113-123) no son inconstitucionales, en la medida en que la reglamentación que establecen no excede de la habilitación legal y no impide que su ejecución sea llevada a cabo por las Comunidades Autónomas, lo mismo que la de los artículos 56 y siguientes de la Ley que desarrollan (como vimos en el FJ 4.F de la STC 149/1991). Tampoco impide que, en el caso de vertidos no industriales ni contaminantes, las Comunidades que ostentan tal competencia puedan adoptar normas adicionales de protección. Por supuesto, la referencia que hace el artículo 114.2 a los artículos 34 LC y 71 RC es nula por conexión.

d) Los preceptos que reglamentan las extracciones de áridos y dragados (Sección 4.ª, arts. 124-128) no vulneran las competencias de las Comunidades Autónomas Vasca y Catalana. El artículo 126 se refiere a actividades en las que, ciertamente, concurren las especiales circunstancias de intensidad y rentabilidad que menciona el artículo 51.1 LC, además de que afectan directamente a la integridad física del demanio costero (arts. 29 y 63 LC), por lo que caen, sin duda, dentro de las facultades propias del titular del dominio público (STC 227/1988, FJ 18). Estas mismas razones justifican la facultad de declarar zonas

de prohibición la extracción de áridos y dragados por razón de protección de las playas y la biosfera marina que contempla el artículo 128.

E) El capítulo V, sobre concesiones (arts. 129-144), no suscita cuestiones competenciales siempre que se tengan en cuenta las conclusiones interpretativas que se alcanzaron en relación con los preceptos de la Ley que son desarrollados en este punto por el Reglamento, por la STC 149/1991 (FJ 4.G). Ello obliga a rechazar las impugnaciones efectuadas contra los preceptos que lo integran, sin perjuicio de las observaciones que siguen

El artículo 129.2 somete a concesión, en vez de a autorización, la ocupación de la ribera del mar por instalaciones desmontables que por su naturaleza, finalidad u otras circunstancias requieran un plazo de ocupación superior a un año. Las impugnaciones formuladas contra este precepto no razonan ni justifican la incidencia que esta previsión provoca en el orden constitucional de competencias; pero en cualquier caso es manifiesto que la norma encaja en el sistema de la Ley, dado que su artículo 56.4 limita a un año el plazo máximo de vencimiento de las autorizaciones demaniales.

El texto del artículo 134 no es incompatible con la interpretación del artículo 68 LC sustentado en el fundamento jurídico 4.G.c) de la STC 149/1991, lo que permite mantener su validez.

La regla establecida por el segundo párrafo del artículo 141.2 (y la consecuencia que extrae el último inciso del art. 142.2) complementa un aspecto importante de la regulación de la facultad que el artículo 72.1 LC pone en manos de la Administración del Estado para decidir sobre el mantenimiento de las obras e instalaciones de una concesión extinguida o su levantamiento y retirada al declarar que si no se pronuncia en el plazo de tres meses se entenderá que opta por la demolición, sin perjuicio de que en cualquier momento pueda manifestarse explícitamente. En consonancia con la interpretación efectuada respecto al artículo 71.3 LC en la STC 149/1991 [FJ 4.G.d)], no cabe duda de que cuando el otorgamiento de la concesión se hubiese hecho de acuerdo con proyectos correspondientes a la competencia material de la Comunidad Autónoma y aprobados por ésta, la declaración estatal sólo podrá hacerse previa intervención de la Comunidad Autónoma competente *ratione materiae*; el silencio de la Administración estatal deberá entenderse favorable a la propuesta formulada por aquélla, y en caso de conflicto la situación se reconduciría al marco de lo dispuesto por los artículos 64 y siguientes LC, en los términos que entonces examinamos (STC 149/1991, FJ 4.G).

Finalmente, el artículo 144.2 no impide la eventual aplicación de la legislación autonómica de desarrollo sobre contratos administrativos cuando las instalaciones explotadas o utilizadas fueran competencia de la Comunidad Autónoma.

F) El capítulo VI, disposiciones comunes a autorizaciones y concesiones (arts. 145 y 164), da lugar a cuestiones competenciales de mayor calado

a) Lo dispuesto sobre pliegos de condiciones generales por el artículo 145 se reduce a desarrollar, en términos plenamente respetuosos con las competencias autonómicas, el artículo 73 LC. Lo mismo cabe decir del artículo 146, en la medida en que se limita a regular la tramitación de aquellas concesiones y autorizaciones demaniales en las que la Comunidad Autónoma litoral no debe emitir actos de intervención en virtud de títulos competenciales propios,

supuesto que es deferido al artículo 150 del propio Reglamento. El defecto que, en apariencia, cabe apreciar se encuentra en el párrafo primero del apartado 6 de este artículo 146. Se trata, sin embargo, de una pura apariencia, pues resulta evidente que el informe de la Comunidad Autónoma no sólo resulta necesario para otorgar concesiones, sino también para otorgar autorizaciones, de acuerdo con las pautas generales establecidas por el artículo 116 de la Ley de Costas, haciendo posible que aquélla formule las observaciones que estime precisas en ejercicio de sus competencias propias sobre ordenación del litoral u otros títulos competenciales que pudieran verse afectados por la autorización demanial en tramitación.

b) El capital artículo 150 establece un procedimiento administrativo coordinado cuando una misma actividad precisa, simultáneamente, el otorgamiento de autorizaciones o concesiones, competencia de las Comunidades Autónomas, y la concesión o autorización del Estado para la ocupación del demanio marítimo-terrestre. Una vez resuelto al enjuiciar la Ley en la STC 149/1991 [FF.JJ. 4.A y 4.G.a)], que, aunque no fuera el único sistema constitucionalmente lícito, tampoco es contrario al orden constitucional de competencias el de atribuir a la Administración del Estado la facultad de otorgar los títulos que permiten la ocupación y la utilización especial del demanio de titularidad estatal, caen por su base las principales objeciones expuestas por las Comunidades Autónomas que suscitan conflicto respecto de este artículo 150, el cual se limita a ofrecer un medio para facilitar la colaboración interadministrativa, que deviene imprescindible cuando sobre el mismo medio físico coinciden la Administración del Estado y la de una Comunidad Autónoma, en ejercicio de títulos competenciales distintos [STC 149/1991, FJ 4.G.c)].

El artículo 150 desarrolla las previsiones de la disposición adicional 5.^a1 de la Ley, que en su día no fue recurrida. Su redacción puede incurrir en ciertas imprecisiones que no revisten trascendencia competencial, pues, v.gr., es indudable que el órgano autonómico competente ofertará al peticionario las condiciones adecuadas a su competencia, pero que se limitará a dar traslado de las manifestadas por la Administración del Estado en el ámbito de las suyas propias (aps. 4-5). También carece de trascendencia la omisión de cualquier previsión expresa acerca de una eventual desavenencia entre las dos Administraciones, que deberá ser resuelta de acuerdo con las reglas generales previstas por la Ley y, en su caso, por medio del oportuno control judicial

c) El plazo para la emisión de informes que tasa el artículo 151 no excede de lo necesario para regular el procedimiento que debe seguir el Estado para adoptar resoluciones en el ámbito de sus competencias, sin que el Gobierno vasco haya efectuado alegación alguna que ponga en duda su razonabilidad, llevando a este Tribunal al convencimiento de que el plazo establecido impida *de facto* el lícito ejercicio de las facultades autonómicas imbricadas en la decisión estatal.

Ningún exceso en la competencia estatal es perceptible en los artículos 152, 154, 155, 156, 158, 159, 161 y 164, que se limitan a desarrollar la regulación legal sobre las concesiones y las autorizaciones que, por ser de carácter demanial, corresponden a la competencia del Estado. No es preciso insistir en que la aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 157 no puede impedir el ejercicio de las facultades autonómicas en el ámbito de sus competencias en los términos que fueron expuestos con ocasión de los artículos 68 y 71 en la STC 149/1991 (FJ 4.G). La misma observación hay que efectuar en relación con el artículo 162.2, que se limita a desarrollar lo dispuesto por el artículo 80.1.

5. El único artículo impugnado en el Título IV del régimen económico-financiero de la utilización del dominio público marítimo-terrestre (arts. 166 y 173), que ha sido el 173, apartados 2 y 5, no vulnera las competencias del País Vasco. Nada hay en su texto que impida a la Comunidad Autónoma llevar a cabo las correspondientes valoraciones cuando sea ella quien asuma la iniciativa del rescate en las circunstancias que fueron expuestas al analizar el artículo 71.3 LC en la STC 149/1991 [FJ 4.G.d)], pudiendo acudir en caso de discrepancia con las formuladas por la Administración del Estado a los adecuados mecanismos administrativos y contenciosos utilizables para fijar definitivamente la valoración del rescate de conformidad con lo dispuesto por el artículo 89 LC.

6. El Título V, infracciones y sanciones (arts. 174 y 202), ha sufrido diversas impugnaciones cuyo sino viene en gran medida predeterminado por lo resuelto en relación con el correspondiente título V de la Ley en la STC 149/1991 (FJ 6).

Así es el caso, sin duda, de los artículos 176 (aps. 2 y 3), 177 (aps. 2 y 3) y 182.2, que se limitan al desarrollo reglamentario de las normas establecidas por los artículos 92, 93 y 96 LC, respectivamente. La fijación por los artículos 184 y 185.2 de los criterios de cálculo para fijar la cuantía de las multas que deben imponerse por la comisión de infracciones graves y leves, respectivamente, no vulnera en principio las competencias del País Vasco; sin perjuicio de que, como se señaló al conocer de los artículos 90 y 91 LC, la Comunidad Autónoma pueda dictar normas de desarrollo y adicionales de protección dentro de los márgenes establecidos por el artículo 97 LC en aquellos aspectos incluidos en su competencia, previendo para su infracción sanciones complementarias.

No se vislumbran las razones que podrían llevar a entender que vulnera el orden constitucional de competencias lo dispuesto en el artículo 186, dado el tenor del artículo 100.3 LC; el artículo 188 (aps. 2 y 3), a la vista de lo establecido por el artículo 98 LC, y el artículo 191, cuyo supuesto de hecho se ciñe a las multas e indemnizaciones impuestas por la Administración del Estado. La previsión de actualización mediante Real Decreto de la cuantía de las multas fijadas en el Reglamento, que contiene el artículo 189.5, es irreproachable en la medida en que su ejercicio no exceda de la habilitación dispuesta por el artículo 99.2 LC. Finalmente, hay que concluir en la adecuación competencial del artículo 201.2, que desarrolla el artículo 108 LC sobre desahucios, pues ni su primer inciso impide a la Comunidad Autónoma organizar libremente sus órganos y servicios, ni su segundo inciso hace imposible que las autoridades autonómicas se dirijan a las fuerzas de seguridad del Estado cuando sea necesario para obtener su colaboración en la ejecución de sus resoluciones de acuerdo con la legislación correspondiente.

Las normas de tramitación del procedimiento sancionador que detallan los artículos 187.2 y 194, en sus apartados 4 a 14, no pueden encontrar justificación en la reserva al Estado del procedimiento administrativo común que hace el artículo 149.1.18 CE, pues no se limitan ni a la determinación de los principios o normas que definen la estructura del *iter* procedimental ni prescriben sus elementos esenciales; constituyen, por el contrario, las reglas especiales del procedimiento que debe encauzar la realización de un tipo de actividad administrativa *ratione materiae*, que es una competencia conexa a las que ostentan tanto el Estado central como las Comunidades Autónomas para la

regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración (STC 227/1988, FJ 32.7). Dado el reparto de competencias en la materia, que contemplamos al examinar el Título V de la Ley, es preciso concluir que los preceptos reglamentarios controvertidos no vulneran las competencias autonómicas, pues cuando éstas se limitan al plano de la ejecución no conllevan la potestad de dictar reglamentos que no sean organizativos (STC 18/1982, 4 de mayo, FJ 5), y nada hay en este artículo 194 que restrinja indebidamente las facultades de aquellas Comunidades Autónomas cuya competencia alcanza a emitir normas adicionales de protección.

7. El Título VI, competencias administrativas (arts 203 y 212), sufre diversas impugnaciones que no pueden ser atendidas más allá de lo declarado en relación con los artículos 110 y siguientes LC en la STC 149/1991 (FJ 7). Es obvio que, en la medida en que los preceptos del Reglamento reproducen o reflejan artículos de la Ley que han sido declarados inconstitucionales han de tenerse igualmente por nulos [v.gr., la letra f) del art. 203.1]; y viceversa, hay que rechazar la impugnación de aquellos preceptos reglamentarios que reproducen textos legales que se han estimado conformes con el orden constitucional de competencias [como el art. 208, que reitera el art. 115 LC, enjuiciado en el FJ 7.c) de la STC 149/1991]. Pero en lo restante, los preceptos atacados de este título no pueden estimarse que vulneren las competencias de las Comunidades Autónomas recurrentes, siempre que en su interpretación y aplicación se tengan en cuenta las pautas interpretativas desarrolladas en su momento con ocasión del Título VI de la Ley [v.gr., lo dicho por la STC 149/1991, FJ 7.A.c)], en relación con los informes vinculantes previstos por el artículo 112 LC al aplicar el artículo 205.1 RC que lo transcribe; o las competencias atribuidas por el artículo 203.1, subapartados c), g) e i) en relación con el correlativo artículo 110 LC y el fundamento jurídico 7.A de la STC 149/1991; y el artículo 208, que transcribe el artículo 115 LC, sometido a interpretación por la STC 149/1991, en el fundamento jurídico 7.C).

Varios de los preceptos impugnados constituyen meras normas de organización, que deben interpretarse en el sentido de que el Estado se limita a distribuir entre sus órganos competencias de las que es titular para que se ejerzan únicamente en el ámbito territorial que les corresponde (STC 95/1984, FJ 4). Es el caso de los artículos 203.3, 204 (aps. 4 y 6), 205.3 y 206.4, párrafo primero. En relación con este último artículo hay que señalar que aunque su texto no se ve afectado por la declaración parcial de inconstitucionalidad del artículo 110.1 LC en la STC 149/1991 [FJ 7.A.a)], su interpretación y aplicación quedan limitadas decisivamente por la doctrina sentada entonces. Sin que ahora resulte procedente profundizar en el examen de los distintos títulos competenciales que menciona la Generalidad de Cataluña dada la ausencia de actos concretos de ejecución en su territorio de las numerosas competencias involucradas, pues este Tribunal no tiene necesidad de pronunciarse sobre conflictos que no se han producido (SSTC 95/1984, FJ 4, y 103/1989, 8 junio, FJ 1).

Que el artículo 204.5 incluya en las obras de creación, regeneración y recuperación de playas los trabajos de dragados que puedan ser necesarios no va más allá de complementar reglamentariamente la norma que en ejercicio de inequívocas competencias del Estado establece el artículo 111.1.b) LC [STC 149/1991, FJ 7.A.b)]. La previsión del artículo 205.2 es irreprochable, porque los estudios de detalle y los proyectos de delimitación del suelo urbano pueden

lícitamente ser incluidos entre los planes y normas de ordenación territorial o urbanística a que se refiere el artículo 112.a) LC, dado el indudable carácter ordenador que la legislación y la práctica les otorga. El artículo 209.3 merece un juicio idéntico al artículo 151 RC

Finalmente, los apartados 4 y 5 del artículo 210 ofrecen un mero desarrollo complementario de lo dispuesto por el artículo 117 LC, que la STC 149/1991 [FJ 7.D.a)] no consideró inconstitucional, sin que pueda presumirse que las facultades de comunicar incumplimientos documentales que den lugar a interrupciones de los plazos van a sufrir un uso espureo por parte de la Administración del Estado, quedando en último término cualquier abuso que se pudiera cometer sometido a los controles administrativos, judiciales y políticos pertinentes.

8. Descartada ya la inconstitucionalidad de las disposiciones transitorias 3.ª-4, 4.ª 2 y 3, y 5.ª 2 [FJ 2.e)], resta ahora por examinar la impugnación de las siguientes disposiciones transitorias y adicionales:

a) Disposiciones transitorias 7.ª, 8.ª, 9.ª y 11.3

Conviene señalar, en primer término, que el Abogado del Estado advierte que la impugnación por la Generalidad de Cataluña de algunos apartados de estas disposiciones transitorias no puede tener viabilidad procesal alguna al no haberse observado respecto de los mismos el requisito del requerimiento previo. Sin embargo, sí consta en el escrito (folio 11) por el que se formuló el preceptivo requerimiento la mención expresa a las disposiciones transitorias 7.ª 2 y 3, 8.ª 2-6, 9.ª 2 y 3, y 11.3 del Reglamento, alegando que dichos preceptos invaden competencias urbanísticas de la Generalidad al reservar al Estado funciones claramente ejecutivas, aunque no es menos cierto que en la formalización de la demanda la Generalidad de Cataluña no menciona en el suplico la impugnación de los referidos preceptos, citando únicamente las disposiciones transitorias 7.ª 1, 8.ª 1, 9.ª 1 y 11 2, que son reproducción literal de los apartados 1, 2, 3 y 6 de la disposición transitoria 3.ª de la Ley.

En cualquier caso, el reparo señalado no presenta mayor trascendencia por cuanto el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares suscita también conflicto respecto de las disposiciones transitorias 7.ª, 8.ª, 9.ª y 11 en su integridad, mientras que el Gobierno del País Vasco extiende la impugnación a las disposiciones transitorias 7.ª 2 y 3, 8.ª 2-6, 9.ª 2 y 3, y 11.3. En todos los casos el alegato es genéricamente idéntico, consistente en que tales previsiones invaden y desconocen, por tanto, las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio, litoral y urbanismo, sin olvidar que, de otra parte, aun cuando algunas de esas previsiones pudiesen ser consideradas materialmente como medioambientales, formalmente no pueden serlo dado su carácter reglamentario. Y, en todo caso, tales previsiones suprimen todo margen para su desarrollo y ejecución por las respectivas Comunidades Autónomas.

Pues bien, para resolver la cuestión planteada basta atenderse a los razonamientos ya expuestos con ocasión de la impugnación de la disposición transitoria 3.ª de la Ley (STC 149/1991, FJ 8.C), lo que conduce a desechar, sin necesidad ya de consideraciones más específicas, la pretendida infracción del orden constitucional de competencias que se imputan a los referidos preceptos.

b) Disposiciones transitorias 10, 12 y 13

La Disposición transitoria 10 reproduce literalmente lo dispuesto en la disposición transitoria 3.^a de la Ley, debiéndose reiterar lo ya dicho con ocasión de ésta (STC 149/1991, FJ 8.D), de manera que declarada la inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley la adecuación de la ordenación territorial y urbanística del litoral existente a la entrada en vigor de la Ley sólo habrá de producirse, en su caso, a las normas a que se refiere el artículo 22 de la Ley, sin que ello suponga menoscabo de las competencias autonómicas.

Y en cuanto a las disposiciones 12 y 13, que reproducen y desarrollan lo dispuesto en la disposición transitoria 4.^a, apartados 1 y 2, respectivamente, dado que el fundamento de las alegadas infracciones del orden constitucional de distribución de competencias coinciden plenamente con las imputaciones de inconstitucionalidad dirigidas contra la disposición transitoria 4.^a de la Ley, bastará estar a lo que ya se razonó en el fundamento jurídico 8.E de la STC 149/1991, de manera que la potestad autorizatoria atribuida a la Administración del Estado en el párrafo c) del apartado 1 de la disposición transitoria 13 corresponderá ejercitarla a los pertinentes órganos de las Comunidades Autónomas, lo que asimismo alcanza a la referencia que en el apartado 3 de esta disposición transitoria 13 se contienen, en relación a ese supuesto, al MOPU

c) Disposición transitoria 14

Frente a la genérica impugnación que realizan el Gobierno Vasco y el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, baste atenerse a lo razonado con ocasión de la disposición transitoria 5.^a de la Ley en el fundamento jurídico 8.F de la STC 149/1991.

d) Disposición transitoria 18

El apartado 1 reproduce el apartado 1 de la disposición transitoria 7.^a de la Ley, por lo que debe estarse a lo que ya se dijo en el fundamento jurídico 8.G, siendo inconstitucional la referencia a la Administración del Estado, pues corresponderá exigir la autorización a la Administración urbanística competente. Ello mismo lleva a extender la declaración de inconstitucionalidad al inciso "el Servicio Periférico de Costas" del apartado 2 de esta disposición transitoria 18.

e) Disposición transitoria 20

En su apartado 1 reproduce lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición transitoria 7.^a de la Ley, por lo que no cabe ahora sino dar por reiterado lo razonado en el fundamento jurídico 8-G *in fine* de la STC 149/1991.

Por lo demás, el apartado 2 es plenamente respetuoso con las competencias autonómicas en materia de urbanismo, pues, en todo caso, la justificación de la excepción a la reglas de que los paseos marítimos se localizarán fuera de la ribera del mar y serán peatonales queda remitida al correspondiente instrumento de planeamiento.

f) Disposición transitoria 23

Se impugna por la Generalidad de Cataluña únicamente en su inciso último, pero lo cierto es que, con independencia de que no se razona en forma alguna la impugnación, se trata de una norma temporal que por sí misma ninguna objeción desde la consideración del orden de distribución de competencias puede merecer.

g) Disposición transitoria 1.^a

En su apartado 1 se reproduce la disposición transitoria 3.^a3, por lo que no cabe sino reiterar lo ya declarado en el fundamento jurídico 9.B de la STC 149/1991.

De otra parte, correspondiendo al Estado el ejercicio del derecho de tanteo y retracto en este supuesto, nada cabe objetar a la concreción procedimental y orgánica de dicho ejercicio que se prevé en los apartados 2 y 3 de esta misma disposición transitoria 1.^a

9. Todo lo expuesto nos lleva derechamente a un fallo que estime parcialmente los conflictos de competencia de que aquí conocemos, sin sintonía con lo decidido en nuestra STC 149/1991. No tiene sentido declarar la inaplicabilidad de los preceptos del Reglamento de Costas que hemos juzgado incompatibles con el orden constitucional de competencias, a la vista de la unanimidad y el contenido de los Estatutos de Autonomía en esta materia y dado que aquéllos son mera reproducción o desarrollo, con rango reglamentario, de preceptos legales declarados nulos en la STC 149/1991 o bien incorporan una interpretación de la Ley de Costas inconciliable con la que fue mantenida en dicha sentencia constitucional. También procede subordinar la aplicabilidad de otros artículos del Reglamento de Costas a la interpretación exigida por la doctrina recogida en los fundamentos de esta misma sentencia indicados en el fallo.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por SALVADOR MINGUEZ SANZ,
JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA
y EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

CUANDO UNA PERSONA JURIDICA SEA NOMBRADA ADMINISTRADORA DE UNA SOCIEDAD ANONIMA DEBE DESIGNAR UNA SOLA PERSONA FISICA PARA EL EJERCICIO ESTABLE DE SUS FUNCIONES DE ADMINISTRADORA. EL NOMBRAMIENTO DE LA PERSONA FISICA COMPETE EXCLUSIVAMENTE A LA PERSONA JURIDICA NOMBRADA, BIEN MEDIANTE UN APODERAMIENTO, BIEN MEDIANTE UNA DELEGACION DE FACULTADES (RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 1991, B.O.E. DE 29 DE MAYO).

Hechos. I. El día 4 de abril de 1990, ante el Notario de Madrid don José Aristónico García Sánchez, se otorgó escritura de aumento de capital social y modificación parcial de los estatutos de la entidad mercantil "Benito y Monjardín, Sociedad Anónima, Sociedad de Valores y Bolsa", que fue acordado en su Junta general celebrada en la fecha antes dicha. En el otorgamiento tercero de la citada escritura se estableció: Tercero. Quedan nombrados nuevos Consejeros de la sociedad, por el plazo de cinco años, don Michael Arthur Miller Keehner y la sociedad "Kidder, Peabody, B.V.", que actuará representada por las personas físicas que constan en la certificación unida a esta matriz. Don Michael Arthur Miller Keenher y don Andrew Robert Barfuss, éste en representación de la citada entidad, "Kidder Peabody, B.V.", presentes en el acto de reunión, aceptaron el nombramiento, declarando no hallarse incursos en causa alguna de incompatibilidad de las previstas en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, el artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás normas estatales y autonómicas vigentes. En la certificación de la Junta general se expresa: 4.4. Nombrar nuevos Consejeros de la sociedad y por el plazo estatutario de cinco años: a) A míster Michael Arthur Miller Keehner. b) A la propia sociedad accionista, "Kidder Peabdoy, B.V.", que actuará representada de forma solidaria por las siguientes personas físicas: míster John Matthew Liftin, míster Andrew Robert Barfuss y míster Bruce Winfield van Saun.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: Presentada de nuevo en este Registro Mercantil la escritura otorgada ante el Notario de Madrid don José Aristónico García Sánchez el 4 de abril de 1990, número 1.010, se vuelve a suspender su

inscripción en cuanto al nombramiento de "Kidder Peabody, B.V.", como Consejero por contravenir lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil.—Madrid, 1 de octubre de 1990.—El Registrador, José M.º Rodríguez Barrocal.

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil queda cumplido al haber nombrado el Consejero electo las personas físicas que le han de representar en los Consejos. Que si lo que pretende es que debe designarse una única persona física como representante, hay que señalar que no lo dice el precepto aludido ni podrá decirlo sin incurrir en ilegalidad

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: Que el problema jurídico que en este recurso se plantea en relación con el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil se puede dividir en dos partes claramente diferenciadas: 1.ª El nombramiento de la persona física designada representante de la persona jurídica nombrado administrador. En esta cuestión, el artículo 143 es claro en su redacción, que al mismo tiempo parece lógica en virtud de lo establecido en el artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que la forma de acreditar la representación alegada es a través del nombramiento de la persona física por el propio órgano de representación de la sociedad nombrada; y 2.ª Si es posible el nombramiento de varias personas físicas con carácter solidario. No parece posible por contravenir el referido artículo 143, pues la solidaridad en el nombramiento puede impedir "el ejercicio de las funciones propias del cargo", y no sólo en el caso de desacuerdo entre los nombrados solidarios, sino también en el supuesto de nombramiento de Consejero-Delegado de la persona jurídica. Que se considera que el artículo 143 no impide que se nombre a más de una persona física, pero que es necesario designar los casos y la forma de cómo se va a ejercer la representación para saber en cada caso y circunstancia quién de ellos debe representar a la persona jurídica nombrada Administrador.

V. El Notario recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil es un precepto novedoso y ha dado lugar a calificaciones contradictorias aun dentro del mismo Registro Mercantil, con un grave quebranto de la seguridad jurídica. Que con la natural inseguridad mientras no haya desarrollo legal o jurisprudencia de la figura, la persona física representante de la persona jurídica-Consejero parece tener atribuidos los siguientes caracteres: *a)* Del propio texto legal (art. 143) parece deducirse que es un "representante" de la persona jurídica, careciendo los intérpretes de base para enlazar su naturaleza con otra figura jurídica que no sea la representación; *b)* Su designación corresponde al representado, que recibirá directamente todos los efectos del acto jurídico del representante que designe; por ello, no puede coartarse su libertad de elegir y fijar el régimen de actuación, solidario o mancomunado, según las características o consideración que las personas designadas merezcan al representado; *c)* Por aplicación de las normas mercantiles generales su designación podrá ser efectuada en la propia Junta en que es elegida Consejero la persona jurídica, que será lo normal, con la ventaja de ser conocido y aceptado por todos, o en acto posterior; *d)* Esta

representación tiene un contenido mínimo inderogable (art. 143 del RRM), por lo que las limitaciones que le pueden ser impuestas no deben trascender al ámbito externo; e) Por lo demás, al carecer el precepto citado de ulterior desarrollo, parece que debe integrarse la figura con las normas generales de la representación que, basada en la confianza, incide de pleno en la esfera de la autonomía de la voluntad del Consejero persona-jurídica, que *intuitu personae* podrá imponer una actuación conjunta o disyuntiva, simultánea o sucesiva, sin más limitaciones que las que contradigan el fin de la norma o la función asignada por la Ley al designado; f) Igual remisión a las normas generales habrá que hacer en materia de extralimitación de facultades, incumplimiento de consignas, revocación, etc.; g) La inscripción en el Registro Mercantil seguirá igualmente las normas generales, siendo preciso acreditar la aceptación de la persona jurídica-Consejero, pero no la de la persona física que ésta designe, respecto a la que el Reglamento del Registro Mercantil guarda silencio; h) Puede dudarse si es necesario predeterminar en los propios estatutos el régimen de actuación de las posibles o futuras personas físicas que representarán a la persona jurídica si es designada consejero de otra sociedad. Nada dice el artículo 143 citado, pero la aplicación analógica de las disposiciones sobre sociedades anónimas abonan la solución negativa; i) Es importante destacar que esta representación, como todas las demás, no es nunca exclusiva, es decir, no priva al mandante de la facultad de ejercer por sí mismo su cargo y no podrá tener eficacia una disposición derogatoria de ello (arts. 1.733 CC y 131 LSA) y admitido que la persona jurídica-Consejero puede actuar directamente a través de su órgano, se tendrá que admitir la posibilidad de intervención de dos Administradores mancomunados o de uno solidario (aun a costa del posible desacuerdo que alega el calificador). Que, sobre la base anterior, debe concluirse: 1) Que no existe fundamento para deducir que las personas físicas representantes de "Kidder Peabody, B.V.", han sido designadas por personas distintas del mandante; las certificaciones sociales se expiden por extracto del acta y sólo deben transcribir literalmente los acuerdos modificativos de la escritura o de los estatutos sociales; 2) Que el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil no impone que sea una sola y única persona física, ni tampoco podría así ser interpretado, en contravención de las normas generales de la representación del Código Civil, Código de Comercio y Ley de Sociedades Anónimas; 3) Que admitido, como hace el Registrador Mercantil que el cargo pueda ser ejercido por varias personas físicas, no se advierte razón alguna que excluya la solidaridad en beneficio de la mancomunidad.

Fundamentos de Derecho.—Vistos: Artículos 18 del Código de Comercio 8.f), 125 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 5 y 143 del Reglamento del Registro Mercantil.

Primero.—En el presente recurso se debate en torno a la inscripción del nombramiento de una persona jurídica como administrador de una sociedad anónima, que es suspendida por contravenir lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil. En su acuerdo, el Registrador funda la suspensión en la falta de acreditación suficiente del nombramiento por esa persona jurídica de la persona física que, a su vez, haya de representarla en el desempeño del cargo que le es conferido, así como en la imposibilidad de nombrar a más de una persona física para el desenvolvimiento de tal cometido. Se debate, pues, en torno a la interpretación del artículo 143 del Reglamen-

to del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, la que dista de ser sencilla.

Segundo.—Es cierto que, dado el esquema funcional de las personas jurídicas, cuando éstas sean nombradas administradores de una sociedad anónima [posibilidad expresamente contemplada por el legislador: véanse arts. 8.f) y 125 RF de la LSA de 22 de diciembre de 1989], el desempeño de tal cometido debe quedar incluido dentro del ámbito competencial propio de su órgano de actuación externa, el cual podría realizarlo, bien directamente, bien valiéndose de apoderamientos generales o específicos. Pero también lo es que exigencias prácticas y operativas (piénsese en el supuesto en que los órganos gestores tanto de la sociedad anónima como de la persona jurídica nombrada administrador sean plurimes), así como la aconsejable estabilidad de los sujetos que desempeñan la administración de una sociedad anónima, imponen la conveniencia de que cuando una persona jurídica sea nombrada administrador, proceda ésta a designar una persona física que, en nombre de aquélla y con carácter permanente, puede desempeñar por sí sola todas las funciones inherentes al cargo conferido. Por ello el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil no debe ser entendido en el sentido de exigir la consignación, en el folio abierto a la sociedad anónima, de los datos identificativos de todas aquellas personas que, en nombre de la persona jurídica-administrador, puedan concurrir al desempeño de este cargo, sino, exclusivamente, en el sentido de exigir la identificación de una sola persona física con facultades suficientes para el ejercicio estable de las funciones inherentes a aquél, sea o no miembro del propio órgano de actuación externa de la persona jurídica-administradora.

Tercero.—Ahora bien, no puede pretenderse que la designación de tal persona física acceda al Registro sólo por la simple aseveración del órgano certificante de la sociedad anónima que provee al nombramiento del administrador, por cuanto no se trata de un acto social interno respecto de esa entidad, sino de una decisión que compete exclusivamente a la persona jurídica nombrada; y dado que ésta revestirá la naturaleza, bien del apoderamiento, bien de la delegación de facultades, se precisará para su inscripción, respectivamente, su formalización en documento público (arts. 18 CCom y 5 RRM) o la certificación del acuerdo delegatorio expedida por el órgano de la persona jurídica que sea competente al efecto.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.

Comentario.—Es esta una resolución de las interpretativas de un precepto reglamentario, y como sucede con frecuencia, debido a los estrechos límites del recurso gubernativo, provoca o sugiere más problemas de los que resuelve y será fuente de nuevos recursos hasta dejar definitivamente aclarado el nuevo artículo 143, cuya interpretación, como reconoce la resolución, “dista de ser sencilla”.

La posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ser administradoras de las sociedades anónimas se admitió legal e implícitamente por primera vez al haberse suprimido del artículo 38 del anteproyecto del IEP la prohibición de ser administrador que afectaba a las personas jurídicas. El RRM pasado, en su artículo 108, último párrafo, sólo se refería, en el supuesto de inscripción registral del nombramiento de administradores, a los “nombres, apellidos, edad, nacionalidad y domicilio de los administradores”. Ello provocó la división de la doctrina, aunque mayoritariamente admitió que las personas jurídi-

cas fueran nombradas administradores sociales. Así, GARRIGUES dice que el artículo 108 puesto en relación con los demás preceptos del propio Reglamento y de la Ley no admite dudas. No obstante, GIRÓN TENA en base a que el artículo 108 sólo se refería a circunstancias aplicables a las personas físicas, entendió que las personas jurídicas no podían ser administradores.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de octubre de 1984 señaló que la obligación de consignar las circunstancias personales de los administradores no era impedimento para el nombramiento de personas "morales" que carecen de ellas.

La Dirección General de los Registros no se ocupó nunca de la cuestión y, de hecho, en la práctica habitual de los Registros Mercantiles se producían numerosas inscripciones de nombramientos de administradores personas jurídicas. Lógicamente, las personas jurídicas nombradas debían de ejercer sus funciones a través de las personas físicas que las representaran, y de aquí surgía alguna nota discrepante en la doctrina. GARRIGUES distinguía si el nombramiento era hecho a la persona física como representante de la jurídica o propiamente a la persona jurídica. En el primer caso el nombramiento se producía a título individual y en su propio nombre, aun cuando concurriera como delegado de una persona jurídica o en nombre de ella. La separación sólo se produciría por acuerdo de la Junta general de la sociedad administrada. En el segundo supuesto parece que admitía que se inscribiera el nombramiento de la persona jurídica y de la física que la representara, "circunstancia que hace posible la revocación por dos Juntas generales distintas". Si el Consejero, representante de otra sociedad, va separado de su cargo en el seno de la sociedad administradora, la sociedad administrada debía decretar también su separación de su propio Consejo por haber decaído el título que legitimaba a esta persona para ser administrador. No era esta la opinión ni la práctica de los Registros Mercantiles, al menos en los regidos por discípulos de EMILIANO CANO que entendíamos con absoluta claridad que el administrador era sólo uno, la persona jurídica nombrada, y rechazábamos la inscripción de la persona física cuando así se pretendía, exigiendo además en los supuestos dudosos que la sociedad aclarara, sin posibilidad de error, quién era el administrador nombrado. Este administrador, persona jurídica, actuaba, como señala acertadamente la resolución, bien a través de su propio órgano de administración, ya mediante una delegación permanente (consejero delegado), ya mediante delegaciones concretas (acuerdos específicos de Consejo), bien a través de un apoderado con poder suficiente, ya general, ya para acto concreto, y siempre inscrito en la hoja de la sociedad administrador-poderdante por tratarse de actos sujetos a inscripción (art. 86.6 del Reglamento de 14 diciembre 1956).

Esto obligaba, como práctica de calificación, a calificar en cada comparecencia de la sociedad administradora la legalidad de dos representaciones: la de la sociedad administradora por cuenta de la sociedad administrada y la de la persona física administrador o apoderado por cuenta de la sociedad administradora. Es decir, una vez apreciada la capacidad del compareciente persona física para representar la sociedad administradora se apreciaba la capacidad de ésta para representar la sociedad administrada.

A mi juicio, el sistema era claro, lógico, jurídico y funcionaba, aunque obligaba a hacer una doble calificación. Sin duda por ello, y sólo por ello, se ha querido cambiar el sistema en el nuevo artículo 143 que exige la constancia de la "identidad de la persona física" que la jurídica haya designado "como

representante suyo para el ejercicio propio de las funciones del cargo". De entrada, hemos de decir que no parece muy afortunado el cambio legislativo, como veremos al estudiar los problemas que plantea, en parte resueltos y en parte sugeridos por la propia resolución, que justifica la reforma con causas tan poco jurídicas como las "exigencias prácticas y operativas".

Entrando ya en el estudio de la resolución, dos son los problemas fundamentales que trata, de los que surgen un rosario de problemas secundarios. Se cuestiona, en primer lugar, la acreditación del nombramiento de la persona física por la persona jurídica nombrada, y en segundo lugar, la posibilidad de nombrar a más de una persona física "para desempeñar tal cometido".

En la primera cuestión hay un acuerdo básico entre el Notario, el Registrador y la Dirección acerca de la necesidad del acuerdo de la persona jurídica administradora nombrando una persona física. El Notario no considera que el acuerdo deba constar literalmente en la certificación que sirve de base a la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales, mientras que el Registrador, con mejor criterio, opina que tal nombramiento debe acreditarse por el pertinente acuerdo del "propio órgano de administración de la sociedad nombrada", conforme al artículo 107.2 del Reglamento. La Dirección confirma el criterio del Registrador, con una salvedad: que el acuerdo del nombramiento debe venir del "órgano de la persona jurídica que sea competente al efecto". Queda claro que este nombramiento, que según señala la propia resolución tendrá la naturaleza de una delegación de facultades o de un apoderamiento, deberá proceder del administrador único, del solidario, de los administradores mancomunados, del consejero delegado, del Consejo, mediante acuerdo de delegación, de acuerdo de la Junta ejecutado legalmente e, incluso, de un apoderado general por vía del subapoderamiento. La competencia vendrá determinada por los propios estatutos de la sociedad administradora, por los acuerdos de nombramiento del órgano de administración en caso de concesión de facultades extraordinarias, por la amplitud de poder y, desde luego, también por el objeto social como medida de la competencia del órgano de administración. A este respecto hay que señalar que la competencia del órgano de administración será clara si se ha hecho uso de la posibilidad del artículo 117.4 del Reglamento y las actividades del objeto social pueden ser desarrolladas mediante su participación en sociedades de objeto análogo. Si, como se ve, es necesario, a veces, un acuerdo de Junta para designar la persona, la operatividad quedará malparada, ya que el acuerdo de Junta requiere una preparación previa (convocatoria, publicación, etc.) que puede dejar sin órgano de administración a la sociedad administrada temporalmente en el supuesto que esté estructurado como administrador único. Sentado esto, el acuerdo adoptará la forma externa necesaria según sea delegación o apoderamiento. En el primer caso deberá presentarse certificación del acuerdo expedido por la Junta o por el Consejo, elevado a escritura pública; en el segundo, deberá acompañarse la escritura de poder. Los dos acuerdos podrán solemnizarse en la propia escritura de elevación a público del nombramiento de la persona jurídica administradora si comparecen las personas competentes para ejecutar los acuerdos o con facultades para otorgar los poderes de nombramiento de la persona física.

Surge el problema del modo de designar a las personas físicas que sean administradoras únicas o solidarias de la persona jurídica y sean a la vez designados como personas físicas. No creo que sea preciso que se autotorgue un poder a sí mismo o que deba comparecer para autonombrarse. Creo que

bastará la aseveración en este caso de la aceptación del administrador por sí como persona física y por la sociedad a quien representa, con indicación, eso sí, de las facultades, del nombramiento, del plazo, de los datos de inscripción, etc., que acrediten su competencia.

Aparece ahora otra duda, consistente en si esta delegación de facultades o este apoderamiento, ambos formulados en documento público, deben inscribirse en la sociedad administradora como paso previo a la inscripción en la sociedad administrada. Confieso que no lo sé y que no lo exijo, aunque parece cuando menos chocante que un acuerdo social de una sociedad deba inscribirse en la hoja de una sociedad distinta y no en la suya propia, aunque la razón estaría en que en esta segunda sociedad administrada es en la que el acuerdo tomado por la sociedad administradora deba producir sus efectos. Esta duda no se planteará en los casos de coincidencia de la persona física designada con la del administrador o apoderado, ambos con facultades de designación de la persona física, de la persona jurídica nombrada administrador. Otra duda surge en la aceptación. La persona jurídica podrá aceptar su nombramiento en la propia Junta que la nombró conforme al artículo 142 del Reglamento, en cuyo caso no será competencia del Registrador, sino de la propia Junta calificar la capacidad del que interviene en representación de la sociedad, del mismo modo que califica la de los demás asistentes representados. El artículo 106.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es también aplicable a los socios personas jurídicas, pero parece extraño que quede fuera de la calificación registral el acto principal (nombramiento de administrador persona jurídica) y sí el accesorio (nombramiento de persona física que le representa). Quizás debiera excluirse de la calificación sólo la intervención de la sociedad, pero no la aceptación de su nombramiento como administrador, aunque al calificar el segundo nombramiento ya queda claro que la sociedad ratifica también tácitamente su propia designación al señalar la persona física que la haya de representar. Si la aceptación se produce en documento aparte deberá calificar también el Registrador la capacidad del aceptante sin ninguna duda. En el caso de la persona física no será precisa la aceptación si ésta actúa por vía de poder, y sí si lo hace mediante delegación de facultades según las reglas generales. La aceptación de la persona física se podrá producir en el mismo documento de nombramiento de administrador de la persona jurídica si se acompaña acuerdo de delegación de la sociedad nombrada en donde conste la aceptación de la persona física y comparece además en la propia escritura persona con facultad para elevar a públicos tales acuerdos. Si opera la persona física por vía del apoderamiento, con la misma salvedad podrá otorgarse el poder en la propia escritura de nombramiento. También podrá procederse al nombramiento de la persona física en el mismo documento si en él comparece el administrador único solidario o los administradores mancomunados con facultades para designar a la persona física y ellos, a su vez, son designados *nominatim* como personas físicas nombradas.

No parece que haya dudas en lo que respecta a la aplicación de la Ley 25 de 26 de diciembre de 1983 en lo relativo a las personas físicas, porque si son apoderados no les afecta y si son consejeros delegados ya habrán manifestado su exclusión al tiempo de aceptar el nombramiento como consejeros de la sociedad administradora. Esta sociedad administradora, en cambio, sí deberá estar sometida a la Ley porque ya hemos dicho es la propia y única administradora. Si su aceptación se ha producido en la propia Junta, en ella habrá hecho constar su exclusión; si la aceptación se produce en documento aparte,

ahí deberá hacerlo constar por medio de su representante legal, representación cuya calificación sí deberá hacerse por el Registrador mercantil.

No pueden concurrir en una misma persona la cualidad de administrador o consejero y la de persona física designada como representante por administrador o consejero persona jurídica, pues aunque no se daría una doble cualidad de consejero, porque ya hemos dicho que el único consejero es la persona jurídica designada, sí que habría una evidente contradicción de intereses, por un lado, y, por otro, no podrían funcionar las reglas de la solidaridad ni de la mancomunidad; y en caso de Consejo, extremando el supuesto, podría llegarse *de facto* al Consejo de una sola persona, contra lo requerido por la Ley (art. 9 LSA), y contrariando además el sentido del artículo 136 de la propia Ley.

El segundo gran problema que centra el debate de la resolución consiste en determinar si es posible el nombramiento de varias personas físicas para representar a la jurídica. El Registrador rechaza el nombramiento de varias personas con carácter solidario por razones más bien prácticas que jurídicas, aunque admite el nombramiento de varias personas físicas siempre que, pensando con el subconsciente, sin duda, en el artículo 24.E del Reglamento se designe “los casos y la forma de cómo se va a ejercer la representación”. El Notario en su informe apunta en la letra e) una razón de peso evidente que, si se acepta, hará ineficaz en la práctica toda la regulación del artículo 143, al menos de una forma absoluta, ello ocurre cuando señala que la representación de la persona jurídica no priva al representado (persona jurídica administradora) de la facultad de ejercer por sí mismo el cargo. La Dirección hace dos afirmaciones: en primer lugar, contra la tesis de los recurrentes, señala que el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil exige “la identificación de una persona física con facultades suficientes para el ejercicio estable de las funciones”. No admite, pues, tampoco la mancomunidad ni la tercera vía apuntada por el Registrador que sería la concreción de las distintas facultades de los diferentes administradores. De otro lado, recoge la idea del Notario y afirma que, nombrada una persona jurídica administradora, “el desempeño de tal cometido queda incluido dentro de la competencia del órgano de administración”. Es decir, que junto a la representación específica del artículo 143 permanece la regulación general, que es la que exponíamos al principio del comentario. Siempre “el órgano de actuación externo” será competente para actuar en nombre de la persona jurídica administradora, requiriendo unas veces acuerdo previo y otras no.

Indudablemente, con esta doctrina se vacía de contenido el artículo 143 y queda la designación específica de una sola persona jurídica como una delegación o un apoderamiento concreto que subsistirá junto a las reglas generales de actuación de las sociedades por medio de sus órganos o sus apoderados, y esto por “exigencias prácticas y operativas”.

Surgirán ahora, si se sigue esta tesis, los problemas de colisión provocados por la doble actuación de la persona específicamente designada y del “órgano de actuación externa” (esta expresión, por un lado, es más amplia que la de órgano de administración porque puede comprender a los apoderados; pero, por otro lado, si el órgano de administración no tiene facultades de designación de la persona física, la actuación externa se reducirá a ejecutar el acuerdo de nombramiento hecho por la Junta). Aplicando las normas del Código de Comercio, resulta que si la colisión surge entre apoderados debe prevalecer el poder inscrito con carácter especial. Si la colisión se produce con el órgano de

administración, en principio parece que debe prevalecer la actuación de éste, aunque quizá, y en aras a la claridad, podría pensarse en exigir el cese previo de la persona física designada. Pero si esto fuera así, la competencia resultaría exclusiva y no concurrente. Entiendo que la designación de la persona física debería excluir la actuación del órgano de actuación externa. La sociedad podrá cambiar la persona designada, pero no simultanear su actuación con la de su órgano de representación porque iría contra sus propios acuerdos y, además, de otro modo, el artículo 143 carece de sentido.

No debe plantear problemas el nombramiento de la persona jurídica, consejero en este caso, como consejero delegado. El nombramiento se hará a la persona jurídica, que ya desde su nombramiento como consejero habrá designado a la persona física que lo represente.

Iguales efectos se producirán para el supuesto de continuidad de cargos en el Consejo de Administración. Asimismo si el Consejo ejercita el derecho de cooptación del artículo 138 de la Ley designando accionista persona jurídica, que deberá cumplirse lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento.

Finalmente queda el tema de la revocación que GARRIGUES ya apuntaba antes de la Reforma al amparo de su propia visión del problema, como ya veíamos al comienzo de este comentario, y que hay que completar con la renuncia y la caducidad del nombramiento.

En primer lugar, la sociedad administrada podrá siempre cesar al administrador conforme al artículo 131. La separación del administrador persona jurídica conllevará la separación de la persona física designada. El supuesto no plantea ningún tipo de dudas, y lo mismo ocurre en caso de renuncia y de caducidad del nombramiento. Las dudas surgen cuando el cese o la renuncia ocurra por decisión de la sociedad administradora. Creo que en esta materia caben hacer las siguientes afirmaciones: 1) Siempre podrá la sociedad administradora cesar a la persona física que haya designado. 2) El documento necesario estará en función del sistema seguido para el nombramiento, es decir, según se haya optado por la vía de la delegación o la del apoderamiento. 3) Lógicamente, si se considera que el nombramiento debe inscribirse en la propia hoja de la sociedad administradora previamente habrá que hacer el cese también previamente en esta hoja. 4) Para inscribir en la hoja de la sociedad administrada el cese de la persona física, tal cese tiene que venir acompañado del nombramiento de otra persona física para así cumplir el artículo 143. De otra forma, creo que no deberá inscribirse. 5) La renuncia de la persona física deberá hacerse ante la jurídica que le nombró, quien ejecutará el acuerdo y procederá a sustituirla.

Como último problema estará el de la caducidad del nombramiento. Si la caducidad ocurre en el nombramiento hecho por la sociedad administrada no plantea problema. La caducidad del nombramiento provocará también el cese de la persona física designada. La duda surgirá cuando se haya optado por el sistema de delegación para nombrar a la persona física que haya de representar a la jurídica administradora y antes de que se produzca la caducidad o el cese o la renuncia del nombramiento de la persona jurídica se produzca la caducidad del cargo que la persona física ostentaba en la jurídica. Un ejemplo aclarará la cuestión: don X, consejero o administrador de la sociedad A, es nombrado para representar esta sociedad en el cargo que esta última ostenta en la sociedad B. El cargo de consejero de don X en la sociedad A es de dos años, y el cargo de consejero de la sociedad A en la sociedad B es de cinco años. Transcurridos los dos años surge la duda si continuará existiendo la

delegación específica o caducará con la caducidad de su propio nombramiento como es regla general. Confieso que tampoco lo sé y quizá sea más seguro acudir a la vía del apoderamiento cuya temporalidad indefinida no plantea problemas, a menos que se considere que la designación supone la delegación por todo el tiempo que la sociedad que designa ha de ser administradora de la sociedad administrada, aunque las reglas generales resulten alteradas por vía de excepción consagrada por el artículo 143.

SALVADOR MINGUEZ SANZ

Registrador Mercantil de Castellón de la Plana

REQUISITOS NECESARIOS PARA LA VALIDA CONSTITUCION DE LAS JUNTAS GENERALES EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS Y DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (RESOLUCIONES DE 4 Y 20 DE FEBRERO Y 7 DE MARZO DE 1991).

1. Resolución de 4 de febrero de 1991

Hechos. I. El día 23 de enero de 1990 el Notario de Torrejón de Ardoz don José M.^a Piñar Gutiérrez autorizó la escritura de constitución de la sociedad "Trujillano y Sánchez, Sociedad Limitada", con domicilio en la calle Kifa, número 3, de Getafe, y con un capital social de 1.500.000 pesetas, dividido en 40 participaciones de 37.500 pesetas cada una. En dicha escritura se estipuló lo siguiente: "Sexta.—Los socios harán constar su voluntad en los acuerdos sociales por escrito, que será remitido en el plazo máximo de diez días desde que reciban notificación del punto a dilucidar. Los escritos remitidos por los socios con su voto se archivarán con el libro de actas. La voluntad de los socios rige la vida de la sociedad y certifica sus acuerdos, conforme a las mayorías legales, el órgano administrativo. Para el caso de ser legalmente necesaria la convocatoria de la Junta general, el órgano administrativo la convocará con quince días de antelación, por escrito, remitido a cada uno de los socios, en el que se expresará el orden de los acuerdos a tomar. Para el caso de que, en primera convocatoria, no hubiese quórum suficiente, según los acuerdos a tomar, se señalará la segunda, al menos, veinticuatro horas después." "Undécima.—Para todo lo no previsto en las estipulaciones anteriores se aplica directamente la Ley Especial de Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada vigente en cualquier momento y supletoriamente el resto del Ordenamiento jurídico privado."

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) Se contempla la existencia de dos convocatorias sin señalarse quórum de asistencia, que en la segunda deberá ser inferior a la primera (art. 174 RRM). 2) No consta el modo de deliberar en las Juntas y adoptar acuerdos (art. 174 RRM). Si bien todos los defectos son subsanables, no se toma anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada. Y en cumplimiento del artículo 62.3 del vigente Reglamento del Registro Mercantil extendiendo la presente en Madrid a 12 de febrero de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible."

Dichos defectos fueron subsanados mediante escritura otorgada el día 22

de marzo de 1990 ante el Notario antes citado, que fue inscrita con la de constitución de la sociedad el día 6 de abril de 1990.

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que el Registrador no ha tenido en consideración para la calificación el cuerpo total de la escritura, concretamente las estipulaciones sexta y undécima, ni la exposición de motivos y artículos 14 y 17 de la vigente Ley de Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino solamente el tenor literal del artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil, que se cumple al pie de la letra. Que por todo lo anterior se pide la reforma íntegra de la nota de calificación.

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: Que no se puede aceptar la tesis del recurrente y debe tenerse en cuenta lo manifestado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de abril de 1980, aunque el problema planteado en dicha resolución actualmente no se puede dar en virtud de lo establecido en el artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil. Que es indiscutible que el Reglamento del Registro Mercantil vigente se ha remitido en lo no previsto en los artículos 174-176 a los preceptos del mismo relativos a la sociedad anónima (art. 177). Que el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no se refiere al modo de deliberar y tomar acuerdos y tampoco salva la omisión la estipulación sexta de la escritura, que es obvio se refiere a acuerdos que se tomen fuera de Junta, y que en la escritura no se ha previsto el modo de deliberar y tomar acuerdo en Junta, sin que exista ningún precepto legal ni reglamentario que pueda suplir la omisión.

V. El Notario recurrente se alzó a efectos meramente doctrinales contra el acuerdo del Registrador manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que la Junta general no se prevé con carácter potestativo, sino excepcional como a la letra se dice en el último párrafo de la estipulación sexta. Que por ello no vienen al caso las apreciaciones que se hacen en la decisión del Registrador. Que es importante significar que la Resolución de 24 de abril de 1980, sólo citada en parte por el Registrador, sí es justamente para establecer que no es necesaria la mención de la regulación, aunque sea mínima, de la Junta general, cuanto menos será preciso regular los detalles exigidos por la nota aun sin olvidar la nueva regulación del Registro Mercantil. Que en virtud de todo lo expuesto se puede concluir en la falta de consistencia de la nota de calificación.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 7.º, 14 y 17 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, 76 y 174 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de abril de 1980.

1. De conformidad con el artículo 76 del Reglamento del Registro Mercantil, no procede admitir el recurso doctrinal interpuesto en cuanto hace referencia al segundo de los defectos de la nota impugnados porque la cuestión que suscita carece de interés doctrinal bastante.

2. Debe concretarse, en consecuencia, este recurso al examen de primero de los defectos, que plantea la siguiente cuestión: Presentada en el Registro

una escritura de constitución de sociedad limitada en la que se preveía una segunda convocatoria de Junta general “para el caso de ser legalmente necesaria” la adopción de acuerdos por esta vía y “no haber existido en la primera quórum suficiente según los acuerdos a tomar”, el Registrador suspende la inscripción por contemplar la escritura la existencia de dos convocatorias y no señalarse “quórum de asistencia, que en la segunda deberá ser inferior a la primera”, de conformidad con el artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil.

3. Este defecto debe, sin embargo, ser rechazado. No pueden desconocerse las diferencias existentes entre el sistema de fijación de las mayorías de decisión por referencia al capital social y el que atiende al capital asistente a las Juntas generales, pues mientras en este último se precisa necesariamente una doble determinación: del quórum de asistencia y de la proporción de asistentes que han de votar a favor; en aquél, basta con el señalamiento de la proporción de capital social que, en cada caso, haya de pronunciarse en sentido favorable, y la sola concurrencia de aquellos que pueden adoptar el acuerdo es suficiente para la válida constitución de la Junta (cualquiera que sea la redacción del art. 174.9.º RRM, que en todo caso queda subordinado a las exigencias inherentes al principio de jerarquía normativa —art. 1.2.º CC—): así lo presupone la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que se limita a fijar mayoría de decisión por referencia al capital social y prescinde en absoluto de los quórum de asistencia.

Como en el caso considerado, en el contrato constitutivo se había estipulado que la voluntad de los socios regirá la vida social; conforme a las mayorías legales, resulta improcedente exigir quórum de asistencia que la Ley no exige, por más que se prevea doble convocatoria. No tendría sentido exigir siempre quórum de asistencia, pues o son coincidentes con las mayorías de decisión o son superiores a éstas, y en este segundo caso ello implicaría, o bien agravar la mayoría de decisión o bien exigir para el acuerdo, además de votos favorables, una proporción de votos negativos, en blanco, nulos o abstenciones, pudiendo además ocurrir que quienes pueden adoptar el acuerdo se vean obstaculizados por la no asistencia de los que, en conjunto, tampoco podrían tomar decisiones. Cuestión distinta es si esa previsión, de doble convocatoria, impone que el quórum de decisión referido al capital social fijado para la segunda sea inferior al estipulado en la primera convocatoria; mas esta cuestión no se plantea en el presente recurso y por tanto no procede entrar ahora en su análisis.

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota y acuerdo del Registrador en cuanto al primer defecto y no resolver sobre el segundo.

2. Resolución de 7 de marzo de 1991

Hechos. I. El día 4 de julio de 1980, ante el Notario de Madrid don Agustín Rodríguez García se otorgó escritura de constitución de la sociedad “Servicios de Devolución Bululu, Sociedad Limitada”. En el artículo 8 de sus estatutos se estableció. “La voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la sociedad. Se entenderá que hay mayoría cuando vote a favor del acuerdo un número de socios que represente más de la mitad del capital social. La mayoría habrá de formarse necesariamente en Junta general. Las Juntas generales serán convocadas por el órgano de Administración cuan-

do lo estime conveniente o lo solicite un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital social. La convocatoria se hará con quince días de antelación, como mínimo, a la fecha fijada para la reunión. La citación podrá hacerse por escrito y duplicado, debiendo los socios, al recibirla, devolver firmado el ejemplar duplicado o bien por correo certificado con acuse de recibo, que fijarán el lugar, día y hora de la reunión y los asuntos que han de tratarse; y cuando entre estos últimos figure alguno de los comprendidos en el artículo 17 de la Ley, se consignará el día y hora de la reunión en segunda convocatoria, debiendo distanciarse veinticuatro horas al menos de los fijados para la primera convocatoria. La Junta quedará válidamente constituida sin necesidad de previa convocatoria si encontrándose presente o representado todo el capital social todos los asistentes deciden celebrarla. Actuarán de Presidente y Secretario, respectivamente, quienes la Junta elija. El Presidente dirigirá los debates. Los acuerdos se adoptarán por mayoría, entendiéndose en la forma expresada en el párrafo primero de este artículo. No obstante, para los supuestos a que se refieren los artículos 13, 17 y demás de la Ley que exijan mayoría reforzada deberá observarse lo en ellos dispuesto. Los acuerdos sociales adoptados conforme a lo previsto en estos estatutos se consignarán en el libro de actas. En todo lo no previsto aquí regirá lo dispuesto en la Ley."

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos subsanables: Artículo 8. No constan los requisitos para la válida constitución de la Junta. Al preverse que los acuerdos se tomen por mayoría de capital social no son aplicables los requisitos de constitución que prevé la Ley (25 por 100 del capital social en primera convocatoria), ya que podrá darse el caso de Junta válidamente constituida que no pudiera adoptar acuerdos. Se subsanaría si los acuerdos se adoptaran por mayoría de capital social «asistente a Junta». No consta la forma de deliberar (art. 174 RRM).—Madrid, a 6 de agosto de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible."

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: 1) Que en cuanto al primer defecto de la nota de calificación hay que señalar: Que los requisitos de constitución que echa de menos el señor Registrador son mencionados en el artículo 174.9 del Reglamento del Registro Mercantil, pero la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada nunca ha exigido requisitos de constitución de la Junta ni antes ni después de la Reforma, lo que resulta claro de la lectura de los artículos 14 y 17 en los que no se habla de quórum de asistencia. Que probablemente la interpretación del Registrador se basa en una no admisible extensión de lo preceptuado en el primer inciso del párrafo tercero del artículo 15 de dicha Ley, añadido por la Ley de Reforma, por lo que deduce que son de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada las normas de los artículos 102 y 103 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que la norma de remisión del artículo 15 citado sólo puede servir para aplicar las normas de las anónimas a las limitadas en aquellos puntos en los que la Ley específica de éstas no contengan regulación. 2) Que en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación hay que manifestar la disconformidad, pues la forma de deliberar está regulada en el artículo 8 de los estatutos al señalar que "el Presidente dirigirá los debates".

IV. El Registrador dictó acuerdo, manteniendo el primero de los defectos de la nota de calificación e informó: Que respecto al segundo de los defectos de la nota recurrida, la expresión “el Presidente dirigirá los debates” podría interpretarse como la forma de deliberar que exige el artículo 174.9.º del Reglamento del Registro Mercantil. Que en cuanto al primer defecto de la referida nota, la cuestión a dilucidar es si es necesario hacer constar en la escritura de constitución los requisitos para la válida constitución de la Junta cuando se establece que los acuerdos serán tomados por la “mayoría del capital social”. Que se considera que la regulación de la Junta en las sociedades de responsabilidad limitada ha variado con la reforma de la Ley de dichas sociedades y del Reglamento del Registro Mercantil. Que después de la reforma de dicha Ley la regulación de los acuerdos sociales es más detallada por la remisión que hace en su artículo 15. Que esta remisión expresa aparte de la genérica del artículo 177 del Reglamento del Registro Mercantil no es arbitraria, gratuita ni incompleta, sino que hay que relacionarla con las modificaciones introducidas por el nuevo Reglamento del Registro Mercantil (art. 174, ap. 9.º). Que dado que la naturaleza de la sociedad limitada es muy diferente a la de la sociedad anónima, es lógico que el Reglamento se haya preocupado de regular expresamente la materia de los acuerdos sociales; si quieren los socios asimilarse a la sociedad anónima, se ha introducido la remisión del artículo 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; pero si quieren dar más relevancia a las personas que al capital que ostentan, se introduce el nuevo artículo 174 del Reglamento relacionado con el artículo 14 de la Ley citada. Que si en la escritura no se establece nada más que la remisión a la Ley, ha de aplicarse dicho artículo 14; pero si se establece que los acuerdos se tomarán cuando voten a su favor un número de socios que represente más de la mitad del capital social, lo que procede es la aplicación del artículo 174.9.º del Reglamento. Que la última reforma de la legislación mercantil tiende a lograr mayor seguridad y claridad en la vida de las sociedades mercantiles y que uno de los fines a que debe tender la calificación y el procedimiento registral es a evitar litigios.

V. El Notario recurrente se alzó contra el citado acuerdo, manifestándose en las alegaciones referentes al primer defecto de la calificación, y añadió: Que la exigencia estatutaria no es más que la repetición de lo que establece el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no modificado por la reciente reforma. Que el Registrador parte de la aplicación del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, que es precisamente lo que se niega; la Junta a la que asiste el 25 por 100 del capital social no queda válidamente constituida porque la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a los estatutos exigen indirecta pero necesariamente la asistencia de más de la mitad del capital social porque éste es el mínimo de votos a favor del acuerdo. Además el Registrador parece olvidarse del artículo 17 de la citada Ley, que es de aplicación ineludible. Que los requisitos de constitución no los exige la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por tanto, tampoco puede exigirles el Reglamento del Registro Mercantil, pues no puede ser imperativa una norma que establece un requisito que la Ley dispensa. Que, en resumen, el quórum de asistencia a las Juntas es el que indirectamente resulta de los artículos 14 y 17 de la Ley de Responsabilidad Limitada.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 13, 14, 15, párrafo 3º; 17 de

la Ley sobre Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 102 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

1. Establecido en la escritura de constitución de una sociedad limitada que la voluntad de los socios expresada por mayoría —que ha de formarse necesariamente en Junta general— regirá la vida de la sociedad, y que se entiende que hay mayoría cuando votan a favor del acuerdo un número de socios que represente más de la mitad del capital social —salvo en los supuestos recogidos en los arts. 13, 17 y demás LRJSRL, que exijan mayoría reforzada, en que deberá observarse lo en ellos dispuesto—, el Registrador suspende la inscripción por entender que “no constan los requisitos para la válida constitución de la Junta. Al preverse que los acuerdos se tomen por mayoría del capital social, no son aplicables los requisitos de constitución que prevé la Ley (25 por 100 del capital social en primera convocatoria), ya que puede darse el caso de Junta válidamente constituida que no puede adoptar acuerdos”.

2. El defecto observado carece de fundamento. Prevista en la escritura de constitución de una sociedad limitada en armonía con el artículo 14 de la Ley respectiva que la voluntad mayoritaria de los socios, formada en Junta general, rige la vida social y que hay mayoría cuando vota a favor más de la mitad del capital social, resulta innecesario ya la fijación de un quórum de asistencia: la Junta quedará válidamente constituida si asiste, al menos, la mayoría que pueda adoptar el acuerdo. No pueden desconocerse las diferencias existentes entre el sistema de fijación de las mayorías de decisión por referencia al capital social y el que atiende al capital asistente a las Juntas generales; sólo en este último caso se precisa necesariamente una doble determinación: del quórum de asistencia y de la proposición de asistentes que han de votar a favor; en aquél, en cambio, basta la fijación de la proporción de capital social que en cada caso haya de votar a favor; si en este segundo caso se exigiera además un quórum de asistencia, dicho quórum o bien debería decidir con la mayoría de decisión o bien habría de ser superior; y en este último caso ello implicaría o una agravación del quórum de decisión o la exigencia para la adopción del acuerdo no sólo de los votos favorables señalados, sino además de cierta proporción de votos negativos, en blanco, nulos o de abstención, pudiendo ocurrir incluso que quienes pueden adoptar el acuerdo se vean obstaculizados por la no asistencia de los restantes, a pesar de que éstos, aun estando de acuerdo, tampoco podrían decidir.

3. No puede invocarse, en contra de las anteriores consideraciones, la alegación de la Registradora en el sentido de que la aplicación subsidiaria a la Junta general de la sociedad limitada de las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas relativas a la Junta de accionistas que aparece en el artículo 15, párrafo 3, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en su redacción actual impone la fijación de quórum de asistencia específicos y coherentes, además de ese quórum de decisión referido al capital social (y que de no señalarse aquéllos, como habrían de operar los del art. 102 LSA se producirá una incongruencia que impide la inscripción), pues resulta absurdo pretender que las previsiones específicas de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hayan de alterarse o desnaturalizarse para adecuarlas a las subsidiarias de la Ley de Sociedades Anónimas; tal subsidiariedad presupone el pleno respeto de aquéllas, y sólo cuando faltaren o fueren incompletas procederá la aplicación de las previsiones de la Ley de Sociedades Anónimas;

pero en este segundo caso la complementación no puede llevarse al extremo de exigir la desvirtuación de la previsión a completar.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

3. Resolución de 20 de febrero de 1991

Hechos. I. El día 19 de enero de 1990, ante el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, se otorgó escritura de constitución de la sociedad "Proinvestor, Sociedad Anónima". En los estatutos de dicha entidad se estableció: "Artículo 15, último párrafo.—No obstante la Junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre que esté presente todo el capital desembolsado y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta." "Artículo 30.—Los miembros del Consejo de Administración tendrán derecho a una retribución que no podrá exceder del 5 por 100 de los beneficios líquidos repartibles en cada ejercicio social."

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos que impiden practicarla: No consta en la escritura la cuantía total o al menos aproximada de los gastos previstos de constitución, de acuerdo con el artículo 8.º de la Ley de Sociedades Anónimas. Por considerar que la referencia al capital desembolsado que se hace en el último apartado del artículo 15 de los estatutos sociales no se ajusta a la forma determinada para las Juntas universales en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por último, estimar que la forma establecida en el artículo 30 de los estatutos sociales para la retribución de los Administradores no cumple con los requisitos mínimos señalados en el artículo 30 de la Ley de Sociedades Anónimas. Siendo todos los defectos subsanables, no se toma anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada.—Madrid, 21 de febrero de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.—Fdo.: A. Calvo y González de Lara."

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que el primer párrafo de la nota de calificación es un error del Registrador, pues en el expositivo III de la escritura calificada consta la cuantía aproximada de los gastos de constitución. Que el artículo 15 de los estatutos sociales se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que este precepto trata de la Junta universal y siempre que esté presente en la misma todo el capital desembolsado está también presente la totalidad del capital suscrito, porque cada una de las acciones tiene que estar desembolsada, al menos, en un 25 por 100. Lo que requiere el artículo citado es que están presentes o representadas todas las acciones y se llega a ese resultado tanto hablando de capital desembolsado como de capital suscrito. Que el párrafo 3.º de la nota de calificación hay que entenderlo referido al artículo 30 de los estatutos y al artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyos requisitos son imperativos y no es necesario reproducirlos en el precepto estatutario, cuyo sentido es que, una vez cumplidos los requisitos legales, los administradores tienen derecho a una

retribución que nunca puede exceder del 5 por 100 de los beneficios líquidos repartibles.

V. El Registrador acordó mantener la calificación en cuanto a dos defectos contenidos en los párrafos 2.º y 3.º de la nota y reformada en cuanto al párrafo 1.º de la misma, e informó: Que el artículo estatutario controvertido es una copia literal del artículo 55 de la antigua Ley derogada, redacción no recogida en el artículo 99 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que expresamente sustituye la palabra desembolsado por la de social por estricto cumplimiento de las directivas comunitarias, por lo que se puede afirmar que no existe el concepto de capital desembolsado en la legislación actual, estando todo el capítulo V, Sección 1.ª, del texto refundido de la Ley referido al capital suscrito, y que el capital social es el capital suscrito que puede o no estar íntegramente desembolsado y que puede o no tener derecho a voto. Que el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas cita el capital social como sinónimo de capital suscrito para que le puedan ser aplicables los artículos siguientes. Que no es necesario regular en los estatutos la composición de la Junta universal, que puede quedar suplido directamente por la Ley, por lo que el hecho de regularse implica presumir que lo es con finalidad de modificar el criterio legal. Que la Ley derogada daba una gran importancia al concepto de capital desembolsado, señalada en la Resolución de 10 de octubre de 1984. Que la nueva legislación ha optado por la atribución del derecho de voto en equivalencia o correlación al capital suscrito o capital social. Que la referencia del artículo 15 controvertido a capital desembolsado puede dar lugar a la interpretación de que el quórum de votación en las Juntas universales lo sería en relación a tal cualidad del capital y que estando éste desembolsado en un 25 por 100 serían quórum inferior al mínimo legal. Que la única diferencia entre las Juntas universales y las demás Juntas generales es la falta de convocatorias, aplicándole a aquéllas todo el régimen de las generales, a excepción dicha. Que en cuanto al tercer defecto, hay que señalar que las cláusulas de los estatutos sociales deben ser entendidas de acuerdo con la doctrina general de la interpretación y que tal como se encuentra redactado el artículo 30 de los mismos, se entiende que existiendo líquido repartible y sin ningún otro requisito surgirá el derecho de los Administradores a ser retribuidos, sin que quepa otra interpretación. Que el citado artículo 30 no cumple y se aparta de lo señalado en el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, que tiende a proteger tanto a los Administradores como a los accionistas, que es imperativo, pero no se puede estimar que en todos los casos surge como supletorio.

V. El Notario recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la argumentación del Registrador, en cuanto al segundo defecto carece de base, puesto que son normas que se refieren a requisitos de constitución de la Junta que no son aplicables cuando se trata de Junta universal porque debe estar presente la totalidad del capital social. Que en cuanto al tercer defecto, hay que señalar que las normas imperativas se imponen por sí mismas y excluyen la voluntad privada; no son nunca supletorias, éstas son las dispositivas. Que del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas deben distinguirse dos aspectos totalmente distintos: 1) La base de cálculo de la participación, y 2) Los beneficios de que puede detraerse la participación ya calculada. El primer aspecto no es

tratado directamente por el citado artículo y en consecuencia debe establecer la base del cálculo con arreglo al criterio que estimen oportuno los fundadores de la sociedad (el criterio elegido en el caso que se estudia es el de beneficio líquido repartible, que coincide con las legislaciones alemana, italiana y francesa), siempre que en el momento de cobro tal participación se detraiga de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo mínimo del 4 por 100

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 9.h), 12, 99 y 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989.

1. El primero de los defectos que es objeto de impugnación en el presente recurso presupone que la referencia al capital desembolsado en la previsión estatutaria relativa a los requisitos para la válida constitución de la Junta universal no se ajusta a lo determinado en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige la presencia de todo el capital social. Ciertamente que son conceptos distintos los de “capital social” y “capital desembolsado” y que la nueva Ley ha sustituido esta expresión (v. antiguo art. 55 LSA de 17 julio 1951) por aquella al regular la denominada Junta universal, sin embargo, no puede desconocerse que a los efectos de determinar la válida constitución de este tipo de Juntas es irrelevante el empleo de una u otra expresión, pues al exigirse que el desembolso mínimo del valor nominal de cada una de las acciones (v. art. 12 LSA), tanto una como otra aseguran la presencia de todos los socios, que es el requisito que la Ley, en definitiva, impone

2. El segundo de los defectos que debe ser examinado en este recurso presupone que no se ajusta a las exigencias legales la previsión estatutaria relativa a la retribución de los administradores, que establece que “los miembros del Consejo de Administración tendrán derecho a una retribución que no podrá exceder del 5 por 100 de los beneficios líquidos repartibles en cada ejercicio social”.

3. Debe confirmarse el criterio denegatorio del Registrador. Los artículos 9.h) *in fine* y 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas son categóricos al respecto y no dejan lugar a dudas: Cuando se prevea retribución para los administradores, los estatutos, en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento de la entidad y con la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones y para garantía de los legítimos intereses de los socios actuales y futuros, han de precisar el concreto sistema retributivo a aplicar, sea éste simple o combinado, de modo que su alteración exigirá la oportuna modificación estatutaria previa. No es, pues, suficiente la mera previsión de un límite máximo de retribución sin indicar cuál será el contenido de ésta, por lo que resulta innecesario formular ulteriores consideraciones sobre la precisión o ambigüedad de este tipo máximo en función de la existencia de atenciones legalmente preferentes.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en cuanto al primero de los defectos recurridos, segundo de la nota impugnada, y desestimarlo en cuanto al otro defecto.

Comentario.—Las tres resoluciones de la Dirección General que a continuación van a ser comentadas tienen como denominador común referirse a los requisitos necesarios para la constitución de las Juntas generales de socieda-

des. Pero mientras las de 4 de febrero y 7 de marzo de 1991 tratan de la constitución de la Junta de las sociedades limitadas, la de 20 de febrero del mismo año alude a los requisitos de constitución de la Junta universal de las sociedades anónimas.

Comencemos por la sociedad limitada. Lo primero que hay que destacar en esta materia es la escasa entidad de las modificaciones introducidas por la nueva legislación. El artículo 7 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 decía que "en la escritura se expresará: 9.º La forma de deliberar y tomar acuerdos la Junta de socios y la forma de convocarla y constituirla en el supuesto de que exista o, en caso contrario, la forma de tomar acuerdos por escrito". Y el artículo 120 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, en su número noveno, exigía también la constancia de "la forma y plazos de convocatoria, reunión, quórum, funcionamiento y forma de deliberar y tomar acuerdos la Junta general en su caso".

A diferencia de lo que hacía la Ley de Sociedades Anónimas, la de Sociedades de Responsabilidad Limitada no contenía una regulación mínima de la Junta general que pudiese aplicarse de forma subsidiaria, a falta de determinación estatutaria, y se limitaba a establecer dos normas de funcionamiento relativas a la adopción de acuerdos: la del artículo 14 —sumisión al régimen de mayorías que, salvo que otra cosa se establezca, lo son del capital existente y no sólo del que asiste a la Junta— y la del artículo 17, que señalaba el quórum de personas y de capital preciso para la toma de determinados acuerdos, singularmente todos los que entrañaren modificación de estatutos.

A decir verdad, los estatutos sociales y las escrituras de constitución de sociedades limitadas eran bastante lacónicos y no contenían una regulación minuciosa del funcionamiento de las Juntas. Ello no impedía que las referidas escrituras se inscribiesen con toda normalidad en los Registros Mercantiles, pese a que la doctrina, de manera casi unánime, pedía que las normas sobre la forma de constituir, deliberar y tomar acuerdos en Junta fuesen más explícitas. CÁMARA (1), por ejemplo, decía con toda claridad que como en orden al modo de ser convocada la Junta y a la manera de proceder en ella la Ley se remite casi totalmente a lo que disponga la escritura, ésta habría de determinar "en qué forma y con qué antelación deben cursarse las convocatorias e, igualmente, cuál debe ser el *modus operandi* una vez que la Junta haya quedado constituida", aunque admitía que "con relación a este último extremo debe ser suficiente que se establezca a quién corresponde la presidencia de la Junta y cómo han de acreditarse los acuerdos adoptados".

En los Registros Mercantiles no se exigía tanto. En la práctica, bastaba con que las escrituras de constitución de sociedades limitadas señalasen la forma y procedimiento de convocar las Juntas, pues el "en su caso" que utilizaba el artículo 120 del Reglamento del Registro Mercantil, aunque en rigor se refería al caso que se previese la adopción de acuerdos en Junta, daba al precepto un cierto aire dispositivo. La Dirección General de los Registros, por su parte, amparaba esta tolerancia, pues en una Resolución de 24 de abril de 1980 revocó la nota del Registrador en la parte que achacaba a la escritura vulnerar los artículos 7, apartado 9.º, de la Ley y 120 del Reglamento del Registro Mercantil "por no establecer la forma y quórum para quedar válidamente constituidas las Juntas", a pesar de reconocer que podía ser aconsejable un

(1) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, Edersa, 1977

mínimo formalismo no sólo en orden a la convocatoria, sino también a su válida constitución.

Esta Resolución de 1980 ya insinuaba que el quórum de adopción de acuerdos establecido en los artículos 14 y 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada podía servir, indirectamente, para fijar el quórum de constitución de la Junta. De esta interpretación, generalmente admitida, se separó SÁNCHEZ RUS (2) en el estudio que dedicó a la sociedad limitada en el primer volumen de los *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, que publicó el Colegio de Registradores. Para SÁNCHEZ RUS, como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no establece un determinado quórum de asistencia para la válida constitución de la Junta, en defecto de disposición en la escritura la Junta había de entenderse constituida cuando concurriesen los quórums de los artículos 51 y 58 de la Ley de Sociedades Anónimas (de 1951). Esta remisión hecha por SÁNCHEZ RUS demuestra, ante todo, que no consideraba defecto el que la escritura de constitución de una sociedad limitada no fijase la forma y quórum para quedar válidamente constituida la Junta por existir una remisión implícita a los preceptos reguladores de las sociedades anónimas. Pero tiene el inconveniente de que siendo la mayoría en las sociedades anónimas del capital asistente a la Junta y en las limitadas del capital social existente, puede provocar que Juntas válidamente constituidas no dispongan del quórum de decisión necesario para adoptar acuerdos. Por ejemplo, y remitiéndonos a los quórums de la Ley ahora vigente, una Junta a la que asista el 30 por 100 del capital en primera convocatoria estará válidamente constituida, pero no podrá adoptar acuerdo alguno por no estar presente la mayoría del capital que exige el artículo 14 de la Ley especial. Para SÁNCHEZ RUS esto no era razón suficiente para desechar la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas, pues, a su juicio, esta Junta, impotente para tomar decisiones, podría al menos servir para salvar la responsabilidad de los administradores.

Así estaban las cosas en el momento de publicarse la modificación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el nuevo Reglamento del Registro Mercantil. Lo primero que hay que preguntarse es en qué han sido modificadas las anteriores disposiciones para que se susciten recursos sobre una cuestión nada batallona en la situación previa. Extrañamente, las modificaciones son de poco alcance. El artículo 7 de la Ley de Sociedades Limitadas no ha cambiado nada y sólo el nuevo artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil tiene un tono más imperativo al señalar que "en la inscripción primera de las sociedades de responsabilidad limitada *deberán constar necesariamente* las circunstancias siguientes: 9.º. La forma y antelación de la convocatoria de la Junta y los requisitos de su constitución, así como el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos. Si se contemplase la existencia de dos convocatorias, el quórum de asistencia establecido para la segunda habrá de ser inferior al fijado para la primera".

La desaparición de la expresión "en su caso" que antes utilizaba el artículo 120 del Reglamento del Registro Mercantil y la adición del adverbio "necesariamente" justifican o explican que se haya vuelto con nuevos bríos sobre una cuestión que parecía zanjada. Ahora examinemos estas dos resoluciones por

(2) HELIODORO SÁNCHEZ RUS, "La nueva regulación de la sociedad de responsabilidad limitada", en *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 1990

separado, ya que ni los supuestos de hecho ni los argumentos empleados coinciden del todo.

La escritura que motivó la Resolución de 4 de febrero de 1991 contemplaba una doble posibilidad: adopción de acuerdos por escrito sin necesidad de Junta, y adopción de acuerdos por este órgano. Para este segundo caso se señalaba la forma de convocar la Junta en primera convocatoria, y caso de no reunirse quórum suficiente en segunda. El Registrador encargado de calificarla hizo dos objeciones: contener la regulación de dos convocatorias sin expresar el quórum de asistencia y no especificar el modo de deliberar en Junta y tomar acuerdos.

Los informes del Notario y del Registrador están tan comprimidos en el resumen que hace la Dirección General, que padece la inteligibilidad de sus argumentaciones. El Notario pidió que se reconociese que los artículos 14 y 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada daban respuesta a las exigencias del artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil, a lo que el Registrador replicó que los citados preceptos nada decían sobre la forma de deliberar y tomar los acuerdos en Junta y citó la Resolución de 24 de abril de 1980. Esta cita sirvió al Notario para recordar cómo en aquella ocasión el Centro directivo consideró innecesaria la regulación, siquiera mínima, de la Junta general.

En la resolución que ahora contemplamos, la Dirección General ha dado muestras de tener en menos aprecio el actual artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil, con toda su carga imperativa, que el antiguo artículo 120, pues si bien en aquélla de 1980 dijo que pese a la conveniencia de regular en la escritura el funcionamiento de la Junta el no hacerlo constituía defecto, en ésta ha rehusado pronunciarse sobre el problema al entender que carece de interés doctrinal bastante. Con ello nos deja en la duda de cómo puede interpretarse de manera dispositiva —aunque en el fondo aplaudamos esa exégesis— un artículo que utiliza las palabras “deberán” y “necesariamente”.

El otro defecto —primer defecto— invocado por el Registrador era el de contemplarse la existencia de dos convocatorias sin señalar para ninguna de ellas quórum de asistencia. Esta cuestión, a diferencia de la anterior, para quien parece no tener interés doctrinal es para el Notario y el Registrador, que en sus informes pasan sobre ella como sobre ascuas; pero sí para la Dirección General, que le dedica dos fundamentos de Derecho y aprovecha la ocasión para exponer la que considera recta doctrina sobre las diferentes mayorías de las sociedades anónimas y las limitadas.

La Dirección General aclara que cuando los acuerdos se toman por mayoría del capital social *asistente* a la Junta, como en las sociedades anónimas, merece la pena distinguir entre quórum de asistencia y quórum de adopción de acuerdos; mientras que cuando la mayoría se forma por referencia al capital social *existente*, como en las limitadas, el quórum de decisión está, implícitamente, fijando un quórum de asistencia. Con ello da la razón al Notario recurrente, para quien la respuesta a las demandas —por lo menos a parte de ellas— del artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil está en los artículos 14 y 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada. Y con ello rechaza también indirectamente la remisión supletoria a los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas que, como antes vimos, predicaba SÁNCHEZ RUS.

Salvado este primer párrafo del fundamento de Derecho tercero, el que sigue parece un puro galimatías por culpa del impropio uso de las palabras.

En él leemos que “resulta improcedente exigir quórum de asistencia *que la Ley no exige*, por más que se prevea doble convocatoria. No tendría sentido exigir *siempre* quórum de asistencia, pues o son coincidentes con las mayorías de decisión o son superiores a éstas; y en este segundo caso ello *implicaría*: o bien agravar la mayoría de decisión o bien exigir para el acuerdo, además de los votos favorables, una proporción de votos negativos, en blanco, nulos o abstenciones”. El fragmento transcrito no puede ser menos afortunado. En primer lugar, yerra cuando dice que la Ley no exige quórum de asistencia, pues sí lo hace y, desde 1953, sin perjuicio de que se admita que esta exigencia pueda ser satisfecha de manera implícita. En segundo, utiliza las palabras “*implicar*” y “*exigir*” cuando en realidad no se quiere decir otra cosa que “*puede suceder*”. La frase se entiende así bastante mejor: si el quórum de asistencia es superior al de votación podrá suceder que, unas veces, los acuerdos se tomen por mayoría superior a la legalmente exigida y, otras, que al lado de los votos favorables emitidos haya una porción de votos en blanco, negativos, nulos o de abstenciones.

Esto ni es un argumento ni siquiera lo parece. Es, sencillamente, lo que ocurre en todas aquellas ocasiones en que el quórum de asistencia supera al de decisión, como en las sociedades anónimas: que votan a favor del acuerdo un número de socios superior al estrictamente necesario o que junto a los votos favorables aparecen otros de distinto signo. El Centro directivo es de un candor sorprendente cuando descubre, como algo digno de mención, que quienes pueden adoptar el acuerdo pueden verse obstaculizados por la inasistencia de quienes, en conjunto, no podrían tomar decisiones. Lo que, traducido a palabras, es lo mismo que decir que si no se logra el quórum de asistencia la Junta no puede tomar acuerdos por no estar válidamente constituida.

Después de estas nada brillantes divagaciones, la Dirección General enmienda la plana al recurrente, al Registrador y al propio artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil diciendo que lo que sí hubiese sido necesario era fijar un quórum de decisión en segunda convocatoria inferior al de la primera —algo que ni la Ley ni el Reglamento piden—, pero que al no plantearse la cuestión no procede entrar en su análisis.

La segunda resolución de la Dirección General dedicada al análisis de los requisitos de constitución de las Juntas en sociedades limitadas es la de 7 de marzo de 1991. Al calificar una escritura de constitución de sociedad limitada, el Registrador Mercantil alegó como defecto “no constar los requisitos para la válida constitución de la Junta”, y a continuación se creyó obligado a hacer unas aclaraciones sobre la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas. Dijo que al no estar prevista la adopción de acuerdos por mayoría del capital social no eran aplicables los requisitos de constitución de las Juntas establecidas en la Ley citada. Si se hubiese previsto, seguía diciendo, que los acuerdos se adoptarían por mayoría del capital asistente a la Junta, sí serviría la regulación supletoria que hace la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto al quórum de constitución de las Juntas.

El Notario rechazó la ayuda que de manera un tanto confusa se le ofrecía en la nota de calificación y centró su defensa en dos argumentos: acusar al Reglamento de extralimitarse al pedir los requisitos de constitución de la Junta cuando “la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada nunca ha exigido requisitos de constitución ni antes ni después de la reforma”, y negar después la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas. En el primer argumento no estuvo acertado, ya que los números novenos de los artículos 7 de

la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 174 del Reglamento del Registro Mercantil dicen casi lo mismo. En el segundo, parece que malinterpretó el sentido de la nota del Registrador, que no reclamaba la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas como necesaria, sino como simple posibilidad en el caso de establecerse que los acuerdos se adoptarían por mayoría del capital social asistente a la Junta.

En su informe, el Registrador trató de aclarar esta cuestión. Después de estimar suficiente la previsión de que "el Presidente dirigirá los debates" a efectos de regular el funcionamiento de la Junta, insistió en que las sociedades limitadas podían, a elección de sus miembros, asimilarse a las anónimas y regirse por mayoría de capital asistente, caso en el cual era perfectamente posible la remisión a las normas de la Ley de Sociedades Anónimas sobre constitución de las Juntas o dar más relevancia a las personas que al capital, y someterse a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Sociedades Limitadas. En este último supuesto entraría en juego el apartado 9 del artículo 174 del Reglamento.

El Notario, nada partidario de estas sutilezas, fue terminante en su respuesta al informe. No había aplicación posible del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues la Junta a la que asiste el 25 por 100 del capital social no queda válidamente constituida al exigir la Ley de Sociedades Limitadas indirectamente la asistencia de más de la mitad del capital social. Reiteró la doctrina tantos años sobrentendida: que el quórum de asistencia a las Juntas es el que indirectamente resulta de los artículos 14 y 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Y reiteró también que como los requisitos de constitución no los exige la Ley, tampoco puede exigirlos el Reglamento.

Tras estudiar estas argumentaciones, la Dirección General resolvió que el defecto invocado "carecía de fundamento". Al preverse en la escritura de constitución que existiría mayoría cuando votase a favor del acuerdo más de la mitad del capital social, dijo: "Resulta innecesario la fijación adicional de un quórum de asistencia: la Junta quedará válidamente constituida si asiste, al menos, la mayoría que puede adoptar el acuerdo." Es la misma doctrina que la Resolución de 4 de febrero de 1991 sentó y va seguida de las mismas extrañas reflexiones sobre las consecuencias que derivan de la fijación de un quórum de asistencia superior al de decisión. Lo que merece destacarse como novedad en este recurso es el rechazo explícito que la Dirección General hace de la sugerida aplicación supletoria a la sociedad limitada de los preceptos legales sobre constitución de la Junta contenidos en la Ley de Sociedades Anónimas. Para el Centro directivo resulta absurdo pretender que las previsiones específicas de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hayan de alterarse o desnaturalizarse para adecuarlas a las subsidiarias de la Ley de Sociedades Anónimas. Por eso la llamada que hacen los artículos 15 de la Ley de Sociedades Limitadas y 177 del Reglamento del Registro Mercantil sólo tendrá efectividad cuando falten o sean incompletas las normas propias de la sociedad limitada y siempre que con ello no se desvirtúe la previsión a completar.

Resumiendo la doctrina de estas dos resoluciones, cabe que las escrituras de constitución de sociedad limitada adopten, en relación con los quórum de asistencia y decisión, una de estas tres posturas:

1.^a Señalar expresamente o por remisión al artículo 14 de la Ley que los acuerdos se adoptarán por mayoría del capital social y no fijar quórum de

asistencia En este caso la Junta quedará válidamente constituida siempre que asistan socios que ostenten una porción de capital suficiente para poder reunir esta mayoría o la que exige el artículo 17 de la misma Ley de Sociedades Limitadas para modificaciones estatutarias.

2.^a Decir en la escritura que los acuerdos se adoptarán por mayoría del capital presente o representado en la Junta, como autoriza, para los acuerdos ordinarios, el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En este caso será necesario establecer además un quórum de asistencia para la válida constitución de la Junta, que podrá ser el mismo de la Ley de Sociedades Anónimas u otro diferente.

3.^a Mantener la previsión de que los acuerdos se adoptarán por mayoría del capital social existente y establecer además un quórum de asistencia superior. En este caso podrá suceder lo que antes decíamos: que los acuerdos se adoptarán por más votos de los estrictamente necesarios o que al lado de los votos positivos los habrá negativos, en blanco, nulos o abstenciones. La descripción del fenómeno es tan pueril que produce asombro su repetición en la Resolución de 7 de marzo de 1991.

En definitiva, la Dirección General en estas dos resoluciones ha despojado de su carácter imperativo a los artículos 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y 174 del Reglamento en su número noveno, y ha coonestado con ello la benevolente interpretación que la práctica notarial y registral hizo en su día de los correlativos preceptos de la Ley de 1953 y del Reglamento de 1956. Nada hay que objetar por nuestra parte a esta desrequisitación —la palabra la inventó GONZÁLEZ PALOMINO— de la ordenancista legislación vigente, aunque sí a la forma de eludir el estudio de algunas cuestiones pretextando que carecen de interés y, como antes dijimos, a las simples lecciones teóricas de Derecho mercantil.

Muy diferente a estas dos resoluciones es la de 20 de febrero de 1991, que hace referencia, en la parte que nos interesa, a la concurrencia de capital necesaria para que quede válidamente constituida la Junta universal de una sociedad anónima. El otro asunto tratado en este recurso, que es el de la retribución de los administradores, queda al margen de este comentario.

El artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 exigía la presencia de todo el capital desembolsado para que la Junta universal de una sociedad anónima quedara válidamente constituida. El hecho de que la palabra "desembolsado" haya dejado de utilizarse en el artículo 99 de la nueva Ley y fuese, pese a ello, empleado en los estatutos de una sociedad anónima fue la razón que invocó el Registrador para suspender la inscripción. Registrador que era uno de los mercantiles de Madrid y no de Barcelona, como equivocadamente dice el apartado II de los Hechos que publicó el *Boletín Oficial del Estado*. En concreto, la nota de calificación decía que "la referencia al capital desembolsado que se hace en el último apartado del artículo 15 de los estatutos sociales no se ajusta a la forma determinada para las Juntas universales en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas".

En realidad, esta cuestión estaba ya resuelta con anterioridad. URÍA (3), en su comentario al artículo 55 de la vieja Ley de Sociedades Anónimas, señalaba que dado que la cuarta parte del capital que debe desembolsarse se refiere a cada acción y no a la cifra global del capital suscrita, tendría que hallarse

(3) JOAQUÍN GARRIGUES y RODRIGO URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976

presente o representada en la citada Junta la totalidad de los socios. En apoyo de esta tesis la Resolución de 11 de marzo de 1980 declaró que la suscripción de cada acción ha de ir acompañada de una real e inicial aportación mínima, como lo confirma el artículo 90 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando exige que la parte de capital que no se desembolse no exceda del 75 por 100 del valor nominal de cada acción suscrita.

Lo que esto quiere decir es que al no poder existir acciones suscritas y no desembolsadas, siempre que esté presente todo el capital suscrito lo está el capital desembolsado, y, de la misma forma, la presencia de todo el capital desembolsado asegura la concurrencia de todo el suscrito. En definitiva, están todos los socios, que es lo decisivo para que pueda celebrarse una Junta universal. Por ello la débil argumentación del Registrador que alegaba que el concepto de capital desembolsado había desaparecido en la actual legislación en cumplimiento de las directivas comunitarias no fue tenida en cuenta por la Dirección General. Literalmente, el Centro directivo dijo que "ciertamente son conceptos distintos los de capital suscrito y capital desembolsado" y que la nueva Ley ha sustituido uno por otro. Pero de acuerdo con los argumentos que antes adelantamos, según los cuales el desembolso mínimo afecta a cada una de las acciones, tanto el capital suscrito como el desembolsado aseguran la presencia en la Junta de todos los socios, "que el requisito que la Ley, en definitiva, impone".

Poco más podemos añadir al comentario de esta resolución. El temor del Registrador, que alegaba que la referencia del artículo 15 de los estatutos al capital desembolsado podía dar pie a entender que el quórum de votación en las Juntas universales lo sería en relación a tal cualidad de capital y que estando éste desembolsado en un 25 por 100 sería un quórum inferior al mínimo legal carecía de base. Y es que, como han destacado en sus recientes comentarios URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ (4), "al hablar la Ley de presencia de todo el capital social se refiere, sin duda, a todas las acciones suscritas y desembolsadas total o parcialmente".

JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA
Registrador Mercantil de Guipúzcoa

NECESIDAD DE REQUERIMIENTO EXPRESO PARA LA CANCELACION POR EL PROPIETARIO DE UNA HIPOTECA UNILATERAL NO ACEPTADA POR EL ACREEDOR. (RESOLUCIÓN DE 4 DE ABRIL DE 1991. BOE DE 22 DE MAYO DE 1991.)

Antecedentes.—El día 22 de noviembre de 1989, Urbanización Campomijas, Sociedad Anónima, otorgó ante el Notario de Madrid don Juan Antonio Villena Ramírez, escritura de cancelación de hipoteca unilateral constituida sobre varias fincas de su propiedad a favor del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, con fecha 21 de enero de 1983, ante el Notario de Madrid don Antonio Pérez Sanz, como superposición de garantía y en cobertura de una deuda de 613 608.936,44 pesetas, así como de sus intereses al 8

(4) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y JOSÉ M.ª MUÑOZ, *Comentario al régimen legal de sociedades mercantiles*, tomo V, "La Junta General de Accionistas", Civitas, 1992

por 100 hasta un máximo de tres anualidades y la suma de 92.041.340,46 pesetas para costas y gastos. En el exponendo II de la escritura de cancelación se dice: Que de la existencia de la mencionada hipoteca unilateral, relacionada en el apartado anterior, tuvo conocimiento el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, toda vez que según consta en segunda copia de la misma, expedida para Urbanización Campomijas, Sociedad Anónima, se expidió el día 23 de febrero de 1983 primera copia para el Fondo de Garantía.

Calificación registral.—Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Mijas, fue calificada con la siguiente nota. Presentado el precedente documento el día 15 de diciembre de 1989, retirado por el presentante el día 26 siguiente y devuelto a esta oficina el día 15 de los corrientes, se suspende la cancelación solicitada por los defectos subsanables siguientes: Primero: Faltan las copias de los poderes citados de Urbanización Campomijas, Sociedad Anónima. Segundo: Falta el requerimiento con la advertencia de cancelación transcurridos dos meses desde su fecha a que se refieren los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, ya que el simple conocimiento de la inscripción de la hipoteca no es suficiente para que el constituyente pueda por sí solo cancelarla. Tercero: Haberse presentado con fecha 12 de los corrientes copia de la escritura de aceptación otorgada el día 19 de enero último por el acreedor a cuyo favor se constituyó, lo que convierte en insubsanable el defecto segundo. Contra esta calificación puede interponerse recurso en plazo de cuatro meses desde hoy ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (art. 113 del Reglamento citado). Mijas, 20 de febrero de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.

Recurso gubernativo.—El Procurador de los Tribunales don Rafael García-Valdecasas Ruiz, en representación de Urbanización Campomijas, Sociedad Anónima, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que tratándose de hipotecas unilaterales, lo que pretendió el legislador con la redacción del artículo 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento es que el acreedor tuviera conocimiento de que un deudor había hecho a su favor hipoteca de bienes y a partir de ese conocimiento pudiera aceptarla o no, concediéndole un plazo de dos meses, transcurridos los cuales el deudor podrá cancelar la hipoteca sin consentimiento del acreedor. Que el legislador para reforzar dicho conocimiento utiliza la palabra "requerimiento". Que partiendo del significado que dicha palabra tiene en el Diccionario de la Lengua Española está claro que lo que se pretende es que el acreedor hipotecario conozca plenamente la constitución de la hipoteca unilateral a su favor y, si se prueba, ¿qué más requerimiento haría falta? Que en el caso que se estudia, al día siguiente del otorgamiento de la escritura se entregó al Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios la primera copia de dicha escritura otorgada a su favor y, por tanto, debe entenderse cumplida la notificación y requerimiento establecidos en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria. Todo esto queda probado y recogido tanto en la escritura de constitución de hipoteca como en la de cancelación. Que aunque la Ley no establezca un plazo de caducidad para aceptar la hipoteca unilateral, es evidente que existe el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y la retirada de la primera copia de la escritura por el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios supone un conocimiento que suple al requerimiento prevenido en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda dejarse indefinidamente.

te la aceptación de la hipoteca al arbitrio del acreedor. Que parece lógico que se pueda pedir la cancelación, siempre que no esté extendida la nota constituida (*sic*) de la aceptación al margen de la inscripción de hipoteca unilateral. Que la "buena fe" es un principio hipotecario, manifestado sobre todo en el requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para proteger al adquirente a título oneroso e iría contra la "buena fe" que el acreedor alegase que no conocía el otorgamiento de la hipoteca unilateral por no haberse practicado por el deudor el referido requerimiento. Que habiendo transcurrido dos meses desde la constitución de la hipoteca sin que el acreedor hiciera constar su aceptación en el Registro de la Propiedad, el deudor puede sin necesidad de su consentimiento otorgar la correspondiente escritura de cancelación para su inscripción. Que, por tanto, han quedado cumplidos y son de aplicación los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, así como los artículos 34, 35, 36 y 40 de la citada Ley.

Informe del Registrador.—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1) En cuanto al primer defecto: Que según reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Registrador puede, en todo caso, exigir la presentación de los poderes, y más en el presente caso que no se cumple lo dispuesto en el artículo 166 del Reglamento Notarial. 2) Segundo defecto: Que la hipoteca unilateral admitida por el artículo 138 de la Ley Hipotecaria como excepción a la regla general de la necesidad del convenio *inter partes*, supone que el constituyente de la misma debe mantener la inscripción-oferta del derecho real hasta que sea aceptada o repudiada expresa y no tácitamente por el destinatario, y el artículo 141 de dicha Ley le permite que mediante una intimidación (*sic*) o requerimiento, no de conocimiento, sino de aceptación en el plazo de dos meses, bajo sanción de cancelación (art. 237 del Reglamento de la misma Ley), puede dejar sin efecto la inscripción de la hipoteca y libre la finca de la carga. Que para el Registro de la Propiedad sólo cuenta la aceptación expresa anotada al margen de la inscripción de la hipoteca y el constituyente tiene en su mano la posibilidad de iniciar el plazo de aceptación mediante el requerimiento. Que, por tanto, para el Registrador mientras no conste anotada al margen de la inscripción de la hipoteca la aceptación o la renuncia expresa, en virtud de documento público y auténtico o de resolución judicial firme, la situación se prolongará indefinidamente mientras que el dueño de la finca no decida iniciar el plazo de dos meses para la caducidad del derecho de adquirir del llamado a la hipoteca, y ello mediante el requerimiento directo y fehaciente, único que puede apreciar el Registrador. 3) Tercer defecto: Que la escritura de cancelación es insuficiente para producir los efectos que pretende porque necesita de la previa caducidad del derecho a aceptar por el Fondo de Garantía de Depósitos y ello requiere como formalidad indispensable el requerimiento fehaciente; y como éste no consta ni siquiera alegado por el recurrente, ello quiere decir que tendría que requerir cuando ya consta presentada la escritura de aceptación, lo que haría inútil por no ser posible cancelar la hipoteca si se espera que transcurran los dos meses.

Auto del Presidente.—El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en que no consta de forma fehaciente la existencia del requerimiento en la forma que establece el artículo 237 del Reglamento Hipotecario, siendo este defecto insubsanable por

haberse presentado con fecha 12 de febrero de 1990 copia de la escritura de aceptación, otorgada el 19 de enero anterior, por el acreedor a cuyo favor se constituyó la hipoteca.

Apelación del recurrente.—El Procurador recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, insistiendo sobre el significado e interpretación de la palabra requerimiento, el principio hipotecario de buena fe y los hechos que motivaron el otorgamiento de las escrituras de constitución y cancelación de la hipoteca unilateral.

Doctrina de la Dirección General.—Vistos los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 6 y 21 de noviembre de 1990.

1. La única cuestión que plantea el recurrente es igual a la resuelta por Resoluciones de 6 y 21 de noviembre de 1990: Si para que sea posible a petición del dueño de una finca la cancelación de una hipoteca constituida unilateralmente es bastante acreditar que transcurrieron dos meses desde que se expidió copia de la escritura de constitución de esta hipoteca por (*sic*) la entidad a cuyo favor se constituía. Evidentemente, y conforme al artículo 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, no es bastante el conocimiento de la hipoteca por la entidad favorecida para que, desde entonces, empiece a contar el plazo de los dos meses a que estos preceptos se refieren; para que empiece a correr este plazo se requiere una especial intimidación (*sic*) o requerimiento en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó. No se trata ahora de enjuiciar si el ejercicio del derecho a aceptar sería o no conforme a la buena fe —lo que además escaparía a las posibilidades de calificación registral—, sino sólo de determinar si el ejercicio del derecho a cancelar aparece ajustado a las condiciones estrictas que señala el Ordenamiento, y, evidentemente, no aparece que estas condiciones hayan sido cumplidas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Comentario.—1. La resolución sometida a comentario, de 4 de abril de 1991, es una de esa larga ristra de las aparecidas en el *Boletín Oficial del Estado* de 22 de mayo de 1991. Mucho se ha trabajado en la Dirección durante 1991 y, no obstante, se ha mantenido la costumbre de no firmar más de una resolución de recurso gubernativo cada día. Así, cuando citamos una resolución por su fecha nos estamos refiriendo a una sola porque no existe otra de igual fecha. Costumbre esta que es plausible se mantenga a pesar de la avalancha sufrida en cuanto a recursos gubernativos y que el Tribunal Supremo, por ejemplo, no ha podido conservar con sus sentencias.

2. Sin embargo, conviene aclarar de entrada que la resolución sujeta a comentario ha dado poco trabajo en el Centro directivo porque la cuestión debatida ya había sido resuelta —por presentar supuestos de hecho sustancialmente idénticos— por las Resoluciones de 6 y 21 de noviembre de 1990, citadas ambas en los “vistos” y en el fundamento de Derecho único. También, de algún modo, en la de 23 de septiembre de 1987, no citada, acaso, porque en ésta el supuesto de hecho era distinto y más complejo. La Dirección esta vez se limita a copiar el fundamento de las resoluciones predecesoras, con la única

diferencia de que ahora en lugar de decir que "se requiere una especial intimación", se dice que "se requiere una especial *intimidación*". Y la verdad es que esta permuta de palabras pseudohomófonas (intimación por intimidación), que también vemos en el informe del Registrador de Mijas, puede atribuirse normalmente a un descuido del mecanógrafo de la Dirección o del teclista del *Boletín Oficial del Estado*, pero no es del todo desacertada. Mucho miedo debieron de pasar los responsables del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios —entidad acreedora— cuando después de tener la hipoteca inscrita a su favor y sin aceptar durante más de seis años, se apresuraron a hacerlo por medio de la escritura de 12 de febrero de 1990, posterior a la de cancelación.

3. Antes de adentrarnos en el núcleo doctrinal de la resolución, quiero detenerme brevemente en la irregularidad que observo en la tramitación de este recurso, consistente en omitir el informe del Notario. El artículo 115 del Reglamento Hipotecario establece que el Presidente deberá pedir informe, entre otros, al Notario autorizante no recurrente cuando la nota recurrida atribuyese al instrumento defectos de redacción o autorización. En el caso que analizamos creo que existe una patente atribución de un defecto de autorización, pues el Notario que autorizó la escritura de cancelación debió haber comprobado la existencia del requerimiento que contempla el artículo 237 del Reglamento Hipotecario. Esta misma omisión se advierte en la Resolución de 21 de noviembre de 1990 y no así en la de 6 de noviembre de 1990. ¿Por qué la Dirección no suplió la deficiencia aunque hubiera sido solicitando el informe omitido por la vía del acuerdo para mejor proveer del artículo 125 del Reglamento Hipotecario? La explicación habrá que buscarla en la necesidad de no demorar más la terminación del expediente y en entender que la existencia de tal informe no es requisito esencial de validez del recurso gubernativo. Acaso en el supuesto analizado no sea tan importante, pero en otros recursos hemos podido apreciar la conveniencia de esa aportación del Notario no recurrente para clarificar o centrar adecuadamente la cuestión debatida. No es prudente, por tanto, desde mi punto de vista, prescindir de algo que, en cualquier caso, es una exigencia reglamentaria sabiamente introducida.

4. También llamo la atención sobre la nota de calificación recurrida, extendida en el Registro de Mijas el 20 de febrero de 1990 por una "firma ilegible" (¿por qué para la Dirección casi todas las firmas de los Registradores son ilegibles?). Esta nota, redactada con una precisión e integridad dignas de ser imitadas, habla de tres "defectos subsanables", pero posteriormente, al formular el tercero, que es el que nos revela la existencia de aquella escritura de aceptación presurosa, dice que el segundo de los defectos se convierte en insubsanable. Realmente, no es que se trate de tres defectos, sino de dos. El primero alude a una falta de presentación del poder de la entidad constituyente y ahora cancelante de la hipoteca unilateral que no fue objeto de recurso, aunque el Registrador, por laudable cautela procesal, lo defiende en su informe, y el segundo es el meollo de la cuestión y el único objeto del recurso. Lo que el Registrador apunta como tercer defecto no es tal: se trata de un asiento de presentación posterior —que, según doctrina reiterada de la Dirección General, puede ser tenido en cuenta para una mejor calificación— y es el dato que le permite calificar de insubsanable el segundo defecto. En definitiva, no me parece demasiado relevante esa aceptación aparecida a destiempo. Si los argumentos del defecto segundo no fueran suficientes para denegar (no suspender) la cancelación solicitada, de poco serviría la existencia de un asiento

de presentación relativo a una escritura de aceptación posterior en fecha a la de cancelación.

5. Y es que, en el fondo, la discordia jurídica, y en la cual hizo hincapié el recurrente, se centró en si la prueba de que el acreedor tenía conocimiento suficiente de la hipoteca unilateral (que en este caso se apoyaba en la existencia de una primera copia expedida para el Fondo de Garantía, apoyo ciertamente endeble para demostrar un hecho de tanta trascendencia) podía suplir el requerimiento preceptuado por el artículo 141 de la Ley Hipotecaria y desarrollado en el artículo 237 del Reglamento. La Dirección —siguiendo a la letra la argumentación ya establecida meses antes— entendió que no, que no es suficiente tal prueba, sino que debe existir el documento auténtico (normalmente un acta notarial, aunque también es posible un requerimiento judicial) que demuestre que el deudor notificó al acreedor su voluntad de cancelar y cuya fecha determinará el inicio del cómputo de los dos meses de plazo exigidos por aquellos preceptos.

6. La doctrina de la Dirección es, a mi juicio, plenamente acertada porque en el procedimiento registral no puede introducirse, como trató de hacer el recurrente con atractivos argumentos, un concepto como el de la buena fe, cuya apreciación sólo corresponde a los Tribunales de Justicia. Díez-Picazo y Gullón recuerdan y sistematizan la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre las vertientes de la buena fe a la hora del ejercicio de los derechos: una de ellas hace referencia al problema del retraso desleal, y así —siguiendo a esos autores— un derecho subjetivo no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que, incluso, ha dado lugar con su actividad omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que le derecho ya no se ejercitará. Y citan la Sentencia de 21 de mayo de 1982 como receptora de tal doctrina en nuestra jurisprudencia. Algo de esto aparece en la resolución que comentamos. La recurrente había hipotecado unilateralmente sus fincas en 1983 a favor del Fondo de Garantía de Depósitos como superposición de garantía para una deuda de más de seiscientos millones de pesetas. Ignoramos los avatares de la deuda garantizada, pero el tiempo pasa (más de seis años) y la hipoteca unilateral sigue sin ser aceptada por la entidad acreedora. No cabe duda de que la aceptación, producida después de la escritura de cancelación, roza el “retraso desleal” que nos enseñan Díez-Picazo y Gullón. Sin embargo, la Dirección General se mantiene en la buena doctrina y elude la tentación de buscar una interpretación transliteralista de los preceptos invocados que convierta al Registrador en árbitro peripatético de derechos en litigio. Por eso se dice en el fundamento único que “no se trata ahora de enjuiciar si el ejercicio del derecho a aceptar sería o no conforme a la buena fe —lo que además se escaparía a las posibilidades de calificación registral—, sino sólo de determinar si el ejercicio del derecho a cancelar aparece ajustado a las condiciones estrictas que señala el Ordenamiento, y, evidentemente, no parece que estas condiciones hayan sido cumplidas”.

7. En lo que no entra la resolución comentada es en el problema de analizar la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral, porque la penetración en este problema no era esencial para la resolución de la cuestión planteada en Mijas. Conozco un caso en que sí hubiera podido provocarse un pronunciamiento de la Dirección sobre la naturaleza de tan curiosa figura jurídica. Se trata del recurso gubernativo interpuesto en el Registro de Logroño número 1 en 1985. Siempre lamentaré que el entonces Registrador de aquella ciu-

dad se aquietara con la decisión del Presidente de la Audiencia Territorial y no hubiera apelado en su día. A veces, aun a sabiendas de que se puede perder, es bueno agotar todas las posibilidades, porque gracias a ello se originan unas decisiones de la Dirección las cuales contienen doctrinas que preparan el avance de la ciencia jurídica y nos iluminan a todos por vericuetos de poca luz.

8. Aunque el comentario a la Resolución de 4 de abril de 1991 ya puede darse por concluido, voy a transcribir en lo sustancial el informe del Registrador de Logroño y el subsiguiente Auto del Presidente de Burgos de 27 de noviembre de 1985, previo un resumen de los antecedentes de hecho de aquel caso, para quienes tengan curiosidad por profundizar en algo que todavía no ha recibido una respuesta concluyente del Tribunal Supremo; tampoco de la Dirección General, aunque ésta, en Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987 parece querer inclinarse (aunque no decididamente) por la teoría de la reserva de rango.

9. El caso planteado en Logroño es muy raro y a la vez muy sencillo de explicar. Un deudor constituye una hipoteca unilateral a favor de un acreedor del cual reconoce haber recibido un préstamo. La escritura se inscribe lógicamente con ese carácter unilateral. Antes de que llegara al Registro la escritura de aceptación, se presenta e inscribe la escritura de venta de la finca hipotecada, que resultó ser (¡atención!) de *fecha anterior* a la de la escritura de la hipoteca (lo que significa que el deudor hipotecó una finca que no era suya por haberla vendido antes, aunque en el Registro continuaba figurando como propietario). Presentada la escritura de aceptación, el Registrador denegó la nota marginal "porque al constituirse la hipoteca por escritura de 5 de noviembre de 1984, el hipotecante no era dueño de la finca, ya que por escritura de 21 de marzo de 1983, presentada el 21 de febrero de 1985 e inscrita el 4 de marzo siguiente, la había vendido a don G. M. R.". En defensa de esta nota —y tras el correspondiente recurso— el Registrador de Logroño, en su informe dijo, entre otras cosas, lo siguiente: "Ha sido constante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que los Registradores han de promover un verdadero juicio hipotecario al resolver los problemas de calificación, con preferente sumisión a los asientos del Registro, y tienen plenas facultades para valorar los obstáculos que pueden apreciar. Al calificar deben investigar el Registro por si en él hay obstáculos que impidan la inscripción, y han de atenerse a lo que resulte de los asientos del mismo; los cuales habrán de guardar relación directa con el que se pretenda practicar. A este respecto son de especial interés las Resoluciones de 14 de diciembre de 1953 y 5 de junio de 1964, según las cuales el Registrador deberá desenvolver su función calificadora atendiendo también a los asientos del Registro porque la conjunción de todos los elementos permitirá apreciar la procedencia del asiento solicitado y evitará ulteriores contiendas y a la vez mantendrá la armonía entre los asientos y los derechos de los interesados. La construcción jurídica de la figura de la hipoteca unilateral ha sido debatida por la doctrina científica, elaborando diversas teorías: consentimiento formal, reserva de rango, condición suspensiva, negocio jurídico unilateral, etc. ROCA SASTRE considera que el negocio dispositivo unilateral provoca la constitución de la hipoteca, siendo necesaria la aceptación del favorecido para que éste la adquiera. Su inscripción es posible por la trascendencia real inmobiliaria que lleva consigo, pero esto no quiere decir que la hipoteca quede plenamente constituida hasta la aceptación del acreedor. (Mas en este caso) cuando ésta accede al Registro se ha produ-

cido en él un acto de indudable trascendencia real inmobiliaria: la constatación de que el hipotecante no era dueño de la finca cuando impuso el gravamen. Por su parte, ALBALADEJO entiende que la sola voluntad del disponente no constituye la hipoteca, o sea, no modifica la realidad jurídica; el contrato es necesario para constituir la hipoteca. La inscripción de la hipoteca unilateral está desempeñando el papel que en rigor técnico estaría llamado a desempeñar una anotación preventiva, porque no publica ningún derecho de hipoteca. En cuanto a la forma de hacer constar la aceptación, será por nota marginal, según el artículo 141 de la Ley Hipotecaria. Dicha nota es calificada por ROCA SASTRE de nota jurídica, no de mera oficina. La expresión del precepto da a entender que atribuye valor constitutivo a tal asiento: puesto que habla de *efectos de la nota marginal*, no de efectos de la aceptación en sí. Según ALBALADEJO, la extensión de la nota marginal es constitutiva de la hipoteca. (...) La situación jurídica que proclaman las inscripciones vigentes, en cuanto a sus efectos respecto de terceros de todo orden, queda atendida exclusivamente a lo que publica el Registro: una hipoteca unilateral impuesta por el titular registral y una inscripción de compraventa de la finca hipotecada *otorgada antes que la hipoteca, pero inscrita después*. De esta situación proclamada por el Registro "se aprecia" lo que CAMY denomina una nulidad aparente: es la que resulta del contenido de los asientos del Registro, de forma que su simple lectura la pone de manifiesto. Resulta de una manera directa de los asientos, en relación con las normas legales aplicables. El Registro "publica" la nulidad, y esta publicidad perjudica a todo adquirente posterior al asiento de donde resulta. Es adquirente posterior la entidad a cuyo favor se estableció la hipoteca, puesto que cuando solicita la protección del Registro ya consta en éste la llamada nulidad aparente; y como ya se ha indicado antes, la adquisición de la hipoteca se produce por la nota marginal, es nota constitutiva. Según el citado ALBALADEJO, antes de la registración de la nota marginal no hay hipoteca. La entidad acreedora ha descuidado la oportunidad de su inscripción, entendido este término en el sentido amplio de asiento, y debe quedar postergada por el título de compraventa anterior que ha tenido acceso al Registro. Puede aplicarse aquí lo que MEYER denomina principio de la ocasión, según el cual el que descuida inscribir su título da ocasión a que las apariencias jurídicas se vuelvan contra él, como si el perjuicio debiera soportarlo a modo de sanción a su negligencia. La hipoteca ingresó antes en el Registro, pero la aceptación que motiva una nota marginal constitutiva pretende ingresar después de la venta, en cuyo momento el Registro "publica" que el hipotecante no era dueño de la finca gravada, por que no puede haber contrato según los artículos 1.857-2.º del Código Civil y 138 de la Ley Hipotecaria. Sin perjuicio, para el acreedor, de las acciones y responsabilidades que puedan dirimirse ante los Tribunales, según los artículos 105 de la Ley y 1.911 del Código. El principio de prioridad, básico en nuestro Ordenamiento hipotecario, obliga al Registrador a despachar los títulos por el orden de su presentación en el Registro, conforme se deduce de los artículos 17, 24, 25 y 248 de la Ley Hipotecaria, determinando el rango de los mismos caso de que sean compatibles y en otro caso impidiendo la inscripción del título que, presentado posteriormente, esté en contradicción o se le oponga. La venta de don M. C. a don G. M. es título posterior en el rango registral a la hipoteca unilateral, pero no se opone a ella: pueden coexistir. En cambio, la aceptación de dicha hipoteca, que —se repite por enésima vez— se tiene que hacer constar por nota marginal constitutiva, se opone y es incompatible con una venta anterior a la hipoteca y que ya está

registrada". Hasta aquí el informe, a cuyo autor agradezco desde estas líneas su autorización para transcribirlo, así como el envío de las fotocopias de éste y del Auto.

10. El Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la nota y, en su Auto, recogió la siguiente doctrina: "Ciertamente, la anómala situación producida en este caso a consecuencia de que, inscrita la hipoteca unilateral, la de la aceptación que ha dado lugar a la nota denegatoria contra la que se recurre es un problema que en definitiva habrá de resolverse por los Tribunales si las partes de conformidad no le dan solución; no tiene especial trascendencia hipotecaria si, limitándonos a los principios reguladores de la Institución, no se adelantan las consecuencias a determinados actos que a aquellas oficinas llegan, cual ocurre en este caso respecto de la escritura de aceptación cuya anotación marginal se deniega con base en que es dicha anotación la constitutiva y no la inscripción de la hipoteca unilateral. Aunque, ciertamente, se ha discutido el alcance de la oferta unilateral que este tipo de hipoteca supone y alguna parte de la doctrina le dio a la aceptación marginal carácter constitutivo, es lo cierto que aun antes y, desde luego, a partir de la reforma del artículo 141 de la Ley Hipotecaria aquella doctrina entiende con carácter casi general que la imposición de un derecho real de ajena pertenencia producido a través de la oferta unilateral vinculante del o de los que establecen ese gravamen basta, como acto unilateral consentido por el deudor inscrito, para que la hipoteca se produzca constitutivamente, sin que ello obste el que el Registro refleje separadamente dos momentos en el tiempo: el de la voluntad unilateral constitutiva por parte del deudor y el de la aceptación del acreedor que perfecciona el negocio jurídico, siendo el primero el que da nacimiento a la hipoteca constituida por aquella declaración unilateral con todas las exigencias necesarias e, incluso, la designación del acreedor a favor del cual se establece tal derecho real, sin que el que no se produzca al mismo tiempo o de momento la aceptación del mismo deje de producir efectos contra terceros en cuanto se inscribe, encontrándonos con una oferta vinculante que no produce el cierre del Registro ni dificulta la inscripción posterior a la de la hipoteca de la adquisición anterior no inscrita hasta mucho después, ni puede, en definitiva, impedir, dado que el Registro predica su existencia, el derecho del acreedor a aceptar la oferta que consta en un acto inscrito anterior que debe acreditarse por nota marginal. Siendo ello así, no tiene por qué llegarse en este momento de la calificación a negarle la entrada para la aceptación, sin perjuicio de que sean los Tribunales o las partes las que saquen las conclusiones que puedan afectar a sus respectivos derechos, bien en vía ordinaria e incluso con la posibilidad de la apertura de una vía penal, pues es lo cierto que del juego de los principios hipotecarios de inscripción, de legitimación y de prioridad no cabe negar que la toma de razón por el Registro de aquella oferta unilateral es factor esencial y constitutivo para que exista la hipoteca, siendo medio exteriorizador o de publicidad del gravamen ya operado en la relación jurídica, que se aprovecha de la presunción *iuris tantum* de exactitud, que de no estar de acuerdo con la realidad extrarregistral obligará a la parte que se estime perjudicada a formular la oportuna pretensión, carga que con la denegación de la nota marginal se impone indebidamente al beneficiario de la primera inscripción registral, cuyo ingreso anterior en el Registro, aunque el otro acto dispositivo se hubiere producido mucho tiempo antes, goza también de rango preferente mientras no se declare inexacta aquélla, facultad que no corresponde al encargado del Registro al cumplir con su obligación calificado-

ra, sino a los Tribunales o al órgano administrativo competente si fuera esa su naturaleza”.

11. Termino aquí la transcripción y todo el comentario en espera de que otro supuesto de hecho similar permita un pronunciamiento jurisprudencial expreso sobre tan debatido problema.

EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

LA JURISPRUDENCIA NO HA DEROGADO EL INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que, según jurisprudencia, la prescripción de acciones, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no es un instituto fundado en la justicia intrínseca y por ello ha de interpretarse de modo restrictivo, también lo es que para acoger la prescripción ha de tomarse en cuenta no sólo el transcurso del tiempo, sino también el *animus* del afectado, de tal manera que cuando aparezca clara su voluntad conservativa, suficientemente manifestada, debe entenderse interrumpido el plazo; pero no lo es menos que la nueva jurisprudencia en modo alguno ha derogado, por vía de interpretación, el instituto jurídico de la prescripción, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico, que también veda a los Tribunales estimar interrumpida la prescripción cuando en autos se carece de datos fácticos que así lo revelen.

NO HAY ENRIQUECIMIENTO INJUSTO CUANDO EL DESPLAZAMIENTO PATRIMONIAL SE DEBE A UN INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—La reiterada y uniforme doctrina de esta Sala (SS de 18-5-1984, 12-3-1987 y 28-3-1990, entre otras) tiene declarado que la *condictio* basada en el enriquecimiento injusto exige para su éxito la falta de causa en el desplazamiento patrimonial y consiguiente ventaja adquirida, requisito que, con toda evidencia, no concurrirá cuando el desplazamiento patrimonial sea motivado por un previo incumplimiento contractual del que pretende presentarse como perjudicado, pues entonces dicho desplazamiento patrimonial tiene una evidente causa que lo justifica y que veda la virtualidad protectora del enriquecimiento injusto o sin causa.

LA HIPOTECA SE EXTIENDE A LAS MEJORAS AUN CUANDO ESTAS SEAN VALIOSAS. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1991.)

Hechos.—La compañía hotelera A. hipotecó el Gran Hotel Z. y con posterioridad realizó nuevas instalaciones, como el aire acondicionado y la renovación del mobiliario. Pero como no pagó el crédito se ejecutó la hipoteca, adjudicándose el Gran Hotel Z. en la subasta al mejor postor.

Ahora demanda la compañía hotelera A. al adjudicatario para que le pague 274.000.000 de pesetas importe de las mejoras. No prosperó la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—La recurrente alega que las mejoras a que se refiere el artículo 109 no son las mejoras existentes en el momento de la ejecución, sino las que había en el momento de constitución de la hipoteca, y sugiere que el número 1 del artículo 110 no contiene una lista cerrada, sino que menciona *ad exemplum* una serie de conceptos, de manera que fuera de la misma deben quedar algunos bienes cuando, como ocurre en el caso de autos, éstos revisten especial valor.

La Sentencia de 21 de diciembre de 1990, muy explícita en este particular, mantiene que “para juzgar cómo actúa el concepto de extensión de la hipoteca debe estarse a la interpretación integradora de los diversos supuestos legales que comprende; y como resultado de este examen se llega a la conclusión de que el concepto no se refiere a una situación estática, la existente al tiempo de constituirse la hipoteca, sino, por el contrario, a una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones, constante la hipoteca y cuyo estado final se precisa al tiempo de la ejecución”.

Una lectura serena acerca de los bienes en que consisten las mejoras, incluidos dentro del número 1.º del artículo 109, nos permite hablar de mejoras exentas por su mayor valor o de bienes que no puedan considerarse mejoras porque son valiosos, sino simplemente de bienes que se ajusten a las características conceptuales de las concretas que se enumeran (nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de las edificaciones) o análogas —criterio de similitud o semejanza— con las excepciones determinadas que contiene.

NO ES REDUCIBLE EL SOBREPRECIO DE UNA VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL SI EN EL SE ENGLOBABAN OTRAS DEPENDENCIAS. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—La legislación especial de VPO establece la limitación del precio exigible en la venta de viviendas de protección oficial; la doctrina jurisprudencial aclara que esta limitación imperativa se corresponde con los importantes beneficios que la misma legislación concede a los constructores, promotores y propietarios, hasta el punto de que por este sinalagma quede restringido el principio de la autonomía de la voluntad contractual; y que la contravención de la legislación especial por los intervinientes en el negocio jurídico de la compraventa de las aludidas viviendas determina realmente la nulidad del pacto por el que se señaló el precio superior al fijado en la cédula de calificación definitiva, nulidad parcial que no lleva consigo la nulidad total del contrato; pero esto hay que entenderlo de esta forma cuando aparece nítidamente justificado que el precio excesivo convenido se refiere

solamente a la vivienda objeto de la protección, pero no cuando en la citada cantidad se engloban indeterminada y conjuntamente otras pretensiones, objetos, dependencias o mejoras extrañas a la limitación que recoge la cédula de calificación definitiva.

NO PUEDE ADMITIRSE COMO NORMA ABSOLUTA QUE LOS HECHOS NEGATIVOS NO PUEDAN SER PROBADOS. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—La más reciente doctrina de esta Sala tiene declarado que si bien es cierta la vigencia de la conocida regla “incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat”, la misma no tiene un valor absoluto y axiomático, matizando la moderna doctrina el alcance del principio del *onus probandi* que el artículo 1.214 del Código Civil sanciona, en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado en general la de los impeditivos o extintivos que alegue (S. 15 febrero 1985) y que no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, pues pueden serlo por los hechos positivos contrarios, y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos, extintivos u obstructivos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos. La norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados.

LITISCONSORCIO: CARECE DE LEGITIMO INTERES QUIEN NO FUE PARTE EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala, muy numerosa sobre el litisconsorcio pasivo necesario, es conforme con el criterio que sigue: a) El actor es libre de traer al proceso a quien entienda que niega, desconoce o contraría sus derechos o incumple sus deberes (S. 5 diciembre 1989); b) El litisconsorcio pasivo necesario ha de fundarse en la misma situación jurídica material controvertida en el pleito, con presencia de todos los interesados en aquélla, careciendo de legítimo interés quienes no fueron parte en el contrato (S. 24 abril 1990).

RESOLUCION DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES: LA MODERNA JURISPRUDENCIA MITIGA LA EXIGENCIA DE “VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE”. (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—Efectivamente, son abundantes las sentencias que exigen, para aplicar el artículo 1.504 del Código Civil y resolver a su amparo una compraventa de inmuebles, que el impago obedezca a una “voluntad deliberadamente rebelde”; pero son también ya muchas, entre otras las de 12 de mayo de 1988, 3 de octubre de 1989 y 21 de agosto de 1990 las que han mitigado el rigor del lenguaje utilizado con anterioridad. Según la moderna jurisprudencia, hablar de voluntad deliberadamente rebelde es afirmación sólo identificable con los supuestos de impago doloso, lo que dificulta enormemen-

te la aplicación del artículo 1.504, cuando en verdad es aconsejable resolver a instancias del vendedor los contratos en los que concurran el impago prolongado, duradero, injustificado o se frustren el fin económico del contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor.

**APLICABILIDAD DEL ARTICULO 114 DE LA LEY HIPOTECARIA A LAS HIPO-
TECAS CON AMORTIZACION GRADUAL.—LOS INTERESES MORATO-
RIOS DEBEN ESTABLECERSE EN FORMA DIFERENCIADA PARA TENER
PROTECCION HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1991.)**

Doctrina de la Sentencia.—La aplicabilidad del artículo 114 de la Ley Hipotecaria a las hipotecas con sistema de amortización gradual será: la cuantía de los intereses asegurados en perjuicio de tercero ha de ser la misma durante toda la vigencia del préstamo, no dependiente del momento en que se ejercite la acción ejecutiva, cantidad que ha de constar en la escritura de constitución de la hipoteca en virtud del principio de especialidad registral que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe.

La distinta naturaleza de los intereses remuneratorios, contaprestación de la entrega del capital prestado, y los moratorios que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario determina una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno de estos tipos; como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987, la estipulación de los moratorios anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto de cuantía indeterminada dentro del límite previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad cuya ejecución precisará la previa construcción del título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. En cambio, tratándose de los intereses remuneratorios el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe además resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el período considerado. Por ello, y en virtud de la exigencia de especialidad, no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; éstos, si pretenden protección hipotecaria deberá establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo de garantía y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación del débito, posibilidades de impugnación, duración, etc.).

**EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FISCALES NO ALTERA LA NATURALE-
ZA CIVIL DEL CONTRATO.—LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA
LEY HIPOTECARIA ES "IURIS TANTUM". (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE
1991.)**

Doctrina de la Sentencia —Una constante doctrina de esta Sala viene proclamando, entre otras muchas, en Sentencias de 9 de octubre de 1971 y 6 de julio de 1977, que el hecho de haberse incumplido un deber fiscal no altera la naturaleza civil del contrato discutido ni su contenido obligacional, sin cons-

tituir materia de casación en el fondo, al no tener otro alcance que el procurar el control de la Oficina de Liquidación del Impuesto. El motivo quinto alega infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, negando al documento eficacia probatoria frente a la presunción que supone la inscripción registral posterior, sin contar con que la aludida presunción de exactitud registral que emana del artículo 38 es meramente *iuris tantum* y queda sin efecto cuando hay una prueba que acredita el dominio en favor de una tercera persona.

RECURSO DE CASACION: NO PUEDE FUNDAMENTARSE EN LA INFRACCION DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—Es constante la doctrina de esta Sala estableciendo que la infracción legal que señala el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene referida al contenido del artículo 1.º del Código Civil, sin que pueda fundamentarse el control que supone el recurso en la supuesta infracción de las disposiciones administrativas que carecen de rango legal.

PROPIEDAD HORIZONTAL. PARA LA REALIZACION DE OBRAS MENORES BASTA EL ACUERDO DE LA MAYORIA. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—Al ser la realizada una obra menor —sustitución de una jardinera por un armario de contadores en un elemento común que no ha dejado de serlo— y que además beneficia al inmueble en cuanto contribuye a su mejor habitabilidad, la misma no puede considerarse comprendida dentro del artículo 11 y regla 1.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal (pues no se trata de obra que entrañe alteración en la estructura o fábrica del inmueble), los cuales exigen para tales obras el acuerdo unánime de todos los propietarios, sino que, más bien, pertenece al ámbito normativo del artículo 10 de la citada Ley, con arreglo al cual basta el acuerdo de la mayoría para la realización de innovaciones u obras útiles que, sin infringir los dos preceptos primeramente citados, contribuyan a la mejor habitabilidad del inmueble. No obstante ello, no puede en modo alguno desconocerse que el último párrafo del citado artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal exige imperativamente el consentimiento expreso del propietario de alguna parte del edificio cuyo uso o disfrute resulten afectados o perjudicados por la innovación u obra de que se trate.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION· REQUISITOS. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de esta Sala de modo reiterado y constante ha sancionado: A) Que el recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa de inexcusable observancia contenida en los artículos 1.796-1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativa-

mente señalados. B) La interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada. C) No es una última instancia ni este remedio formal puede servir para subsanar deficiencias procedimentales que pudo reparar la parte. D) No es posible a través de la revisión examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada. E) El plazo para interponerlo es de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que debe probarse con precisión. F) Carece del alcance y efecto del documento decisivo recobrado aquel concebido en los mismos términos del que fue aportado en el juicio. G) Es necesario que los documentos cumplan estos dos requisitos: que sean decisivos, esto es, con valor y eficacia bastante para que el fallo de la sentencia hubiera sido en sentido contrario o diferente al recaído; y segundo, que dichos documentos hayan sido detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiere dictado la sentencia. H) No es procedente la revisión cuando en el proceso que se dictó la sentencia pudieron quedar acreditados los mismos extremos que en el excepcional recurso de revisión se pretenden replantear

CONTRATO DE CORRETAJE: CARACTERISTICAS. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de corretaje o comisión 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 corredor; la retribución de los corredores sólo se devenga en el caso de que el negocio final se realice por la intervención de aquellos o si de sus gestiones de mediación se aprovechó quien lo concluye; el contrato de mediación no es una obligación de medios, sino de resultado o de fin determinado a alcanzar.

DOBLE INMATRICULACION DE FINCA: NO PUEDE RESOLVERSE POR LA APLICACION ANALOGICA DEL ARTICULO 1.473 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—En principio, ha de constatarse que la doble inmatriculación no hubiera podido acontecer de existir un riguroso y exigible paralelismo entre el catastro y el folio registral, sobre todo si el primero se integrara en el segundo como parte gráfica inseparable o si la notificación por edictos prevista en el artículo 298, párrafo 6.º, del Reglamento Hipotecario se verificara por notificación personal que es la garantía auténtica del derecho de los interesados en la inscripción que se pretenda; pero al no ser así en la legalidad a la sazón vigente, no se puede resolver el tema debatido ni por la aplicación analógica del artículo 1.473 del Código Civil, puesto que no hay doble transmisión de una misma finca procedente del mismo vendedor ni la prioridad absoluta en el cronos registral puede difuminar ni menos eliminar los derechos de terceros. En efecto, estos terceros gozan de la cualidad de hipotecarios, ya que adquieren en las condiciones y con los requisitos señala-

dos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que significa que en cierto modo esa protección de la fe pública se proyecta respecto de sus antecesores en la titulación del inmueble, lo que no puede, obviamente, predicarse de éstos respecto de sus causahabientes o sucesores en la titulación referida, lo que es de una lógica incuestionable, pues si la adquisición del derecho por el "subadquirente" se ha verificado con la fiabilidad de un folio registral limpio, las vicisitudes precedentes a ese folio no pueden ser esgrimidas por quien con mayor o menor negligencia ha dado pie a que no se tradujeran o reflejaran en el tracto sucesivo de las inscripciones esas vicisitudes que por su publicidad advirtieran a los terceros adquirentes de esos vicios o defectos o de esas condiciones y circunstancias para que no puedan escudarse en el principio de la fe pública registral.

"EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS": LOS DEFECTOS HAN DE SER DE CIERTA IMPORTANCIA. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—Los principios del respeto a la palabra dada y a la buena fe dieron lugar al nacimiento de dos acciones diferentes: una, de contrato no cumplido llamada *non adimpleti contractus*, y otra, de contrato no cumplido adecuadamente —en cantidad, calidad, manera o tiempo— denominada *exceptio non rite adimpleti contractus*, acciones no reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y ha sido sancionada por la jurisprudencia; como dice la Sentencia de 13 de mayo de 1985, el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente.

SOCIEDAD IRREGULAR MERCANTIL: LE ES APLICABLE LA LEGISLACION DE LAS COLECTIVAS. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1991)

Doctrina de la Sentencia —Desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes, con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil dada la índole de las actividades que tal sociedad había de desarrollar, con lo que viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, criterio compartido por esta Sala, determinando tal condición de irregular, a efectos mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones entre los socios; así lo estima la doctrina jurisprudencial interpretando el artículo 117 del Código de Comercio, que da validez al contrato cualquiera que sea la forma de su celebración siempre que reúna los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, admitiendo la posibilidad de su concierto en documento privado, y aun en forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las de las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de Comercio.

DEUDA DE VALOR: ES INAPLICABLE A LOS CONTRATOS DE OBRA. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1991.)

Doctrina de la Sentencia.—Sobre el juego de las llamadas “deudas de valor”, cabe afirmar que, en general, emerge como un predicado de justicia distributiva y satisfactiva que el perjudicado por el daño sea resarcido del quebranto inferido en su valoración dineraria, no por la suma en que se valoró el mismo cuando se produjo, sino por la equivalente al momento del pago o resarcimiento, colmando así de correcta compensación el quebranto devaluatorio de la moneda o instrumento dinerario, en particular cuando entre ambos actos el de producción del daño y el del pago ha transcurrido un cierto lapso de tiempo relevante; pero esa doctrina quiebra cuando, como ocurre en el caso de autos, a propósito de un daño inferido a resultas de un incumplimiento contractual, se cuenta con un conjunto de normas que regulan todo lo relativo a las causas de ese incumplimiento y a las consecuencias de la responsabilidad dimanante impuesta a la parte que incumple, que *ab initio* no cabe eludir ni rebasar cuando en aquellas puede entresacarse, acaso, un remedio previsto por el legislador para, en cierto modo, atenuar aquellos perjuicios por el fenómeno de la devaluación monetaria y que cuya asunción cabalmente puede imponerse al deudor o causante del daño al pago de los intereses legales o moratorios, doctrina esta la de entender inaplicable la deuda de valor en sede de contratos de obra que ya ha sido mantenida en alguna sentencia de esta Sala, como la de 19 de noviembre de 1983.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL HECHO DE QUE EL ARRENDATARIO SEA PENSIONISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL NO LE PRIVA DE LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR PERSONAL, SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1989.)

En el Juzgado número 1 de Málaga se presenta demanda solicitando el acceso a la propiedad, que fue desestimada declarando resuelto el contrato, conforme a la reconvencción del demandado, por extinción del plazo contractual y de su prórroga. La apelación confirmó la sentencia de primera instancia.

Triunfa el recurso de casación. La sentencia recurrida desestima la pretensión del actor de acceder a la propiedad acogiéndose a lo establecido en el artículo 98 y disposición transitoria 3ª de la LAR, ya que no concurre en él la condición de cultivador personal al ser pensionista por jubilación, incurriendo en abuso de derecho y fraude de Ley. Pero estas afirmaciones carecen de fundamento, ya que es verdad que el percibo de pensión de la Seguridad Social es incompatible con cualquier trabajo, pero no puede impedir el ejer-

cicio de los derechos que al cultivador personal otorga la LAR sin perjuicio de la pertinente sanción administrativa, ya que el artículo 16 dice que es cultivador personal quien lleva la explotación por sí o con ayuda de familiares que con él convivan sin utilizar asalariados más que circunstancialmente; pero el que ha sido cultivador personal no pierde tal carácter por el hecho de haber cumplido una determinada edad, ya que se protege el arrendamiento que por enfermedad o por otra justa causa no puede realizar el cultivo personalmente, como reconocen las Sentencias de 3 de junio de 1988 y de 20 de febrero de 1989, que se refieren a casos de pensionistas de la Seguridad Social que no por ello pierden su condición de cultivador personal. Por lo tanto, de acuerdo con la disposición transitoria 3.ª de la LAR, tiene derecho de acceso a la propiedad en los términos establecidos en el párrafo 1.º del artículo 98 de la citada Ley, rechazándose la reconVENCIÓN que se refiere al artículo 99.2, que aquí no se aplica por tratarse de un arrendamiento anterior a la Ley de 1935, facultando la disposición transitoria 2.ª durante seis años para hacer uso del derecho de acceso a la propiedad, derecho que no requiere ninguna actividad por parte del propietario, sino que depende de que se cumplan los requisitos citados, pagando el arrendador al contado el precio de la finca, conforme a las normas de la expropiación forzosa.

APARCERIA.—RIGIENDOSE LA APARCERIA POR LA LEGISLACION ANTERIOR, NO PUEDE EQUIPARARSE AL ARRENDAMIENTO PARCIARIO INTRODUCIDO POR LA NUEVA LEY EL TRANSCURSO DEL PLAZO PACTADO LLEVA CONSIGO SU EXTINCION CONFORME A AQUELLA LEGISLACION. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1989.)

Estimó la demanda el Juzgado de Primera Instancia de Hellín, rechazando la apelación la Audiencia de Albacete.

No prospera la casación. Se declara extinguida la aparcería por transcurso del plazo pactado de siete años, desestimando la tesis del demandado que pretendía un prórroga de hasta veintiún años. Convenida la aparcería tal como estaba en la legislación anterior, no le es aplicable el concepto de arrendamiento parciario contenido en el artículo 101 de la nueva Ley, constando con claridad la voluntad de constituir una aparcería. El aparcero no acredita la condición de cultivador personal ni le es aplicable tal condición solamente prevista para el arrendatario. El transcurso del plazo pactado, según el Reglamento de 1959, lleva consigo su extinción. No puede admitirse el quebrantamiento de las normas del proceso por no haber recabado la intervención de la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos, ya que la jurisprudencia ha establecido que cuando la Junta no estuviere constituida al tiempo de iniciarse el proceso, debe proseguirse sin ella en aras de la aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva proclamado por la Constitución española. La figura del arrendamiento parciario, más próxima al arrendamiento que a la aparcería por la pequeña aportación del cedente en el capital de explotación prevista en el artículo 101 de la LAR, era desconocida por la anterior legislación, por lo que debe regirse por aquella en cuyo artículo 43 se entendía como capital de explotación las plantaciones, edificaciones, construcciones e instalaciones y cuanto de alguna manera contribuya a la obtención de los productos de la finca, por lo que no se debe admitir la aplicabilidad al contrato de una normativa inexistente en cuanto entraría en contradicción con la irretroactivi-

dad de las leyes. El único derecho era el de conversión de aparcería en arrendamiento, en la proporción establecida por la antigua Ley; no sobre la totalidad de la finca como en la nueva Ley, sin que resulte relevante el que el demandado sea cultivador personal y directo.

FIJACION DE SALDO Y CONVERSION DE LA RENTA EN DINERO.—NO PROCEDE LA REPERCUSION AL ARRENDATARIO DEL PAGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DE LAS PLAGAS POR NO HABER CUMPLIDO EL ARRENDADOR LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 35 DE LA L.A.R. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

En el Juzgado de Marchena se presenta demanda de juicio de cognición solicitando se declare el saldo final resultante de la liquidación que se practique de las rentas de los arrendamientos existentes, fijando la renta anual en dinero efectivo que haya de pagarse a los demandados hasta la campaña de 1986. El Juzgado declaró que el saldo final de la liquidación de los arrendamientos de los que es titular el actor hasta el año 1985 era de 81.832 pesetas, debiendo efectuarse la conversión de la renta en dinero con referencia al índice anual de precios establecido por el Ministerio de Agricultura para la aceituna de molino con referencia a la cosecha 1986-87, no liquidada. La apelación es estimada parcialmente, declarando que el saldo era de 157.432 pesetas de renta más 422 588 por Seguridad Social agraria, plagas del campo y guardería rural, excluyendo la parte que corresponde a una finca y confirmando los demás puntos de la sentencia recurrida.

Prospera la casación en cuanto a los pagos de la Seguridad Social y las tasas por servicio de plagas, ya que la sentencia recurrida estimó probado que el arrendatario venía abonando por el sistema de entregas a cuenta; pero el artículo 35 de la LAR exige para poder repercutir el pago de aquellos conceptos al arrendatario, acreditando que la repercusión se hizo dentro del año de haber afectuado el pago por la parte arrendadora, expresando el concepto, importe y disposiciones que lo autorizan, requisitos que no aparecen cumplidos en este trámite. Interpretar de otra forma la Ley e imponer el pago de estas sumas al arrendatario implicaría infringir el artículo 35 de la LAR, por lo que se estima el recurso en este punto, dejando subsistente en lo demás la sentencia impugnada.

DESAHUCIO.—ES APLICABLE EL ARTICULO 1.566 DEL CODIGO CIVIL YA QUE SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO EXCLUIDO DE LA LEGISLACION ESPECIAL. CONFORME A AQUEL PRECEPTO SE DEBEN TENER SATISFECHAS O CONSIGNADAS LAS RENTAS VENCIDAS O QUE SE TENGAN QUE PAGAR ADELANTADAS SEGUN EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1989.)

El Juzgado número 2 de Santander estimó la demanda y no prospera la apelación.

Tampoco tiene éxito la casación. Pretende el recurrente que es nula, conforme al artículo 32 de la LAR, la cláusula que al dividir en dos plazos la renta es perjudicial para el arrendatario y no puede exigirse ningún fragmento de la renta anual aunque se halle vencida; pero habiéndose sustanciado el procedi-

miento por el cauce de la legislación común y haber declarado su exclusión de la LAR sin haberse impugnado tal calificación, es evidente que sólo es aplicable el artículo 1.566 del Código Civil que exige tener satisfechas las rentas o haberlas consignado, tanto las vencidas como las que deban pagar adelantadas según el contrato, lo que aquí no se cumplió. No son aplicables los artículos 3.2 y 9.1 de la LAR, ya que el artículo 7.1 excluye este contrato de la legislación especial. La división de la renta en pagos fragmentarios contractualmente convenidos dista mucho de suponer que sea perjudicial para el arrendatario, cuya economía y situación financiera pueden verse muy favorecidas. De cualquier forma, sería inoperante la casación por razón de la cuantía anual, tanto si se trata de arrendamiento común como de uno sometido a la legislación especial.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTOS.—DADO EL CARACTER IMPERATIVO DEL ARTICULO 148.1 DE LA L.A.U., NO PUEDE ADMITIRSE LA CONSIGNACION DE LAS RENTAS HECHA POR EL ARRENDATARIO DESPUES DEL REQUERIMIENTO HECHO POR LA AUDIENCIA TERRITORIAL Y POR LA SALA 1.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1989.)

El Juzgado número 4 de Barcelona estimó íntegramente la demanda. No admitida la apelación por falta de la consignación de las rentas, se preparó recurso de casación contra el auto denegatorio, que rechazó la Audiencia. Se recurre en queja y la Sala 1.ª del Tribunal Supremo admite la casación.

Esta no prospera. Se declaró la resolución del arrendamiento por obras inconsistentes. El recurso de apelación no se admitió por no haber satisfecho las rentas vencidas ni consignado las vencidas y no satisfechas, por lo que se hizo un recurso de queja contra cuya admisión se interpone la casación. Alega el recurrente que no era arrendatario por haber traspasado el local, pero este traspaso no es materia de este procedimiento. Al exigir esta Sala la consignación de las rentas apuntó el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* referida a la continuidad de las circunstancias que determinan la competencia de un órgano jurisdiccional al constituirse la relación jurídica procesal y también al objeto del proceso, conforme al principio *in lite pendente nihil innovetur*. La cesión del derecho al uso del local litigioso no aparece reconocido judicialmente, debiendo destacarse que los documentos públicos del traspaso se presentaron después de dictar sentencia, cuando el pretendido traspaso había tenido lugar dos años antes; y como nadie niega el carácter imperativo del artículo 148.1 de la LAU, que escapa al poder de disposición de las partes y del órgano judicial, es clara la improcedencia de admitir los motivos a que se ha hecho mérito, sin que la consignación hecha por el recurrente pueda admitirse que la hizo de buena fe, ya que roza, al menos, el fraude procesal; y amparándose en situaciones jurídicas extraprocedimentales, sólo consignó después de los requerimientos conminatorios de la Audiencia y de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO ES JUSTA CAUSA PARA EL CIERRE DEL LOCAL DURANTE CASI UN AÑO EL CAMBIO DE ACTIVIDAD DEL ARRENDATARIO, YA QUE SOLO SE DEBE A CONVENIENCIA DE

ESTE Y LAS CAUSAS DE CIERRE HAN DE INTERPRETARSE RESTRICTIVAMENTE. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1989)

Admitió la demanda el Juzgado número 2 de San Sebastián, desestimando la apelación la Audiencia de Pamplona.

No triunfa la casación. En 1982 se arrendó el local, que estuvo cerrado al menos durante siete meses en el año 1986 y posteriormente, a partir del 19 de noviembre de 1986, se dedicó a otra actividad distinta. Las dos sentencias no estimaron justificado el cierre, basando su apreciación tanto en pruebas directas como en las indirectas. No se basaron en presunciones sino en la prueba testifical y documental. Los testigos, vecinos del local, afirmaron el cierre del mismo, prueba no enervada por la de otros testigos que dijeron que se abría de forma intermitente, afirmación vaga e incorrecta que no desvirtúa la anterior, sin tener que acudir a las presunciones. Por otra parte, en el recurso se prescinde de los hechos probados que la sentencia recurrida admite y se sientan otros contradictorios sin haber sido impugnados eficazmente. Se razona por la sentencia que la causa del cierre no estuvo justificada, ya que el hecho de haber solicitado una administración de lotería no impone tener el local inactivo casi un año, lo que se debe únicamente a conveniencia del recurrente que no puede perjudicar al arrendador, ya que las justas causas de cierre han de interpretarse restrictivamente.

REVISIÓN DE RENTA.—LA ACCIÓN DEL ARRENDATARIO PARA IMPUGNAR LA CUANTÍA DE LA ELEVACIÓN DE LA RENTA NO TIENE LA CADUCIDAD DEL ARTICULO 106 DE LA L.A.U. QUE SE REFIERE A LOS CASOS DE LOS ARTICULOS 99 Y 100.—EL NO EJERCICIO O NO RECLAMACIÓN DE LA RENTA REVISADA ES UN ABANDONO O RENUNCIA DE LA MISMA, YA QUE LO CONTRARIO FAVORECERÍA LA INSEGURIDAD JURÍDICA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1989.)

El Juzgado número 2 de Pontevedra estimó la demanda y no la reconvencción, pero la Audiencia revocó en parte la anterior fijando una renta distinta a la señalada en la demanda y en la reconversión.

No tiene éxito la casación. La renta era revisable cada dos años, aumentando o disminuyendo conforme a los índices del coste de la vida señalados por el Instituto Nacional de Estadística, modificándose en 1979 y en 1981, aceptando ambos aumentos el arrendatario, pero no la elevación de 1983 en la que modificó el acreedor la renta con una elevación correspondiente a los porcentajes que estimó procedentes desde la iniciación del contrato hasta entonces. Si es cierto que la falta de contestación del inquilino o arrendatario a la notificación del arrendador supone la aceptación tácita, no lo es menos que no impide al arrendatario impugnar la cuantía de la elevación de la renta cuando no es ajustada a Derecho y pedir la devolución de lo pagado en exceso, acción que no tiene la caducidad de tres meses del artículo 106 de la LAU, que según reiterada jurisprudencia sólo opera para los supuestos legales de los artículos 99 y 100 de la misma Ley, pero no cuando la provoca el ejercicio de una cláusula negocial estabilizadora, doctrina aplicable al derecho de impugnación del arrendatario que éste ejercita de la reconvencción. El recurrente sostiene que los errores sufridos en la actualización de la renta por el arrendador no suponen una condonación de ella y debió ser subsanada por la Sala de Instan-

cia, pero ello va contra la doctrina de esta Sala que dice que la revisión ha de operar no sobre la renta pactada, sino sobre la acumulada exigible, según el Real Decreto-Ley 15/1980, de 12 de diciembre, abstracción hecha de que el arrendador hubiere aplicado o no las normas procedentes, quedando a salvo las limitaciones de actualización que por voluntad de las partes se hayan producido, estimando inalterables las revisiones de mutuo acuerdo ya realizadas (SS. 9 marzo 1988 y 23 junio 1986). El no ejercicio o no reclamación de la renta revisada es un abandono o renuncia a la misma, pues entender lo contrario favorecería la inseguridad jurídica contractual. La renta que ha de tenerse en cuenta es la que venía pagando el arrendatario en 1983 por acuerdo mutuo, pues otra cosa supondría un ejercicio anómalo y extemporáneo del derecho de revisión de la renta por el arrendador que coloca al arrendatario ante una deuda o prestación excesiva, inesperada y sumamente gravosa, frustrando así la confianza de la parte nacida de la inactividad de la otra y que el Derecho debe respetar, como dice la citada Sentencia de 1986.

DESAHUCIO.—NO SE TRATA DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA EN EL SENTIDO DE MORADA O HABITACION PARA UNA FAMILIA DE MANERA PERMANENTE Y ESTABLE COMO RESIDENCIA O DOMICILIO, CONSIDERANDOSE COMO UN ARRENDAMIENTO ATIPICO O COMPLEJO REGIDO POR LA LEGISLACION COMUN. (SENTENCIA DE 10 OCTUBRE DE 1989.)

El Juzgado número 3 de Benidorm desestimó la demanda entiendo aplicable la LAU, pero la Audiencia revocó la anterior declarando el desahucio por expiración del plazo legal

No prospera la casación. La parte actora lo calificó de "arrendamiento de vivienda amueblada" y mientras el Juzgado lo declaró sometido a la legislación especial, la Audiencia lo considera un arrendamiento atípico o complejo excluido de la Ley especial. En el contrato de 1984 se califica de "arrendamiento turístico", siendo significativo el concepto "alojamiento" que, unido al turístico, viene a expresar alojamiento de viajeros, generalmente por corto período de tiempo, distinto al concepto de vivienda como lo entiende nuestra Ley de Arrendamientos, la que se caracteriza por su protección al inquilino en razón de la función social ante la escasez de vivienda; pero sólo está justificado en el sentido de vivienda como morada, habitación para la familia de manera permanente y estable, lo que se conoce por "residencia" o "domicilio", de tal modo que de no darse esta circunstancia el arrendamiento no estará sometido a la legislación especial, sino a la común, dando lugar a los arrendamientos atípicos o complejos, ya que se trata de un arrendamiento de 52 apartamentos amueblados en una unidad que serán ocupados por terceras personas, identificados como turistas, para los que constituye un alojamiento por unos días o corto tiempo, aparte de determinadas cláusulas sobre extremos muy diferentes a los propios de un arrendamiento de vivienda, que suponen una complejidad que lo separa del arrendamiento encajado en el artículo 1 de la LAU, respondiendo a un fin comercial que es calificado por el Juez como atípico y excluido de aquella legislación especial.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA FORMACION DE UNA SOCIEDAD CON SEDE EN EL MISMO LOCAL Y DEDICADO A IDENTICO

NEGOCIO SIGNIFICA LA INTRODUCCION DE UNA NUEVA PERSONA SIN CONOCIMIENTO DEL ARRENDADOR, LO QUE IMPLICA UN TRASPASO O SUBARRIENDO INCONSENTIDO. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1989.)

El Juzgado número 2 de Elche estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia

No tiene éxito la casación. Tanto la Primera Instancia como la Audiencia declararon resuelto el contrato por subarriendo y traspaso. La cláusula 4.ª del contrato contiene una prohibición general de sustitución de la persona del arrendatario por terceras personas, físicas o jurídicas, en cualquiera de las formas que expresa, no resultando ilógica ni contraria a la literalidad de la misma la exégesis hecha por la Sala *a quo* al entender que la excepción a esa prohibición que la cláusula contiene se refiere a sociedades constituidas por el demandado y sus hermanos, con exclusión de aquellas de las que forman parte personas distintas de las indicadas. Si bien es cierto que son condiciones para la existencia del subarriendo un tiempo y un precio cierto, no es menos evidente que para que los tribunales lleguen a declarar la existencia de tal contrato no es preciso que tales condiciones se prueben de manera circunstanciada y precisa, porque siendo el subarriendo una de las causas de resolución del contrato y hallándose interesados los que lo celebran en su ocultación, quedaría ineficaz tal causa si la demostración de tales circunstancias fuere exigida, bastando con la presunción de su existencia como indica la Sentencia de 20 de octubre de 1952 referente a la formación de una sociedad con sede social en el local arrendado dedicada a idéntica actividad que el arrendatario, lo que significa la introducción de una nueva personalidad sin conocimiento del arrendador, doctrina mantenida por la más reciente jurisprudencia, por ejemplo, las Sentencias de 8 de mayo de 1987, 25 de enero, 21 de abril y 17 de junio de 1988. No habiendo existido la autorización a la cesión, uso o goce del local arrendado a la entidad codemandada, no comprendida en la autorización expresa de la cláusula 4.ª, está bien declarada la resolución del contrato por concurrir las citadas causas legales.

DECLARACION DE RENTAS.—NO ES APLICABLE LA CADUCIDAD DE TRES MESES DEL ARTICULO 106.1 DE LA L.A.U. A LAS ELEVACIONES PREVISTAS POR UNA CLAUSULA CONTRACTUAL, SINO A LAS PREVISTAS POR LA LEY. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1989.)

El Juzgado número 1 de Madrid estimó la demanda, declarando la obligación del Estado de pagar las rentas señaladas por la parte actora, desestimando la apelación la Audiencia

No prospera la casación. El contrato contenía una cláusula de actualización de la renta cada tres años, conforme a los índices del coste de la vida, según el Instituto Nacional de Estadística, calculando la variación sobre la renta total que se venga satisfaciendo en cada momento, incluidas las cantidades asimiladas a ella de forma que si la renta legal más las asimiladas fueren igual o superiores a la renta adaptada no se producirá aumento. En 1976 se efectuó la actualización, que fue aceptada por la Administración del Estado, y no se produjo otra hasta 1983 en que se notificó la elevación que fue rechazada por la Administración alegando que por haberla pretendido después de transcurrido el plazo de tres meses del artículo 106 de la LAU había caducado el derecho

a hacerla. La actualización de renta está regulada por los artículos 99, 100 y 101 de la LAU, no siendo aplicable el plazo de tres meses del artículo 106.1 de la misma Ley según ha declarado esta Sala en su más reciente doctrina, que afirma que el artículo 106 sólo es aplicable cuando se trata de acciones fundadas en los supuestos legales de los artículos 99 y 100 de la LAU, pero no a las cláusulas contractuales estabilizadoras en cuanto se trata de ponerlas en ejercicio para el futuro.

C. R. R.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

MOREU BALLONGA, JOSÉ LUIS: *El legado genérico en el Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Recuerda GENY cómo el Código Civil francés surgió en los comienzos de una situación política fundada en bases completamente nuevas configurándose como una de las obras capitales de la misma. Ello ocasionó, según el citado autor, que en la opinión pública se generalizase una idea sobre la codificación que suponía atribuirle un concepto excesivo de su misión (cfr. GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, 2.^a ed., Madrid, 1925, pág. 70). El propio GENY —para quien la codificación, al margen de la unificación que supuso, “no parece otra cosa que un trabajo formal, de simplificación y sistematización”— expone las consecuencias derivadas de magnificar la labor codificadora: la creencia de que al Código va ligado un espíritu exageradamente innovador y definitivo; la consolidación de la idea según la cual se había llegado a la cima del progreso; y, además de otras, la destrucción de cualquier unión entre el pasado y presente, junto con la pretensión de renunciar a todo apoyo tradicional (cfr. GENY, *op. cit.*, págs. 21, 70-71).

Y es que en efecto, con referencia al Código Civil francés recién promulgado, se escribió sobre el efecto novatorio del *Code*; efecto que se ponía en relación, no sólo con las leyes que dicho Cuerpo legal derogaba, sino también con el Derecho y la tradición jurídicas anteriores. Sobre estas ideas, en las que subyace la pretensión de identificar el Derecho con la norma codificada, escribió con ironía BOUTMY lo siguiente: “La palabra —codificación— es de gran resonancia, implica, en efecto, una especie de *licenciamiento* absoluto de la historia y de los historiadores. La codificación es un acto decisivo del legislador que desgaja, digámoslo así, el derecho de sus orígenes, lo fundamenta por entero en la razón, la justicia, el interés público, el acuerdo y la mutua dependencia entre los diferentes artículos; dispensa de buscar precedentes o justificación fuera de un documento auténtico anterior al día de su promulgación. A quien quiera ir más lejos, la misma Ley parece contestar ¡para qué! Hemos liquidado el pasado y comenzado una nueva era...” Y con referencia al modo de proceder que se deriva de la concepción anterior, el mismo autor concluye: “El «espíritu geométrico», tal como lo entendía PASCAL, se convierte en regla general..., se adquiere, ejerce y desenvuelve en grado eminente la facultad dialéctica. Pero toda superioridad se paga, y ésta se compra frecuentemente al precio del sentido histórico” (“Les rapports et les limites des études juridiques et des études politiques”, en *Rev. Intern. de l'Enseignement*, 1889, 1.^o, págs. 222-223; citado por GENY, *op. cit.*, págs. 53-54).

No fue necesario que transcurriera mucho tiempo para que se olvidara la pretensión que suponía obviar al elemento histórico en la interpretación de la ley o la que conllevaba renunciar a la tradición jurídica a los efectos de elaborar construcciones dogmáticas del Derecho vigente. Años más tarde, el le-

gislador español introdujo, por medio del artículo 3.1 del Código Civil, el elemento histórico como canon a tener en cuenta en la interpretación de las normas en vigor ("antecedentes históricos y legislativos"). A este respecto y con ocasión de la reforma en el año 1974 del Título preliminar del Código Civil, el legislador fue consciente de la relevancia que reviste la dimensión temporal de las normas, tanto la precedente ("antecedentes históricos y legislativos") como la posterior a su entrada en vigor ("realidad social del tiempo en que —las normas— ha de ser aplicadas).

Con todo y en lo que concierne estrictamente a la interpretación de las normas, creo que no cabe extralimitar la función que cumplen los antecedentes históricos o la realidad social si se la compara con la que corresponde a otros elementos recibidos en el artículo 3.1 del Código Civil. Ello por cuanto que, a mi juicio, la consideración de la finalidad o del espíritu de una norma puede fundamentar una interpretación correctora de su sentido gramatical para acomodarlo a lo que resulte de aquellos cánones hermenéuticos. También porque, a lo que entiendo, el significado de una norma resultante del empleo del elemento sistemático prevalece sobre el derivado del uso exclusivo del canon gramatical. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los antecedentes históricos o con la realidad social. Estos cánones hermenéuticos carecen de entidad normativa y su función en orden a la interpretación de las normas es más limitada.

En concreto, el canon sociológico (crisis económica, paro, progresos técnicos, inflación, etc., por hacer referencia a los criterios comúnmente utilizados por la jurisprudencia al invocar la realidad social) puede fundamentar una interpretación extensiva o restrictiva de la literalidad de un precepto. Además el canon sociológico es un elemento que puede *cooperar en la justificación* de una interpretación de la norma que incluso corrija su significación literal —interpretación correctora—. Pero aun siendo así, el canon sociológico carece de entidad normativa para alterar por sí mismo el sentido que resulte de la literalidad de un precepto legal. Tal alteración deberá justificarse con referencia a otro criterio que, al inducirse de la propia norma y tener por tanto entidad normativa, permita fundamentar la corrección del sentido gramatical de un determinado precepto —*ratio legis*, espíritu o finalidad de la norma, elemento sistemático—.

También, en mi opinión, algo parecido sucede con la función que cabe asignar al elemento histórico recibido en el artículo 3.1 del Código Civil. A fin de interpretar las normas, el empleo del canon histórico puede ayudar a desvelar el sentido de un precepto, o aclarar su finalidad, o resolver problemas suscitados por la redacción otorgada al precepto, y asimismo puede servir para justificar la opción por uno de los varios significados que pudieran ser atribuibles a una norma. Pero careciendo de entidad normativa, el elemento histórico tampoco permite por sí mismo fundamentar una interpretación correctora del sentido gramatical de un precepto legal.

Así las cosas, la doctrina y —en menor medida— la jurisprudencia recurren al canon histórico por diversas causas. Por lo que respecta a la jurisprudencia, la invocación de los antecedentes históricos obedece a la finalidad de interpretar las normas o de aclarar algún aspecto de la institución o figura jurídicas por ellas regulado o, también, a la finalidad de cotejar la norma en vigor con la derogada para detectar la singularidad o no del régimen jurídico vigente en el extremo debatido. En lo que atañe a la jurisprudencia posterior a la reforma del Título preliminar, el Tribunal Supremo invoca, por ejemplo: los anteceden-

tes históricos o el Derecho histórico en general (SS. 14 febrero 1976, civ.; 27 octubre 1981, soc.; 18 octubre 1985, cont., s. 3.^a; 18 junio 1986, cont., s. 4.^a, y 21 enero 1988, soc.); el Derecho romano, el germánico o el Derecho canónico medieval, también en forma genérica (SS. 12 septiembre 1985, crim.; 14 octubre 1985, civ.; 13 junio 1986, crim., y 17 junio 1986, cont., s. 4.^a); el *Digesto* o las Instituciones de Justiniano (SS. 17 mayo 1986, civ.; 2 diciembre 1986, crim.; 3 febrero 1988, civ., y 2 marzo 1988, crim.); El Fuero Juzgo (S. 2 marzo 1988, crim.); las Partidas (SS. 29 abril 1986, cont., s. 4.^a; 12 mayo 1986, soc.; 2 marzo 1988, crim., y 27 junio 1988, civ.); el Ordenamiento de Alcalá (SS. 17 junio 1986, civ.; 8 noviembre 1986, crim., y 30 septiembre 1988, civ.); la Novísima Recopilación (SS. 15 julio 1985, crim., y 8 noviembre 1986, crim.), o el proyecto de Código Civil de 1851 y los *Comentarios* al respecto de GARCÍA GOYENA (SS. 14 octubre 1985, civ., 10 marzo 1986, civ., y 8 octubre 1986, civ.).

Por lo que concierne a los autores, casi parece ocioso insistir en la relevancia atribuida al canon histórico en el ámbito doctrinal. Y es que en sede doctrinal el recurso al elemento histórico no lo es sólo con el fin inmediato de indagar el sentido que debe asignarse a las normas vigentes. Antes bien, la relevancia más significativa de los antecedentes históricos se muestra cuando los autores lo utilizan para desvelar los orígenes de un precepto o el motivo determinante de una norma (*ocassio legis*); también cuando se le emplea como medio para detectar la tradición jurídica con la que el precepto legal enlaza y las construcciones doctrinales sobre la institución que la norma regula...; cuando, en suma, se le utiliza para fundamentar la dogmática otorgándole contenido histórico. Y es que no le falta razón al profesor SALVADOR CODERCH cuando escribe que muchos problemas dogmáticos que plantean los textos vigentes se disuelven si se atiende a la génesis de tales textos y su explicación (cfr. el "Prólogo" a *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985).

Así pues, construcción histórico-dogmática, pero asimismo valor relativo de los antecedentes históricos en lo que atañe —exclusivamente— a la interpretación de las normas. Lo anterior en el sentido de la imposibilidad de fundamentar en el canon histórico una interpretación correctora de las normas vigentes. Pues bien, es aquí, en el ámbito de una elaboración histórico-dogmática y con excelentes resultados, en donde tienen acomodo buena parte de los trabajos publicados por el profesor MOREU BALLONGA. El propio autor expresamente propugna y confiesa practicar una concepción historicista del estudio e investigación del Derecho civil (cfr. MOREU BALLONGA, "Comentario a la STS de 22 de enero de 1990, en CCJC, núm. 22, 1990, pág. 245). Dicha elaboración histórico-dogmática trasluce, sobre todo en su primera monografía, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Barcelona, 1980. Pero también la monografía que aquí se recensiona y que tiene a los legados genéricos como objeto de estudio obedece al planteamiento descrito. En particular el modo de proceder que el profesor MOREU asume en este trabajo consiste en examinar el régimen jurídico del legado genérico, recurriendo cuando ello es necesario o conveniente a los antecedentes legales o a las construcciones doctrinales previamente detectadas en cada caso por el autor, con las que enlazan las normas que en el Código Civil regulan tal clase de legado. Se compartan o no las opiniones del profesor MOREU, lo que a mi juicio no cabe discutir es el rigor, tanto del método seguido como de los argumentos empleados para fundamentar las soluciones que propone.

Ya con referencia al contenido concreto de la monografía, el aspecto cen-

tral de la misma —y, desde un punto de vista dogmático, acaso lo más relevante— está representado por el estudio que hace el profesor MOREU sobre la eficacia real u obligacional del legado genérico. La atribución de eficacia legal al legado genérico supone aceptar que la especificación mediante elección transforma en específico dicho legado, transmitiéndose al legatario la propiedad de la cosa legada desde la elección notificada. A su vez, la atribución de eficacia obligacional al legado genérico conlleva asumir que la especificación transforma dicho legado en una obligación específica, transmitiéndose al legatario la propiedad de la cosa legada mediante la entrega de la misma.

A primera vista, se advierte ya que buena parte del régimen atribuible al legado genérico resulta condicionado por la asignación al mismo de efectos damnatorios o vindicatorios. Entre otras cosas, porque de atribuir al legado genérico eficacia real sucedería que desde la especificación el legatario podría ejercitar las acciones características de la defensa del dominio o transmitir la propiedad de la cosa legada, o —desde la especificación también— los acreedores del legatario podrían dirigirse contra la cosa legada. Pero es que además y como justifica el autor, la eficacia real u obligacional del legado genérico incidirá en ciertos aspectos del tratamiento que se habrá de dar a los riesgos por pérdida o deterioro de la cosa y, asimismo, a la trascendencia otorgable a la revocación de la elección.

Pues bien, al fin de determinar la eficacia obligacional o real del legado genérico, el profesor MOREU examina con carácter previo los orígenes y la evolución del problema referente a la adquisición del legado. Más en concreto, el autor estudia la dualidad *legatum per damnationem* y *legatum per vindicationem*, así como la opción ulterior al respecto en los diferentes códigos. Sobre este particular sucede que ciertos cuerpos legales asumieron la fórmula damnatoria del Derecho romano atribuyendo, como regla general, eficacia obligacional al legado (BGB, Códigos austriaco y suizo). Sin embargo, otros cuerpos codificados recibieron del Derecho romano la versión vindicatoria del legado asignándole, por tanto, eficacia real (Código General Territorial Prusiano y el Código portugués, tanto en su versión anterior como la vigente). El problema se suscita con referencia a ciertos Códigos que, reconociendo eficacia vindicatoria al legado específico de cosa propia del testador, no obstante dejan sin explicitar de forma expresa el carácter vindicatorio o damnatorio del legado genérico y del alternativo (Códigos francés, italiano y español).

Así delimitada la cuestión, el profesor MOREU refuta o relativiza los argumentos en que se ha fundamentado la teoría obligacional del legado genérico; entre otros la dicción del párrafo tercero del artículo 875 del Código Civil, la propuesta de asimilación del régimen del legado genérico al del legado de cosa ajena, la regulación del saneamiento por evicción con referencia a los legados genéricos (arts. 860 y 869.3.º CC) o el atinente a la vigencia en el Derecho español de una supuesta regla general de eficacia obligacional de los legados (arg. ex arts. 861-863, 874, 879-880 y 1.095 CC).

Desestimada la existencia de argumentos decisivos en favor del carácter obligacional del legado genérico, la opinión del profesor MOREU sobre la eficacia damnatoria o vindicatoria de tal legado pasa por la distinción entre los legados del género ilimitado —o con limitación que no excluya la elección de objetos ajenos al patrimonio hereditario—, y los legados de género limitado a bienes pertenecientes al patrimonio hereditario. Con la distinción anterior como punto de partida, el autor entiende, con fundamento en razones históricas y dogmáticas, que a los legados de género ilimitado se les ha de atribuir

eficacia damnatoria u obligacional. Es otro, sin embargo, el carácter que MOREU asigna al legado de género limitado a cosas pertenecientes al patrimonio hereditario y que, en buena medida, resulta condicionado por lo que el autor escribe en la página 78 de su monografía. En dicha sede el profesor MOREU afirma que no existiendo argumentos decisivos en favor de la eficacia obligacional o real del legado que examina, debe optarse por la teoría que solucione de forma más satisfactoria el problema que subyace a la polémica suscitada —facultad o no del legatario para ejercitar la acción reivindicatoria tras la especificación por elección—.

Es acaso por ello por lo que el autor opta por defender la eficacia real del legado de género limitado a las cosas de la herencia, opinión que, en síntesis, supone lo siguiente: por una parte, la adquisición por el legatario de género limitado a las cosas de la herencia de un derecho de crédito cuyo contenido se integra por la facultad de pedir que se realice y notifique la elección y que le asiste desde la apertura de la sucesión; por otra, la adquisición por el legatario de un derecho real desde la elección notificada. La opinión expuesta la propugna el autor con fundamento en la interpretación que defiende en orden a ciertos preceptos del Código Civil (art. 874, *a sensu contrario*; arts. 877, 869, 884 y 885 CC), en la consideración de los precedentes remotos e inmediatos del Código Civil y en argumentos de lógica jurídica y sistemáticos.

Ello resuelto, el autor trata el régimen jurídico del legado genérico con referencia a tres epígrafes: la especificación mediante elección, el ámbito del legado genérico y, por último, el cumplimiento del legado genérico y la responsabilidad del gravado con el legado.

Por lo que atañe a la elección, el profesor MOREU subsume el derecho de elección en la categoría de los “derechos de formación o configuración jurídica”. En su opinión, la elección se caracteriza por ser una declaración de voluntad —“acto jurídico”— irrevocable y no necesitada de aceptación, aunque recepticia. Las consecuencias que se derivan del parecer del profesor MOREU sobre la eficacia real del legado de género limitado a las cosas de la herencia, por una parte, y sobre la configuración de la elección en los legados genéricos, por otra, podrían resumirse con referencia a las conclusiones siguientes: la primera, que desde la elección notificada al legado genérico es ya un legado específico al que son de aplicación las normas que integran el régimen jurídico de esta clase de legado; la segunda, que desde la especificación del legado genérico el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada, y la tercera, que desde la notificación de la elección el legatario soporta los riesgos y deterioro de la cosa tiene derecho a beneficiarse de las mejoras y adquiere el derecho a los frutos que produzca la cosa legada. Este estudio se complementa con el examen del régimen jurídico de la elección en los legados genéricos (arts. 875 y 876 CC): capacidad, sujetos, forma y plazo para realizar la elección; el modo de atenuar las consecuencias que derivan de la dicción del artículo 876 del Código Civil, así como el análisis de los problemas que suscita la elección por tercero o la elección en los casos de concurrencia de pluralidad de personas.

Al tratar del ámbito del legado genérico, el profesor MOREU examina el requisito de la determinabilidad del objeto del legado genérico y delimita éste frente a otros legados: frente al legado de universalidad —legado específico—; frente al legado alternativo —adhiriéndose a la opinión de quienes relativizan la distinción entre legado genérico y alternativo, pero sin obviar las diferencias de régimen jurídico que, a su juicio, existen entre ambos: inaplicación a los legados alternativos del art. 875 y, acaso, de los arts. 860 y 884 CC—; frente

al legado de cosa ajena —asumiendo la opinión según la cual en el régimen jurídico de los legados genéricos del Código Civil no existe una presunción de que el género esté siempre limitado a las cosas pertenecientes a la herencia—, y también examina el legado genérico en relación con las donaciones de la misma naturaleza —defendiendo la validez de las donaciones genéricas tanto de muebles como de inmuebles—. Igualmente, en este ámbito el autor trata de las peculiaridades que presenta el legado genérico de muebles respecto del de inmuebles, con especial referencia a los problemas que plantea el artículo 875 del Código Civil, y se detiene en la consideración del legado de suma o de cantidad.

Por último, el examen del régimen jurídico del legado genérico concluye con un estudio referente a su cumplimiento y a la responsabilidad del gravado con el legado. En esta sede, el profesor MOREU analiza la responsabilidad por evicción (*ex art. 860 CC*), la responsabilidad del gravado en los casos de vicios ocultos de la cosa elegida y el momento de cumplimiento del legado genérico, proponiendo como regla general el de la liquidación y participación de la herencia.

MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

CATALA DE ROTON, MARIE CLAUDE. *Les successions entre époux*, Ed. Economica, París, 1990.

Hace ya algunos años que el maestro CARBONNIER publicó su *Sociologie de Droit des successions*, y sobre esta materia, desde entonces, han proliferado los estudios franceses. El epigrafiado es de alta calidad, mereció el premio del Consejo Superior del Notariado de Francia en 1987 y va prologado por su Presidente, JACQUES BÉHIN. La información que contiene la obra es sumamente interesante y no inferiores las deducciones que de ella obtiene la autora, que se hace amena a pesar del cúmulo de datos.

El tema, aunque intenta encuadrarse en un limitado esquema geográfico y social, le permite atractivas incursiones por el campo del Derecho comparado: aparecen desde el BGB hasta las recientes novedades japonesas y no faltan datos de las varias Autonomías en las que se está descomponiendo el reino de España, aunque dado el vertiginoso desenvolvimiento legislativo de las mismas hay que disculpar a la autora de no hallarse absolutamente al día en este extremo.

El *Anuario Estadístico de Francia* de 1982 le facilita valiosos datos. Redondeando cifras, en Francia, con una población total de 54 millones de habitantes, casi 3.850.000 son viudos, pero de ellos sólo pertenecen al sexo masculino 648.000. Hay, pues, casi un viudo por cada cinco viudas. Ciertamente que en los diversos segmentos de edad —que se detallan— la proporción varía, pero no en cantidades significativas. Las causas son diversas y no exclusivas de Francia: se habla de la diferencia de edad al contraer matrimonio y de las guerras que, a diferencia de las pestes, sólo afectan a un sexo principalmente. De todas formas, la baja selectividad del sexo femenino se mantiene en otros órdenes. Mientras solo uno de cada cuatro varones consigue superar los 80 años, más de dos de cada cuatro hembras los alcanzan.

Por ello madame CATALA estima que viudedad es sinónimo de viudedad femenina y, a pesar de los modestísimos índices actuales de fecundidad (que recuerdan los grandes males adyacentes en Sudáfrica), las viudas de edad temprana acostumbran a tener a su cargo hijos menores, pensiones reducidas y no muy abiertos horizontes laborales, por lo que su postura social es dura, difícil. Las estadísticas muestran que las distintas profesiones no afectan a la mortalidad, aunque el índice es algo más elevado en las inactivas o divorciadas. No hay especial análisis de las madres solteras.

Las encuestas realizadas lo fueron entre la gran masa, por una parte, y el Notariado; estas últimas constituyen el eje de muchas de las consideraciones que realiza CATALA. La primera de dichas encuestas tuvo lugar en 1965, a iniciativa del Ministerio de Justicia y en vistas a futuras reformas; corrió a cargo del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de París con un cuestionario encaminado a obtener posiciones psicosociológicas y determinación de problemas. Otra se desarrolló en 1980 bajo la dirección del "Institut de Sondage ARC-MC" ("Analyse, Recherche et Conseil en Marketing et Communication").

Antes de la citada encuesta notarial, diversas Convenciones de profesionales del Notariado habían ya abordado temas sucesorios regidos por normas poco adecuadas, fueron las de 1955, 1971 y 1975. Pero en 1979 y patrocinada por el movimiento "Jeune Notariat" se procedió a distribuir cuestionarios por los casi 7.000 notarios franceses, encuesta que se reiteró en 1981 por orden del Consejo Superior del Notariado. Sólo unos dos mil Notarios cumplimentaron dichos cuestionarios y las respuestas fueron tratadas informáticamente en la Universidad de Montpellier, y a pesar de observarse diferencias tanto en datos como en criterios entre los Notarios de diferente edad y radicación, o sea, tradición territorial jurídica, la homogeneidad alcanzó casi el 80 por 100.

La Revolución Francesa y el *Code*, pese a sus estridencias, consideraron al cónyuge sobreviviente como "el gran vencido", situándolo casi entre los parientes lejanos en el orden sucesorio. Pesaba mucho la tradición del *lignage*, sobre todo en ciertas regiones, y la familia como institución social; los bienes adquiridos por título hereditario acostumbraban a constituir la parte más considerable del patrimonio sucesorio y la sangre reclamaba sus derechos en aquel ambiente social. Verdad es, no obstante, que la práctica rectificó a la Ley, sobre todo a medida que se producía la industrialización y la reducción de la familia a la condición de nuclear. El régimen conyugal actuó durante muchos lustros como elemento colaborador, sobre todo en matrimonios con descendencia no emancipada. Y desde 1891 empezaron a traducirse en normas inquietudes sociales crecientes que, desde diversos ángulos, han favorecido al sobreviviente, en especial al femenino, a pesar de ásperos problemas dimanantes de la existencia de hijos de lechos anteriores a la equiparación de naturales o adulterinos a los legítimos. En los últimos decenios se acumulan las disposiciones en tal sentido con la nueva orientación de la jurisprudencia que ha sido parcialmente recopilada por Mlle. FAUCHEUX, que ofrece más de 500 supuestos de tal especie; se constata que en cada cuatro de cinco litigios sucesorios interviene la viuda, y los más conflictivos son aquellos en los que intervienen hijos de varios matrimonios. Se estima que el estadio de reformas legislativas todavía se halla en curso en Francia.

Excluyendo las *ab intestato*, los supuestos en que interviene la voluntad más frecuentes en Francia son las donaciones de bienes futuros, las capitulaciones matrimoniales y los testamentos.

Las primeras ("donation au dernier vivant, tout tenant"), a pesar de su carácter sinalagmático, son revocables unilateralmente y, según estadísticas y encuestas, las más abrumadoramente practicadas y referidas. Incluso por los Notarios: los testamentos requieren la presencia de testigos, que pueden anular su condición secreta y además pueden ser fuente de responsabilidades para los funcionarios autorizantes. Aparte de ello, tales donaciones, en Francia, permiten simplificar las formalidades posesorias.

Los testamentos ocupan el segundo lugar, pero a considerable distancia. En el Congreso de Deauville se propuso, por algunos Notarios, la eliminación de los testigos, por lo menos en el acto del otorgamiento. En diligencia complementaria podrían constatar la declaración de otorgamiento de última voluntad y, en su caso, su criterio sobre la identidad y capacidad del testador. Actualmente muchos notarios aconsejan el testamento ológrafo aún confirmado o depositado notarialmente, evitando responsabilidades profesionales. En otro orden, algunas voces se han levantado en favor de la reinstauración de los testamentos conjuntos, pero su irrevocabilidad unilateral es obstáculo de gran peso. Jamás se olvidan, en estos trances, aunque no tienen el significado equiparable a otras sucesiones, los temas fiscales, cada vez más complejos e intensos.

Las capitulaciones matrimoniales, también afectas de irrevocabilidad unilateral en términos generales, gozan de poco favor, salvo en ciertas zonas, cada vez más reducidas, en las que la tradición tiene su importancia: las de derecho escrito y las de tradición romana son totalmente reacias. Normalmente se consideran operaciones quirúrgicas propias de matrimonios con alta diferencia de edad entre cónyuges y posibilidad de hijos de varios matrimonios.

Una de las disposiciones más frecuentes en los testamentos a favor del cónyuge es el usufructo universal, sin perjuicio de reservas o legítimas, y en los de las esposas no falta una alusión a la posibilidad de que el marido convuele a segundas nupcias. Es posiblemente el sistema más aconsejado por los Notarios en matrimonios con descendencia, sin perjuicio de completar el usufructo con otras disposiciones en plena propiedad.

La sucesión *ab intestato* debería ser supletoria y equivalente a la voluntad presunta del difunto, pero normalmente juegan otros factores: familia, propiedad, función social de la herencia. . La historia nos muestra que el *paterna*, *paternis*, grado superior del espíritu conservador, casi feudal, aunque subyacente, ha perdido vigor: los bienes, a falta de hijos y cónyuge, se distribuyen sin distinción de línea de procedencia entre los parientes más próximos. Pese al valor de la sangre, el sobreviviente, presunto responsable del más profundo afecto, con esta base psicológica ha sabido sobreponerse a los lazos del parentesco. Sólo estados anormales, de disensión, o la posibilidad de que a través de ulteriores nupcias pasen a extraños bienes de *lignage* moderan esta línea. Los tratamientos fiscales, por otra parte, no asumen las proporciones confiscatorias de otras sucesiones.

Después de la guerra de 1914 y la intensificación de la atomización familiar, además de que actualmente en los patrimonios juegan mayor papel los bienes adquiridos onerosamente que los heredados, la norma ha acrecentado su postura conyugalista, superando el *ménage* al *lignage*. En 1958, con no excesiva aprobación doctrinal, se reconoció la condición de heredero del cónyuge sobreviviente con derecho a *saissine*, sin perjuicio de la posición de la descendencia. Esto en la sucesión legal. En la voluntaria, y a salvo las dona-

ciones de bienes futuros, el usufructo, con importantes matizaciones, continúa siendo el favorito. En todo caso se trata de proporcionarle condiciones de existencia similares a las que disfrutaba durante su matrimonio.

Pero las normas no pueden tener en cuenta todos los supuestos que la vida ofrece: las herencias con empresas mercantiles, incluso las que tienen la condición de bien común, de faltar armonía entre los sucesorios siempre se hallan en peligro de extinción y en forma ruinosa; en menor cuantía, en las agrícolas. Ello hace recordar la libertad de disposición —con escasas limitaciones— procedente de la tradición romana, las normas anglosajonas o belgas y ciertas instituciones de diversos países europeos. También hay que no echar en el olvido las llamadas “sucesiones irregulares”, cuentas indistintas, indemnizaciones por accidentes, derechos de subrogación en arrendamientos que favorecen al cónyuge sobreviviente en forma considerable en determinados supuestos. La importancia que el valor afectivo asigna a mobiliario y equipo, y aun segundas residencias, que lo hace superior al real económico o material.

El testamento o la donación *post mortem*, en los momentos actuales parecen las soluciones más adecuadas para regular estas sucesiones en las que pueden intervenir diversos factores. Se trata de acomodar normas y autonomía de voluntad con el actual estadio social, en el que cultura, sentimientos y forma de vida tienen un relieve muy distinto al de hace muy pocos siglos.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

SOLDEVILLA VILLAR, ANTONIO: *Derecho agrario (Lecciones para un curso)*, volumen I, Parte General, Valladolid, 1991. Un tomo de 299 páginas.

Nuestro compatriota LUCIO JULIO COLUMELA, en *Los doce libros de agricultura*, se extrañaba de que aunque esta actividad es necesaria para subsistir y alimentarse los mortales, no conocía personas que la enseñaran ni discípulos que la estudiaran.

Eso ocurría en el siglo I después de Cristo. Veinte siglos después, la agricultura sigue sin estar demasiado boyante. Y mucho menos la española, después de las tarascadas que nos envían nuestros amigos europeos mediante esos dichosos planes que nos endosan.

Pero al menos ya sí hay alguien que la enseña y también quienes la aprenden y hasta la practican, aunque casi de puro milagro. Es cuestión de vocación y empeño de saber adaptarse a las cambiantes circunstancias, pues, como se dice en la presentación de este libro, en pocos años hemos pasado de las disposiciones sobre laboreo forzoso hasta los nuevos rumbos que nos quieren imponer el abandono de tierras y la supresión de ganados casi *manu militari*.

Ejemplo de vocación agraria es ANTONIO SOLDEVILLA, doctor en Derecho, Abogado en ejercicio... y agricultor en activo que lleva varios años ya empeñado en estas tareas de enseñar y practicar el agrarismo. En su día comentamos en estas páginas la aparición de su tesis doctoral que bajo el título “La empresa agraria” se editó en 1982. Allí trazaba un esquema completo de la regulación jurídica de la empresa, su doctrina general y sus tipos en el Derecho español en forma tan completa que todos hemos acudido a dicho libro al querer conocer cualquier aspecto de este eslabón fundamental de la explotación agraria.

Ahora el autor, que es profesor de esta asignatura en la Escuela de Inge-

nería Técnica Agrícola y en la Escuela Universitaria "Instituto Nevares de Empresarios Agrícolas" de Valladolid, ha escrito este libro con miras más amplias y un tanto ambiciosas. No sólo se limita a la exposición de la materia a los juristas, alumnos y agricultores, sino que también quiere justificar su estudio en estos momentos en que parece despertar otra vez la conciencia de nuestra vocación agraria, aunque sea supeditada a los nuevos rumbos comunitarios que ya no tenemos más remedio que afrontar.

La obra completa, tal como la anuncia el autor, pretende recoger, junto a esta parte general, una parte especial para tratar de la relación jurídica agraria con sus elementos y las legislaciones especiales de aguas, cultivos, medio ambiente, relaciones laborales, crédito, enseñanza y organización administrativa de la agricultura. Esta última parte (que aparecerá a lo largo de 1992, según se nos anuncia) completará un necesario Tratado de Derecho Agrario que se echaba en falta en nuestra bibliografía especializada. ALBERTO BALLARIN publicó sus dos ediciones en 1965 y 1979, y JUAN JOSÉ SANZ JARQUE las suyas en 1975 y 1985, ésta sólo en el primer tomo. Ambos libros son fundamentales y básicos para el estudio del Derecho agrario español. Desde entonces, las tendencias, normas y doctrinas van evolucionando rápidamente y además las normas de las Comunidades Europeas han marcado nuestra agricultura de modo importante.

Por ello, este libro ha empezado a aparecer en momento oportuno y se nos presenta idóneo para actualizar la materia, cosa imprescindible para quienes por profesión, vocación o manía hemos de estar al día en las ideas jurídico-agrarias

Y vamos con este volumen I, que constituye la parte general del Derecho agrario. El subtítulo "Lecciones para un curso" indica que va destinado preferentemente a los alumnos de las escuelas universitarias; así lo expresa SOLDEVILLA, diciéndonos que le han servido de base los apuntes y notas que utiliza en sus explicaciones de clase. Pero no obstante su inicial finalidad didáctica, el libro tiene un gran contenido y obtiene una apreciable línea doctrinal y normativa.

En la primera lección (así llama a los capítulos), y a título de introducción, da los conceptos generales del Derecho y en especial del Civil, centrándose en el español, con sus fuentes y eficacia en el espacio y en el tiempo.

En la segunda entra ya en la materia específica, estudiando lo que es el Derecho agrario en sus antecedentes históricos y en las concepciones modernas. Recoge las distintas tendencias doctrinales que han tratado de definirlo por sus notas y acaba aceptando el concepto descriptivo de SANZ JARQUE según el cual el Derecho agrario es el conjunto de normas que en ámbito de la ordenación del territorio regulan la propiedad de la tierra, la empresa agraria y la reforma y desarrollo agrario de las estructuras del campo. Después, SOLDEVILLA tercia en la cuestión, tan debatida como el sexo de los ángeles, de si el Derecho agrario es una rama especial y si goza o no de autonomía respecto al Derecho civil; todas las ramas del Derecho son más o menos interdependientes y se relacionan entre sí; por ello, tras recoger las diversas opiniones, el autor concluye sensatamente que aunque exista una especialización muy acusada, la falta de autonomía legislativa y jurisprudencial no permiten proclamar la plena particularidad del Derecho agrario frente al civil. Aunque hay corrientes doctrinales en Italia y Francia que pretenden elevar el Derecho agrario a la categoría de rama independiente, las tendencias actuales en España miran a que debe haber una total sincronización.

La reforma agraria ha sido considerada la materia básica del Derecho agrario, hasta el punto de que no faltan autores que identifican ambos conceptos. Por ello SOLDEVILLA le dedica atención, estudiando sus diversas concepciones y la evolución de los movimientos reformadores en España, desde Carlos III hasta la actualidad.

La dependencia de la normativa agraria respecto al Derecho civil se manifiesta en múltiples aspectos, cosa natural si se piensa que la tierra es el concepto básico de las normas privatistas y sus modos de llevanza constituyen la esencia de las normas agraristas. Por ello el autor dedica tres lecciones o capítulos del libro a estudiar la concepción social del suelo y las formas de su tenencia. Empieza, como es lógico, por la figura más clásica y estable, el paradigma de todo agricultor, que es el derecho de propiedad; estudia su concepto legal y doctrinal, sus facultades, acciones que lo protegen, sus limitaciones y los modos de adquirirlo y perderlo. A su lado, entra en los derechos de goce, garantía y adquisición sobre la tierra agrícola y las servidumbres legales, de gran relevancia en el ámbito rústico.

Junto a la titularidad típica del dominio hay en el campo otras figuras que expone SOLDEVILLA en las tres últimas del libro; primero se refiere a la posesión y el precario como situaciones más o menos fácticas; después, en los derechos reales del usufructo y los censos y la figura especial de la llamada concesión, típica de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Por último, en una lección entera se refiere a los arrendamientos y, en otra, a la aparcería; en ellas, lógicamente, se extiende todo lo que exigen la importancia y la frecuencia de estas relaciones contractuales en el ámbito agrario. Si hay problemas y pleitos en la esfera rural, estas dos relaciones suelen llevarse la palma, porque el labrador se aviene mal con toda situación de dependencia y quiere ser dueño de la tierra que trabaja. Por eso nos explica pormenorizadamente el autor los medios de acceso a la propiedad por los arrendatarios y aparceros, según la legislación vigente. Por cierto que, después de aparecer el libro, se ha promulgado una nueva Ley, ahora llamada de arrendamientos históricos, que viene a ampliar plazos y poner nuevos parches. Decididamente, la normativa agraria es cambiante como ninguna.

El libro, en su primera parte, es importante y ha recogido y actualizado todas las normas y doctrinas, y ahí está su gran valor práctico. Ahora, a esperar la parte especial que complete los conceptos generales que hemos visto. Para entonces estamos seguros que se confirmará la buena impresión que este primer volumen nos ha producido.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO, y otros: *Derecho agrario autonómico*. Editado por el Comité organizador del II Congreso Internacional de Derecho Agrario, Oviedo, 1991. Un tomo de 535 páginas.

Este libro recoge las ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Agrario que se ha celebrado en Oviedo a finales de septiembre de 1991, organizado por aquella Universidad y la Asociación Española de Derecho Agrario, cuyos componentes han aportado los trabajos que vamos a resumir.

En la presentación del libro, el Notario de Gijón y buen agrarista JUAN

FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, hombre motor de la reunión, escribe, bajo el título *El futuro del Derecho agrario*, unas notas en torno a este Congreso, resumiendo los elementos que a su juicio dan forma al nuevo Derecho agrario, tales como la configuración de las explotaciones agrarias, la significación que se atribuye a la función social de la propiedad y la importancia creciente de las normas agroalimentarias, para acabar contemplando el fenómeno creciente de la llamada agricultura a tiempo parcial.

El objeto principal de este Congreso, igual que lo fuera el celebrado en Sevilla en 1987, ha sido estudiar la normativa autonómica en materia agraria. Por ahora esta es la fuente más frecuente y prácticamente la única en nuestra esfera, dadas las competencias que la Constitución atribuye a los entes regionales. Los ponentes aportaron los trabajos que resumimos brevemente

La legislación agraria de la Comunidad Autónoma de Andalucía fue la ponencia de FRANCISCO CUENCA ANAYA, decano del Colegio Notarial de Sevilla, buen amigo nuestro y conocido por sus publicaciones y trabajos. Expone las actuaciones que se llevan a cabo en las comarcas de reforma agraria, la política forestal y de protección del medio ambiente, la transformación de grandes zonas, la concentración parcelaria y lo referente a mercados de productos agrarios como puntos principales de actuación.

Siguiendo el orden alfabético, la legislación agraria de Aragón es presentada por GABRIEL CANTERO, catedrático de Derecho civil y director del Instituto de Derecho Agrario de aquella región. Estudia primero las disposiciones aragonesas de ejecución del Derecho de ámbito nacional y pasa después a las normas privativas de Aragón. Repasa la ya derogada Ley del Banco de Tierras, que ha sido sustituida por la nueva Ley del Patrimonio Agrario de la Comunidad de Aragón de 25 de abril de 1991. El autor estudia los aspectos formales de esta Ley, su finalidad y principios básicos.

La legislación asturiana se presenta por el citado JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, tocando en especial la Ley de la Parroquia Rural que reconoce personalidad a estas entidades de convivencia inferiores al municipio, pero muy importantes en la vida rural del Principado. Repasa después las distintas materias en las que actúa la competencia autonómica, señalando el desarrollo legislativo del Estatuto asturiano, que se ha plasmado principalmente en la Ley de Ordenación Agraria y Desarrollo Rural, que se expone ampliamente.

En las Islas Baleares la legislación agraria está teñida por el carácter predominantemente urbanístico de su suelo, y así lo expone MARÍA DE LOS DESAMPARADOS LLOMBART BOSCH, profesora en la Escuela de Ingenieros Agrónomos de Valencia, en su ponencia que recoge la regulación del medio ambiente natural en las leyes de ordenación del territorio balear, muy relacionadas con la Ley de Espacios Naturales y de Régimen Urbanístico.

En Canarias existen parecidas características y además tiene el toque de su singular régimen de las aguas. Todo lo expuso en el Congreso MARÍA DE LOS ANGELES EGUSQUIZA BALMASEDA, profesora de Derecho civil, que en su ponencia recoge la normativa insular anterior y posterior a 1987. Esta fecha es clave por ser la de promulgación de la Ley de Aguas canaria, objeto de diatribas y recursos, hasta su confirmación por el Tribunal Constitucional. Alrededor de esta Ley y su contenido gira la ponencia, muy certera.

El *Boletín Oficial* de Cantabria publicó el 9 de abril de 1990 tres leyes en las que se centra la normativa autonómica agraria de esta región, expuesta por LUIS ROJO AJURIA, profesor de Derecho civil. El estudio de dichas leyes constituye un buen trabajo recogiendo la esencia de estas disposiciones, que son:

— Ley de 23 de marzo de 1990 sobre concentración parcelaria, conservación de obras, unidades mínimas de cultivo y fomento de explotaciones rentables.

— Ley de 26 de marzo de 1990 de pastos en los montes de Cantabria.

— Y Ley de 21 de marzo de 1990 de capacitación agraria.

El catedrático de Derecho civil AGUSTÍN LUNA SERRANO, presidente de la Asociación Catalana de Derecho Agrario, ha expuesto en Oviedo la reciente legislación agraria de Cataluña, completando su ponencia de Sevilla en 1987 en la cual ya trazó un panorama general de aquella normativa existente por entonces. Como disposición nueva, recoge la Ley forestal de 30 de marzo de 1988 destacando sus principales aspectos. Igualmente estudia la incidencia que han tenido en el sector agrario las recientes leyes catalanas de materia civil, tales como las de censos y servidumbres, para acabar con los proyectos legislativos en preparación.

La legislación agraria de Castilla y León fue presentada por JOSÉ M.^a DE LA CUESTA SAEZ, profesor de Derecho civil y también conocido agrarista, y su ponencia se centra en las leyes de concentración parcelaria y unidades mínimas de cultivo y en la Ley de Espacios Naturales de Castilla y León, ampliamente comentadas.

A Castilla-La Mancha, muy de pasada y como si fuera la cenicienta de las regiones, sólo se le dedica media página en este libro. La verdad es que únicamente tiene una norma autonómica con rango legal que es la Ley de Conservación de Suelos y Protección de Cubiertas Vegetales. Pero en materia agraria algo más se podría decir de la quijotesca pero fértil tierra de La Mancha, que tiene problemas estructurales y de regadío y el no menos importante de una viticultura en peligro por mor de la adhesión a las Comunidades Europeas. Creo que mi tierra habría merecido una mejor y más extensa atención.

JOSÉ RAMÓN RUBIO DE ROFFIGNAC, Abogado y agrarista extremeño de pura cepa, complementa aquí lo que ya expuso en Sevilla sobre la legislación agraria de Extremadura. Incide en contemplar las leyes de la dehesa y los regadíos, exponiendo sus resultados, bastante relativos porque encuentran bastantes dificultades en su aplicación. Completa su trabajo con unas notas sobre la Ley de Caza Autonómica.

La legislación agraria de Galicia es importante, tal como corresponde a una región predominantemente rural y se expone en toda su amplitud por JOSÉ M.^a FRANCO GARCÍA, dividiendo su estudio en dos quinquenios de funcionamiento autonómico. Dentro del primero estudia la Ley de actuación en parroquias rurales, la de Cámaras agrarias, concentración parcelaria y la de adaptación de la del suelo a Galicia. En el segundo quinquenio se recogen la Ley de Prórroga de Arrendamientos Rústicos, la Compilación de Derecho civil y la de montes vecinales en mano común, esta última muy característica de las tierras galaicas.

Madrid es también campo. Con esta afirmación muy acertada comienzan su trabajo los autores de la ponencia, que son JUAN SÁNCHEZ JEREZ y JUAN CARLOS GARCÍA ROLDÁN, Letrados de la Dirección General del Medio Rural de la Comunidad de Madrid. Pero la verdad es que el fenómeno del urbanismo tinta toda su regulación, al igual que sucede en Cataluña, y por ello las normas tienen un carácter inevitablemente mixto. Así la defensa de las unidades mínimas de cultivo se hace a través de la Ley de Disciplina Urbanística y el

medio ambiente se gestiona a base de órganos más bien urbanos que rurales. Los autores de la ponencia defienden su trabajo y exponen todas las disposiciones existentes y en proyecto sobre el ámbito de esta agricultura peri-urbana que sobrevive entre los tremendos bloques de edificaciones.

La actividad agraria de Murcia tiene también importancia, pues no en vano la mejor parte de la huerta de España está junto al río Segura. La misma autora de la ponencia de Baleares, MARÍA DE LOS DESAMPARADOS LLOMBART, se encarga de recoger la normativa murciana, que, por contraste, no tiene novedades llamativas. Ninguna norma de rango legal existe en el ámbito autonómico rural, lo que quiere decir que no consideran precisas normas distintas de las ya existentes de ámbito nacional; hay, sí, algunas disposiciones de rango administrativo sobre medio ambiente, hidrología, ganadería y contratos agrarios que se reseñan en la ponencia.

Navarra y La Rioja se estudian por el catedrático de Derecho civil PEDRO DE PABLO CONTRERAS. Respecto a Navarra se recogen las normas agrarias generales, caza y pesca, bienes comunales y montes. En La Rioja, a falta de normas legales, se reseñan las reglamentarias y orgánicas dictadas por la Autonomía.

La legislación de la Comunidad Valenciana fue presentada por LUIS AMAT ESCANDELL, catedrático de Derecho agrario, quien aportó una extensa ponencia, reproducida en este libro. Recoge las normas valencianas sobre estructuras agrarias, destacando la Ley sobre Arrendamientos Rústicos Históricos, que LUIS AMAT examina ampliamente. Termina su completo trabajo con la normativa sobre economía agraria, industrias agroalimentarias y sobre investigación y enseñanzas agrarias y pesqueras.

La exposición de la normativa autonómica vascongada cierra este abanico y es expuesta por JOSÉ LUIS ERRECACHO, quien nos dice que la producción de normas con rango legal ha sido escasa, limitándose a una Ley sobre infracciones en materia de caza y pesca y otra de Cámaras agrarias las cuales resume, relacionando también diversas disposiciones reglamentarias.

Además de las ponencias autonómicas hubo también en este Congreso Internacional de Derecho Agrario varias excelentes aportaciones monográficas. Nos resulta imposible comentarlas porque ello alargaría en demasía este resumen; nos limitaremos a relacionarlas:

1. "El régimen de las cooperativas en las legislaciones autonómicas españolas", por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE.
2. "Organización y contratos interprofesionales en materia de lácteos en Francia", por M. LOUIS LARVELLEC.
3. "La conservación del Derecho consuetudinario agrario en el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias", por JOAQUÍN ARCE y FLOREZ VALDÉS.
4. "La legislación agraria y la garantía constitucional de la propiedad", por el profesor JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS.
5. "El Derecho agrario y las regiones italianas", por EZIO CAPIZZANO.

Y con otras comunicaciones más, todas ellas interesantes, acaba el contenido de este importante libro que viene a recoger todo el entramado normativo agrario vivo emanando de las distintas Autonomías de España.

CRISCUOLI GIOVANNI: *Il contratto nel Diritto inglese*, Cedam, Padova, 1990.

Hace mucho tiempo ha dicho ya JENKS que sólo hay dos sistemas singulares de Derecho: el Derecho romano y el Derecho inglés. Lo que pasa es que en el continente europeo y en las naciones fuertemente influidas por el Derecho romano es posible distinguir dos corrientes: la germánica y la latina. Pero es evidente que el Derecho inglés es un derecho basado en precedentes legales y en los que se llaman *leading cases*, lo que se ha ido articulando como un derecho estatutario bastante compartimentado, mientras que el Derecho continental es un Derecho codificado, entendiendo por código un conjunto de normas ordenadas sistemáticamente y que regulan parcelas muy amplias del Derecho.

La originalidad del libro que comento es que, con un profundo conocimiento del Derecho inglés, el autor lo explica en una serie de capítulos esenciales que abarcan sistemáticamente los diversos epígrafes que debe tener el estudio de una institución jurídica como es el contrato (entiendo por institución jurídica el conjunto de relaciones jurídicas que regulan las relaciones de una clase determinada según FEDERICO DE CASTRO); y el autor contempla el contrato en el sentido estricto de STOLFI, es decir, un convenio que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de carácter patrimonial, excluyendo del estudio los otros tipos de negocios jurídicos que existen.

El método de trabajo del profesor CRISCUOLI consiste en utilizar una técnica de Derecho continental explicando las diferentes partes del contrato en su aspecto abstracto, como sería un manual de una universidad italiana o española, pero apoya su estudio en los ejemplos significativos del Derecho inglés, que consisten en los *leading cases*, es decir, casos concretos que informan y se subsumen a la vez dentro de la teoría.

El capítulo primero se destina a la noción de contrato. Cita a los autores BUCKLAND McNAIR en el libro que éstos dedican al estudio comparativo del Derecho romano y del Common Law, aclarando que mientras los romanos no conocían más que formas típicas contractuales, en el Derecho inglés se puede inferir una ley general del contrato formado por principios comunes que si no están específicamente derogados, todos figuran en el contrato como elementos naturales de él.

No obstante, cita CRISCUOLI una serie de leyes concretas que tipifican y regulan contratos especiales. De todos modos, el sistema contractual anglosajón se presenta frente a otros sistemas con caracteres de profunda originalidad. En este primer capítulo, y puesto que no pretendo hacer un resumen del libro, se establece el valor de ciertos contratos documentados de una manera formal por su especial importancia y que se llama *deed*, y el autor hace un estudio muy profundo de la *consideration*, que es elemento esencial del contrato inglés que justifica el trasvase de un patrimonio a otro de ciertos bienes o derechos y que tiene que tener un contenido patrimonial, es decir, tiene que tener una "valuable consideration". No se puede obviar el estudio de la *consideration* si se quiere avanzar en el tema objeto de estudio, y por ello en el punto séptimo de este primer capítulo hace una exposición de relaciones jurídicas que no son contratos, terminando el capítulo con lo que en Derecho español llamamos las obligaciones nacidas de esa extraña figura, poco definida y quizá no unitaria, denominada "quasi contratos".

El capítulo segundo trata de la formación del contrato, que en castellano diríamos el perfeccionamiento del contrato, y en el que distingue entre los

contratos que no utilizan el esquema del *deed*, es decir, los contratos formales, y los contratos que se perfeccionan por la conjunción de la oferta y la aceptación. Esta conjunción sobre los términos esenciales del acuerdo (*agreement*) son la base de la relación contractual, y si falta esta conjunción de la oferta y de la aceptación sobre el objeto del contrato no hay consentimiento y, por consiguiente, no hay contrato. En este mismo capítulo se ocupa de la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales, distinción que para nosotros, juristas continentales, apenas es digna de comentario; pero el profesor CRISCUOLI cita una serie de precedentes judiciales que iluminan la teoría general del contrato, que se forma por inducción de los precedentes legales y no por deducción de una definición, lo cual no deja de ser un estudio del contrato que recuerda mucho lo que los alemanes hicieron al construir la teoría del negocio jurídico partiendo de los contratos concretos de dicho ordenamiento jurídico. En este mismo capítulo estudia lo que podríamos decir en Derecho continental la revocación de la oferta y cuando ya no existe posibilidad de revocación; y estudia también el rehúse, que es el acto con el que la persona que ha recibido la oferta expresa su voluntad de no aceptar la oferta que le ha hecho el proponente y desprovee a la oferta de todo efecto jurídico.

En el estudio de la oferta se detiene en el desvanecimiento de dicha oferta por el transcurso del tiempo sin ser aceptada, es decir, si transcurre un término específico o pasa un tiempo razonable para aceptar, se considera que la oferta ha perdido su eficacia. También desaparece la efectividad de la oferta cuando concurre una falta o decae el presupuesto que ha motivado la oferta. En este sentido, la pérdida de utilidad de la oferta hace decaer su eficacia.

Sigue con un estudio muy detallado de la aceptación de la oferta por parte del que la recibe, puntualizando que para que haya negocio jurídico o contrato es necesario que la aceptación sea absolutamente congruente con la oferta, porque en cuanto varíe en algún punto el aceptante de la oferta ya no es una aceptación de la oferta, sino que es una contraoferta que debe ser a su vez aceptada por el proponente en términos idénticos a como se ha efectuado la contraoferta.

Y termina el capítulo estudiando los diferentes modos en que el proponente y el aceptante toman conocimiento de la propuesta y la aceptación para la perfección del contrato.

El capítulo tercero tiene un primer epígrafe que trata de la certeza del contenido contractual y tiene en esta materia la expresión de la autonomía de la voluntad, es decir, en principio puede ser contenido u objeto del contrato cualquier autorregulación de intereses patrimoniales que tenga carácter lícito; pero el profesor CRISCUOLI apunta cómo en el Derecho inglés y en el contenido del contrato encontramos cláusulas principales y cláusulas secundarias (*warranties*), y la importancia de un tipo de cláusula o de otro se muestra en que las cláusulas principales son absolutamente obligatorias, pero las cláusulas secundarias, a veces, pueden no ser objeto de cumplimiento sin que afecte al contenido esencial del contrato, si bien no parece que siempre está claro cuando nos encontramos ante una cláusula principal y una cláusula de importancia secundaria. En el tercer epígrafe de este capítulo estudia las cláusulas condicionales, y en realidad de él trasciende la similitud que en el fondo tiene el Derecho inglés con el Derecho continental.

En el cuarto epígrafe del capítulo habla de la integración del contrato, término que no es usual en el Derecho continental y que expresa la distinción entre las cláusulas explícitas y las estipulaciones implícitas, que quizá en el

Derecho continental podría hablarse de obligaciones o prestaciones accesorias o elementos naturales de un determinado contrato. Otro epígrafe del capítulo estudia las cláusulas de exoneración de responsabilidad, que son particularmente importantes en materia de contratación en masa, que puedan dar lugar a fechorías por parte de uno de los contratantes y que ha dado lugar a un derecho estatutario en el "Unfair Contract Terms Act 1977". Sigue el capítulo tercero con lo que el autor llama la integración anómala o contratos colaterales, que son producto de elaboración jurisprudencial inglesa madurada en los últimos cien años y que son muy difíciles de definir porque los dos tienen un contenido de cambio con estructura y valor obligatorio autónomo, pero diríamos que el contrato colateral sirve a la eficacia del contrato principal. El séptimo y último epígrafe de este capítulo lo destina el autor a la interpretación del contrato, expresando que el criterio de la buena fe es un *standard* jurídico inglés y el contrato debe tener esa línea de ser razonable típica de todo Derecho anglosajón. ANSON, un autor inglés, dice que "la construcción debe ponerse en términos que el contrato razonablemente pueda cumplirse, y no en los términos que una u otra de las partes escogen unilateralmente".

El capítulo cuarto se destina al estudio del contenido personal del contrato, distinguiendo entre los elementos personales que forman el acuerdo y los elementos personales ligados por la relación contractual, pudiéndose atisbar aquí un paralelismo entre lo que en Derecho notarial español significa distinguir entre comparecientes y otorgantes. Sigue estudiando los elementos personales cuando son plurales y, luego, la capacidad para contratar, con especial referencia a los menores, a los dementes y a los que se encuentren en situación de intoxicación etílica. Y, por último, habla de las personas jurídicas. Pero tampoco en el Derecho inglés se puede pretender prescindir del mecanismo de la representación y de su expresión exterior que es el poder, estudiando las diferentes formas que puede tener la representación incluso por medio de una convalidación por vía de ratificación (*ratihabito mandatum comparatur*) e, incluso, una especie de lo que nosotros llamamos gestión de negocios ajenos y que en inglés llaman "agency of necessity"; y también estudia la posibilidad de subapoderar, extendiéndose al mandato no representativo cuando el "principal is undisclosed". Termina el capítulo con un estudio de la extinción o revocación de la representación.

El capítulo quinto se destina a estudiar el consentimiento, y es tan largo que apenas puedo hacer más que una referencia a los diferentes temas tratados. El consentimiento, evidentemente, y como ha dicho HEDEMAN, es el momento de máxima tensión jurídica cuando por la concurrencia de voluntades los contratantes autorregulan sus intereses siempre dentro del marco permisivo de cada legislación. Pero el consentimiento puede no ser perfecto en el sentido de que se ha prestado con alguna tara en su constitución o estructura, y esto es lo que el profesor CRISCUOLI estudia con gran detalle.

En primer lugar trata del error en general, y dentro del error hay una subdivisión en su estudio bajo los siguientes epígrafes: El error de derecho; el error de hecho bilateral y común acerca de la existencia del objeto del contrato; el error bilateral y común sobre la existencia de los hechos que constituyen la presuposición básica del contrato (que en Derecho continental está perfectamente explicado por la teoría de la base del negocio o *grundgeschäftlage* de Karl Larenz); el error bilateral y común sobre la calidad del objeto del contrato; el error bilateral y común acerca de la naturaleza del objeto del contrato; el error bilateral y recíproco acerca de la naturaleza o identidad del objeto del

contrato; el error unilateral acerca de la naturaleza o identidad del objeto del contrato; el error unilateral acerca de la identidad del otro contratante; el error acerca del contenido del documento contractual suscrito; error material en el propio contenido escrito del documento.

También estudia el error inducido o engaño, que en inglés se llama "misrepresentation", que es cualquier falsa apariencia de la realidad creada por un contratante, personalmente o por mandato suyo, frente a la otra parte, que por ello permanece engañada en la conclusión del contrato. En este epígrafe se hace una referencia al silencio y a la buena fe, con la curiosa y poco jurídica afirmación, al mismo tiempo que pintoresca, del Juez BOWEN: "The state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion"; sigue estudiando el engaño inducido con dolo o el error cometido por negligencia.

Estudia lo que en Derecho continental se llama la confirmación tácita, es decir, la pérdida del derecho a actuar para obtener la anulación del contrato.

Luego sigue estudiando otra causa que vicia el consentimiento, que es la violencia, que equivale a lo que los romanos llamaban "vis física corpore illata", y sigue estudiando las situaciones en que un contratante acepta contratar por la compulsión que sobre él puede hacer y hace el otro. Dedicando el último epígrafe de este capítulo a un tema muy concreto: El remedio contra el abuso en los contratos de préstamo de dinero.

El capítulo sexto, y tendré que abreviar para no hacer esta recensión excesivamente larga, se destina al estudio de la forma. En principio, en Derecho inglés rige el principio de libertad de forma; pero cuando he tenido que referirme yo a los requisitos del contrato del artículo 1.261 de nuestro Código Civil, siempre he dicho que falta un requisito que es el de la forma, es decir, que los requisitos de un contrato son consentimiento, objeto, causa y forma, porque si de alguna manera no se exterioriza el intercambio de voluntades de los contratantes, no puede conocerse y probarse lo que se ha pactado. Cuando se ha dicho que en Derecho inglés "as general rule no formalities are required for the creation of a contract in English law", en realidad el autor que hizo esta afirmación se refería a formalidades determinadas y en alguna manera obligatorias para la validez o para la prueba de un contrato; pero la exteriorización de la voluntad es siempre necesaria, ya sea por escrito, ya por una conducta concluyente o por dos o tres combinaciones de los diferentes modos de expresarse el contrato. Hay contratos solemnes que tienen que expresarse en un documento público o *deed*, y luego otros en que la forma es mucho más flexible. En la página 291 aparece una forma curiosa de la fianza, y en la página 290 se estudia el significado de la "firma", elemento al que no se le presta atención científica y que yo solo había visto estudiado hace mucho tiempo en un libro francés sobre el testamento ológrafo.

El capítulo séptimo se destina al estudio del objeto del contrato y se exponen las exigencias que debe reunir el objeto, es decir, debe ser posible, lícito y determinado o determinable. En la sección segunda del objeto del contrato se estudia algo muy importante en la estructura del contrato inglés, que es la "consideration", normalmente de la "valuable consideration".

En el capítulo octavo es muy interesante ver, en la página 352, una explicación de lo que es el *trust*, que es algo pariente de nuestro negocio fiduciario.

El capítulo noveno se destina al estudio de las modificaciones subjetivas del contrato.

El artículo décimo se destina al estudio del cumplimiento, y llama la atención que diga que el cumplimiento extingue "fisiológicamente" el contrato.

porque realmente la palabra fisiológico, en castellano, parece referirse a algo en relación con la vida animal; y también en esta sección se estudia el cumplimiento del contrato por otra persona que no sea el deudor.

El capítulo once se destina al incumplimiento no imputable al deudor y estudia el tema de la frustración del contrato. Con especial referencia a los llamados casos de la coronación. El tema de las frustración del contrato, y ahora lo puedo decir porque la edición está agotada, fue en 1967 el objeto de mi tesis doctoral, brillantemente sugerida y dirigida por el profesor Díez-PICAZO. Desde 1968 a hoy ha pasado mucha agua bajo los puentes del Támesis, y en muy pocas páginas el profesor CRISCUOLI hace una exposición muy clara, quizá más clara que la mía, de lo que es la frustración del fin del contrato; pero hay que tener en cuenta que mi tesis era un libro monográfico, mientras la materia tratada por el profesor CRISCUOLI no es más que un componente pequeño en su excelente monografía sobre el contrato inglés.

Para concluir esta recensión es obligatorio resaltar la magnífica técnica pedagógica del profesor CRISCUOLI, que eludiendo la forma inglesa de explicar los contratos, pero partiendo de los llamados *leading cases*, construye un libro de principios generales de acuerdo con la mejor técnica del Derecho continental.

Teniendo en cuenta que vivimos en un momento de germanización del Derecho de sociedades y de una gran influencia de contratos nuevos basados en el Derecho inglés, contratos no conocidos en los Derechos continentales y que se redactarán de acuerdo con las normativas y las influencias anglosajonas, y no pudiéndose prever cuál será el resultado de esta extraña combinación, la claridad y sencillez de la monografía que he comentado la convierte en un libro muy útil, tanto para los teóricos como para los prácticos del Derecho.

VICENTE ESPERT SANZ

Doctor en Derecho

Notario de Valencia

GÓMEZ, YOLANDA: *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1990, 408 págs.

El libro objeto de recensión constituye un detallado estudio de la familia y del matrimonio desde una perspectiva socio-jurídica en el que pueden distinguirse dos partes diferenciadas. De un lado, el origen de ambas instituciones y evolución hasta nuestros días, y de otro, la toma de postura de la Constitución española de 1978 y su incidencia en el Código Civil (1).

En mi opinión, quizá, la nota más significativa de la obra comentada sea la tesis sostenida por la autora acerca de la instrumentación que han sufrido la familia y el matrimonio en provecho de la situación de poder (político, económico y social) de cada momento; instrumentación a la que se opone radicalmente para propugnar, en su lugar, un modelo de "familia igualitaria" (2) basada en la afectividad.

(1) El sumario del libro señala tres partes: 1) Origen y evolución de la familia y el matrimonio, 2) Las sociedades actuales; 3) Las relaciones familiares en la Constitución española de 1978

(2) *Obra reseñada*, págs 152, 173 y sigs

YOLANDA GÓMEZ inicia su estudio haciendo referencia al origen de la familia, cuestión que ha sido centro de preocupación constante por la doctrina tanto jurídica como sociológica (3). La familia surge en su devenir histórico como un grupo biológico cuyos miembros aparecen unidos "por los instintos más elementales de subsistencia y reproducción y sin otras reglas que las que derivan de estos dos principios" (4), para convertirse posteriormente en una realidad sociológica al serle asignadas una serie de funciones (sexual, reproductora, económica y socializadora) atendiendo a las necesidades del grupo social organizado con arreglo a unas determinadas normas. Estas funciones se revelan como una constante en la historia de la familia, aun cuando se ven reducidas con el paso del tiempo, afectando a la propia extensión de la familia.

El matrimonio, a su juicio, no puede ser calificado (como sucede con la familia) de "realidad biológica" utilizada posteriormente por el grupo, sino de una institución creada por la propia sociedad, lo que explica su necesidad de sanción pública y solemne.

Una vez expuestos el nacimiento y justificación de ambas instituciones, la profesora GÓMEZ describe detalladamente su evolución desde la Edad Antigua a la Edad Moderna, evolución en la que aparecen de modo invariables tres ideas fundamentales:

- Su subordinación a los dictados sociopolíticos del momento, siendo calificadas, en consecuencia, de "instituciones colaboradoras de la organización social y política" (5).

- La postergación laboral y situación de inferioridad de la mujer.

- El matrimonio como fuente de la familia y la consiguiente discriminación de los hijos nacidos al margen del mismo.

Dentro de la Edad Antigua, la autora centra su atención en el importante papel desempeñado en Roma por la familia desde un punto de vista social y, especialmente, político; familia que nace con el matrimonio y aparece constituida por un grupo heterogéneo de personas unido en torno al *paterfamilias*.

En la Edad Media es de resaltar la influencia creciente del cristianismo en la configuración de la familia, pese a lo cual son frecuentes las relaciones extramatrimoniales. La familia pierde la repercusión pública que había tenido

(3) El tema se aborda en obras generales de la doctrina civilista: J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral. Derecho de familia. Relaciones conyugales*, t. V vol. I, 11 ed., puesta al día por G. GARCÍA CANTERO y J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus, Madrid, 1987, págs. 46 y sigs.; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, t. IV, vol. 1º, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 11; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 1, L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 30. Estudios más específicos, también refiriéndose al origen y evolución posterior de la familia, son los de M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1989, págs. 16 y sigs., L. Díez PICAZO, *Familia y Derecho*, Ed. Cívitas, Madrid, 1984, pág. 25, J. A. ALVAREZ CAPERUCHIPI, *Curso de Derecho de familia*, t. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, págs. 17 y sigs.; E. FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 40 y sigs.

(4) *Obra reseñada*, pág. 21.

(5) *Obra reseñada*, pág. 32

en Roma para constituir una "unidad de producción, reproducción y consumo" (6). También es reseñable la incorporación de las mujeres al mundo laboral, tanto rural como urbano, donde aparecen integradas en los gremios, lo cual no impidió su *minusvaloración* por parte de la sociedad medieval.

La edad moderna supone una época de cambios progresivos de gran repercusión de la familia —matrimonial— que, por una parte, es objeto de una cada vez mayor injerencia por parte del Estado fruto de su consolidación y, por otra, pierde su carácter de "unidad de producción" con la aparición de las primeras fábricas (en la segunda mitad del siglo XVIII), observándose en las ciudades una cierta tendencia hacia la familia nuclear. Estas transformaciones suponen asimismo la relegación de la mujer al hogar, ya patente en el siglo XV e incrementada en los siglos posteriores. La Edad Moderna llega a su fin con la Revolución francesa, que en los aspectos familiares, según matiza la monografía, tuvo poco de innovadora. Tal afirmación parece un tanto sorprendente si se confronta con la opinión doctrinal generalizada acerca de la labor de secularización de la familia y el matrimonio acometida por la Revolución. Resulta especialmente significativa al respecto la implantación del divorcio por Ley de 20 de septiembre de 1792 que ratifica la noción del matrimonio como contrato civil incorporada a la Constitución de 1791 (7).

Una vez concluido este recorrido histórico, la autora, insistiendo en la idea que constituye el hilo conductor de su obra, se propone demostrar cómo a cada uno de los "modelos de Estado" que se han sucedido tras la caída del Absolutismo corresponde un "modelo de familia diferente". Siguiendo el esquema de la obra, conviene aclarar que la doctora GÓMEZ enfoca esta cuestión haciendo primeramente una breve descripción de los diferentes tipos de Estado desde una perspectiva de Teoría Política (lo que denota claramente su condición de profesora de Derecho constitucional) para, a continuación, señalar las notas definidoras de la familia configurada por cada uno de ellos. Resulta de especial interés su exhaustivo análisis del Derecho constitucional comparado histórico y vigente, complementado, a su vez, por una relación de las declaraciones internacionales de derechos que se pronuncian sobre el tema.

En este sentido, las primeras Constituciones elaboradas por los Estados liberales del siglo XIX, a resultas de su postura al margen de la economía y sociedad, prestan gran importancia al reconocimiento de las libertades políticas y omiten, por el contrario, las cuestiones familiar y matrimonial (salvo la Constitución suiza de 1874), siendo reguladas por los Códigos civiles. La familia de esta época, calificada en el estudio reseñado de "liberal autoritaria", presenta rasgos muy similares a los de la familia de la Edad Moderna, entre los cuales la autora subraya el trato laboral y jurídico desfavorable que padecía la mujer (su gran preocupación por la causa femenina se manifiesta a lo largo de toda la monografía) y la plena autoridad del padre dentro del grupo

(6) *Obra reseñada*, pág. 59

(7) Así, J. BONNECASE declara de modo tajante: "La responsabilidad de la Revolución francesa es tanto más grave a este respecto en cuanto que ha puesto una verdadera obstinación en desmantelar la familia (.) El 20 de septiembre de 1792 la Asamblea legislativa, con su célebre Ley del Divorcio, había aplicado ya la noción del matrimonio contrato civil y condenado a la familia". Vid. J. BONNECASE, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille*, 2ª ed. Ed. De Boccard, París, 1928, pág. 85

familiar (8). No obstante, hubiera sido deseable una referencia más pormenorizada de la situación de los hijos nacidos al margen del matrimonio, que, como reflejan los Códigos Civiles de la época, era notoriamente discriminatoria en lo que se refiere al establecimiento y efectos de la filiación y a la propia terminología empleada.

Ya en el siglo xx el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho (más intervencionista en atención al principio de igualdad) supone la consagración constitucional e internacional de los derechos económicos y sociales, entre los que se incluyen el matrimonio y la familia, con frecuente alusión a la protección de las madres e hijos. En este orden de cosas, la profesora GÓMEZ realiza la exégesis de los preceptos de los textos fundamentales anteriores y posteriores a la Segunda Guerra Mundial dedicados al reconocimiento (art. 29 de la Constitución italiana de 1947) y, en su caso, a la protección de la familia (art. 43 de la Constitución española de 1931 y art. 6.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949), extrayendo, entre otras, las siguientes conclusiones: la permanencia de la concepción de la familia matrimonial deducida del tratamiento conjunto de ambas figuras, lo cual no impide la introducción de modo generalizado del divorcio; la situación más ventajosa de la mujer, aunque todavía puedan apreciarse, se puntualiza en el libro, algunas disfunciones, sobre todo en el aspecto laboral; por último y como regla general, la equiparación de los hijos prescindiendo de su origen. Pese a ello, se mantienen distintas clasificaciones sobre filiación que la autora no duda de calificar de contrarias al principio de igualdad, crítica que mantiene cuando se refiere a nuestra vigente Constitución. Resulta difícilmente defendible esta aseveración dado que, si bien los todavía empleados términos de filiación ilegítima o natural son claramente peyorativos y repudiabiles, parece poco realista prescindir de la distinción entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio cuando la existencia o no del mismo es tomada en consideración por todas las legislaciones a la hora de regular la determinación de la filiación, al resultar ésta más sencilla cuando los padres están casados entre sí (9). Ahora bien, una vez establecida la correspondiente filiación respecto de uno o ambos progenitores, no creo justificable, y con ello me adscribo a la opinión de YOLANDA GÓMEZ, ningún distingo en cuanto a los derechos de los hijos, en el sentido de que no debe afectarles negativamente el hecho de que sus padres hayan decidido no contraer matrimonio.

Poniendo fin a su discurso evolutivo, la monografía considerada revisa con detenimiento la *constitucionalización* del matrimonio y la familia por los recientemente desaparecidos regímenes comunistas (10). Llama particularmente

(8) Son claros exponentes de este carácter patriarcal de la familia los primitivos artículos 60 y sigs. y el artículo 154 de nuestro Código Civil, dedicados respectivamente a la licencia marital y a la atribución de la patria potestad al padre a título principal.

(9) Corroborando esta afirmación, algunos Códigos Civiles (suizo, portugués y belga), aunque en principio prescinden de establecer categorías de hijos, se ven obligados a acudir tácitamente a las mismas en los preceptos dedicados al establecimiento de la filiación paterna. Sirvan como ejemplo los siguientes preceptos del Código Civil portugués: artículo 1.826.1 ("Se presume que el hijo nacido o concebido constante matrimonio tiene como padre al marido de la madre") y artículo 1.847 ("El reconocimiento del hijo nacido o concebido fuera del matrimonio se efectuará por *perfilhação* —reconocimiento voluntario— o decisión judicial en acción de investigación").

(10) Singularmente, el Derecho de familia de la mayoría de los países socialistas está contenido en Códigos independientes. Vid sobre esta materia G. GARCÍA CANTERO.

la atención, en primer término, el fortalecimiento progresivo de la institución familiar como vehículo transmisor de la ideología del Partido y, en segundo lugar, la plena integración de la mujer en la sociedad protegiéndola en sus facetas de madre (se intenta elevar la baja tasa de natalidad) y trabajadora. Junto a las particularidades referidas, el arquetipo familiar de los países socialistas participa de los perfiles de la familia "formalmente democrática" propia del mundo occidental y definida en el párrafo anterior. Al margen de esta caracterización de la familia socialista, es innegable que los vertiginosos cambios políticos vividos por estos países repercutirán de modo importante en las relaciones familiares aunque resulte todavía apresurado delimitar su alcance.

La segunda mitad de la obra se dedica al tratamiento normativo de que son objeto las instituciones familiar y matrimonial en nuestro país. Tras referirse concisamente a su "instrumentalización" por el régimen franquista (11), se centra en la Constitución de 1978, más exactamente en los artículos 32 y 39, y en el desarrollo legislativo de estos preceptos por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 que modificaron globalmente el Código Civil en materia de Derecho de familia.

A este respecto, la posición del Ordenamiento jurídico español en la cuestión constituye la parte del libro que adolece de mayores dosis de subjetivismo, no exento de algunas imprecisiones terminológicas y de fondo en lo referente a los aspectos civiles. En este sentido, resultan paradigmáticas ciertas declaraciones que pueden ser consideradas un tanto desproporcionadas, tales como el calificar la obligación de convivencia conyugal establecida en el artículo 68 del Código Civil de contraria al derecho constitucional de libre circulación y residencia. Sin perjuicio de esta consideración, se trata de una lectura rigurosa que evidencia su profundo dominio de nuestra Carta Magna y de sus antecedentes parlamentarios.

Prescindiendo de lo anterior, conviene apuntar cómo la profesora GÓMEZ, a fin de delimitar el tema, se hace eco de la polémica doctrinal en torno a la discutida vinculación entre matrimonio y familia. Este debate, que entiendo impregnado de una importante aunque inevitable carga ideológica, se ha suscitado en las últimas décadas ante la profunda transformación de las costumbres sociales generadora de nuevas realidades familiares al margen de la tradicional familia nuclear (12). En España el problema adquiere una dimensión constitucional, debatiéndose sobre el tipo de familia protegido por el texto fundamental. La autora defiende la naturaleza negocial y estrictamente personal del matrimonio y, en consecuencia, la existencia de grupos familiares al margen del mismo. En apoyo de esta postura extrae argumentos de la propia Constitución: la diferente sede normativa del matrimonio y la familia que constituye una excepción en el Derecho constitucional comparado, la configu-

"El Derecho de familia en los países socialistas del este europeo", en *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 615 y sigs.

(11) *Obra reseñada*, pág. 168.

(12) Sobre los cambios de la familia de la Comunidad Europea en las tres últimas décadas, consistentes básicamente en la disminución de la nupcialidad, reducción del tamaño de la familia e incremento de los nacimientos extramatrimoniales, vid. los datos estadísticos contenidos en *Retrato social de Europa*, Eurostat, Luxemburgo, 1991, págs. 21-30. También resultan de interés las conclusiones extraídas por SALUSTIANO DEL CAMPO en su libro *La nueva familia española*, Eudema, Madrid, 1991.

ración del matrimonio como un derecho y la ausencia de un concepto de familia.

Hecha esta opción, procede a estudiar por separado la regulación constitucional del matrimonio y la familia tomando como punto de referencia la definición de la Nación española en el artículo 1 de la Constitución como un Estado social y democrático de Derecho.

Por lo que atañe al matrimonio, YOLANDA GÓMEZ discrepa de su inclusión constitucional que estima fruto de la "inercia histórica", ya que, en su opinión, hubiera sido más respetuosa con la libertad individual, tal y como proponían algunas enmiendas, su sustitución por un "derecho a la afectividad" (13). Ello no obstante, puntualiza que el artículo 32 de la Norma Fundamental recoge el derecho a un peculiar contrato cuyos efectos vienen fijados por la Ley dejando un escaso margen a la autonomía de las partes. Se reincide en esta idea al hacer alusión a sus notas características (acuerdo de voluntades, monogamia y heterosexualidad, que no procreación) y a su contenido e, igualmente, al analizar, según su criterio, la relación de materias reservadas a la Ley civil por el párrafo 2.º del mencionado artículo, entre las que hace hincapié en la debatida cuestión del divorcio.

En este punto la autora se escuda en el citado carácter contractual del matrimonio para sostener categóricamente su escasa incidencia respecto de los hijos, con alguna matización en lo concerniente a la determinación del vínculo paterno-filial. Con análogo fundamento se declara no partidaria de la plena equiparación jurídica del matrimonio y las uniones de hecho, opinión que estimo no se aviene con su postura aperturista en otras cuestiones. Sobre este extremo y en idéntico sentido al libro reseñado se ha pronunciado *a posteriori* el Tribunal Constitucional al denegar la pensión de viudedad a los miembros de las uniones de hecho, solución, por lo demás, acogida con alguna excepción por la jurisdicción laboral (14).

Con referencia al artículo 39 de la Constitución, dirigido a la protección familiar, la profesora GÓMEZ aprueba la inserción del mismo dentro de los "Principios rectores de la política social y económica" —cap. 3.º del tít. I—, en tanto que lógica consecuencia de la actividad asistencial asumida por los poderes públicos en el Estado social. De igual modo, valora muy positivamente la omisión en su párrafo 1.º de una definición de la familia que le permite,

(13) *Obra reseñada*, págs 244-245

(14) Me refiero particularmente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre, que denegó la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social y la disposición adicional 102 de la Ley de 7 de julio de 1981 declarando en su fundamento jurídico 3.º que: "... siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento". Esta doctrina jurisprudencial se ha visto ratificada por ulteriores sentencias desestimatorias de otros tantos recursos de amparo. Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, de 14 de febrero, y 29/1992 de 9 de marzo. Idéntica argumentación utiliza, por cierto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de junio de 1991 para denegar el reconocimiento del usufructo viudal aragonés a las uniones extramatrimoniales. Vid. sobre el tema L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Ed. Trivium, Madrid, 1992

superando la *mens legislatoris*, una amplia interpretación de la misma más adecuada a la realidad social, como todo grupo humano unido por una relación de parentesco biológico o jurídico y, sobre todo, de dependencia. En particular, hace mención a la familia matrimonial y no matrimonial integradas por los dos padres y su descendencia. En este orden de cosas, se considera en la obra que la adopción está vetada a uniones de hecho por el artículo 172 del Código Civil, lo que no resulta del todo exacto si se acude a la disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (15). Junto a estas dos estructuras familiares se incluyen (dentro de la noción aportada) tanto aquellas con un solo progenitor, ya sea soltero, viudo, separado o divorciado, como las integradas por parientes en grado no descendente. E, incluso, en un planteamiento que bien puede conceptuarse de radical, se admite la posible pertenencia de una persona a dos o más familias, situación derivada de la pluralidad de relaciones afectivas y sexuales. Sin embargo, se niega la posibilidad de considerar familia, desde la perspectiva del Derecho español, al grupo humano constituido por una pareja homosexual y a los hijos que puedan aportar.

Resueltas las cuestiones sistemática y conceptual que plantea el artículo 39.1, la autora se propone fijar el significado de la protección genérica otorgada por el mismo a la familia en los ámbitos social, jurídico y económico, enlazando con otros preceptos constitucionales, tales como el artículo 18.1 relativo al derecho a la intimidad personal y familiar, o el artículo 33 que consagra el derecho a la herencia. En síntesis, se entiende, de nuevo en conexión con nuestro modelo estatal, que la tutela de la familia por los poderes públicos debe ser jurídica e ir dirigida a todos los posibles grupos familiares.

El estudio del artículo 39 se completa con la exégesis de sus tres últimos párrafos. En esta sede normativa, YOLANDA GÓMEZ estima adecuada la distinción entre los términos "hijos" y "niños" por tratarse de conceptos netamente diferentes. Por lo que se refiere a los hijos, su protección viene encomendada en su perspectiva asistencial (incluida la educación dentro de las pautas democráticas que marca el art. 27.2 de la Constitución) directamente a los padres —art. 39.3— y, de modo subsidiario, a los poderes públicos —art. 39.2—; este deber, puntualiza la monografía, únicamente se extiende hasta la mayoría de edad, salvo en caso de minusvalía (16). Los poderes públicos también se obligan a "asegurar" legalmente la plena igualdad de los hijos. Sobre esta cuestión me permito discrepar, por las razones ya expuestas anteriormente, con la autora cuando afirma que esta exigencia de igualdad no ha sido respetada

(15) Declara literalmente la citada disposición adicional "Las referencias de esta Ley a la capacidad para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal" Vid. M. A. PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Ed. Cívitas, Madrid, 1989, págs. 168 y sigs.

(16) Esta interpretación de la autora acerca del alcance del deber de asistencia para con los hijos parece olvidar el tenor literal del artículo 142.2 del Código Civil relativo a la obligación legal de alimentos y la lectura que hace del mismo la jurisprudencia de diferentes tribunales. Resulta reveladora en este sentido la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 20 de diciembre de 1988 al manifestar en su Considerando 2.º "Que según se desprende claramente del párrafo segundo del artículo 142 del Código Civil, la simple mayoría de edad no es causa para el cese de la obligación de alimentos cuando el hijo no haya terminado su formación o estudios o no encuentre su primer empleo por causas no imputables a él."

totalmente por la reforma del Código Civil en materia de filiación en cuanto mantiene todavía distinciones terminológicas y de determinación. El niño, como tal, se encuentra contemplado en el cuarto y último párrafo del artículo 39 que da entrada a la normativa internacional sobre el tema. Por otra parte, el libro reseñado pone de relieve la importancia de la declaración constitucional de igualdad y protección de las madres y de investigación de la paternidad que contiene, en estrecha relación con la protección de los hijos, el párrafo segundo del precitado artículo.

Cuestión muy interesante supone abordar desde una proyección constitucional la problemática planteada por las técnicas de reproducción artificial y, más concretamente, por la reciente regulación española sobre la materia (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida). La profesora GÓMEZ se sirve como eje del derecho a la procreación que entiende recogido implícitamente en la Constitución y predicable tanto de la mujer como del hombre. Asimismo acude, por un lado, a los principios de igualdad y protección de la maternidad para manifestar su avenencia con la posibilidad legal de utilización de estas técnicas por mujeres solas, y, por otro, apela al principio de veracidad biológica en favor de la prohibición de maternidad subrogada que establece el artículo 10 de la Ley analizada (lo que no conecta muy bien con su hipótesis de una virtual paternidad solitaria) y del "reconocimiento de la pluralidad de sujetos intervinientes" (17). El legislador, no obstante, reniega de este reconocimiento plural ya que ha preferido mantener el anonimato de los donantes femeninos o masculinos.

La obra concluye con un breve comentario de los artículos 48, 49 y 50 de la Norma Fundamental, que con idéntica ubicación sistemática que el artículo 39 se ocupan de los sectores específicos de la población (miembros, obviamente, de las correspondientes unidades familiares) integrados por jóvenes, minusválidos y ancianos. Se hace constar el desigual alcance de estos mandatos constitucionales, meramente participativo en el supuesto del artículo 48 —juventud— y asistencial por lo que respecta a los artículos 49 y 50 —minusválidos y tercera edad—.

En suma, la doctora GÓMEZ trata las implicaciones constitucionales de la realidad familiar examinando un sinnúmero de cuestiones relacionadas. El exhaustivo trabajo ha contado, por tanto, con dificultades manifiestas que la autora ha logrado vencer sin perjuicio de las discrepancias señaladas, construyendo una obra bien planteada y de evidente interés.

AURORA LÓPEZ AZCONA

(17) *Obra reseñada*, pág. 369.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 571 (Abril 1992)

"Efectos penológicos de las agravantes específicas de los artículos 506 y 516 del Código Penal", por JOSÉ RAMÓN SORIANO, pág. 2445.

"Los derechos del menor en la nueva genética", por MARÍA DE LOS DOLORES VILACORO, pág. 2487.

"Medidas cautelares indeterminadas: su regulación en Derecho alemán", por MARIA PÍA CALDERÓN CUADRADO, pág. 2505.

"El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el orden penal (notas al hilo de cierta jurisprudencia)", por ANTONIO GISBERT GISBERT, pág. 2581.

"Sobre las orientaciones del proyecto del Real Decreto para la representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles", por ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS, pág. 2843.

"Dictamen sobre la constitucionalidad de la Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990 en la regulación de las sociedades anónimas deportivas", por FRANCISCO VICENT CHULIÁ, pág. 2853.

"Tributación de no residentes. El criterio del pago en el Impuesto sobre Sociedades. Comentarios a la Resolución del TEAC de 29 de mayo de 1991", por FRANCISCO ALFREDO GARCÍA PRATS, pág. 3053

Número 572 (Mayo 1992)

"La reproducción asistida en la mujer sola", por MARÍA DE LOS DOLORES VILACORO, pág. 3901.

"Breve comentario a la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción", por MARÍA TERESA MARTÍN MORÁN, pág. 3935.

"Aproximación a la regulación jurídica de la homeopatía", por JOSÉ LÓPEZ GUZMÁN y MARÍA DEL CARMEN VIDAL CASERO, pág. 3943.

"La disolución de los Parlamentos Autónomos y el recorte del juego parlamentario", por VICENT FRACH FERRER, pág. 4013.

"El transporte marítimo de camiones, remolques y semirremolques a corta distancia: aspectos jurídicos", por WALDEMAR CZAPSKI, pág. 4303.

"Fletamientos Time Charter", por RAMÓN FERNÁNDEZ-GUERRA FERNÁNDEZ, pág. 4311.

"El contrato de transporte en Portugal: la aplicación de la Convención Internacional CMR a los servicios interiores como fórmula para actualizar su régimen jurídico", por JOSÉ LUIS SARAGOÇA, pág. 4331.

"Preeminencia de las normas comunitarias sobre las españolas en materia de transporte", por FRANCISCO M. SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 4339.

- "Problemas en el cumplimiento del contrato de transporte. Impagos y retenciones: posible conflicto entre medidas administrativas coyunturales y la política de la CEE", por FRANCISCO M. SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 4343.
- "Los transportes por carretera en Marruecos", por FRANCISCO M. SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 4347
- "El Derecho comunitario y el Tratado de la Unión Europea de Maastricht", por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 4387.
- "Doctrina de la primacía comunitaria, producto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario, a partir de 1964", por MÓNICA LÓPEZ VISO, pág. 4403

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Mayo 1992)

- "Sobre la bipolaridad de los errores o algunos paradigmas de la ciencia del Derecho", por FRANÇAIS OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE, págs. 403-431.
- "La nacionalidad y la emigración", por MARÍA DEL CARMEN DEL MOLINO Y NÚÑEZ, págs. 432-450.

(Junio 1992)

- "Notas acerca de la posición jurídica del deudor débil en los préstamos de dinero (Unas reflexiones sobre el tema de la deuda externa de los países de América Latina)", por JOSÉ CERDÁ GIMENO, págs. 515-537.
- "Sociedad anónima: legitimación para certificar el acuerdo de disolución", por JOSÉ M.^a NEILA, págs. 538-546.

(Julio-Agosto 1992)

- "De la antigua, y que se incumplía, expresión de la voluntad del testador al Notario y los testigos, a la supresión de éstos", por MANUEL ALBALADEJO, págs. 615-638.
- "El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena", por MARGARITA FERNÁNDEZ ARROYO, págs. 639-661.
- "Sobre la transmisibilidad de las obligaciones *ex cuasi delicto*", por PASCUAL MARTÍN VILLA y MARÍA DE LOS DOLORES BLANCO, págs. 662-665.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

(Enero-Diciembre 1990)

- "Reversión legal de donaciones e Impuesto de Sucesiones", por FERNANDO PANTALEÓN, pág. 7.
- "La mora y la culpa en la solidaridad pasiva", por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, pág. 39.
- "Representación legal directa en el ámbito de la familia civil romana", por RAFAEL GARAY MORENO, pág. 53.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO**Núm. 1 (Enero-Marzo 1992)**

"La adaptación de las sociedades de capital a la vigente normativa: la triple vertiente de la obligación de adaptación. Problemas prácticos", por JUAN BOLÁS ALFONSO, pág. 9.

"Imperplejidad jurídica", por ALVARO D'ORS, pág. 63.

"La Ley 29/1991, de 16 de diciembre, y su incidencia en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (I)", por ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, pág. 83.

"Algunas reflexiones sobre la reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, pág. 111.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO**(Marzo-Abril 1992)**

"Régimen transitorio de la Ley 8/1990 y cesión del 15 por 100", por TEODORO DEL CACHO NAZÁBAL, pág. 13.

"Los componentes del plan de urbanismo", por JOSÉ M.^a BOQUERA OLIVER, pág. 39.

"Dictamen sobre sistemas generales", por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 59.

"Las dos caras de la orden de ejecución", por JOSÉ ANTONIO RAMOS MEDRANO, pág. 71.

"Expropiación forzosa", por SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, pág. 87.

Número 128 (Mayo-Junio 1992)

"La legislación del suelo en la jurisprudencia registral", por JOSÉ M.^a CORRAL GIJÓN, pág. 13.

"Incendios forestales y reclasificación de terrenos", por MARÍA CALVO CHARRO, pág. 61.

"El control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de planeamiento", por ENRIQUE LINDE PANIAGUA, pág. 83.

"La propiedad urbana, la Ley 8/1990, de 25 de julio, y la nota marginal del artículo 29.9 en el Registro de la Propiedad y sus efectos en la Propiedad Urbana", por SATURIO HERNÁNDEZ DE MARCO, pág. 89.

"Dictamen sobre la subrogación de terceros en la obligación de demolición de obras contrarias al ordenamiento urbanístico", por ALBERTO VERA FERNÁNDEZ-SANZ, pág. 121.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL**Núm. 201 (Julio-Septiembre 1991)**

"Último adiós a Antonio Polo", por RODRIGO URÍA, pág. V.

"Antonio Polo Díez, maestro y amigo", por AURELIO MENÉNDEZ, pág. VII.

- "En recuerdo del profesor Antonio Polo", por FERNANDO SANCHEZ CALERO, pág. XXI.
- "Antonio Polo", por MANUEL OLIVENCIA, pág. XXVII.
- "Antonio Polo, padre y maestro", por EDUARDO POLO, pág. XXXI.
- "Don Antonio Polo: saber y sabiduría", por MERCEDES VERGEZ SÁNCHEZ, pág. XXXIX.
- "Don Antonio Polo: su ejemplo y su obra", por JESÚS BLANCO CAMPAÑA, pág. XLI.
- "La convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual", por MANUEL OLIVENCIA, pág. 377.
- "La Securities and Exchange Commission (Un ejemplo de entidad instrumental de carácter expansivo)", por JOSÉ EUGENIO SORIANO, pág. 399.
- "Los recursos y acciones contra las OPAs como medida defensiva", por JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, pág. 423.
- "Reflexiones en torno a la sociedad unipersonal", por JUAN ANTONIO ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, pág. 567.
- "Responsabilidad de los socios y de los administradores en la Agrupación de Interés Económico", por LUIS CARLOS BERTRÁN, pág. 489.
- "Tipología societaria del Derecho colombiano", por RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE, pág. 505.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 132 (Enero-Junio 1992)

- "La administración de los sacramentos a los indios en el primer Sínodo Diocesano de Yucatán (1722)", por J. L. SOBRINO NAVARRETE, págs. 9-50.
- "El Sínodo de Buenos Aires celebrado por el Obispo Mancha en 1655", por H. CAPPELLO, págs. 51-76.
- "El Libro de las Confesiones de Martín Pérez", por A. GARCÍA y otros, págs. 77-129.
- "Finalidades socio-temporales en asociaciones canónicas de fieles", por M. P. FIOLE CHIMELIS, págs. 131-159.
- "Medios de protección de las personas integradas en sectas religiosas en el Derecho español", por A. MONTILLA, págs. 161-174.
- "La problemática administrativo-laboral de los profesores de religión en centros públicos de Educación General Básica", por F. J. GONZÁLEZ DÍAZ, págs. 177-224.
- "A propos de la preuve dans le Droit canonique médiéval", por J. GAUDEMET, págs. 225-234.
- "An excerpt from de Milis's repertorium iuris in the library of Juan de Segovia", por J. MANN, págs. 235-243.
- "Situación del matrimonio canónico en México desde el punto de vista de la legislación civil federal y estatal", por M. F. CHAVEZ ASCENCIO, págs. 245-253.
- "El matrimonio civil en Argentina. Los debates parlamentarios, la Ley 2393/1988 y la legislación de fondo", por N. D. VILLA, págs. 255-277.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 12 (Julio-Diciembre 1991)

- "Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores", por JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, pág. 13.
- "Consideraciones en torno al pacto de *fiducia cum creditore*", por CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, pág. 43.
- "La obligación de custodia en el depósito", por TERESA HUALDE MANSO, pág. 69.
- "Las instituciones de Navarra en la época contemporánea: Aspectos estructural-organizativos y fiscales", por MARTÍN M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 121.
- "Acerca del prohijamiento en Derecho navarro", por MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ, pág. 135.
- "El dictamen médico del artículo 56 2 del Código Civil", por MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, pág. 155.
- "Nuevo régimen urbanístico. Aplicación parcial de la Ley 8/1990 a los municipios navarros", por JESÚS M.^a RAMÍREZ SÁNCHEZ, pág. 173.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3 (1992)

- "Prescripción extintiva y prescripción adquisitiva o usucapión en el Derecho civil catalán", por NEUS CORTADA CORTIJO, pág. 609.
- "La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional", por JOAN S. PINIELLA SORLI, pág. 643.
- "La emisión del voto por representante en la Junta General de la Sociedad Anónima: forma y contenido del poder", por FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, pág. 673.
- "Las sectas y el Derecho penal", por JOSÉ M.^a TAMARIT SUMALLA, pág. 699.

NOTICIAS CEE

Núm. 89 (Junio 1992)

- "La Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y su adaptación en España", por JAVIER PIÑARES LEAL, pág. 11.
- "La adecuación de la política presupuestaria española a la Unión Económica y Monetaria", por ALFONSO UTRILLA DE LA HOZ, pág. 23.
- "El artículo 44 de la Ley de Defensa de la Competencia y el principio de *non reformatio in peius*", por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 31.
- "La nueva comunicación de la Comisión sobre ayudas de Estado a empresas públicas", por JOSÉ WENCESLAO RODRÍGUEZ CURIEL, pág. 35.
- "Los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras", por ISABEL HERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ DEL VALLE, pág. 43.
- "Política comunitaria para la pequeña y mediana empresa. Ayudas económicas y financiación (II)", por ANA MARÍA VAZQUEZ LOSADA, pág. 51.
- "La agricultura sostenible: un nuevo horizonte para el agro europeo", por JULIAN BRIZ ESCRIBANO, pág. 61.

Número 90 (Julio 1992)

- "Cuentas extranjeras de residentes y no residentes", por MIGUEL FORASTER SERRA, pág. 11.
- "Crónica sobre Derecho ambiental comunitario durante el año 1991", por FERNANDO FUENTES BODELÓN, pág. 17.
- "El Sistema General de Reconocimiento de los Diplomas de Enseñanza Superior. La libre circulación de personas y servicios y el ejercicio de las profesiones liberales", por MERCEDES ALVAR-GONZÁLEZ FIGAREDO, pág. 35.
- "Retenciones sobre los rendimientos de capital mobiliario y su tratamiento en la CEE", por MANUEL GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 49.
- "Régimen fiscal de intereses y cánones entre Estados miembros diferentes. Propuesta de Directiva", por JOSÉ ANTONIO LARRAZ ESCOBAR, pág. 59.
- "La política presupuestaria de los Estados miembros de la Comunidad ante la Unión Monetaria Europea", por EDUARDO CUENCA GARCÍA y FRANCISCO JAVIER SAEZ FERNÁNDEZ, pág. 65.
- "La cooperación judicial en los Pactos de Shengen", por JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, pág. 73.