

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVIII • Julio-Agosto 2002 • Núm. 672

CONSEJO DE REDACCION

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Vicente Domínguez Calatayud.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

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

I.S.S.N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«La disociación jurídica del dominio y el pluridominio», por MANUEL FIGUEIRAS DACAL	1239
«La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», por RAQUEL EVANGELIO LLORCA	1301
«Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles. Particular estudio de la publicidad material del Registro Civil», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	1367
«El nuevo derecho de superficie del futuro e inminente Código Patrimonial catalán», por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1405
«El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana», por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO.....	1433

DICTAMENES Y NOTAS

«La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», por JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ .	1485
«El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del Derecho privado», por ESTHER ARROYO AMAYUELAS	1511

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1539
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1549
--	------

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1555
B) Resoluciones comentadas, por SANTIAGO LAFARGA MORELL, MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1563

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA e ISABEL MORATILLA GALÁN	1599
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1612

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La sociedad mercantil en formación», de MARÍA ISABEL SÁEZ LACAVE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1621
«Derecho de la propiedad horizontal», de ALBERTO DOREGO DE CARLOS y JOSÉ LUIS ARANDA ESTÉVEZ, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN	1624
«La asunción de la deuda garantizada con hipoteca», de INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1626
«La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial», de MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE, por ROSARIO BÁRBARO GARCÍA MAZA	1629
«La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral», de EMILIO PÉREZ PÉREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1635
«Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente», de SALUSTIANO DE DIOS DE DIOS y otros, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN	1638
«El derecho de retracto convencional», de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1640

REVISTA DE REVISTAS

Por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1645
---	------

ESTUDIOS

La disociación jurídica del dominio y el pluridominio

SUMARIO: ANTECEDENTES.—I. LA COTITULARIDAD EN LOS APROVECHAMIENTOS INDEPENDIENTES Y LA DISOCIACION DEL PODER DOMINICAL.—II. EL PLURIDOMINIO Y LA DIVISION DEL DOMINIO.—III. LOS DOMINIOS INDEPENDIENTES DEL SUELO, EL SUBSUELO Y EL VUELO.—IV. LA PROPIEDAD ESPACIAL Y VOLUMETRICA.—V. LA DISOCIACION DEL DOMINIO EN LA PROPIEDAD PUBLICA. LOS APARCAMIENTOS SUBTERRANEOS Y LOS VOLUMENES ESPACIALES INDEPENDIENTES EN BIENES DE DOMINIO Y USO PUBLICO. SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002).—VI. MUTACION O CAMBIO DEL DERECHO CONCESIONAL A DOMINIO PLENO.

TESIS: *El dominio de cada uno de los aprovechamientos que tienen un valor reconocido en la utilidad global de un bien es una propiedad jurídica, y en los supuestos de disociación del dominio plural, es decir, cuando son varios los titulares de los diversos aprovechamientos independientes, corresponde al Derecho de la Propiedad el reconocimiento del régimen jurídico establecido para la ordenación de los derechos concurrentes, con posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad para una mayor protección y eficacia real de los nuevos derechos dominicales que emergen, incluso en los bienes de dominio y uso público, según ha reconocido, recientemente, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su RESOLUCION de 5 de abril de 2002 (BOE de 30 de mayo).*

ANTECEDENTES

Como hemos de ver en la PRIMERA PARTE de este trabajo, *la disociación jurídica del dominio es una constante histórica*. Se puede afirmar que

es del todo imposible encontrar en la Historia del Derecho una «*unidad de dominación total*», es decir, un poder unitario que concentre todo el dominio «global» que se puede ejercitar sobre las cosas o los derechos; puesto que, siempre, incluso en la época del «feudalismo absoluto», el derecho dominical, aún siendo por su propia naturaleza de tendencia individualista, ha tenido que compartir sus facultades, al menos con un dominio «*eminente*» por razón del superior poder soberano del Estado, o del común de los hombres, que en todo tiempo ha tenido sus manifestaciones más evidentes en el Derecho Tributario, en la Expropiación Forzosa y en la reserva sobre el derecho a la explotación de las aguas y los yacimientos mineros; y sobre todo, en términos más generales, ya de antiguo, en la función social de todas las formas de propiedad.

La SEGUNDA PARTE de este estudio, muy relacionada con la anterior, como también veremos, es consecuencia de una consulta profesional —en tiempos, que ya se alejan, de mi profesión como Registrador de la Propiedad— sobre un interesante problema, muy generalizado en todas las ciudades que tengan un importante desarrollo urbanístico, y que ya motivó, por mi parte, un estudio publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores*, número 55, de enero del año 2000, sobre: ***La posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de los aparcamientos subterráneos en el subsuelo de terrenos de «dominio y uso público» para la venta «en pleno dominio» a particulares de las plazas de garaje individuales.***

Dicho trabajo fue enfocado desde la admisibilidad de la PROPIEDAD dividida «*por planos*» y separada por capas o «*volúmenes*» (1) o, lo que es lo mismo, delimitada «*objetivamente*» por espacios independientes o volúmenes cúbicos superpuestos —que puede ser denominada «*propiedad espacial y volumétrica*» o «*propiedad volumétrica en el espacio*»—, con manifestaciones variadas, incluso como un dominio «*privado*» por debajo o por encima de la propiedad «*demanial*»; una de cuyas formas de presentación jurídica —ya admitida de antiguo por la doctrina— es la fórmula del *dominio dividido*, que tiene lugar cuando la unidad del objeto jurídico «*se rompe*» (2) en razón a la diversidad de utilidades con aprovechamiento independiente de que sea susceptible un mismo bien, y cuya consideración por separado en los casos de «*dominio plural*» dará lugar a una «*disociación jurídica del dominio*».

Al recuperar esta idea para su aportación al curso sobre «*SUBSUELO*» de la Universidad de Verano, convocado por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de TERRASSA (junio de 2001), reconozco que me asaltaron grandes dudas. Mayores que las que tuve al redactar mi anterior trabajo. Porque existen nuevos estudios, muy interesantes, sobre el mismo

(1) GUIMERA PEDRAZA, *El derecho de subsuelo*. Anuario de Derecho Civil, 1961.

(2) DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general*. Ministerio de la Vivienda, 1974.

tema, algunos de los cuales no participan de las mismas conclusiones a las que intenté llegar (3), alegando valiosos motivos que deben ser tenidos muy en cuenta en el momento de adoptar en la práctica cualquier solución, como la posible «*reserva de Ley*» para todo lo que afecte a la regulación de la propiedad (arts. 33, 53.1 y 149 de la Constitución), y más si se trata del dominio público (art. 132), y la invocación de un pretendido carácter «*imperativo*» de lo que disponen los artículos 350 y 358 del Código Civil, que parten del antiguo principio de *vinculación* de todos los usos y aprovechamientos inherentes a la propiedad de un terreno —*usque ad sidera, usque ad inferos*— al dominio de la superficie, sobre todo el segundo que parece imponer obligatoriamente a toda construcción que se incorpore al suelo el rígido principio de la *acesión* —*superficies solo cedit*—; argumentos que, a juicio de sus autores, no permiten aplicar, *vía contractual dispositiva*, la doctrina de la *disociación jurídica*, o del *dominio dividido* a la propiedad inmobiliaria, y menos todavía si tiene el carácter de «*pública*».

Pero, ante la realidad evidente de las sociedades que avanzan y que se ven acuciadas de modo creciente a la busca de soluciones modernas, más adecuadas que las tradicionales, a las nuevas necesidades que surgen constantemente —algunas ineludibles e inaplazables, como la de los *aparcamientos subterráneos*—, la ausencia de una normativa concreta no debe, ni puede, paralizar el progreso; y, al igual que ocurre en otros supuestos similares, ante una «laguna legal» será preciso recurrir a los principios jurídicos y buscar apoyo en los razonamientos de la doctrina de los autores y en las sentencias de los Tribunales, aunque éstas, por lo general, no llegan a abordar los problemas en toda su amplitud sino sólo en lo necesario para fundamentar la resolución del caso sometido a su decisión —*justicia del caso concreto, con eficacia de cosa juzgada «inter partes»*—, por lo que las soluciones teóricas de los juristas vendrán siempre condicionadas por las circunstancias especiales del supuesto; lo que hace que no pueda excluirse del todo otra distinta cuando no sean totalmente iguales las premisas de las que se ha de partir.

El estudio de un problema nuevo, como el que examinamos, que se enfrenta a una situación de silencio legal pero que puede estar incurso en el ámbito de las materias sujetas a una clara «reserva de ley» y a normas singulares y concretas de carácter imperativo, como las urbanísticas, incluso en el ámbito legislativo de cada Autonomía, nunca puede resultar baldío, ya que, al menos, puede servir como punto de partida para ulteriores supuestos y, en el mejor de los casos, de estímulo a la labor legislativa o jurisprudencial. En

(3) Cito por todos, por la profundidad de su trabajo, la monografía: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, de MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ, publicada por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad, año 2000.

todo caso, aunque la propuesta pueda ser rechazada, si no es perversa, siempre podrá servir, con toda cautela, como solución de emergencia ante una «penumbra» legal que no la prohíbe excluyéndola expresamente, porque también el profesional del Derecho se puede encontrar a veces con la necesidad de arbitrar la solución menos mala.

Como ya indicábamos en otro lugar en relación con el tema que nos ocupa (4), uno de los supuestos en que se hizo aplicación del principio constitucional de la «reserva de Ley» en la regulación de nuevas situaciones jurídicas, es el que se abordó por la Sala Tercera de lo Contencioso del Tribunal Supremo en la reciente **SENTENCIA de 31 de enero de 2001** (BOE de 2 de abril), en la que se decretó la «nulidad» de algunos artículos del Reglamento Hipotecario a los que había dado nueva redacción el **Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre**; entre ellos el **artículo 13** —*párrafos primero, segundo y tercero*— que había introducido la regulación registral de un nuevo derecho con eficacia real, nacido de un contrato de frecuente utilización en las notarías en el ámbito de la construcción, que es denominado «*cesión (o permuta) de suelo por obra futura*», y que anteriormente carecía de reglamentación, aunque varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y sentencias (5) se habían ocupado de él. La nueva disposición reglamentaria, actualmente derogada, al objeto de facilitar la inscripción del referido negocio jurídico, en su aspecto real, en el Registro de la Propiedad, regulaba la constitución *ipso facto* de una «comunidad especial» en el dominio de la finca que habría de nacer de inmediato —y con carácter *real*— en el propio contrato de «permuta», al estipularse como contraprestación de la cesión del suelo la «*transmisión actual*» de *pisos o locales «a construir», siempre que aparezcan descritos conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la «cuota» que les corresponderá en los elementos comunes y se fije un plazo para realizar la edificación*; con lo cual bastará para que, en su día, *la inscripción de la propiedad horizontal determine que tales elementos queden inscritos a favor del cedente del suelo, «sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega»*.

Se regulaba en dicha norma un claro supuesto de transmisión, por título de permuta, de un «**espacio vacío**», delimitado en los planos de la edificación futura como un mero «*volumen cúbico*», y que, de inmediato, es decir, antes de comenzar la construcción ya implicaba el nacimiento a favor del cedente de un «**derecho dominical**» sobre esa porción del espacio, superior o inferior a la superficie, que sería compartido en la titularidad de la finca adquirida por

(4) *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*. Editorial DIJUSA, 2001.

(5) Resolución de 5 de abril de 1990 y otras posteriores, y STS de 17 de mayo de 2000.

el cesionario; y no sólo en el suelo de la misma sino también en los sótanos, locales y pisos y locales de construcción futura, con carácter real y por tanto registrable, conforme al cual el cesionario que adquiría el suelo —decía el texto reglamentario—, *«no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación»*. Es decir, tales elementos —*pisos o locales futuros*—, que en su día habrían de quedar integrados en la construcción del edificio, ya eran adquiridos «de hecho», en DOMINIO, por el cedente del suelo desde el momento mismo de la firma del contrato.

El Tribunal Supremo, sin atender a los argumentos de la parte demandada (Abogado del Estado y Colegio de Registradores) que justificaba la nueva regulación, no sólo en el carácter técnico registral del precepto reglamentario —por exigencias del principio de especialidad—, sino, también, alegando el carácter «dispositivo» del derecho contractual, fundamentado en la libertad de estipulación (art. 1255 del Código Civil) y que, según su opinión, alcanzaba incluso al convenio sobre la «tradición» —muy espiritualizada en nuestro derecho, ex art. 1.462 del Código Civil—, opuso serios obstáculos a su admisión, porque —dice la sentencia—, su regulación *«desnaturaliza el sistema de adquirir la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado..., no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos y locales de un edificio a construir»*. Y, con los mismos argumentos que también aduce para rechazar algunos aspectos nuevos de la regulación del «derecho de superficie» y del «derecho de elevar o profundizar un edificio construido» (art. 16.1 y 2 del mismo Reglamento, que también había sido modificado por el citado Real Decreto, y que también fue anulado en parte por la misma sentencia), afirma que ambas regulaciones son *«cuestiones que afectan a la definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenido en la Constitución (art. 33)»*, añadiendo también que *«los pactos y contratos inscribibles los determina la Ley Hipotecaria y al Reglamento corresponde sólo su desarrollo»*.

Obviando la cuestión de la entrega «real», que se materializaba por la mera inscripción de los *pisos futuros*, al igual que en otras situaciones ya admitidas (*pisos meramente proyectados* en el art. 8.4.º de la Ley Hipotecaria, y *derecho de elevar una o más plantas* sobre un edificio, o de *realizar construcciones bajo su suelo*, según el art. 16.2 del Reglamento), todo se reconduce a un problema de competencia legislativa meramente *formal*. No es que la nueva regulación que se hacía de esos derechos en la reforma del Reglamento Hipotecario se calificaran en la sentencia de «actos prohibidos» y las nuevas circunstancias de «excesivas», sino que, por su importancia, al afectar

al ejercicio del derecho de PROPIEDAD (arts. 33 y 149 CE), es decir, a su contenido y a sus limitaciones, no puede dejarse su regulación a una norma simplemente reglamentaria.

Es fácil de comprender que no quepa dar a esos derechos una nueva regulación «imperativa» por un mero Decreto de alcance «reglamentario», puesto que sería tanto como introducir, *por vía reglamentaria*, un «contrato normado» con especiales efectos reales respecto de algo futuro y, como tal, claramente no se estaría respetando la «reserva de Ley». Y hasta se puede entender que resultaba una limitación «excesiva» al principio de libertad de estipulación contractual al establecerse —al margen de la Ley Hipotecaria— una fórmula con carácter obligatorio, al menos para su aplicación por los Registradores, con lo que también quedaba limitada la posible calificación registral en otros supuestos similares.

Desde ambos puntos de vista, se ha dicho, la sentencia anulatoria es irreprochable. Pero, para nada prohíbe otros actos singulares que puedan convenirse contractualmente y que tengan por objeto un *VOLUMEN delimitado en el espacio inferior o aéreo inherentes a un terreno*, es decir, un ámbito espacial «cosificado» y ubicado por debajo o por encima del suelo plano, que pasará a ser un mero lindero, reconociendo incluso «eficacia real» al derecho concedido; que, por otra parte, no es un efecto exclusivo de los estrictos derechos reales, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de opción de compra, en el arrendamiento y en el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (6), cuyos posibles efectos reales no se discuten. Los convenios puedan afectar a cualquier APROVECHAMIENTO independiente que se prevea en la utilización de un bien concreto y, por consiguiente, también en el SUBSUELO o en el VUELO de una determinada finca, siempre que pueda ser considerado como objeto determinado de un negocio de transmisión, de una reserva o de una regulación comunitaria, con una utilidad separada pero en concurrencia con el derecho sobre el SUELO. La Historia, la Doctrina y la Jurisprudencia, como hemos de ver seguidamente, nos muestran numerosos casos de *derechos compartidos* sobre bienes inmuebles, *que exceden del ámbito estricto del concepto de derecho real* —por lo demás, actualmente en crisis—, y que no tienen encaje en la comunidad romana ni en la estricta propiedad horizontal, por lo que los autores los sitúan, dentro del amplio concepto de la *cotitularidad*, entre las nuevas figuras jurídicas de la *disociación dominical inmobiliaria*, como el llamado *condominio pro-diviso* que recientemente ha sido reconocido por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la RESOLUCION de 5 de abril de 2002, incluso recayente sobre bienes de «dominio público».

(6) Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

La misma sentencia del Tribunal Supremo, citada, que anuló parte de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, afirma con acierto, al igual que hicieron otras muchas, que nuestro Sistema Registral —a pesar de la brecha abierta por el art. 53 de la Ley 13/1996, que estableció la necesidad de incorporar obligatoriamente a las descripciones de las fincas la «referencia catastral»—, *no es un «registro de fincas» sino «de derechos»*; y aunque estos deban referirse necesariamente a un trozo de terreno, éste sólo funciona como un mero soporte físico, puesto que las normas y los principios hipotecarios se aplican al contenido de los asientos registrales *«en cuanto se refiere a los derechos inscritos»* (**art. 1 de la Ley Hipotecaria**). Y, conforme con ello, el **artículo 7** dispone que *«la primera inscripción de cada finca será de dominio»*, aunque ya el Reglamento (art. 377), desde sus primeras redacciones, admitió la existencia y el acceso al Registro de una forma de **disociación dominical** al establecer que *«en caso de hallarse separados el DOMINIO DIRECTO y el UTIL, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios, pero si después se inscribiera el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito»*.

Ante las específicas y singulares estipulaciones que, con un criterio práctico, se intenten introducir en un determinado negocio, cabe decidirse, en principio, por el *régimen de libertad de estipulación*. Esta es la regla general admitida en el derecho contractual, según el artículo 1.255 del Código Civil, y que también resulta amparada en la generalidad de los términos que utiliza el artículo 1.274 para la determinación de la «causa» como elemento necesario (*se presume que existe y que es lícita*), *«lo que abre casi ilimitadamente la posibilidad de nuevos tipos de contratos, respecto de su estructura, a los resultados propuestos y a su contenido»* (arts. 609 y 1.091), sobre la base de que, en todo caso, *«la causa será la que aparece justificando la eficacia del negocio»* (FEDERICO DE CASTRO) (7). Y, por eso también, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario declara inscribible *«cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales»*, confirmando así la tendencia contraria a limitar los contratos —*incluso los de trascendencia real*—, a los especialmente regulados en las leyes, dejando para la doctrina y la práctica —notarial y registral, sobre todo—, la cuestión de *«qué nuevos derechos o facultades, o qué cargas o limitaciones son aptas para tener eficacia real»*,... *«por ostentar, en su caso, los requisitos formales de la publicidad»*..., y *«no ser de aquéllas que pongan en peligro la seguridad del tráfico»*.

(7) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*.

En los sistemas registrales que, como el nuestro, no reconocen siempre un propio «valor sustantivo» a la propia inscripción, que la haría indispensable para todo acto de eficacia «real», se permite, incluso, la elaboración y construcción de nuevos «derechos reales», mediante un proceso de *numerus apertus*. Con ello se estimula la creatividad y el deseo innovador de intentar satisfacer necesidades nuevas con nuevas fórmulas jurídicas y de aprovechar, al compás de los tiempos, nuevas técnicas que permiten nuevos aprovechamientos de los bienes, como pueden ser *los espacios subterráneos o aéreos*; aunque es evidente que esa libre facultad creadora no puede reconocerse de un modo absoluto. Como dice la Dirección General de los Registros, «no puede admitirse el poder atribuir carácter real a todo pacto o convenio, sino que debe reservarse, exclusivamente, para aquellas construcciones que se ajustan y respetan las normas estructurales y los requisitos de forma que el ordenamiento legal y el sistema registral imponen para que sea reconocida su eficacia trascendente, más allá de la esfera de los propios contratantes»; ya que, «por afectar los derechos reales a la configuración del status jurídico de la propiedad, necesariamente ha de reconocerse y aceptarse la existencia de límites a la autonomía de la voluntad por consideraciones ineludibles de orden público» (Resolución de 19 de septiembre de 1974, repetida en otras posteriores).

Podemos decir, incluso sin incurrir en temeridad, que, ante una situación de necesidad extrema, más vale proponer una solución de emergencia, que incluso puede operar como premoción o moción anticipada de un efecto querido o deseado por la sociedad, que mostrarse impotente. Y, si la solución que se propugna sirve para estimular una *reforma legislativa* que se estima conveniente o necesaria, habrá servido de gran utilidad en el mundo del Derecho que, como ocurre en todos los ámbitos de la vida social, necesita modernizarse al compás de los tiempos, por lo que debe estar siempre en continua evolución y progreso.

Esta idea final puede justificar la opinión particular (8) que seguidamente se expone, a pesar de reconocer la fuerza de los argumentos contrarios, no sin advertir que es una posición que no puede ser calificada de general, sino que, en todo caso, exigirá el examen y la consideración circunstanciada de cada supuesto concreto, por lo que siempre será un caso «singular». Como veremos a lo largo de este estudio, del origen de la titularidad de los terrenos de carácter «público» o de su condición en la escala *demanial*, dependerán muchos de los condicionamientos de la solución.

(8) En todo caso, también la comparten numerosos administrativistas y expresamente está reconocida por destacados civilistas (DÍEZ PICAZO, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS), y ha sido aceptada por la citada Resolución de XX de abril de 2002.

I. LA COTITULARIDAD EN LOS APROVECHAMIENTOS INDEPENDIENTES Y LA DISOCIACION DEL PODER DOMINICAL

Según gran parte de la antigua doctrina jurídica, la distinción entre **PROPIEDAD** y **DOMINIO** es vacua e inerte, y supone un esfuerzo inane y fútil; y, sin embargo, para la mayoría de los autores modernos la diferencia es fundamental, puesto que contrapone el «objeto» sobre el que se ejerce el poder y el «poder» que se tiene sobre el objeto. Primero se contempla el bien que necesitamos apropiarnos, y para usar de él decimos: «*esta cosa es de mi PROPIEDAD*»; después, frente a los demás y para excluirllos, se afirma: «*yo tengo el DOMINIO sobre esta cosa*».

Pero, en el lenguaje vulgar, la palabra PROPIEDAD es equívoca, ya que lo mismo se emplea para significar la *facultad de disposición* que tenemos sobre una cosa, o sobre un derecho, que *la misma cosa o derecho* que está sujeta a nuestra disponibilidad; y, también, tanto *la atribución de las utilidades* de una cosa como *los mismos bienes o derechos* que utilizamos como propios, e, incluso, una *cualidad* especial de los mismos. En cambio, la palabra DOMINIO, como término jurídico, es unívoca, y significa el *poder exclusivo* de usar y disponer libremente de una cosa o de un derecho; es decir, *dominar los valores económicos*.

La **PROPIEDAD**, tanto en su fundamentación filosófica como en su trayectoria histórica, tiene siempre como referencia el APROVECHAMIENTO por el hombre de las cosas que existen en la naturaleza y que necesita utilizar para satisfacer sus necesidades. Por lo mismo, el **DOMINIO**, en su referencia al PODER excluyente, también tiene un fundamento racional —«razones de necesidad y utilidad»— y, como tal, no es contrario al Derecho Natural: «*Todo hombre se siente llamado a dominar la naturaleza; y reconoce la misma facultad en los demás; de ahí la necesidad de un acomodamiento, es decir, de encontrar la regla que determine la parte o porción de poder de cada individuo*» (SAVIGNY).

Pero, para el Derecho, en sentido estricto, mientras la **PROPIEDAD** supone un *vínculo físico* de la persona con el objeto económico que lleva implícita la idea de su «*apropiación*» en virtud de algún título, el **DOMINIO** expresa un *vínculo jurídico de poder*, y *presupone la «legitimidad» de ese título*, por lo que, en síntesis, viene a ser una «*situación jurídica de la propiedad económica*».

Por consiguiente, si el DOMINIO es la misma PROPIEDAD JURIDICA referida a cada uno de los APROVECHAMIENTOS con «vocación» independiente, el **DERECHO DE LA PROPIEDAD** será el *régimen* o «*estatuto*» que va a regular el dominio —*individual o plural*— que se ejercita sobre todas las **UTILIDADES** de una cosa y que tienen un valor económico reconocido en el

tráfico. En su aspecto «*objetivo*» predomina la idea de «atribución», que implica la «*legitimidad*» en el modo de adquirir y poseer. En su aspecto «*subjetivo*» predomina la situación de «*poder o potestad*», que se manifiesta en las diversas facultades que se pueden ejercitar sobre las cosas o los derechos; es decir, los «*derechos subjetivos*». Pero, siempre bajo la idea de que será necesaria una «*organización*» de lo plural para un mejor aprovechamiento, en armonía, de todas las utilidades que es susceptible de proporcionar una cosa o un derecho al propio dueño y a los terceros.

Si todo DERECHO de contenido económico supone una facultad o aptitud positiva dirigida al APROVECHAMIENTO, en todas sus formas, de las cosas que nos son útiles, que sólo será eficaz cuando obtenga el reconocimiento de los demás que son excluidos, el DOMINIO es el «derecho subjetivo» por excelencia en cuanto implica un haz indeterminado de «facultades» que podemos ejercitar con cierto grado de «exclusividad». Fundamentalmente son las facultades de «*usar, disfrutar y disponer*», de cuya combinación derivan otras parciales o subordinadas, como las de *poseer* y *reivindicar*. Y cabe, incluso, que la utilidad sea tanto en interés propio como de otros a quienes queremos favorecer o estamos obligados. Nada impide la utilización «global» por el dueño o su ruptura y disgregación. Por eso podemos decir que, aunque no seamos plenos PROPIETARIOS de los bienes que utilizamos, puesto que ni siquiera tenemos un poder absoluto sobre los propios, sí tenemos un DOMINIO «ordenado» sobre todos y cada uno de los DERECHOS o APROVECHAMIENTOS que nos pertenecen legítimamente y que derivan de las diversas UTILIDADES económicas que nos pueden proporcionar tanto nuestros bienes propios como los ajenos, porque sobre ellos ejercitamos los «derechos subjetivos» que nos pertenecen. No obstante, para que esos «derechos subjetivos» que se ejercen sobre las cosas materiales, tanto propias como ajenas —los llamados «derechos reales»—, sean plenamente eficaces —*erga omnes*— necesitan el reconocimiento y el respeto de todos, para lo cual será preciso darles la suficiente «publicidad» y dotarles de una «tutela judicial efectiva». Y en esto consiste, esencialmente, *El Sistema de Protección Jurídica por el REGISTRO DE LA PROPIEDAD* (9), cuya eficacia se produce con apoyo en una rama singular del ordenamiento jurídico, el llamado DERECHO HIPOTECARIO, fundamentado en unos Principios Jurídicos, conforme a los cuales, desde una «calificación profesional» previa a la «registración», se impone *ex lege*, y bajo la *salvaguardia judicial*, la presunción de legitimidad de lo inscrito y la inoponibilidad de lo no inscrito, y a veces la veracidad e integridad del contenido del Registro con valor *iuris et de iure*, que conforman una Institución Jurídica por medio de la cual se

(9) Editorial DIJUSA, año 2001.

impone una especial de *justicia objetiva, cautelar y social*, con la finalidad de proteger la propiedad, aún aparente, y clarificar los derechos sobre las cosas, proporcionando seguridad al tráfico jurídico y favoreciendo el desarrollo del crédito, que son dos de los pilares que sirven de apoyo a una óptima evolución económica.

Estos predicamentos registrales no son para las FINCAS, cuya realidad «física» es innegable, sino para los DERECHOS, aunque éstos, necesariamente, *se han de referir a la «finca real»* que le sirve de soporte físico. Por eso hemos dicho en otro lugar (10), que *el REGISTRO, como Institución Jurídica, tiene por objeto la publicidad de los regímenes jurídicos de los distintos DOMINIOS o DERECHOS que se tienen con eficacia real sobre los diversos APROVECHAMIENTOS económicos de que son susceptibles las cosas*. Sólo por razones técnicas, el Registro se lleva por fincas («sistema de folio real»), lo que justifica su denominación como **REGISTRO DE LA PROPIEDAD**.

* * *

En su origen ideal, la PROPIEDAD JURIDICA se formó por la *agregación sucesiva de derechos parciales de utilización de las cosas*, por lo que la primera manifestación en todas las sociedades humanas fue la propiedad «comunal», que tiene su origen en un Derecho Natural primario —el hombre, como ser social, es incapaz por sí sólo de vivir y evolucionar—, y que, como tal, todavía persiste en algunas fórmulas jurídicas actuales que reconocen, como en los primeros tiempos, el insustituible «valor de lo compartido». Pero, pronto, el orden del Derecho de Gentes, derivado de un Derecho Natural secundario, vino a establecer la *separación de las diversas formas de utilización de los bienes*, en correlación con los distintos intereses coexistentes: *Dominio y goce «en común»*; *Dominio y goce «privativos»*; *Dominio «común» y goce «privativo»*. En Roma, cuna del *derecho* de los hombres, el Derecho Civil, o de las «cives», vino a introducir «*exclusividades*» en interés de los propios ciudadanos —«*dominio quiritario*»—, frente a los extranjeros que seguían sujetos al «*derecho gentilicio*», pero, a la vez, también impuso «*limitaciones*» en interés de la sociedad, ineludibles para un orden en paz y concordia.

En el primitivo Derecho Romano, la PROPIEDAD JURIDICA fue de carácter «*individualista*», lo que suponía un DOMINIO, más que absoluto, *indeterminado*; pero siempre fue respetuoso con las costumbres de cada país conquistado. Esto hizo que en *La Hispania* se conservaran antiguas y variadas

(10) *El Sistema de Seguridad Jurídica por el Registro de la Propiedad*. Editorial DIJUSA, año 2001.

formas de *aprovechamientos de las tierras en común*, originarias de cada región, que posteriormente se fundieron con otros usos «tribales» aportados por el Derecho germánico en la etapa invasora, que introdujeron nuevas fórmulas de *propiedad colectiva y comunitaria*. No obstante, en la Edad Media (11) el derecho dominical evolucionó hacia un progresivo «*absolutismo*» al amparo del poder real, con la complicidad del «*feudalismo*» de los altos estamentos (nobleza e Iglesia) y la conformidad sumisa del «*vasallaje*»; y llegó a reconocerse en el propietario un derecho de DOMINIO calificado de *pleno* y *absoluto*, integrado por la suma de todas las facultades posibles —*utendi, fruendi atque abutendi*—, lo que reducía al cultivador a un mero instrumento de trabajo, cuando no a un súbdito. Sólo las «*regalías*» reservadas al poder real —*establecer impuestos, batir moneda, y explotar las minas*— eran los únicos límites del amplio «*poder feudal*».

Esa situación «*dominante*» del propietario se hizo presente en los textos escritos de nuestro ordenamiento, que también recogieron la regulación «*civil*» romanista del DERECHO DE LA PROPIEDAD. Las Partidas lo califican de «*señorío*», y lo define como «*poder que ome ha en su cosa de fazer della e en ella lo que quisiere, segúnd Dios y segúnd fuero*». No obstante, como contrapunto a esa *propiedad señorial «feudal»*, comienza a ser considerada «*jurídicamente*» la situación real de los trabajadores de la tierra, más o menos legitimada y amparada por el poder real «*eminente*» que la protegía —en cuanto era la fuente más importante de sus ingresos tributarios—, pero con una gran indefinición y precariedad jurídica en la fundamentación de su origen —*merced real o concesión de la nobleza como recompensa a los servicios, ocupación de baldíos y marismas para mejora y saneamiento de los terrenos, posesión inmemorial, usurpación en las guerras, etc...*—, si bien la presión social se incrementa progresivamente, por lo que comienzan a aparecer formas jurídicas de «*yuxtaposición*» de derechos, bien que de forma jerarquizada: DOMINIO EMINENTE, DOMINIO FEUDAL y DOMINIO UTIL.

Pronto se aprecia que la «*amortización*» resulta ser un mal y un estorbo para el progreso, y a finales de la Edad Media se inicia la *liberalización* de la tierra. Se «*privatizan*» muchos bienes demaniales, municipales y eclesiásticos, y también de la nobleza «*absente*», mediante la «*cesión perpetua*» de las tierras para su cultivo a cambio de rentas, como los censos, la enfiteusis y los foros. Se respeta el «*señorío*», si bien sólo como una *parcela de poder limitada a la obtención de «rentas» inmobiliarias* —«*dominio directo*»—; y al mismo tiempo se exalta la situación del propio «*cultivador*», que es quien obtiene la *utilidad de la tierra* —«*dominio útil*»— y al que se le reconoce un

(11) *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*. Varios autores. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, año 1999.

ius posidendi perpetuo y no un mero *ius possessionis* precario; por lo que la anterior «**yuxtaposición**» de derechos se transforma en una verdadera «**disociación**» de poderes independientes, aunque *simultáneos*, que recaen sobre los distintos APROVECHAMIENTOS de una misma finca: la «rentabilidad dineraria» por un lado y la «utilidad agrícola» por otro.

Los mismos «repartos» de los bienes concejiles o municipales también se producen mediante la cesión exclusiva del «dominio útil» a los cultivadores directos, a cambio de una renta municipal, pero, al igual que en los censos privados, se mantiene el derecho de «comiso» por impago de la renta, por lo que sigue habiendo un «dominio directo» o superior. Pero, incluso en los bienes «demaniales» se llega a una verdadera «**disociación**» por la diversidad en los APROVECHAMIENTOS cedidos o repartidos, pues unos se mantienen de «uso en común» (pastos, leñas, bellotas), mientras otros se respetan como «de propios» (caza y habitación).

En la etapa de las monarquías absolutas se produce la separación de la soberanía de la propiedad, y más tarde en la Revolución francesa, la progresiva *liberalización* de la propiedad desvinculada por la desaparición de las cargas perpetuas, supuso su efectivo desplazamiento del concedente al poseedor, lo que trajo consigo un incremento del tráfico jurídico y comercial que se produce sobre todo en los siglos XVIII y XIX, en cuya etapa por influencia del Código napoleónico no se habla de una sola propiedad, sino de «las propiedades», las antiguas y las modernas. Y, paralelamente a la crisis de la agricultura y al éxodo rural, se acrecienta la **propiedad URBANA** y se fomenta el COMERCIO y la INDUSTRIA, para cuyo desarrollo se acude con más frecuencia al empréstito. Surgen las entidades financieras (Banco de San Carlos, Banco Hipotecario, 1872) que llegan a ser los instrumentos más adecuados para modernizar la economía nacional. Y para estimular y fomentar el **desarrollo del CREDITO**, que habría de funcionar como motor del crecimiento económico, se propugna el establecimiento de un **Sistema de Seguridad Jurídica** mediante una PUBLICIDAD inmobiliaria que ya se había iniciado con la registración de las cargas perpetuas (*Registros de Censos y Tributos*, Pragmática de Carlos I, de 1538), y después se extendió también a las temporales (*Oficios y Contadurías de Hipotecas*, Pragmática de Carlos III, de 1768), y que más tarde se transforma en un **REGISTRO DE LA PROPIEDAD**, como complemento de una nueva LEGISLACION HIPOTECARIA (1861) que, con mayor amplitud de horizontes, se propone dar plena seguridad a la propiedad y al tráfico jurídico.

En los tiempos modernos se van a superar algunos excesos filosóficos de la Ilustración, como el sistema económico «*fisiocrático*», que pretende derivar el origen de toda la riqueza exclusivamente de la naturaleza, y se reconoce que es la inteligencia del hombre («*humanismo*») la que puede descubrir los nuevos valores que demandan el progreso y las crecientes necesidades de

la sociedad, con lo que se va a superar la invocación de la *protección del derecho de la propiedad como una mera necesidad «primaria» del hombre* (art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en sintonía con la formulación del art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789), y se llega a un *«utilitarismo racional y social extremo»*, conforme al cual *deben ser admitidas todas las formas de utilidad que nos puedan proporcionar los bienes y los derechos en su «función social» última, aunque excedan del mero «interés del propietario», porque la sociedad siempre demandará su parte.*

Es evidente que, donde no hay un interés no está justificada la tutela (IHERING). Pero, la dificultad surge en conocer, en cada momento, el *interés* que pueda derivarse de una *utilidad futura*, más o menos próxima, de un bien en concreto, y poder valorar, así, todo el *«potencial»* de la PROPIEDAD sobre ese mismo bien que debe ser reconocido para su titular. Incluso es evidente que debe admitirse toda posibilidad de cambio o mutación de una situación actual que se pueda prever como mejorable, a consecuencia de los nuevos estudios y las *nuevas tecnologías que se descubren*; y, cabe también, que deriven de una *actuación personal* que puede sugerir nuevos aprovechamientos, y hasta estimular la realización de nuevos esfuerzos mediante las adecuadas *inversiones de capital y trabajo* que, incluso, pueden ser ajenas a la propiedad misma; ya que, con independencia de la apreciación del valor social de las plusvalías nacidas del paso del tiempo y del esfuerzo común, no se debe poner en entredicho el derecho a la sucesión hereditaria, que puede justificar e inspirar todo esfuerzo y sacrificio personal.

En todo caso, las crecientes necesidades de los hombres, inherentes al desarrollo y mejoramiento de los medios de vida, imponen, por un lado, la conveniencia de *no desaprovechar ninguna de las utilidades económicas* de que sean susceptibles los bienes, y exigen, por otro, el establecimiento en todos los casos necesarios de una adecuada *«organización»* o reglamentación jurídica, bien sea legal (caso del subsuelo para la explotación de las *minas* y alumbramiento y uso de las *aguas*) o convencional (caso de los *usos compartidos*), que permita la *utilización «global»* de los diversos APROVECHAMIENTOS independientes, pero concurrentes en un mismo objeto.

En los tiempos actuales, el contenido del DOMINIO, o de la PROPIEDAD JURIDICA, sigue siendo, por tanto, una suma de facultades *«elástica»* y de tendencia *«expansiva»* a todos los APROVECHAMIENTOS posibles, aún futuros, por lo que *únicamente se detiene y paraliza su avance cuando choca con los derechos de otros o de la sociedad*. Ese respeto a los derechos ajenos y la necesaria subordinación al *«interés común»* y al *«orden público»* hacen que los caracteres de la antigua PROPIEDAD *«individual y liberal»* se minoricen a medida que avanzan los intereses sociales: Por un lado, la plena *«absolutibilidad»* —aún no entendida como poder despótico, sino únicamente

caracterizada por la independencia, la integridad y la exclusividad—, resulta atenuada por la «*solidaridad*» impuesta en el mundo jurídico por una jurisprudencia racional que ha buscado su fundamento en las teorías del *abuso del derecho*, de la *permisión del ius usus inocui* y de la *proscripción de los actos emulativos, que perjudican a los terceros sin utilidad alguna para el dueño*. Y por otro lado, la «*indeterminación*» y la «*generalidad*» se corrigen por la «*publicidad*» y la «*especialidad*» registrales impuestas por la Legislación Hipotecaria que, nacida para dar seguridad al tráfico jurídico, establece como premisa la claridad en los límites del «*estatuto real*» de la PROPIEDAD.

Y a las nuevas ideas corresponde nuevas denominaciones, por lo que esas modernas concepciones dan lugar a otras formas actuales de la PROPIEDAD:

Por un lado, en un incontenible progreso social, esos mismos principios moderadores de lo absoluto se hacen patentes en otras actuaciones que surgen en las sociedades modernas, sobre todo con ocasión del gran desarrollo que experimentan las ciudades como consecuencia del éxodo rural y la decadencia de la agricultura, lo que ha sido causa, como decimos, del incremento paralelo de la industria y el comercio. Hoy en día, la **PROPIEDAD URBANA e INDUSTRIAL** sustituye en importancia a la RUSTICA, y se aprovecha mejor que ésta del «*crédito inmobiliario*», aunque todo el tráfico jurídico resulta muy favorecido por la seguridad y protección que proporciona la institución del REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Y, como consecuencia de la eficacia protectora de los llamados «*principios hipotecarios*» que inspiran toda la legislación moderna del Derecho de Cosas, se desarrolla una nueva forma de **PROPIEDAD INSCRITA**, más eficiente por su *publicidad oficial amparada por los Tribunales*, y que, incluso, en determinadas figuras de constitución esencialmente «*registral*», da lugar a una especial figura jurídica de «*dominio compartido*», la llamada **PROPIEDAD HIPOTECADA**, ampliamente generalizada por la proliferación de la vivienda en propiedad que se extiende a todas las clases sociales, incluso con ayuda estatal, y en la cual, por la inscripción de la especial garantía que supone la afección real de una finca determinada al pago de una deuda, se «*limita*» el poder del propietario que deberá compartir con el acreedor alguna de sus facultades, como la de «*conservación*» del bien hipotecado por la *acción de devastación*, la de «*enajenación*» por el eventual ejercicio del *ius distrahendi*, y la de «*disfrute*» por la transmisión de la posesión y administración en fase de ejecución. Como contraprestación, el *crédito hipotecario* adquirido por el deudor hipotecante incrementa su valor hasta convertirse en un instrumento de negociación.

Más tarde, en una etapa posterior, cuando se inicia la gran *transformación de lo rústico en urbano*, aparece el URBANISMO como expresión de un adecuado ordenamiento de las ciudades, en el que, no sólo el SUELO, sino también la VIVIENDA, el LOCAL COMERCIAL y la PLAZA DE GARAJE

adquieren un nuevo protagonismo. La nueva **PROPIEDAD URBANISTICA** ve limitada sus facultades «dominicales», e incluso los derechos de los terceros, por las *Leyes del Suelo* y por los *Planes de Ordenación Urbana* que determinan, con carácter imperativo, los usos de cada trozo de terreno y protegen el medio ambiente, el paisaje, los lugares singulares y los espacios reservados; y también por las *Ordenanzas Municipales* en cuanto regulan la necesidad de licencia para edificar o demoler cualquier tipo de construcción. De esta forma, del mismo modo que ocurrió en las épocas antiguas con la propiedad RUSTICA al diferenciarse por el ordenamiento consuetudinario de cada lugar las distintas formas de aprovechamiento, también en la propiedad URBANA la moderna Legislación Urbanística establece e impone las diversas utilidades de los terrenos, según sean calificados de «urbanos», como solar, vial, zona verde o espacio de uso público, o «urbanizables» en las zonas de expansión o ensanche de las urbes, o bien como espacios «no urbanizables» por su destino esencialmente rústico, forestal, paisajístico, protector del medio ambiente o de reserva; y, por consiguiente, dicha normativa va a marcar los límites legales del «estatuto» de la propiedad en cada caso, y va a determinar su régimen jurídico concreto y específico, y en determinados supuestos se crean nuevos derechos, de gran valor económico. Se dan, por tanto, también en esta forma de propiedad, de enorme difusión en las ciudades, las condiciones óptimas para el reconocimiento de una mayor «**disociación jurídica del dominio**» en función de los distintos APROVECHAMIENTOS de utilidad independiente. Y, así, aparecen nuevas formas de UTILIDAD REAL (como la *propiedad temporal* o *por tiempos* o «*turnos*» sucesivos) y hasta DERECHOS INMATERIALES, por recaer sobre objetos de creación puramente «ficticia», a los que se les reconoce un valor económico mediante una especie de «ingeniería jurídica», como ocurre en los «aprovechamientos urbanísticos» que surgen en los sistemas de ejecución de los Planes de Ordenación Urbana como singulares «derechos económicos», puesto que, incluso pueden ser considerados, transitoriamente, como «valores independientes de las fincas que los generan», y sólo se concretan en los proyectos, regulándose su traslación desde las fincas de origen a las «parcelas de resultado», y también su negociabilidad (y hasta su hipotecabilidad, según el art. 43 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, relativo a las *Normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística*), sobre la base de la distinción entre el «aprovechamiento real» de cada parcela —que será el determinado en el planeamiento para cada una, según la clase y situación—, y el «aprovechamiento apropiable» —que es el que corresponde a cada propietario, según el valor de lo que aporta—, ambos cuantificados en función de un «aprovechamiento tipo», que va a ser el correspondiente a una determinada zona de actuación, o a un «área de reparto», y en la que se han de tener en

cuenta tanto los beneficios como las cargas y los gastos de la nueva ordenación de la propiedad, de cuya combinación y comparación proporcional derivan los verdaderos «*derechos de aprovechamiento urbanístico*» que se miden en «*unidades de edificabilidad*», y que incluso se pueden inscribir en folios independientes como «*fincas ficticias*» (art. 33 y sigs. del citado Real Decreto 1093/1997), y cuya apariencia jurídica frente a los terceros sólo se obtiene por su inscripción en el Registro de la Propiedad.

II. EL PLURIDOMINIO Y LA DIVISION DEL DOMINIO

De todo lo que llevamos expuesto se infiere que son muy diversos los aspectos desde los que puede ser contemplada la ***DIVISION del DOMINIO***, lo que dará lugar también a diversas categorías de «*disociación jurídica*», que, a los efectos del presente estudio, pueden ser clasificadas según el siguiente esquema:

1. *Por el distinto «status jurídico» de cada uno de los poderes resultantes de la división «jerarquizada» de los dominios concurrentes: DOMINIO DIRECTO o superior*, reducido en la última etapa de su evolución a la mera «*rentabilidad económica*», y **DOMINIO UTIL o inferior**, consistente en la explotación material de la finca, ambos con su distinta reglamentación y sus garantías. Cabe volver a mencionar, aquí también, el **DOMINIO EMINENTE** del Estado o de la Administración, por razón del «*imperium*» que tiene su manifestación más evidente en el derecho fiscal y en el poder de expropiación por causa de utilidad pública.

2. *Por el diverso «régimen» a que está sometido cada uno de los derechos resultantes de la «desmembración» de las distintas facultades dominicales*, que da lugar a distintas parcelas de poder sobre la misma cosa: **DOMINIO PLENO** o íntegro, y **DOMINIOS LIMITADOS**, que son los derechos de diversa naturaleza que tienen los distintos titulares que ostentan alguna facultad o *derecho real en cosa ajena*, y que junto con el resto que conserva el dueño aunan el pleno dominio, el cual, como consecuencia de esa desmembración, aparece *limitado o gravado*, bien en la facultad de goce (*usufructo, servidumbre*) o en la facultad de libre disposición (*hipoteca, usufructo con facultad de disponer, o donación con reserva de la facultad de disponer*).

3. *Por la «multiplicidad de titulares» de los derechos que se ejercitan sobre la misma cosa*, que en todo caso exigirá una «*organización*» adecuada, que puede ser:

1. El **CONDominio** ordinario —*comunidad romana o dominio «pro-indiviso»*—, en el que concurren varios titulares del mismo derecho en la cosa, por lo que existe «*identidad del objeto*

jurídico» dividido en partes ideales cuantitativas o *cuotas indivisas*, y, consiguientemente, cada comunero tiene un derecho de igual naturaleza aunque de extensión variable;

2. El **DOMINIO COMPARTIDO** por varios titulares concurrentes también en el mismo derecho, es decir, con «*identidad del objeto jurídico*», pero sin división cuantitativa o por cuotas —*comunidad germánica, o en mano común*—, que presenta muy variadas figuras jurídicas, como la *mancomunidad*, el *dominio solidario* o la *medianería de uso conjunto*; y,

3. Los **DOMINIOS CONCURRENTES**, en sus variadas formas, *mixtas de dominios individuales y condominios* y, a veces, *también de espacios de uso común*, y por consiguiente, con «*variedad de objetos jurídicos*».

Y, dentro de esta última modalidad, cabe distinguir:

A) El **dominio en REGIMEN de PROPIEDAD HORIZONTAL**, o de similar construcción jurídica en los **CONJUNTOS INMOBILIARIOS**, como una «comunidad especial» en la que se distinguen los *dominios individuales* sobre las partes individualizadas (Departamentos o Apartamentos) y el *condominio o mancomunidad funcional* sobre los elementos comunes, y a veces sobre otras *zonas comunitarias con reparto del uso privativo por espacios determinados* (plazas de garaje, jardines privados en las urbanizaciones).

B) El **dominio COLECTIVO ORGANIZADO**, con titularidad en forma EMPRESARIAL o SOCIETARIA, es decir, *COLECTIVA o PLURIPERSONAL por razón de la diversidad de utilidades* (objetos jurídicos distintos) *pero ordenada en el medio y dirigida a una FINALIDAD conjunta*, es decir, una pluralidad «organizada» de los titulares de las diversas utilidades de un bien que se unen para la consecución de un *FIN fundamentado en la unión* (por ejemplo, una «*galería comercial*» o la explotación conjunta de los diferentes servicios de un «puerto» o «aeropuerto»), cuyo «destino singular» será tan esencial, y la conclusión del «proyecto» tan indispensable, que será el presupuesto inexcusable de la unión, ya que «*la rentabilidad futura de la explotación será la única fuente de los recursos necesarios para el proceso económico y para el reintegro o reembolso de los capitales invertidos por cada titular*».

C) Y, sobre todo, el que podemos llamar **DOMINIO PLURAL** o *pluralidad de dominios independientes*, cada uno *sobre un «objeto jurídico distinto»* de un mismo bien, cuyos titulares concu-

*rren sobre la misma cosa pero no en el objeto, y que trae por causa, unas veces la diversidad de los DERECHOS en la cosa (como ocurre, según algunos autores, en la separación del «usufructo» y la «nuda propiedad», o en el «derecho de superficie» y la propiedad del suelo), y otras veces la diversidad de APROVECHAMIENTOS independientes (como la que puede tener lugar en un terreno respecto del «suelo», el «subsuelo» y el «vuelo»); e incluso, a veces, **sobre el mismo objeto jurídico**, pero dividido o fraccionado por razón de la EPOCA (pastos de invierno y de verano) o del TIEMPO (disfrute sucesivo por «turnos»); fórmulas que, en todo caso, se traducen en «derechos separados» («disociación»), y, por consiguiente, con diversas titularidades («pluridominio») en situación de igualdad y sin subordinación alguna, y únicamente limitados por la concurrencia.*

Esta última situación de «pluralidad» en el DOMINIO en una misma cosa, que recae sobre los distintos APROVECHAMIENTOS independientes de la misma, cada uno con un «objeto jurídico distinto» y todos de ejercicio pleno o íntegro, *sin jerarquización ni desmembración de las facultades*, es la que ocupa nuestra atención, puesto que las demás ya han sido muy estudiadas.

La terminología que se emplee puede ser importante. Como hemos visto, incluso en los antecedentes históricos, para el objeto de nuestro estudio no es lo mismo la «**yuxtaposición de derechos**», *que supone distintas clases de poder «jerarquizados» que recaen sobre una cosa, que la «disociación del dominio», que implica varios poderes de idéntico contenido, pero que recaen sobre los distintos aprovechamientos económicos susceptibles en la misma cosa.*

Según unos autores, el que hemos llamado **DOMINIO PLURAL** no es una propia comunidad sino una mera «**yuxtaposición**» de distintos derechos dominicales sobre una misma cosa (COLÍN Y CAPITANT), *todos independientes*. Otros prefieren hablar de una **comunidad anómala** o una «**cotitularidad especial**» cuando convergen en un mismo bien varios titulares de una pluralidad de «valores» distintos —*plurivalencia*—, que no son partes ideales de un único derecho dividido cuantitativamente sino *diversos derechos plenos y exclusivos*, y por tanto «*íntegros*» en cuanto al contenido y extensión de sus facultades, aunque «*limitados*» en cuanto a su ejercicio *por la concurrencia en la misma cosa de los derechos o aprovechamientos de los otros titulares*, lo que hace necesario el establecimiento de una «**organización**» adecuada para cada especie de cotitularidad. Nada impide que el propietario único, en el inicio, «separe» en un momento determinado las distintas utilidades concretas, presentes o futuras, de una misma cosa, y las aproveche por separado o ceda a terceros alguno de esos aprovechamientos, o bien se asocien todos para una mejor utilización global.

En rigor, estos especiales supuestos se presentan como formas comunitarias que podemos calificar de «*especiales*», más que de «*anómalas*», vistas con referencia a la fórmula común de la comunidad ordinaria, aunque, como hemos visto, algunas vinieron impuestas desde antiguo, con gran variedad de manifestaciones jurídicas, para satisfacer las diversas necesidades de cada época.

Su origen primitivo está en las antiguas formas *comunitarias* de uso o aprovechamiento de los bienes comunes, ya mencionadas, que existieron en todas las regiones españolas, con gran variedad, por razón de la separación de los *distintos aprovechamientos* que ofrecía la tierra «rústica», según las zonas y los tiempos: *siembra, labor, huerta, hierba alta, pastos, arbolado, leñas, caza...*; unas veces de forma simultánea o sucesiva y otras alternativa (*pastos de invierno o de verano*), que dieron lugar a costumbres autóctonas especialmente protegidas y defendidas (JOAQUIN COSTA, *Colectivismo agrario en España*), y que, después de coexistir con la propiedad individualista del Derecho Civil Romano, se incrementaron con otras formas de desmembración de los aprovechamientos causada por la legislación desamortizadora (siglo XIX), que trajo la distinción y separación de los *dominios* en «*directo*» y «*útil*» en variedad de instituciones (*usufructo, enfiteusis, censos, foros, subforos, derecho de superficie*) que se recogen en el Código Civil (arts. 1.605, 1.611 y 1.655), junto con otras fórmulas más claras del *dominio dividido*, como la *medianería*, artículo 571 y siguientes —aunque la denomine servidumbre—; la *comunidad de pastos*, artículos 601 y siguientes, y 604, y STS de 24 de febrero de 1984 —que la distingue de la servidumbre al calificar de mancomunidad la reunión de varias personas para disfrutar la cosa comunitariamente—; y el *derecho de superficie*, artículo 1.611; y a las que se pueden añadir también las que se aluden en el Reglamento Hipotecario (art. 16, «*derechos de superficie y de elevar o profundizar*», y art. 30, «*derecho de vuelo en fincas rústicas*»), y en las Leyes de Concentración Parcelaria, de 10 de agosto de 1955, en cuyo artículo 45 se regula el condominio *pro diviso*, y en la posterior de 1962 y en la actual Ley de Desarrollo Agrario de 1973, cuyo artículo 140 alude a los «*derechos concurrentes o sucesivos*». Incluso en otros textos legales encontramos alusiones a la distinción de «*suelo*» y «*vuelo*», como la Ley de Propiedad Horizontal, y artículo 396 del Código Civil, la Ley de Montes de 1957 (art. 23), la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (art. 2) y la Compilación de NAVARRA (Ley 294, para la «*corraliza*», y Ley 490 para el derecho de «*vuelo*»). Y, como otra figura del *dominio plural*, se puede añadir el actual *derecho de aprovechamiento «por turno» de bienes inmuebles* —vulgarmente conocido por *multipropiedad*—, regulado en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que admite su configuración como «*derecho real*».

En todos estos casos se puede hablar de una indudable «*disociación jurídica*», en cuanto que el poder dominical no es «*único*» sino que aparece

«disgregado», por lo que los diferentes DOMINIOS que se producen en estas situaciones, recayentes en la misma cosa aunque cada una sobre un objeto jurídico distinto —o *aprovechamiento independiente*—, son todos perpetuos y de contenido pleno —*dominio «pro-diviso»*—, aunque estén «limitados» los unos por los otros en cuanto a su ejercicio, que resultará sólo dividido en razón a cada APROVECHAMIENTO individualizado, bien por las diversas *utilidades* susceptibles, con separación, en la misma cosa o por las distintas situaciones —*tiempos o épocas*— en que puede ser aprovechada, *sucesiva o alternativamente*, la utilidad única.

Estas formas de PROPIEDAD JURIDICA COMPARTIDA, o de DOMINIOS CONCURRENTES, lejos de ser obviadas, resultan muy presentes en la **DOCTRINA** moderna: PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III; Díez PICAZO, *Derecho Civil Patrimonial*; GARCÍA AMIGO, «Condominio pro diviso o propiedad separada», en *RDP*, 1974; CORRAL DUEÑAS, «La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura», en *RCDI*, 1984; BALLESTEROS ALONSO, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1992, etc. Por todos ellos se recurre, frecuentemente, a la ya antigua fórmula de los «*derechos separados, sin que ninguno de ellos pueda considerarse derecho real en cosa ajena*», puesto que, por recaer en cosa que, en parte, es *propia*, supone más bien una «*división material del uso o del aprovechamiento de carácter jurídico real*», como dice MIQUEL GONZÁLEZ, en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, volumen 2.º Y esta moderna construcción, no sólo tiene su fundamento en los antecedentes naturales e históricos a que hemos hecho referencia, sino también en el progreso de la ciencia y de la técnica que permite descubrir en el presente, y hasta predecir para el futuro, nuevos usos independientes para los bienes usuales; y, asimismo, en la necesidad que tienen las ciudades modernas, cada vez con mayor intensidad, de aprovechar todos los espacios útiles para «*garajes y aparcamientos*» o para el «*tránsito urbano*» mediante la construcción de *sótanos, túneles, plataformas y pasos elevados, e incluso «edificaciones superpuestas»*, no sólo en terrenos privados sino también en «bienes de dominio público» mediante la construcción de las infraestructuras adecuadas, que van a permitir, por ejemplo, la utilización del subsuelo de una plaza pública para *aparcamientos subterráneos «en concesión»* en SANTANDER (STS, Sala Tercera de lo Contencioso, de 23 de diciembre de 1991), el «*soterramiento*» de las vías ferroviarias y la *construcción encima de ellas de una plaza y vías públicas* en Chamartín, MADRID (STS, Sala Tercera, de 2 de diciembre de 1994), y también otras construcciones distintas, incluso de «*propiedad privada*», como un edificio para viviendas sobre el vuelo del terreno de uso ferroviario —por encima de la «*cota 7*»—, una vez *desafectado el espacio superior*, que está proyectado en la ciudad de OVIEDO, en cuya singular situación, de llevarse a cabo, los diversos DOMINIOS, aunque independientes, perpetuos y totales, siempre resultarán «conexionados y limitados»

por *servidumbres recíprocas* que deberán ser establecidas, *convencionalmente*, por exigencias del uso compartido. Y, en todo caso, siempre persistirán las *condiciones y limitaciones establecidas en el planeamiento urbanístico y las servidumbres administrativas obligatorias de utilidad pública*, unas sin indemnización como las de navegación aérea, y otras con expropiación indemnizadora como las de paso de electricidad y telefónicas, e incluso las más actuales relativas a los espacios «*radioeléctricos*» dominados por antenas receptoras y emisoras de ondas «*electromagnéticas*» de los modernos sistemas de telecomunicaciones, u otras emisiones de energías alternativas, como las nucleares, con sus potenciales peligros radioactivos para personas y bienes, causa de recientes estudios.

La **JURISPRUDENCIA**, aparte de las concretas sentencias ya citadas, también ha tenido ocasión de pronunciarse, con carácter general, sobre alguna de estas situaciones jurídicas de «titularidad compartida», calificándolas con frecuencia de «*fórmulas análogas a la comunidad*» (como las reconocidas en las sentencias del TS de 9 de marzo de 1893, 9 de julio de 1903, 6 de julio de 1920, 26 de junio de 1976, sobre la «*facultad de pastorear, talar, aprovechar leñas y esquilmos y hacer cavadas y bouzas*», que la califican de **derecho dominical «paralelo»** al del dueño del suelo titular de las restantes facultades de la finca). Otras veces, la Jurisprudencia se refiere expresamente al «**dominio dividido**» como **situación «excepcional»** (como la STS de 13 de junio de 1994, en la que se reconoce como separadas la propiedad del suelo y la de la edificación construida sobre parte de aquél, que fueron adjudicadas a distintos herederos, *sin poderse excluir de esa separación el solar ocupado por el edificio al hacerse la adjudicación de esa forma*); o se alude a la «*medianería*» como **fórmula específica de comunidad *sui generis*** (STS de 2 de febrero de 1962), y a otras figuras muy específicas como los «*engalbergos*» en Granada, o casas colindantes con habitaciones que se empotran unas en otras (STS de 20 de mayo de 1998 y Resolución de 2 de julio de 1998), que se califica como una **situación próxima a la Propiedad Horizontal, pero sin cuotas**, aunque proceda de la división de un edificio.

La misma **Legislación Hipotecaria** especial admite la constitución e inscripción del régimen de Propiedad Horizontal de edificios «*en construcción*», e incluso la posterior venta e hipoteca de *pisos «meramente proyectados»* (**art. 8 LH**), aunque actualmente será necesario haber obtenido la Licencia Municipal para inscribir tanto la Obra Nueva «en construcción» como la terminada (art. 22 de la Ley del Suelo, y art. 45 del citado **Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio**, sobre *Normas complementarias para la inscripción de los actos de naturaleza urbanística*; y, de antiguo, están regulados en el Reglamento el «*derecho de superficie*» (**art. 16.1**) y la posibilidad de reservarse o transmitir a un tercero el «*derecho de elevar o de profundizar*» una edificación existente mediante la construcción de nuevas plantas

(art. 16.2) (12) «hasta donde lo permitan en cada tiempo las Ordenanzas Municipales», según la Resolución de 26 de septiembre de 2000 —lo cual no supone indeterminación, sino previsión de la posibilidad de que el acto derive ilícito—; e, incluso, es posible la transmisión o «*cesión de suelo por obra futura*» —figura que fue admitida por varias Resoluciones y regulada en el art. 13 RH después de la reforma del *Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, y que, como ya dijimos al principio, aunque dicha reforma fue anulada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso, de 31 de enero del año 2001, no la desconoce ni la tacha de «ilícita» más que en su regulación por medio de un Reglamento al ser materia con «reserva de Ley»). Y, finalmente, mencionaremos de nuevo la posibilidad de negociación, transmisión e hipoteca de los llamados «*derechos de aprovechamiento urbanístico*» como derechos independientes de la finca que los genera, y antes de materializarse en la finca de resultado (art. 43.3 del *Real Decreto 1093/1997*), a que también nos hemos referido.

También en varias **RESOLUCIONES** de la Dirección General de los Registros y del Notariado se hacen repetidas alusiones a estas formas dominicales cercanas al *pluri-dominio*, calificándolas de «*singulares*»: La **RESOLUCION de 19 de mayo de 1952** menciona la admisión de «*fórmulas excepcionales*» en la creación del *derecho de superficie u otras «situaciones anormales de condominio», sin cuotas homogéneas, o la coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta del vuelo*, que suponen la derogación tácita del principio de «*accesión invertida*» utilizada para procurar la atribución de la propiedad a una sola persona; *reconociendo así, frente al tradicional rechazo de los proindivisos, la superior «valoración», en ciertas situaciones, de las cosas unidas y el valor de lo compartido*. La **RESOLUCION de 13 de mayo de 1987** afirma que, si bien *no es posible la «creación de una nueva finca» registral mediante la segregación de volúmenes totalmente independientes de la finca de que proceden, admite la separación y el aprovechamiento independiente como una fórmula similar al «dominio útil» al que se le podrá abrir «folio autónomo», aunque deba estar conectado con el de la «finca principal*». Las **RESOLUCIONES de 28 y 31 de octubre de 1988** se refieren, respectivamente, a la enajenación del derecho a construir sobre el suelo, «*sin que sea necesario que se declare la construcción para transmitir el derecho*», y a un derecho «atípico», nacido de la posibilidad de la «*concurrentia de diversas titularidades sobre volúmenes determinados del suelo y del vuelo*». Otras varias Resoluciones parten de admitir la misma doctrina en la situación y regulación de la «*prehorizontalidad*», de la que es una clara manifestación el mismo «*derecho de vuelo*», para el que se exige la determi-

(12) Recientemente reformados y afectados de nulidad parcial, según la citada sentencia de 31 de enero de 2001.

nación inexcusable de un «plazo» (RESOLUCIONES de 13 de mayo de 1996 y 6 de noviembre de 1996 y 17 de julio de 1998); aunque la RESOLUCION de 29 de abril de 1999 niega la inscripción de un especial «derecho de vuelo», puesto que no se está en el caso de un derecho real de los configurados en el artículo 16.2.º del RH, sino en el supuesto de un derecho, imperfectamente definido, que se configura mediante «la sustracción a los propietarios de una finca —y con carácter perpetuo— de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la *materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico*, algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos o a las futuras accesiones naturales, *«lo cual en modo alguno puede considerarse como un verdadero derecho real»*, ya que *«se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia erga omnes) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (arts. 513, 526, 546, 1.608, 1.655) si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad»*. Sin embargo, otra **RESOLUCION de 26 de septiembre de 2000** permite la inscripción de dos derechos de vuelo superpuestos, donados por un padre a dos de sus hijos para edificar respectivamente una primera planta y una segunda sobre aquélla, aunque también señala como necesario la determinación del «plazo» y *niega que el segundo derecho esté condicionado por el primero*, puesto que «la existencia de una donación del derecho de vuelo relativo a la segunda planta, actual e incondicionada, produce sus efectos desde el momento mismo de su otorgamiento», y *«otra cosa es que el ejercicio de tal derecho, esto es, la realización de la edificación autorizada, no sea viable sino al tiempo o después de la construcción de la primera planta»*.

En todas estas fórmulas hay, por consiguiente, una forzosa situación de «coparticipación» y de «parcialidad» en el uso y disfrute de un mismo bien, por lo cual éste no puede ser objeto de un *tráfico unitario* si no es con la concurrencia «unánime» de todos los titulares, lo que impone la existencia de una «organización» *que configure los distintos dominios*, con un *régimen jurídico* adecuado a la situación y que regule la concurrencia de los derechos en principio independientes.

Pero donde la **disociación jurídica** se observa de una manera más exacta y singular es en la llamada «*propiedad espacial*», entendida como la que, en la proyección vertical de un terreno, hace referencia a un VOLUMEN determinado, situado por encima o por debajo de la superficie plana, es decir, como una parte del *espacio* en su acepción concreta de un «contenido vacío» pero delimitado geométricamente y ubicado por sus coordenadas exactas en el espacio íntegro, que será el «continente», es decir, el espacio en su acepción general que es el que envuelve todas las cosas. A esta importante situa-

ción especial se refiere la reciente **RESOLUCION de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de abril del presente año 2002**, ya aludida, y que acogiendo la moderna doctrina del **dominio dividido** da carta de naturaleza a esta figura, incluso en terrenos calificados como **bienes de dominio público**, en los que admite la inserción o creación de «*volúmenes subterráneos*» diferenciados de la finca superior que le sirve de soporte —y lo mismo puede decirse en el *espacio aéreo*— con aprovechamiento independiente del específico del suelo, y susceptibles de ser *desafectados* y *transmitidos como bienes patrimoniales*, con sujeción a las normas que regulan la enajenación de dicha clase de bienes y su acomodación al Plan General de Ordenación Urbana.

Y, con estos antecedentes, pasamos a la SEGUNDA PARTE anunciada de este estudio.

III. EL DOMINIO INDEPENDIENTE DEL SUELO, EL SUBSUELO Y EL VUELO

En el DERECHO DE LA PROPIEDAD *fundiaria* —que es sustrato esencial del «tráfico económico-jurídico inmobiliario»—, puede ser contemplada, con separación, la utilidad del SUELO, la del SUBSUELO y la del VUELO o espacio AEREO.

El **SUELO** es una cosa *material*, cuya utilidad es evidente, pero no puede ser considerado como una superficie totalmente plana sino que para su debida utilización será indispensable, en todo caso, ocupar un determinado grosor de la capa terrestre por debajo y del espacio aéreo por encima.

El **SUBSUELO** también es una cosa *material*, y, al menos en la zona inmediata a la superficie, está indisolublemente unido al suelo, por lo que no cabe su consideración independiente; pero el acceso en profundidad, a partir de determinadas cotas, no siempre será fácil e inmediato, y requerirá la realización de ciertas obras adecuadas, por lo que el aprovechamiento de las zonas más profundas dependerá de los avances de la ciencia y de la técnica.

El **VUELO**, o espacio AEREO, no es, en principio, una cosa material, ni aislada ni conjuntamente con el suelo, ya que sobre éste, en principio, sólo existe el *aire* que es *res communis*; pero también es indispensable que ese espacio aéreo, al menos en la parte que está en contacto inmediato con la superficie, pueda ser ocupado por el dueño del suelo para hacer posible la utilización de éste, según la naturaleza de terreno, lo que se producirá mediante la materialización de dicha zona espacial, bien por la plantación de especies agrícolas o arbóreas o por la elevación de construcciones. Y a mayor altura también puede invocarse una *ocupación real o potencial de los espacios aéreos* superpuestos sobre plataformas proyectadas o construidas de pro-

pósito, cuyo uso, más o menos elevado, dependerá asimismo en cada momento de los avances de la ciencia y de la técnica.

El histórico **artículo 350 del Código Civil** alude claramente a esas tres zonas diferenciadas para definir el derecho del «propietario de un terreno» en su verticalidad, al afirmar que «*es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía*».

Esta antigua fórmula legal ha sido calificada de ambigua, incluso por la diferente forma de referirse al «*subsuelo*», al que considera como algo *material*, unido al *suelo*, y que está también bajo el dominio del dueño, al menos con valor de presunción *iuris tantum*, a diferencia del «*vuelo*», que sólo es algo *inmaterial* aunque susceptible en potencia de ser sometido y apropiado, es decir, con posibilidad de ser ocupado para el adecuado aprovechamiento del terreno.

Para algunos autores, en este precepto se está aludiendo únicamente a la **EXTENSION** del propio derecho dominical, con una expresión inspirada en el viejo axioma *usque ad caelum, usque ad inferos*, mientras que para otros se están señalando precisamente los **LIMITES** y restricciones de aquél, que tienen su origen histórico en el interés de excluir del dominio «absolutista» los recursos naturales o riqueza subterránea —«*minas y aguas*»— que debían quedar siempre en el dominio «eminente», como incluidas en las facultades reservadas al poder soberano y actualmente en el imperativo de subordinar todo lo que pueda convenir al propietario no sólo al ejercicio de los derechos legítimos que puedan corresponder a los demás sino también al *interés general*, que es el que deben proteger los mencionados «*reglamentos de policía*».

Pero si, como ya hemos expuesto en la primera parte, la definición del DOMINIO, o PROPIEDAD JURIDICA, debe estar referida a los diversos APROVECHAMIENTOS de que sea susceptible una cosa, que también supone un *poder de exclusión* integrado en todo «*derecho subjetivo*», también puede opinarse que *ni lo uno ni lo otro*, y sí limitar el significado de dicho precepto a una mera alusión a las **FACULTADES** del dueño de un terreno para *hacer*, tanto en el SUBSUELO como en el VUELO, todo «*lo que le convenga*» para aprovechar o utilizar el SUELO en su propio beneficio, o bien para *transmitir* esa utilidad, total o parcialmente, a un tercero, y también para «*excluir lo que no esté permitido a los demás*» por algún derecho legítimamente adquirido. E incluso cabe opinar que dicho artículo alude, además, a otros APROVECHAMIENTOS especiales, como los ubicados en el espacio más inferior y que, de antiguo, estuvieron integrados en las «*regalías*» atribuidas y reservadas al poder soberano, y que actualmente son de **reserva legal**, que es la zona de los recursos naturales constituidos por los «*yacimientos subterráneos de las minas y los alumbramientos y caudales de las aguas*»,

cuando existen, respecto de los cuales la misma Legislación considera sus aprovechamientos como «*bienes autónomos*», separados del terreno que conforma el suelo y el subsuelo profundo —y, desde luego, no en el vuelo, ya que en el aire, que se sepa y en el estado actual de la ciencia, no se aprecian cualidades distintas—, por lo que a aquellos se les otorga el carácter de «*bienes de dominio público*» y van a estar sometidos a un régimen jurídico distinto del que afecta al «dominio privado». En el caso de los aprovechamientos o «cotos mineros», serán volúmenes en profundidad definidos por las «pertenencias» o «cuadrículas» en las que se detecta la existencia de ciertos materiales valiosos, a las que se añaden otra figuras más o menos inmateriales como las «demasías» y los «permisos o autorizaciones de exploración y de investigación». Es, pues, el mismo legislador el que nos proporciona un primer supuesto de la existencia de *propiedades diferenciadas por volúmenes superpuestos*, en que se produce, por tanto, una verdadera «*disociación del dominio*» al quedar sujetos los distintos APROVECHAMIENTOS independientes a regímenes jurídicos diferenciados; aunque para otros autores sólo puede verse en estas situaciones una «*ficción legal*» demandada por el interés público (13), que exige que dichas propiedades especiales —mixtas de terrenos y volúmenes subterráneos imprecisos, es decir, de espacios físicos delimitados y otros por definir, y hasta de «derechos ideales» que estimulan la investigación—, queden sometidas a un régimen jurídico especial, regulado en Leyes especiales (*Ley de Minas*, de 21 de julio de 1973, que sustituyó a la de 1944, con varias modificaciones posteriores, y *Ley de Aguas*, de 2 de agosto de 1985, que también sustituyó a la de 1879 y a los artículos del Código Civil, con importantes novedades, como la supresión del derecho a apropiarse las aguas por quien las alumbrase o por el propietario de los terrenos en que se situaban, pasando a ser, como regla general, también de dominio público; y a las que se pueden añadir las disposiciones legales que existen sobre los *yacimientos y zonas de interés arqueológico* que tengan valor artístico, histórico o antropológico, así como los *tesoros*, objetos y restos materiales de igual valor, regulados en la Ley del Patrimonio Histórico Español de 23 de junio de 1985).

Dejando aparte la situación especial de estos bienes, alude PÉREZ CÁNOVAS a otros autores anteriores a él —LACRUZ BERDEJO, DíEZ PICAZO, GUIMERA PEDRAZA— para quienes el *SUBSUELO* es, en algunos casos, «una mera prolongación del suelo», al menos «hasta donde alcanza la posibilidad de extraer alguna ventaja»; mientras que para otros «es un objeto jurídico, autónomo e independiente» y que «no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho del subsuelo se configure como una desmembración de una

(13) PÉREZ CÁNOVAS, «Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza», en *RCDI*, 1988.

finca, en el suelo y el subsuelo, atribuyéndose la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro». Y cita las SSTs de 1 de abril de 1930, 28 de octubre de 1958 y 25 de febrero de 1986, en las que, *obiter dicta*, se justifica que la propiedad sobre el SUELO y el SUBSUELO, «*en cuanto son objetos diferenciados jurídicamente*», pueden «*coexistir distintamente*» con potestad de disposición exclusiva para cada titular, «*sin que pueda pensarse en modo alguno que exista una copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición*», por lo que, como regla general, no existirá el derecho de retracto de comuneros, y hasta «*pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de cada suelo cuando estas propiedades están en manos distintas*».

Estas mismas consideraciones también pueden ser referidas, en igual forma, al régimen del **VUELO**, con los mismos fundamentos jurídicos. Normalmente, el espacio aéreo inmediato al suelo, en la zona que es indispensable para su utilización, «*constituye una unidad con aquél, del que se considera parte integrante o prolongación ideal*»; aunque a veces, dice Díez PICAZO (14), «*la unidad del objeto jurídico se rompe y cabe configurarlos como objetos jurídicos diferentes*», para lo cual sólo será necesario que se den las circunstancias físicas adecuadas que permitan la apropiación y utilización independiente de cada espacio definido, lo que puede hacerse, aún antes de comenzar a construir, por sus coordenadas geométricas determinadas por «*cotas*» señaladas con referencia a planos fijos horizontales y verticales, de tal forma que quede configurado cada volumen y pueda ser determinado su uso específico, que va a estar «*compartido*» con los otros, en concurrencia ordenada, sin entremezclarse, pero también sin excluirse mutuamente, siempre que puedan ser aprovechados con cierta *exclusividad* por cada propietario «*en las condiciones actuales del arte y de la ciencia humana*» (PAMPALONI), aunque para otros, más avanzados, también según las facultades que se puedan ejercitar «*por razón de un interés **potencial** que se pueda prever como futuro*».

Sin salir del Código Civil, los derechos sobre el **SUBSUELO** y el **VUELO** también se regulan en los artículos que tratan del «*derecho de accesión*» (arts. 353 a 383); y, respecto del mismo subsuelo se regulan, además, los derechos sobre el «*tesoro oculto*» en el artículo 351; y en cuanto al vuelo, en el artículo 396 se reconocen las facultades de «*edificar*» y de regulación de la «*propiedad horizontal*» (facultades ambas que han necesitado de un gran desarrollo en Leyes especiales, fundamentalmente la Ley de Propiedad Horizontal y Ley de Edificación); y en los artículos 590, 591 y 592 se alude a los derechos que surgen de determinadas *inmisiones, aéreas y subterráneas*, en

(14) Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*.

la propiedad de otros, limitando la facultad de construir y plantar árboles cerca de una propiedad ajena y autorizando la corta de ramas y raíces que invadan la propia. Por otra parte, el «usufructuario» puede tener «interés» actual en ocupar el subsuelo (arts. 471 y 476), y el «nudo propietario» en asegurar para el futuro el aprovechamiento del derecho de vuelo (art. 503). En términos también generales, al «superficiario» (art. 1.611) le interesarán las posibles construcciones en altura o en profundidad; y, mientras al «ganadero» le bastará con la ocupación de la superficie, en la que «vuela la hierba», el «labrador» necesitará ocupar las zonas del subsuelo y vuelo inmediatas a la superficie cultivable, despreciando o desentendiéndose ambos del resto, tanto en profundidad (dice PAMPALONI que «el propietario de un terreno cultivable situado en una montaña no puede oponerse a que se construya un túnel en la falda del monte») como en altura, a no ser que les interese construir una cuadra o un almacén para guardar sus ganados o sus aperos y cosechas, pero no tendrán interés en oponerse al paso de un avión o de los tendidos de cables eléctricos o telefónicos, sin perjuicio del derecho a la indemnización y resarcimiento por los daños y perjuicios que se les cause y por las limitaciones que conlleven. Sin embargo, el que se proponga «edificar», deberá atender al régimen propio que regula el ejercicio del derecho de construcción, según sus normas especiales contenidas en las Leyes del Suelo y hasta en los planeamientos aprobados por la autoridad urbanística y en las Ordenanzas Municipales que determinarán la extensión de su derecho, tanto en el subsuelo como en el vuelo, según la clase y situación de los terrenos, en razón al *volumen de edificabilidad* que se les atribuya y conforme a los *aprovechamientos urbanísticos* que les correspondan.

IV. LA PROPIEDAD ESPACIAL Y VOLUMETRICA

Desde sus orígenes, en el Derecho Romano, se ha señalado como una de las características de los llamados «*derechos reales*» —y el DOMINIO es el derecho real por excelencia—, la relación de *inmediatividad* de su titular con el bien que constituye su objeto, por lo que, como regla general —puesto que caben excepciones—, es preciso que dicho objeto esté constituido por una *cosa material susceptible de ser apropiada* (art. 333 del Código Civil), bien sea MUEBLE o INMUEBLE (arts. 334 y 335). No obstante, existen algunos DERECHOS inmateriales que pueden ser *cosificados* por virtud de una *ficción legal*, como las «*concesiones administrativas*» o los «*derechos de aprovechamiento urbanístico*».

La doctrina jurídica, como es natural, acude, en principio, a las técnicas y conocimientos del momento para la determinación precisa de la naturaleza de los bienes que sirven de sustrato o soporte físico a los derechos subjetivos.

Y, al margen de las «*ficciones jurídicas*» aludidas, y en cierto modo, al margen también de las «*fuerzas o energías*» de muy diverso origen que pueden ser contadas y medidas, por lo que también pueden ser consideradas como objetos de derechos (como la electricidad), es evidente que todas las «*cosas materiales*» son de estructura «*tridimensional*».

Respecto de los bienes inmuebles, en cualquier situación, es también una realidad evidente que la PROPIEDAD de los mismos, aunque pueda expresarse de forma indeterminada (—«*todo esto es mío*»—), únicamente *puede manifestarse como un DOMINIO excluyente si se concreta sobre superficies o «volúmenes» determinados de tal forma que permitan su apropiación como presupuesto para su utilización o disponibilidad.*

En términos generales, *el espacio*, aunque en esencia sea el envolvente de todas las cosas sensibles que coexisten tanto en el SUELO como en el SUB-SUELO o en el VUELO, *no siempre puede ser considerado como algo totalmente indeterminado o «inmaterial»,* como lo es el aire —*res communis omnium*—, aún cuando esté todavía sin ocupar por una construcción. Porque, si el propietario de un fundo puede «*disponer*» y hasta necesita «*apropiarse*» del VOLUMEN espacial situado por debajo o por encima del mismo, para hacer en él «*las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan*» (art. 350 del Código Civil), la venta del «*espacio*» no es totalmente asimilable a la venta de algo todavía «*ideal*» o de una «*cosa futura*», que, por otra parte, también es posible si no está «*fuera del comercio de los hombres*» (art. 1.271 del Código Civil). Y tampoco es necesario recurrir a la doctrina de los «*derechos potestativos*», puesto que, en una técnica jurídica avanzada —de construcción científica no totalmente igual pero sí similar a las situaciones sobre objetos futuribles—, «*es admisible sin grave perturbación del ordenamiento jurídico que el propietario de un terreno pueda disponer del espacio superior o inferior por considerarlo como una extensión de su dominio sobre el suelo*» (SOTO BISQUER) (15), aunque, realmente, no se dispone del espacio aéreo sino del derecho a ocupar ese espacio, como tampoco se dispone del subsuelo sino del espacio que existe en el subsuelo. Y, por lo mismo que es posible constituir un «*derecho de superficie*» sobre un terreno o un «*derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo*», y también cabe concebir la venta de apartamentos «*a construir*» por estar meramente proyectado el edificio en el que se van a situar, «*nada impide —afirmar— que esa venta asegure, de golpe, un bien existente y perpetuo que será verdaderamente el objeto principal: el espacio que circundará las partes comunes del inmueble, espacio de antemano determinado por los planos verticales y horizontales; es decir, los metros cúbicos de es-*

(15) SOTO BISQUER, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 1971.

pacio, debidamente ubicados, que son poseídos o se venderán como cuerpos ciertos, y a los cuales se aplicará el efecto traslativo del contrato» (RENÉ SAVATIER) (16). De esta forma, el *espacio* puede ser considerado como una «cosa en sentido jurídico».

De hecho es frecuente ver anunciada la venta de solares con Licencia de construcción para un determinado VOLUMEN, y se venden e hipotecan, como hemos dicho, pisos meramente proyectados, y, hasta cabe transmitir a un tercero el derecho de elevar o profundizar una edificación actual mediante plantas futuras, e, incluso, transmitir el suelo o cederlo por «obra futura»; por lo que no cabe duda de que también se puede admitir, en términos de mayor generalidad, el establecimiento de una *ordenación jurídica* que regule la utilización y disponibilidad de los diversos APROVECHAMIENTOS que se puedan prever como independientes, tanto en el SUELO como en el SUBSUELO y en el VUELO de un mismo terreno; a lo cual se puede añadir, como hemos visto, el uso legalmente diferenciado del SUBSUELO más profundo para el *transporte subterráneo* o para la *investigación* en las *explotaciones mineras* y los mismos aprovechamientos de las *aguas subterráneas*. Y hasta sería posible construir toda una **teoría general de la PROPIEDAD ESPACIAL**, que vaya más allá de la mera cuestión de la *extensión vertical del dominio*, tanto hacia arriba como hacia abajo, en la que será preciso distinguir para su regulación diversas zonas, según la posibilidad de su uso, más o menos inmediato, por la proximidad a la superficie y, consiguientemente, por la mayor o menor facilidad de acceso y apropiabilidad («a medida que se aleje en la distancia de la superficie, tanto en el subsuelo como en el vuelo, se debilitará el poder de exclusión» (17), siempre que los diferentes ESPACIOS o VOLUMENES, con sus utilidades correspondientes, se deslinden adecuadamente y, al mismo tiempo, se determine también claramente la extensión de los derechos de cada uno de los posibles titulares, lo que deberá tener lugar sobre la base del principio de «autonomía de la voluntad» aunque sin sobrepasar los límites del orden público ni invadir las zonas de uso común o de reserva estatal. Y a estas determinaciones deberá añadirse la necesidad de una sujeción a los Principios Hipotecarios de «legitimidad» y «especialidad» para hacer posible la inscripción de los nuevos derechos emergentes en el Registro de la Propiedad.

Se puede concluir, por tanto, que siempre que sea posible, en cada caso concreto y en el estado actual de la ciencia y de la técnica, la determinación separada de la utilidad «potencial» de un fundo, tanto en el SUBSUELO

(16) RENÉ SAVATIER, «La propiedad del espacio aéreo», en *Revista de Derecho Urbanístico*, 1967.

(17) JERÓNIMO GONZÁLEZ, «La propiedad del suelo en sentido vertical», en *RCDI*, 1925.

como en el ESPACIO AEREO, de tal forma que permita situar con exactitud el «**volumen**» que se intenta aprovechar con independencia, también será admisible que dicho volumen «*pueda ser apropiado y hasta vendido por cubos*» u otras formas o figuras geométricas similares, medidas en «metros cúbicos», asimilándolo así a un «*cuerpo cierto*» con la suficiente entidad para que su utilización pueda ser objeto de derechos. También TORRES LLANA (18) alude a la posibilidad de la «**cosificación del espacio**», que se consigue, según dice, al determinarse en el planeamiento y en la correspondiente licencia de construcción el «**volumen de edificabilidad**» de cada terreno por la delimitación de la edificación posible en los proyectos debidamente aprobados, si bien este autor se está refiriendo a la extensión del «derecho a edificar» en los solares, propiamente dicho, y no a los «*derechos de aprovechamiento urbanístico*» en terrenos calificados como «*urbanizables*», que son otra cosa, según hemos indicado.

Ya JERÓNIMO GONZÁLEZ afirmaba que el objeto de los derechos no es sólo una superficie plana delimitada sino que siempre será preciso ocupar un «*espacio sobre y bajo el suelo*» que será de más o menos extensión, según la utilidad que se pretenda con la siembra, la plantación, la excavación o la construcción. Y, más modernamente, también, ARNÁIZ EGUREN (19) afirma que «*es ya una opinión plenamente compartida la de que el objeto de la PROPIEDAD puede perfectamente concebirse como un espacio cúbico, y de que ha quedado superado el tradicional concepto de que la propiedad alcanza sin límites a toda su proyección vertical superior e inferior, salvo las limitaciones resultantes de determinadas disposiciones legales de derecho público, como ocurre en el caso de la propiedad minera, de las aguas o de la navegación aérea. En este sentido, tanto la doctrina como la práctica admiten la posible configuración de objetos de derecho diferenciados sobre y bajo la rasante de la superficie del suelo, de forma que la finca ya no puede considerarse en su acepción clásica de porción de la superficie terrestre, delimitada por una línea poligonal, sino más bien como el espacio en el cual es posible la construcción de una edificación susceptible de propiedad independizada*».

* * *

Como hemos indicado, la potencia «expansiva» del DOMINIO de los terrenos (*propiedad elástica*), tanto por el SUBSUELO como en el espacio AEREO, cuya utilidad «global», en principio, sólo corresponde al dueño, no impide que pueda ser «fraccionada», y disgregada, transmitiendo a terceros interesados la utilidad correspondiente a cada «volumen geométrico» previa-

(18) TORRES LLANA, *La propiedad del vuelo*, Pamplona, 1977.

(19) ARNÁIZ EGUREN, *Aparcamientos subterráneos*, Editorial Tecnos, 1993.

mente delimitado. Y, para este supuesto se hace necesario el establecimiento de una adecuada *organización jurídica* de la *disociación del dominio*, lo que exigirá el sometimiento de la totalidad del terreno a una regulación especial que ordene, en su caso, la concurrencia de los derechos, como ocurre en todos los supuestos de *dominio plural*.

Aunque JERÓNIMO GONZÁLEZ también advierte que *el principio de «autonomía de la voluntad» se aviene mal con los «derechos reales»*, en el campo del **DOMINIO PRIVADO** la regulación específica del régimen jurídico de todas las formas posibles de DOMINIO PLURAL —si bien, siempre va a estar condicionada por las circunstancias de cada caso concreto según la clase y situación de los bienes—, vendrá dominada, en general, por dicho principio de *libertad dispositiva* (arts. 392 y sigs. y 1.255 del Código Civil). Por consiguiente, la ordenación de los DOMINIOS separados sobre el SUELO, el SUBSUELO y el VUELO, dependerá de la construcción jurídica que se propongan los propios interesados, según sus posibilidades y conveniencias. Y, consiguientemente, dicho régimen jurídico podrá ser configurado e impuesto, en principio, por el mismo propietario único o por los propios cotitulares de los distintos derechos y aprovechamientos constituidos en comunidad, los cuales deberán determinar la forma en que se van a construir los elementos físicos o *infraestructuras* necesarias y la *fórmula jurídica* adecuada que permitan la utilización independiente de los distintos espacios, tanto si viene establecida por el propietario inicial para enajenarlos a los terceros que los adquirirán en la forma predeterminada, como si la regulación se establece, en común, por la comunidad incidental o creada de propósito.

En nuestro Derecho actual, como ya hemos dicho, del mismo modo que el régimen de Propiedad Horizontal o de los Conjuntos Inmobiliarios puede ser ordenado, incluso *en proyecto*, mediante una regulación estatutaria de «*prehorizontalidad*», también es posible admitir, en términos de una mayor generalidad, el establecimiento de una *ordenación jurídica* de los distintos APROVECHAMIENTOS que se puedan prever, también en mero *proyecto*, tanto en el SUBSUELO como en el espacio AEREO, siempre que los VOLUMENES se deslinden adecuadamente y se determine claramente la extensión de los DERECHOS sobre cada uno de ellos, sobre la base del indicado principio de libertad de pactos, aunque sin sobrepasar los límites que vienen impuestos por la Ley y el orden público. No obstante, a todo esto se debe añadir la necesaria sujeción a los principios hipotecarios de «legitimidad» y «especialidad», si se quiere hacer posible su *inscripción en el Registro de la Propiedad*, cuya conveniencia, cuando no la absoluta necesidad, viene impuesta en estos casos por la ausencia de una apariencia externa consecuente con la inmaterialidad transitoria de esta especial situación.

De cara a su eficacia *erga omnes*, únicamente la «publicidad» registral proporcionará la «legitimidad» —presunta— a esta situación de futuro. Así lo

entiende, también, SANAHUJA TOMÁS (20), para quien la *PROPIEDAD* en su aspecto de «*derecho potencial*», pertenece a la categoría de los «*derechos potestativos*»; y, como tal, en cuanto puede ser causa de una futura «*modificación jurídica*», también será *inscribible* (arts. 2 LH y 7 RH); inscripción que será *indispensable* para que pueda darse a conocer, como ocurre en el derecho de opción, ya que la única «*apariencia externa*» va a ser la «*registral*», *al depender su efectividad real del ejercicio previo de una declaración de voluntad posterior a la constitución de aquel derecho, con la que se va a «materializar» aquel objeto que estaba en potencia*. De momento, pues, únicamente existirá una «*vocación*» a una especial cotitularidad en la cosa, a la que están llamados los titulares de las diversas utilidades previstas como posibles; pero la verdadera situación de «*dominio plural*» sólo se producirá una vez ejercitada la facultad reservada o adquirida.

Siguiendo este mismo razonamiento, también se puede deducir la necesidad de que en la llamada *propiedad espacial* sea necesaria una determinación concreta de cada *volumen* susceptible de una utilización independiente para que se cumpla el principio de «*especialidad*». Pero, por lo mismo, también será indispensable el señalamiento de un «*plazo máximo*» para ejercitar la facultad de apropiación del espacio, que conllevará la materialización del objeto, ya que nuestro Derecho es contrario a la perpetuación de los derechos potestativos. Y es que, como señala la doctrina, en todo «*derecho potestativo*» es preciso distinguir dos fases: Una primera, en la que sólo existe un derecho de *hacer y de mantener*, que implica una relación entre el dueño y el titular del derecho potestativo, y otra etapa posterior, en la que se produce la *materialización* de una propiedad separada. El ejercicio de la primera fase implica «*un facere*», y la última exige ya la existencia del objeto determinado (STS de 24 de marzo de 1992 y 4 de febrero de 1993).

Actualmente, sin embargo, son varios los autores que opinan que no hay necesidad de recurrir a la doctrina de los «*derechos potestativos*», y que debe admitirse la negociación de los «*volúmenes espaciales*», tanto aéreos como subterráneos, como verdaderos *objetos jurídicos del DOMINIO*, puesto que el progresivo avance de la ciencia, de la ingeniería y de las técnicas de la construcción permiten descubrir nuevas formas de aprovechamiento independiente de los espacios subterráneos y aéreos cada vez más profundos o más elevados. Y, por lo mismo, también se debe procurar el acceso al Registro de la Propiedad de estas nuevas formas de riqueza que les va a permitir aprovecharse del acceso en forma directa al crédito hipotecario y a proporcionar la protección jurídica necesaria para su reconocimiento y eficaz desarrollo.

(20) SANAHUJA TOMÁS, «En torno al vuelo de las fincas urbanas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972.

La construcción jurídica de la «*propiedad privada*» en el «subsuelo», y también en el «espacio aéreo», delimitada por «*volúmenes*» o «*espacios cúbicos*» perfectamente deslindados por sus tres coordenadas geométricas, y ubicados en planos situados en profundidad, por debajo de la superficie, o en altura, sobre sólidas estructuras materiales, puede configurarse de diversas maneras:

1. Como **DERECHO REAL** concedido a un tercero, sobre un espacio en el subsuelo o en el vuelo, al amparo del *númerus apertus*, al modo del «derecho de superficie» o del llamado «derecho de levante» (art. 16.1 y 2 RH), que exigirá la determinación y delimitación precisas por el mismo propietario del suelo del «*volumen espacial*» aprovechable, cuya utilización se pone a disposición de un tercero.

2. Como **DOMINIO DIVIDIDO** en «*espacios cúbicos*» ubicados en la *extensión vertical del suelo, separados por planos horizontales*, que conlleven la atribución de utilidades independientes por debajo o por encima de una determinada «cota» (fórmula prevista en la Resolución de 13 de mayo de 1987, que si bien no permite la «creación de una nueva finca» mediante la segregación de volúmenes totalmente independientes de la finca de que proceden, admite una fórmula similar al «*dominio útil*» para cada volumen, al que se le podrá abrir «folio autónomo», aunque deba estar conectado con el de la «finca principal»; regulándose las zonas comunes con las necesarias «*servidumbres*», según explica el Notario en su informe).

3. Como **COMUNIDAD FUNCIONAL** al modo de la «*Propiedad Horizontal*», que exigirá el establecimiento consorciado de un Estatuto regulador de los acuerdos de los condueños y la determinación de «*cuotas*» para cada elemento o componente: el *suelo* hasta la cota «x» por arriba y hasta la cota «y» por debajo; el *vuelo* desde la cota señalada en altura, y el *subsuelo* desde la cota señalada en profundidad.

En todo caso, siempre estaremos en presencia de un *pluridominio compartido*, que precisará de una «*organización*» adecuada para la utilización común de esas potentes «*estructuras*» y el aprovechamiento independiente de los distintos «espacios cúbicos», cuya regulación variará según la fórmula jurídica que se elija. La «construcción» de los elementos físicos que hagan posible esa utilización por separado de los APROVECHAMIENTOS concurrentes, y también el «mantenimiento» de los mismos, su «reposición» o «reconstrucción» en caso de deterioro o destrucción total o parcial, y el «seguro» indispensable, tendrán diversas soluciones, según la figura jurídica adoptada, y su elección dependerá de la voluntad de las partes, atendiendo fundamentalmente a la finalidad que se persiga, pero también a la clase de financiación que se ha de utilizar, y a las consecuencias más o menos previsibles en el futuro.

En el caso del DERECHO REAL (que puede ser «temporal» o «perpetuo» como las servidumbres), las estructuras deberán ser construidas por el propietario del suelo, que quedará obligado a mantenerlas, e incluso a reponerlas, de forma que permitan el uso adecuado a su finalidad por el titular del derecho adquirido durante todo el tiempo del contrato.

En el caso del DOMINIO DIVIDIDO (normalmente «perpetuo»), será susceptible de una doble solución: O que la construcción y mantenimiento de las estructuras sean de cargo del nuevo propietario del dominio «útil» del espacio, quien, con el consentimiento del propietario del suelo (y claro es, con las licencias pertinentes) deberá construir y mantener las obras adecuadas que hagan posible su utilización; o bien que sean costeadas por el propietario del suelo que disponga la nueva forma de su utilización para, seguidamente, una vez instaurada, proceder a su enajenación. Y su mantenimiento puede ser regulado por ambos conforme a unos Estatutos de la propiedad dividida. Pero, en el supuesto de destrucción de las estructuras por caso fortuito o de fuerza mayor, se perderán para su respectivo dueño.

En el caso de la COMUNIDAD FUNCIONAL («perpetua» o temporal), deberán intervenir todos los copropietarios en su constitución, lo que exigirá su configuración en la finca como una «comunidad por cuotas», cuya reglamentación o Estatuto regulará su funcionamiento, e incidirá en la propiedad del terreno en caso de destrucción de las obras.

* * *

Según la doctrina más moderna, en las construcciones jurídicas de los derechos sobre el *SUBSUELO* y sobre el *VUELO* no siempre se tratará de constituir auténticos **DERECHOS REALES** que afecten, graven o limiten la propiedad ajena. Y tampoco serán suficientes las diversas formas de **COMUNIDAD** para atender adecuadamente a operaciones separadas y permanentes en el tiempo sobre **VOLUMENES** que requieran una completa y total *independencia*, por el necesario sometimiento a un Estatuto o reglamentación comunitaria que inexcusablemente impondrá la adopción de los acuerdos por unanimidad o mayoría, según los casos. Por ello, por los autores que se han ocupado específicamente del tema, se pronuncian, como más conveniente, por la fórmula del **DOMINIO DIVIDIDO**, que permite una más perfecta regulación jurídica de la «conurrencia» de los distintos **APROVECHAMIENTOS** diferenciados, considerándolos como verdaderos **DOMINIOS independientes**; de igual modo que dicha doctrina es también perfectamente aplicable a los supuestos de disfrute de un mismo bien en **TIEMPOS** sucesivos (*multi-propiedad o aprovechamientos por turnos*), e, incluso, a las situaciones de futuro que presentan un *valor económico «potencial»*, como ocurre en los *derechos de aprovechamiento urbanístico*, en su consideración separada de la

finca que los genera y todavía «no materializados» en las parcelas de resultado, pero de posible negociación independiente, por lo que su titular ostentará ya un derecho actual de contenido económico pleno y con fuerza «expansiva», puesto que, una vez aprobado debidamente el Proyecto de Compensación o la Parcelación correspondiente, se transformará en un verdadero DOMINIO, y quedará integrado en la titularidad de la nueva finca, aunque a veces queden concretados en un coeficiente o cuota».

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (21) se declara también partidario de admitir, para estos supuestos, la singular situación del «**DOMINIO DIVIDIDO**, o «**comunidad pro-diviso**», como figura jurídica autónoma, distinta del «derecho de superficie» e incluso del «derecho de elevación o subedificación»; y reafirma que es una fórmula admitida por gran parte de la doctrina al amparo del principio de libertad de pacto y de la teoría del *numerus apertus* en los derechos reales, lo cual permite la aplicación de las escasas normas previstas legalmente para aquellos supuestos ya regulados, lo mismo que sus teorías. Ello permitirá atender a la regulación de los diversos APROVECHAMIENTOS, totalmente independientes unos de otros, por razón de las diversas UTILIDADES que puedan obtenerse de una misma parcela, en su *superficie* y en su *vuelo* o *subsuelo*, «disgregando los derechos respectivos sobre cada espacio, los cuales podrán ser ejercitados a perpetuidad y con total independencia, sin entorpecerse». Y esta fórmula de «cotitularidad», dice, puede ser aceptada *incluso aunque uno de los dominios sea «demanial» y no pierda ese carácter en su conjunción con el otro «dominio privado*». En estos casos de propiedad separada, o **copropiedad pro-diviso**, cada titular «*será dueño total de la finca, pero sólo en cuanto a una determinada utilidad*». Y no estará, por tanto, sujeta a límites temporales (como en la «concesión» o en el «derecho de superficie»), «*aunque sólo en uno de los dueños concurrentes se dé la facultad de construcción (por ejemplo, porque sólo sea posible la edificación subterránea), y en el otro, las demás facultades de aprovechamiento (suelo útil por arriba para otros usos)*».

Y de cara el REGISTRO DE LA PROPIEDAD, debe admitirse que cualquiera de esos dominios o aprovechamientos independientes pueda abrir «*folio real*» en la «inmatriculación» o primera inscripción de la finca en que se ubiquen (al modo de los dominios «directo» y «útil», según el art. 377 del RH), ya que la exigencia de que la «primera inscripción sea de dominio» no debe referirse a un dominio global en el sentido de «íntegro» en la cosa, sino de cada utilidad en especial, aunque también, para la descongestión de la hoja registral correspondiente de la finca se podrán abrir folios independientes *subordinados* a cada uno de los dominios separados, como ya se admite en

(21) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 3.ª ed., Colegio de Registradores, 1999.

la Propiedad Horizontal y en el supuesto regulado en el artículo 68 RH para las plazas de garaje adscritas a cada cuota indivisa del local o departamento destinado a este fin. Y en la citada Resolución de 13 de mayo de 1987, se recomendó la misma técnica para la inscripción separada de los derechos sobre *volúmenes subterráneos* cuyo aprovechamiento se pueda independizar, aunque sin total desconexión de la finca en la que se sitúan, similar por tanto al *dominio útil*, quizá por la única razón de que el actual Registro, que data de 1861, se descartó, desde sus orígenes, por el sistema técnico del *folio real*, es decir, «por fincas».

Pero, tanto en el Catastro como en la sujeción a los impuestos correspondientes (IBI), será muy conveniente que *los distintos DOMINIOS figuren con total independencia*.

En la esfera de las previsiones económicas, una vez concretado el DOMINIO actual, que será el correspondiente a la utilidad del momento, el posible APROVECHAMIENTO futuro y potencial de una finca, o el exceso del mismo que no vaya a ser aprovechado por sus dueños, tanto en profundidad como en altura, es decir, lo que no pueda ser utilizado o apropiado por los actuales titulares de derechos en la finca —no sólo por su falta de iniciativa sino incluso por la ausencia de medios y posibilidades materiales—, bien puede ser considerado, a veces, como algo «ajeno» a los mismos, carentes incluso de interés en oponerse al aprovechamiento por terceros; y por lo mismo, conforme a teorías modernas, como la del *ius usus inocui* o de la prohibición de los «actos de emulación» y otras *socializadoras*, la utilidad no aprovechada deba pasar a ser del común, bien como «demanial» o «patrimonial» del Estado, bien como una *res communis*, si tiene utilidad pública, o como una *res nullius*, si carece de ella. Esto es lo que opina MONTES PENADÉS (22), aunque no faltan los que asignan, de oficio, a esos nuevos aprovechamientos, *la misma identidad que tenga el dominio del suelo* al ser considerado éste como una propiedad jurídica «elástica», y, en su caso, hasta «reversible» al global inicial desde el momento en que se extinga algún aprovechamiento que fue disgregado y quede vacante, para no dar lugar a un abandono que justifique la aplicación de la antigua Ley de Mostrencos, actualmente artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado. Y lo mismo debe tener lugar cuando surja un cambio natural del destino del bien, o un nuevo impulso técnico y científico que permitan una productividad mayor y una utilidad diferente, *ya que*, conforme a las teorías más avanzadas, *la propiedad privada sólo cesará cuando sea totalmente inalcanzable un interés efectivo para el dueño que pueda fundamentar una oposición a la actividad de otros; pero, ni siquiera en este caso cesará su función social*.

(22) MONTES PENADÉS, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, Tomo V.

No cabe duda de que cualquier nuevo *status* natural o impulso científico que permita un mayor APROVECHAMIENTO independiente del ESPACIO, en cuanto se pueda traducir en un nuevo valor económico, podrá ser *transmitido* a otros «por cualquier título». Y hasta, en sentido *negativo*, cabe *asumir la prohibición que pueda venir impuesta, «con carácter real»*, por un tercero en el uso de ese nuevo aprovechamiento del espacio, cuando tiene su justificación en alguna finalidad concreta que le sirve de «causa», como es el caso de la *servidumbre «altius non tollendi»*, consistente en la prohibición de construir o dar mayor altura a la edificación existente en el predio sirviente, convenida *para no privar de luz al predio dominante*, reconocida como tal *servidumbre real* en la STS de 24 de junio de 1967, por lo que se impone su respeto siempre que derive de un «contrato válido» con existencia de una «justa causa», ya que se trata de prohibir algo que sin dicha servidumbre sería lícito, y, por tanto, debe operar con el límite del orden público, por lo que habrá de cesar, por ejemplo, si la Legislación Urbanística o las Ordenanzas Municipales imponen la obligación de edificar o señalan una altura obligatoria.

V. LA DISOCIACION DEL DOMINIO EN LA PROPIEDAD PUBLICA. LOS APARCAMIENTOS SUBTERRANEOS Y LOS VOLUMENES ESPACIALES INDEPENDIENTES. SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Todas las formas posibles de utilización del SUBSUELO como objeto jurídico independiente de SUELO —y lo mismo puede decirse del espacio AE-REO—, pueden presentarse tanto en la *propiedad PRIVADA* como en la *propiedad PUBLICA* o «*demanial*». En todo caso, también para el uso o disfrute por separado de un ESPACIO ubicado en la proyección vertical, por arriba o por abajo, de un terreno de DOMINIO PUBLICO, será preciso elegir la fórmula de su «*configuración jurídica*», que deberá ser la adecuada a las facultades que se van a transmitir a un tercero, bien como un simple DERECHO REAL temporal atribuido a un particular, en cuyo caso lo adecuado será la *concesión administrativa*, o como un DOMINIO perpetuo compartido, en comunidad o dividido, según la forma de cotitularidad que se adopte en cada caso concreto para la finalidad perseguida. Pero será en la fórmula del **DOMINIO DIVIDIDO** donde se presenten mayores problemas, sobre todo si lo que se pretende es que el nuevo «espacio útil», o el «volumen» susceptible de un aprovechamiento independiente a partir de una determinada «cota» en altura o en profundidad, *pase a ser de DOMINIO PRIVADO*, generando, por ejemplo, nuevos espacios aptos para la edificabilidad, *permaneciendo en la esfera «demanial» la utilización de la superficie terrestre*, únicamente con las «capas» del subsuelo o del vuelo más inmediatas y del grosor necesario para ese aprovechamiento

«público». Para ello será imprescindible, tanto la previa «*desafectación*» del ESPACIO superior o inferior delimitado e independizado —en valor o utilidad económica exclusivamente—, del suelo, como la subsiguiente declaración de «*alienabilidad*» de aquél (cabe también la situación *inversa*), referidas, ambas operaciones, el «volumen espacial» o «cuerpo cúbico» en el que se va a asentar el DERECHO concedido a un tercero para un DESTINO prefijado, de tal forma que quede perfectamente deslindado en altura o en profundidad, y que ello tenga lugar, además y en su caso, *dentro de los límites permitidos por los Planes de Urbanización en cuanto a la diversa utilización asignada a los terrenos o, incluso, a los respectivos espacios.*

A pesar de las dificultades que presenta esta fórmula, sobre todo por las formalidades y trámites que exige la «desafectación» y los obstáculos que puede ser necesario superar para coordinar los intereses públicos y privados, no cabe duda de que pueden ser mayores las ventajas respecto de otras figuras jurídicas, ya que, al configurarse como DOMINIOS separados, los APROVECHAMIENTOS respectivos funcionarán en cada ámbito espacial de forma totalmente independiente, sin quedar sometidos, inexcusablemente, a un estricto «régimen de comunidad *por cuotas*» (bastaría un convenio sobre los gastos en los elementos comunes), como en la Propiedad Horizontal o en los Conjuntos Inmobiliarios, que podría ser «inadecuado» para un terreno que, en parte, debe mantenerse en el dominio público y cuyo uso y disfrute «demanal» va a seguir siendo el primordial, a pesar de lo cual en un régimen normal de Propiedad Horizontal cualquier variación del uso habría de contar siempre con el acuerdo adoptado por mayoría o por unanimidad de los copartícipes, según lo estipulado en los Estatutos de la Comunidad, con pérdida o limitación para la Administración del *ius variandi* exclusivo para el futuro del aprovechamiento público.

Por consiguiente, todo lo que llevamos indicado sobre el DOMINIO DIVIDIDO, incluso en cuanto al carácter (*privado o público, común o nullius*) que debe tener el posible nuevo APROVECHAMIENTO por los terceros de los «excesos» o «sobrantes» en la utilidad de un terreno que resulten inalcanzables para el actual titular dominical según el estado normal de la técnica (23), tiene una especial aplicación en el caso de los BIENES DE DOMINIO PUBLICO, bien sean de USO PUBLICO o PATRIMONIALES del Estado o de las Corporaciones Locales, y según que dicho carácter *demanal* lo sea por razón de su naturaleza o destino, en cuyo caso serán de USO COMUN, como las playas y las riberas o las calles y las plazas públicas, o como consecuencia de un acto administrativo expreso de *afectación* a un determinado SERVICIO PUBLICO, conforme a la clasificación de los ar-

(23) PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*.

tículos 338 y 339 del Código Civil, complementada por otras disposiciones legales específicas que regulan el Patrimonio Estatal o de las Autonomías y el de los Ayuntamientos y demás Entidades Locales.

Si, como hemos indicado en la primera parte, el DOMINIO, o la PROPIEDAD JURIDICA, se ha de referir a la apropiación por un título «legítimo» del APROVECHAMIENTO de cada una de las utilidades de la cosa, y el DERECHO DE LA PROPIEDAD alude a la regulación del DOMINIO «global» en la misma cosa, también el DOMINIO PUBLICO de los terrenos puede presentar variadas formas de DOMINIO o APROVECHAMIENTO *«disociadas jurídicamente»*, tanto en el VUELO como en el SUBSUELO, si en cada una de esas zonas cabe la delimitación de VOLUMENES o espacios cúbicos deslindados por formas geométricas tridimensionales y susceptibles de utilización independiente. Cada uno de esos espacios superpuestos en la verticalidad del terreno podrá pertenecer a un grupo distinto dentro de la «escala de demanialidad» indicada. E, incluso, cabe su concurrencia con el *«dominio privado»* —y así tiene lugar de modo indudable en otras fórmulas, como la Propiedad Horizontal—, lo que presupone también su posibilidad en otras figuras jurídicas, como la del *dominio dividido* por planos, en la que cada uno de los espacios diferenciados quedará sometido al régimen jurídico específico que corresponda a su condición *demanial, patrimonial o privada*.

Y es que, la tendencia, cada vez más intensa en el Derecho Civil general —y por tanto también en el Derecho Administrativo en cuanto aquél es supletorio de éste—, no exenta de razones de utilidad común, a considerar, *«sin condena jurídica»* alguna, situaciones de cotitularidad, pluri-dominio o *dominio plural*, porque no deban tenerla los aprovechamientos concurrentes, en cualquier forma de titularidad común, si existe el debido reconocimiento *recíproco* a la individualidad de cada uno, esa tendencia permitirá, sin duda, aprovechar los estudios hechos para la «comunidad en general», en cuyos estudios, por otra parte, se comprenden variedad de fórmulas de titularidad comunitaria e incluso ideas avanzadas de *«comunidades funcionales»* contrarias a la exclusión del condominio por antieconómico y antijurídico, y por tanto también contrarias a las figuras legales tendentes a facilitar su conversión en propiedad unitaria (*tanteos, retractos, reversión...*), las cuales sólo deben actuar cuando no exista otra forma «más ventajosa» de *utilización compartida*. Es una realidad que cada día se tiende más a favorecer la admisión de comunidades buscadas de propósito para determinadas finalidades que incrementan las utilidades del bien común, como ocurre con los *«elementos procomunales»* en el régimen de Propiedad Horizontal o en los Conjuntos Inmobiliarios, o en el sistema, muy generalizado, de las *plazas de garaje* representadas por una cuota indivisa de un local que atribuye el uso y disfrute exclusivo de un espacio para el aparcamiento de vehículos, sin desconocer fórmulas modernas —*Clubs, Trustee, Cártels, Galerías Comerciales, activi-*

*dades varias en sede común, titularidad de acciones en hoteles, en sociedades deportivas o en complejos de apartamentos, con derecho a los servicios globales de alojamiento por un tiempo determinado en cada año», o el mismo «timesharing», plasmado en la Ley 42/1998, relativa al derecho de aprovechamiento de fincas por turnos de tiempo, vulgarmente conocido por *multi-propiedad* (24), etc.—, que reconocen en general el «valor de lo compartido», aunque de hecho aparezcan como más importantes los derechos individuales separados en el «espacio» o en el «tiempo».*

No obstante, en la esfera común del **DOMINIO PUBLICO** en su relación con el **DOMINIO PRIVADO**, la complejidad del problema aumenta, tanto por la condición mixta de su reglamentación jurídica (civil y administrativa) como por los intereses (públicos y privados) puestos en juego.

Dice ARNÁIZ (25), que «la división de los inmuebles por planos verticales, cuando se trata de bienes demaniales, no es ajena a nuestro derecho positivo», sino que, por el contrario, es donde surgen los primeros ejemplos, como el de la propiedad minera, o, actualmente, la propiedad pública de todas las aguas subterráneas. Y sigue diciendo que «en el terreno de los conceptos es perfectamente posible la compatibilidad de la propiedad pública subterránea, con calificación de demanial, y la propiedad privada sobre el plano superficial». Y aunque el supuesto que estudiamos se produce exactamente a la inversa («aprovechamiento privado del subsuelo de los terrenos públicos») también lo considera posible.

En todos estos casos de concurrencia del **DOMINIO PUBLICO** con un **DOMINIO PRIVADO**, los «derechos subjetivos» de los particulares pueden manifestarse, bien por haber sido especialmente *convenidos en* determinados actos singulares —por ejemplo, en los *convenios urbanísticos*—, o en *contratos* válidamente celebrados con la Administración, conforme a las reglas y formas administrativas, sobre todo en el caso de los bienes *patrimoniales* —arrendamiento—, o bien por estar *autorizados*, también singularmente, por las *Leyes*, las cuales pueden permitir, en casos concretos, un determinado APROVECHAMIENTO privado en bienes *demaniales*, facultando expresamente a los interesados a realizar determinados usos mediante un acto administrativo expreso —«autorización» o «concesión»— o por no estar afectados por una norma prohibitiva o imperativa, ya que de este modo se debe entender permitido lo que no se prescribe.

Generalmente se afirma que la «concesión», en cuanto fórmula jurídica que atribuye a una persona «privada» el uso o disfrute de bienes inmuebles «públicos» —*derecho real condicionado a un «interés público»*—, es la única forma de aprovechamiento por los particulares de los bienes «demaniales»,

(24) Denominación que la propia Ley rechaza como inadecuada

(25) *Los aparcamientos subterráneos*. Editorial Tecnos, 1993.

por cuanto es también la única forma que permite mantener un *control permanente* por la Administración, al menos con respecto al uso por los particulares de los bienes de «*dominio y uso público*», ya que los bienes «*patrimoniales*» del Estado, que son los que le pertenecen como «*propios*» y que, por tanto, están sometidos a igual régimen que los de pertenencia particular —si bien con la especialidad correspondiente a su singular titular—, pueden ser explotados directamente por la Administración o ceder su utilidad a un tercero por cualquier título legítimo, e incluso transmitirlos de modo definitivo cumpliendo los requisitos establecidos para su enajenación.

No obstante, si cabe que los de la primera categoría, es decir, los de uso «*demanial*», puedan pasar a la segunda mediante un acto expreso de **DESAFECTACION** que los «*patrimonialice*», tampoco tiene que ser la «*concesión*» la única forma de aprovechamiento de los bienes públicos por los particulares, ya que, al igual que en el *derecho de superficie*, son fórmulas jurídicas que por su control administrativo y sus límites en el tiempo y en el clausulado y por la «*reversión*» que conllevan, no siempre sirven para empresas que se fundamentan en la perpetuidad y en la ausencia, o al menos la minimización del control administrativo.

El supuesto más puntual se produce en el examen de la *posibilidad de utilización como dominio PRIVADO de espacios o VOLUMENES CUBICOS que pueden situarse en el SUBSUELO* —y, en su caso, también en el VUELO—, de terrenos de dominio y uso PÚBLICO. Es el problema general que se plantea la doctrina jurídica respecto de la «*extensión del dominio en sentido vertical*» cuando tiene lugar por la *coexistencia de los dominios PRIVADO y PÚBLICO, en concurrencia sobre un mismo terreno, cuyos respectivos APROVECHAMIENTOS recaen sobre VOLUMENES superpuestos diferenciados*.

Nada hay que objetar a la figura de la Propiedad Horizontal, en la que, tanto la práctica como la doctrina, no plantean ninguna duda en cuanto a la posibilidad de la coexistencia de departamentos de propiedad privada con otros de dominio público, siendo un supuesto donde siempre ha quebrado la exclusión de la necesidad de ser inscritos en el Registro de la Propiedad los bienes de dominio y uso público, lo mismo que los de la Iglesia católica (arts. 5 y 6 del RH, que han sido modificados profundamente también por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre) (26). La Resolución de 16 de diciembre de 1994 llega a admitir la inscripción de un edificio de titularidad pública, en parte demanial y en parte *patrimonial*, incluso sin necesidad de su

(26) La SENTENCIA de 31 de enero de 2001, ya citada, anuló la modificación de dichos artículos del RH, en cuanto la nueva redacción «reglamentaria» parece imponer la *obligatoriedad de su inscripción al margen de su especial régimen jurídico*, pero reconoce expresamente la *conveniencia* de que se lleve a efecto.

división horizontal. Y lo mismo ocurrirá en la inscripción «necesaria» de los proyectos urbanísticos, en los que deberán constar, necesariamente, los respectivos usos y destinos de todos los terrenos, bien sean públicos o privados, con su subsuelo o vuelo incluidos.

La doctrina se plantea el problema de si la *desafectación* del demanio debe ser «*expresa*» en todo caso, es decir, mediante un acto administrativo de igual importancia que el de «afectación», o puede ser «*fáctica*», y por tanto producirse «de hecho» por la variación material o natural de su destino. Y también entra en discusión sobre la posibilidad de que la necesaria *patrimonialización* se produzca por la eficacia de la institución de la «*prescripción*», en sus dos modalidades, «*adquisitiva*» (usucapio), y «*extintiva*» (liberadora), puesto que, si mediante ella, o lo que es igual, por la posesión continuada en el uso privativo durante un tiempo, se pueden adquirir por los particulares los bienes patrimoniales (art. 25.2 de la Ley del Patrimonio del Estado), o si con anterioridad se ha podido extinguir por el mismo paso del tiempo el uso *demanial*, también estas consecuencias pueden ser aplicables a los diversos APROVECHAMIENTOS de un inmueble.

La doctrina moderna, en general, es contraria a la *desafectación fáctica*, aunque no faltan autores que aluden a la necesidad de que el mantenimiento de la *vinculación* de un bien o de un terreno a una determinada finalidad pública venga determinada por la objetividad del *destino*, que siempre tendrá como «medida» *lo que demande la utilización de ese bien, según el propio criterio materialista o finalista del interés público* (27).

Se ha dicho por los contradictores, que la PRESCRIPCIÓN y la USUCAPION no hacen sino «legitimar» situaciones ilícitas y por tanto ilegales, y que nadie debe beneficiarse de sus propios actos ilícitos, y menos en menoscabo del interés público. No obstante, para la mayoría de la doctrina, la justificación legal de estas instituciones no está en la legitimación de actos ilícitos sino en ser *medios de prueba del «título»* y que, en todo caso, justifican la *consolidación de situaciones «fácticas»*; por lo que su fundamento *objetivo* está en la «seguridad jurídica» y el *subjetivo* en la presunción de abandono por parte del dueño.

GARCÍA DE ENTERRÍA (28), en una sugestiva doctrina, pone de relieve que la «*imprescriptibilidad*» del DOMINIO PÚBLICO se ha considerado, de antiguo, como una «*garantía de la permanencia de una cosa o de un derecho respecto de una situación de interés general*». Y que, como consecuencia, por ser indispensable el mantenimiento del «control» del uso de los bienes públi-

(27) LÓPEZ PELLICER, «Sobre el uso y aprovechamiento del subsuelo en el ámbito urbano», en *El Consultor*, núm. 23, diciembre de 2000.

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, 1974.

cos por parte de la Administración, su uso excepcional por los particulares sólo puede nacer de una «concesión», en la que la cláusula de «reversión» funciona como una reserva defensiva frente al juego de la *prescripción (usucapión) inmemorial*. Pero, con la introducción del régimen administrativo contrario al *absoluto*, el dominio público pasó a ser considerado un *instrumento* y el mismo *contenido* de la función pública, con lo que el requisito de la «imprescriptibilidad» quedó como un «residuo histórico» innecesario, ya que «no se debe extender a las cosas materiales, las cuales pueden ser de uso público eventual y no asentarse sobre ellas en todo momento y de modo perpetuo el demanio». En consecuencia, dice, la propiedad pública *demanial* puede entrar en el comercio de los hombres por la «*desafectación*» de su finalidad pública («*patrimonialización*»), y quedar sometida a los modos ordinarios de enajenación y prescripción. Y esa «*desafectación*» se puede producir, no por decisión de la autoridad sino «*por la inferencia de la posesión de un particular*», que ha comenzado por apartar «*de hecho*» la cosa de su función pública y la utiliza *patrimonialmente* («*desafectación fáctica*»).

Incluso, se puede añadir en favor de esta tesis, la afirmación de que la persistencia de una situación de «*uso contrario al carácter público*», sin que nadie la impugne, «*constituye un serio motivo para creer que se está fundamentando o creando un modo de adquirir conforme a derecho*», el cual, en algunos supuestos hasta puede ser considerado como un «*premio*» que se concede como contraprestación a un esfuerzo beneficioso para la sociedad, por ejemplo, en el saneamiento de las «*marismas*» o terrenos insalubres (Leyes de Puertos de 1880 y 1928 y la actual Ley de Costas y su Reglamento). Y, por lo mismo, también puede serlo el aprovechamiento privado de bienes abandonados, o no bien utilizados, o que puedan ser *mejorados conforme a técnicas modernas* que exigen ciencia, nuevos estudios e inversiones audaces, sobre todo si también existe en ellos un manifiesto *interés público* (como ocurre con el SUBSUELO para APARCAMIENTOS SUBTERRANEOS, que es el objeto concreto de este trabajo, por razón de las crecientes necesidades sociales de espacios para ese destino en las ciudades modernas).

Y, llevadas estas opiniones a sus últimas consecuencias, puede también afirmarse que el mantenimiento de una situación permanente de «*no uso público*» del *subsuelo* sería de iguales efectos que la declaración *ipso facto* como sobrante por no haber tenido desde antiguo ninguno, lo que nos lleva, cuando menos, a su *patrimonialización* «*de hecho*»; conclusión que puede tener su apoyo en el artículo 122 de la Ley del Patrimonio del Estado, que dispone que «*en los casos de deslinde del dominio público, los terrenos sobrantes se integrarán en el Patrimonio del Estado*», aunque el artículo siguiente exija la *recepción formal de tales bienes por el Ministerio de Hacienda*, ya que, «*en tanto la misma no tenga lugar seguirán teniendo aquellos el carácter de dominio público*».

Quizá, la **Constitución de 1978** dificulte la aplicación de esta excepcional doctrina al disponer en su artículo 132.1, que «*La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación*». La **Ley del Patrimonio del Estado**, Texto Refundido aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y el Reglamento aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre (art. 120); y la **Ley de Bases de Régimen Local**, 7/1985, de 2 de abril, y el Texto Refundido de 18 de abril de 1986, y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (arts. 80 de la Ley y 5 del Reglamento) al igual que el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (art. 50.3) y la **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, **sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común** (art. 43.2), parten de los mismos principios. Y en todas ellas se regula la posibilidad de la **desafectación** de los bienes de dominio público, mediante el correspondiente expediente administrativo, tramitado por el Ministerio de Hacienda y la Dirección General de Patrimonio del Estado en el caso de los bienes *demaniales* (arts. 120 y 121 de la Ley del Patrimonio del Estado y 221 y 222 del Reglamento) y por la Corporación Local en el supuesto de los bienes *municipales* (art. 81 de la Ley de Régimen Local). Por lo demás, según esta última, la aprobación del Planeamiento Urbanístico produce de modo automático —*ope legis*—, la alteración de la calificación jurídica del bien.

La **Jurisprudencia postconstitucional** reafirma estos principios y sostiene el carácter «*imprescriptible*» de los bienes de «uso público» que lo son *por naturaleza*, lo mismo que los bienes de «dominio público estatal» *determinados en la Ley, imponiendo el retorno a esa condición si la habían perdido «de hecho» o incluso por sentencia judicial* (STS de 6 de julio de 1988, relativa a unos terrenos situados en La Manga del Mar Menor), y disponiendo que la zona marítimo-terrestre tiene un indiscutible carácter *res communibus omnibus hominibus*, lo que conlleva su «*absoluta inalienabilidad o indesafectabilidad, no por ser demanial, sino común a todos los hombres*». Y esta misma condición puede ser atribuida a los terrenos destinados a *zonas verdes o espacios de uso público especialmente protegidos*.

No obstante, incluso en esa importante y rigurosa sentencia se suavizan las consecuencias absolutas de la imprescriptibilidad que se declara, y llega a reconocer el derecho a una indemnización a los que quedan privados de su propiedad —*incluso aunque esté protegida por el art. 34 de la Ley Hipotecaria*—, a la que considera como una especie de «*dominio degradado*».

De todas formas, de las anteriores consideraciones también se puede deducir el principio de que «*ningún valor económico debe ser desconocido*», al

menos en su *función social última*; por lo que, si es posible, en términos generales, el cambio de la calificación jurídica de los bienes *demaniales* a bienes *patrimoniales*, mediante una *desafectación total*, siguiendo los cauces legales, también será posible un cambio parcial *respecto de uno sólo de sus aprovechamientos*, por ejemplo, localizado en el *subsuelo* o en el *vuelo*, sobre todo si esa mutación viene exigida por una mejor o más completa utilización del bien en razón del interés general, sin que resulte perturbado el interés primordial de carácter público; cuestión, ciertamente, nada novedosa por no modificar el sentir tradicional sobre el concepto «relativo» de la *inalterabilidad* del dominio público, en el que, al margen de los privilegios, siempre ha habido excepciones justificadas (*ius variandi*).

Podrá discutirse la necesidad o no de una «*desafectación expresa*»; pero la transformación del carácter «*demanial*» del SUBSUELO de una determinada finca (e incluso de volúmenes «edificables» perfectamente delimitados en el VUELO), en un bien «*patrimonial*» a los efectos de asignarles un distinto uso, e, incluso, para su posterior enajenación, es perfectamente posible, y así lo reconocen expresamente autores tan destacados como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, DÍEZ PICAZO y ARNÁIZ EGUREN. La situación final será la misma que tendría lugar si la operación se realizara a la inversa, es decir, si el propietario de un aparcamiento subterráneo construido con total legalidad en un terreno de dominio privado, cediera el suelo para un uso público, y así fuera aceptado por la Administración. Y lo mismo ocurrirá si en una operación urbanística, o derivada de una expropiación forzosa, se adoptase la misma solución, al limitarse la utilidad de interés público a una sola capa espacial, estableciéndose, en consecuencia, una propiedad dividida: *pública* en el SUELO y *privada* en el SUBSUELO, o a la inversa.

En rigor, todo dependerá de la situación y el destino que tengan, o puedan llegar a tener, los terrenos en cuestión o los diversos aprovechamientos susceptibles de individualización, así como de las circunstancias concretas que condicionen el cambio y los requisitos que deben cumplirse para llevar a efecto la «*desafectación*».

Es evidente que en el correspondiente expediente administrativo deberá acreditarse la *legalidad y oportunidad de esa mutación*, y será necesario, asimismo, el cumplimiento de los correspondientes trámites para llevarla a efecto (*depuración jurídica, valoración técnica e información pública*), debiéndose adoptar el *acuerdo* por el *órgano competente* con las máximas garantías, que será el Ministerio de Hacienda en el caso de los bienes del Patrimonio del Estado, y en el caso de los Bienes Municipales por mayoría absoluta de los miembros de la Corporación (arts. 113 y 118 del Reglamento de Bienes), y con el establecimiento, en su caso, de las necesarias reservas y servidumbres para que el «uso público» principal sea mantenido.

El estudio de la posibilidad de cambio para un nuevo uso del SUBSUELO —y lo mismo en su caso del VUELO—, deberá extenderse también a la apreciación de la conveniencia de adoptar la *figura jurídica más adecuada* o conveniente para la finalidad que se pretenda, lo cual obligará, además, a examinar y precisar: *a)* que no se impide ni perturba el uso público primordial (por ejemplo, en superficie); *b)* que la «desafectación» expresa o tácita (si esta forma es admitida), se efectúe cumpliendo al efecto los requisitos y condicionamientos legales, y entre ellos, en su caso, el llamamiento a los posibles interesados en el «derecho de reversión» que pueda emerger; *c)* que el nuevo bien se incorpore como tal al Inventario Municipal en su condición de «bien patrimonial», después de su depuración jurídica, lo que también exige su inscripción en el Registro de la Propiedad, extremo éste muy facilitado en la última reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, que dio nueva redacción a los artículos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario (29); y *d)* que, por ser una propiedad URBANA, esté expresamente autorizado o permitido el uso por el Planeamiento Urbanístico, según su destino final.

Todos estos requisitos deben ser apreciados como concurrentes en la fórmula de la «**disociación jurídica del dominio**».

Abordando esta cuestión concreta, se plantea ARNÁIZ («*Los aparcamientos subterráneos*») el problema de si el espacio SUBTERRANEO de un bien de dominio público (y lo mismo podrá decirse del aéreo) debe participar, inexcusablemente, del mismo régimen jurídico que tiene el plano superficial, y afirma que de ser inescindible «*supondría una extensión del “demanio no justificada”*». La situación *demanial*, dice, surge como consecuencia de la afección objetiva del bien a un uso o servicio público o en virtud de una decisión legal concreta, y en el caso que examinamos, no existe ni lo uno ni lo otro. «*Partir de que dicho espacio tiene una calificación patrimonial, parece la solución más lógica si se admite el criterio de que la finca, sobre todo en el ámbito de la propiedad urbana, no debe necesariamente concebirse como un simple polígono de la superficie terrestre, sino más bien como un espacio cúbico susceptible de entenderse, desde el punto de vista civil, como objeto independizado de derechos y desde el punto de vista urbanístico como una realidad física a la que es posible atribuir un aprovechamiento determinado*». Ello supone un «uso urbanístico distinto», que debe someterse al régimen de utilización o enajenación previsto para el patrimonio ordinario de las Administraciones Públicas (págs. 102 y 103).

(29) Estos dos artículos reformados, en cuanto consagran legalmente la inscribibilidad de los bienes de las Administraciones Públicas, incluso los de dominio público, conforme a su legislación especial, no están afectados por la declaración de nulidad de la sentencia de 31 de enero de 2001, que se limita a la negación de que sea obligatoria, como parece deducirse de los preceptos anulados (arts. 6 y 17 y 18).

Creo, con dicho autor, que es exagerado el que todas las utilidades de un terreno, incluso las que surjan en el tiempo por la aparición de nuevas técnicas, estén condicionadas por el fin prioritario de *dominio y uso público* y que todos los APROVECHAMIENTOS tanto actuales como futuros, y hasta los que estén por descubrir, en el suelo, en el subsuelo o en el vuelo, deban seguir siendo de uso *demanial*, incluso cuando éste esté totalmente superado o desbordado, o no resulte perturbado. Y también es exagerado que la única fórmula para permitir un aprovechamiento privado sea por medio de un derecho *concesional* con su correlativo derecho de «*reversión*» por incumplimiento de sus cláusulas y condiciones, con inclusión de las obras nuevas realizadas por el concesionario. El hecho mismo de la posible *reversión* concesional, como hemos dicho, ya «genera una mutación o desafectación, de tal forma que el espacio público concesional se convertiría en *bien patrimonial* como consecuencia de esa readquisición a título de reversión».

Si se admite que el aprovechamiento que surge por el nuevo uso del espacio «volumétrico» ubicado en el subsuelo o en el vuelo, deba calificarse ya desde un principio como «*patrimonial*» por ser un aprovechamiento que puede calificarse como «sobrante» (art. 122 LPE), puesto que en nada se perjudica o altera el destino primordial del suelo que seguirá cumpliendo su finalidad de «uso público», no habrá ningún problema en cuanto a su enajenación; pero, incluso, aunque esos nuevos aprovechamientos se califiquen como bienes públicos «*demaniales*», es decir, de USO PÚBLICO, igual que el suelo, siempre cabe su *desafectación* (expresa o fáctica, en su caso) para, seguidamente, proceder a su *enajenación*.

Y para esta *enajenación* de los bienes pertenecientes al patrimonio del Estado o de las Entidades Locales, una vez *desafectados*, será preciso que, primeramente, se declare su «*alienabilidad*», mediante la tramitación al efecto del correspondiente expediente administrativo, en el que deberán cumplirse los requisitos establecidos en las Leyes respectivas, entre los que figura la previa DEPURACION FÍSICA y JURÍDICA de los bienes (art. 64 de la Ley del Patrimonio del Estado, y 118 de su Reglamento, y 113 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), a la que, en su caso, se deberá añadir la URBANÍSTICA.

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa será necesario:

1. La «*delimitación física*» del espacio cúbico, que exigirá la determinación precisa de sus tres dimensiones y de las «cotas» de distancia a los planos físicos horizontales y verticales fijos, principalmente respecto del suelo, lo que exigirá precisar las coordenadas geométricas del VOLUMEN en cuestión, de tal forma que permitan precisar la ubicación exacta y la medida cúbica o volumétrica del espacio proyectado que va a ser *objeto jurídico* de

derechos (exigencias que también vienen impuestas por los principios de especialidad y determinación registrales).

2. La subsiguiente «*depuración jurídica*», que comprenderá la determinación precisa del «*título de adquisición*» y, en su caso, la «*desafectación*» e incorporación al inventario de los bienes «*patrimoniales*» de la Administración correspondiente, y la subsiguiente declaración de la conveniencia y oportunidad de su «*alienabilidad*». Es preciso recordar aquí la necesidad de precisar la *vinculación del VOLUMEN deslindado* a la FINCA en que se ubica y que le sirve de soporte, dado que *nuestro Sistema Registral se lleva por «fincas»*, como porciones de terreno deslindadas y delimitadas en la superficie, que son la base de la competencia territorial y de la técnica del «*folio real*» en el que se acumulan las inscripciones de todos los derechos y aprovechamientos de que sea susceptible cada una de dichas fincas, ya que, según afirmó la RESOLUCION de 13 de mayo de 1987, aunque las unidades subterráneas pueden acceder al Registro, no es la «*segregación*» el medio apto para individualizarlas de las fincas de procedencia, ni cabe configurar el VOLUMEN como una finca nueva totalmente independiente, sino que debe relacionarse necesariamente en el folio registral del terreno, «*en el que debe seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad*», sin perjuicio de que puedan abrirse «*folios subordinados*» al APROVECHAMIENTO independiente del SUBSUELO o del VUELO, a fin de descongestionar el principal para una mejor claridad registral.

3. Y la «*calificación urbanística*», que deberá precisar los usos prefijados para los terrenos o zonas, SUELO y VUELO incluidos, según los instrumentos del Plan General de Ordenación Urbana, debidamente aprobados, con sus estudios complementarios, proyectos, valoraciones y planos, en los cuales se comprenderán las normas especiales que van a regular los usos respectivos, según la clasificación de los bienes en **ZONAS VERDES, VIAS PUBLICAS, TERRENOS DE USO PUBLICO y DOTACIONALES, ZONAS de USO PRIVADO y SOLARES edificables**; todo lo cual vendrá determinado con precisión en los correspondientes proyectos de ejecución, según el sistema adoptado (*compensación, cooperación, expropiación*), en los que ya se habrán tenido en cuenta todos los problemas originados por las aportaciones y los derivados de la equidistribución de costes y beneficios, así como la concurrencia de los Ayuntamientos o de la Administración competente, conforme a la Ley del Suelo autonómica. Y, en su caso, en los correspondientes instrumentos urbanísticos, también se determinará respecto de los espacios situados en el SUBSUELO, o sobre plataformas AEREAS, susceptibles de individualización, el uso distinto del suelo, *compatible con zonas verdes y espacios libres, tanto de uso público como privado* (por ejemplo, para *aparcamientos o garajes subterráneos*), así como, en su caso, el destino de los terrenos que han de revertir a la propiedad por el posible ejercicio del «derecho de rever-

sión» si no se cumple el fin que fue *causa expropriandi* de los mismos, o fueran declarados sobrantes.

* * *

Todos los problemas a que venimos haciendo referencia fueron abordados en el trabajo mencionado al principio de este estudio, a propósito de la cuestión de la **inscripción en el Registro de la Propiedad, «en dominio»**, de los APARCAMIENTOS SUBTERRANEOS y, consiguientemente, de las PLAZAS DE GARAJE INDIVIDUALES, como situación derivada de una *disociación jurídica del dominio en los bienes de uso público*. Y, como ya hemos anticipado, la reciente **RESOLUCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de abril del año 2002**, ha venido a confirmar esa posibilidad, al afirmar, en resumen, lo siguiente: *La inscripción como finca independiente de un VOLUMEN edificable subterráneo perfectamente delimitado y absolutamente diferenciado (y entendemos que sería la misma solución si se tratara de un espacio aéreo) en un terreno de carácter público, «previa su desafectación», configurándolo como «patrimonial», no contraviene normas de carácter imperativo, puesto que el principio de acceso (art. 353 del Código Civil) tiene excepciones tanto voluntarias (derecho de superficie y derecho real de vuelo o de subedificación) como legales (minas, aguas, navegación aérea), y el viejo aforismo romano «usque ad sidera usque ad inferos», referido a los derechos del propietario, tiene modulaciones legales y debe ceder al superior principio de la «función social de la propiedad» y a las consecuencias derivadas de la legislación urbanística, que pueden permitir un uso diverso para el subsuelo distinto del correspondiente al suelo, siempre que no sea contrario al planeamiento y se obtenga la correspondiente licencia urbanística; e incluso debe ser posible su «inscripción» en el Registro de la Propiedad en base al principio de libertad de contratación y a la doctrina del «numerus apertus» en la configuración de derechos reales, por cuanto los marcos registrales no deben coartar las soluciones exigidas por las necesidades derivadas de las relaciones sociales y económicas, siempre que se respeten las normas fundamentales que estructuran el régimen inmobiliario*. Y cita, al respecto, la Resolución de 13 de mayo de 1987, y las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987 y 23 de diciembre de 1991, que, aunque referidas a un supuesto de *concesión*, excluyen la *reversión* y admite la posibilidad del uso privativo del subsuelo sin que por ello se perjudique el carácter *demanial* del suelo, siempre que sea sin merma del servicio público; reconociendo que esa misma situación puede derivar de la *expropiación e incluso* de la cesión por un particular al Estado de la superficie del terreno, reservándose el derecho a aprovechar el subsuelo. Y, después de afirmar que «*concorre para la admi-*

sión de la figura la existencia de causa justificativa suficiente (la explotación adecuada de los subterráneos existentes en zonas públicas) y no se distorsionan los principios registrales», concluye reconociendo que la necesaria vinculación con la superficie del terreno (por demás inexcusable para el Registro), derivada de la coexistencia de relaciones entre un SUELO y VUELO públicos con un «volumen» edificable en el SUBSUELO, así como la existencia indudable de «elementos comunes» (los forjados del aparcamiento), y la existencia de «servicios generales en el conjunto», exigen que se establezca una regulación común que en el caso concreto es a través de la constitución de un «complejo inmobiliario», puesto que la específica regulación de los Conjuntos Inmobiliarios (art. 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, según la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril) no es exclusiva del dominio privado sino también aplicable por analogía a situaciones similares, y frente a situaciones «fácticas» posibles, debe reconocerse a los particulares la facultad de elegir el instrumento jurídico que mejor se adecue a sus intereses, siempre que esté conforme con el Ordenamiento (Resolución de 23 de octubre de 1998).

Registralmente, sigue diciendo la Resolución que comentamos, debe abrirse folio autónomo a la unidad subterránea, si bien esto no implica desconexión total con la finca terreno (ni verdadera segregación), en cuanto que en el folio (principal) abierto al suelo público constará la configuración como bien patrimonial de parte del subsuelo desafectado, y en el folio abierto a éste constará cuál es la finca matriz de procedencia, y en ambos las reglas del complejo inmobiliario articulado.

No obstante esta clara argumentación, que viene a recoger plenamente nuestra postura en el estudio citado, en la Resolución comentada (que parece partir del supuesto de que ya está inscrita la finca de dominio público) no se aborda el problema primordial de la previa inscripción del terreno del que va a proceder el volumen del subsuelo desafectado, aunque sin una verdadera segregación, como decimos. Y, hasta puede ocurrir, y no sería infrecuente, que aquella primera inscripción del terreno público no exista, por lo que deberá procederse a su inmatriculación por medio, en su caso, de la correspondiente Certificación Administrativa de dominio (art. 206 de la Ley Hipotecaria, con las limitaciones del 207 por plazo de dos años), a no ser que medie una actuación urbanística que permita la inscripción total del Proyecto de Compensación o Reparcelación (*sin necesidad de ningún otro requisito*, según el art. 8.1 del Real Decreto 1093/1997), o bien mediante las correspondientes Actas de Expropiación, con sus problemas anejos como veremos seguidamente.

En todo caso, la inscripción de las fincas de dominio público, en todas sus modalidades, es posible actualmente, dada la nueva redacción de los artículos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario, según el Real Decreto 1867/1998. A

estos problemas registrales ya se aludió ampliamente en el repetido estudio citado al principio. Y en él también se decía que, de no ser posible esa previa inscripción del «terreno de uso público», en el que se ubica el volumen subterráneo independizado, «el intento de inmatricular», en la fórmula del DOMINIO DIVIDIDO, el correspondiente al espacio público o volumen subterráneo deslindado de manera independiente o como primera inscripción, es difícil de admitir, por no decir imposible, dado que el Registro actual se lleva por fincas y es ineludible esa base física en superficie para inscribir todos los derechos que se pueda ejercitar sobre su proyección vertical, tanto en altura como en profundidad (art. 350 del Código Civil), pues aunque estén admitidas algunas «fincas especiales», casi «ideales» o ficticias, como la «concesión administrativa» o los «aprovechamientos urbanísticos», siempre deben estar relacionados con el terreno que le sirve de soporte y sobre el que se ejercen las variadas facultades dominicales que puedan disociarse, aunque también puede admitirse que cualquiera de los dominios pueda ser apto para la inmatriculación, como ocurre en los dominios *directo y útil* (arts. 377 del RH).

Y, de los términos como figure practicada esa inscripción previa del «dominio público», o, en su caso, del «título jurídico» que se aporte para poder realizarla, pueden derivarse dos importantes y singulares cuestiones, ya anunciadas, que, con carácter general, pueden condicionar el *cambio, total o parcial, del destino «demanial» prefijado para el bien público*, y, como consecuencia, dificultar el trámite, ineludible, de la «desafectación» del VOLUMEN deslindado que va a ser considerado como APROVECHAMIENTO independiente para su integración en el «dominio patrimonial» y su posterior *alienabilidad*, en cuya tramitación se deben cumplir los requisitos administrativos correspondientes.

Son los problemas derivados de la incidencia en esa mutación que se opera en la calificación *demanial*, de la circunstancia de haber sido adquirido el terreno público, en todo o en parte, en virtud de **EXPROPIACION FORZOSA**, lo que puede dar origen a un emergente «derecho de reversión», que hasta entonces estaba en estado «latente» (arts. 53 y 54 y 63 y 64 de la Ley de Expropiación Forzosa), y que, incluso puede operar en determinados casos por la modificación o revisión del planeamiento si se altera el uso que motivó la expropiación, salvo en los casos exceptuados (art. 225 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y art. 40 de la nueva Ley 6/1998). Y también los derivados de los espacios destinados por el planeamiento a **ZONAS VERDES o ESPACIOS LIBRES DE USO PUBLICO**, que tienen una especial protección en la legislación urbanística para su mantenimiento inmutable.

Respecto del primero de esos problemas, es decir, el de cómo afecta el posible «derecho de reversión» a la *desafectación* de los espacios ubicados en el SUBSUELO (y, en su caso, también en el VUELO), cuando se trata de

terrenos adquiridos por la Administración Pública en virtud de **EXPROPIACION FORZOSA** con la finalidad de destinarlos a un «uso demanial» determinado —al que quedan *vinculados* necesariamente *como destino inmutable*, pero que no se cumple en la totalidad de los aprovechamientos—, se ha de partir de la evidencia, como ha reconocido la jurisprudencia, de que, «no en todo caso de expropiación surge el derecho de reversión», puesto que ni siquiera existe una única legislación expropiatoria (arts. 1 LEF, 114.2 de la Ley de Obras Públicas de 1877, 94 de la Ley de Bases de Régimen Local, 100 de la Ley 8/1990 del Suelo y 225 y 226 del Texto Refundido de 1992).

La jurisprudencia ha afirmado repetidas veces (STS de 9 de octubre de 1985 y 1 de diciembre de 1987) que la *causa expropriandi* tiene que incardinarse en el procedimiento expropiatorio de modo «permanente», no siendo suficiente que concurra en el momento de la apertura del proceso, sino que ha de mantenerse indefinidamente en el tiempo. La Ley Cambó, de 24 de julio de 1918, al modificar la anterior Ley de Expropiación Forzosa de 1879, había establecido un plazo de treinta años para el ejercicio del derecho reversional, en sintonía con el Código Civil (art. 1.963) que señala igual plazo para la prescripción de acciones reales (30). Pero la legislación expropiatoria de 1954 no establece, en principio, ningún plazo, como tampoco parece aceptar, como otras legislaciones extranjeras, que la *causa expropriationis* sea la «abstracta» utilidad pública o interés social, sino que dicha causa se encuentra *vinculada terminantemente al fin a que ha de destinarse el objeto expropiado*. De todas formas, como dice NAVARRO DEL CACHO, no puede excluirse el efecto integrador derivado de la aplicación global de todo nuestro ordenamiento jurídico. Y, aparte de la Ley general de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957, casi por entero dirigidas a la expropiación para la realización de obras públicas y el establecimiento de servicios de interés público, es preciso diferenciar la «expropiación urbanística», regulada en las sucesivas Leyes del Suelo, sobre todo en el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio —actualmente derogado en su mayor parte y sustituido por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones y por varias Leyes Autonómicas después de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de aquella por la STS de 20 de marzo de 1997—, todas ellas de enorme interés en la nueva ordenación de los terrenos sitos en zonas de ensanche de las poblaciones que se transforman en urbanizables; cuya específica legislación altera notablemente la anterior configuración legal de las expropiaciones amparadas en planes urbanísticos —incluso en cuanto medio de ejecución del planeamiento por el Sistema de Tasación Conjunta—, y se establecen otros límites

(30) CARLOS NAVARRO DEL CACHO, «El derecho de reversión (Comentario a la STS, Sala Tercera, de 23 de diciembre de 1991), en *La Ley*, año 1992.

temporales al derecho de reversión —ocho años si se mantiene el uso dotacional—, y hasta se permite el *ius variandi* si se mantiene la finalidad pública inicial al suprimir como «*causa de reversión*» la modificación de la *causa expropriandi* en los supuestos de terrenos expropiados para dotaciones públicas, «*siempre que el nuevo uso asignado fuera igualmente dotacional público*» —equiparándose a ello la calificación para la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública—, manteniendo la Administración la titularidad del suelo y fijando el plazo máximo de diez años para la ejecución y conclusión de la urbanización de carácter público dotacional, transcurrido el cual, sin haberse finalizado el proceso, procederá también la reversión, o sólo cinco años si se trata de una edificación no concluida (arts. 225 y 226 del Texto Refundido de 1992 y 40 de la nueva Ley del Suelo de 1998).

La SENTENCIA del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre, acoge asimismo ese posible *ius variandi* al decir que «*en algunos supuestos el fin expropiatorio puede cumplirse por vía de consecución de distintos destinos, todos ellos aptos para el fin propuesto inicialmente, con lo que se produce una cierta desvinculación entre el fin de la expropiación y la afectación ulterior de lo expropiado, en el sentido de que ésta puede ser variable, sin que ello quiebre la causa expropriandi*» (54 LEF y 64 REF), si no hay expresa prohibición en el instrumento de planeamiento que legitimó la expropiación.

En definitiva, parece que lo verdaderamente decisivo para que se produzca la «desafectación» respecto de la propia finalidad o servicio público de los terrenos que fueron expropiados, es que se produzca «*de hecho*» por el abandono de los fines sustanciales previstos en la expropiación, sin que sea necesario un acto expreso de desafectación (STS de 9 de octubre de 1981 y otras).

Con apoyo en estas conclusiones, y respecto al uso del *SUBSUELO* de un terreno expropiado para «plaza pública» en la ciudad de Santander, en las **SENTENCIAS del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 1987 y 23 de diciembre de 1991**, citadas anteriormente —y a las que también se alude en la Resolución de 5 de abril de 2002—, a propósito del cambio de destino del subsuelo de la Plaza del Generalísimo por parte de la Corporación Municipal, *para la construcción de un aparcamiento que habría de ser explotado en régimen de «concesión»*, se dice que *es una facultad que asiste a la Corporación como titular del dominio público sobre la misma* (art. 350 del Código Civil y STS de 13 de diciembre de 1988), y, aunque alguna de las parcelas había sido expropiada, «*no puede haber derecho de reversión en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su expropiación*», sin que el subsuelo pueda ser calificado de «sobrante»; y, siguiendo el mismo razonamiento de otra anterior sentencia de 9 de octubre de 1985, afirma que «*esa afectación de los inmuebles expropiados a las obras de ensanche y mejora de la plaza, para construir zonas ajardinadas*

y viales en la misma, en ejecución de las previsiones urbanísticas...», **no imponía de modo necesario que para la subsistencia de dicha «causa expropiandi» se produjera la intangibilidad del subsuelo de la zona así afectada, permaneciendo éste sin adscripción o destino alguno.** Las crecientes necesidades sociales que llevan aparejada la instalación de servicios públicos en beneficio de los vecinos, **justifica que la Corporación Municipal procediese... a la utilización del subsuelo de la plaza y sus aledaños, y que dicho bien demanial, pues también lo es el subsuelo de un terreno de dominio público local, fuese objeto de un uso privativo, y por ende atribuido a particulares en virtud de concesión administrativa.** Tal adscripción a un destino normal, como es el **aprovechamiento para estacionamiento subterráneo, no implica una desafectación del fin legitimador de la expropiación que afectó a inmuebles para obras en la superficie ni tampoco constituye parte sobrante,** puesto que ni en el tiempo ni en la finalidad hay relación de causalidad entre la originaria expropiación y la utilización de bienes demaniales en la porción de subsuelo. Tal acto de adscripción de bienes de uso público local a un aprovechamiento privativo **no legitima para ejercitar el derecho de reversión...** Lo que prohíbe el artículo 66.1 REF, consagrando la «especificidad» de la causa legitimadora en el instituto expropiatorio, es que se altere el fin determinado de utilidad pública o interés social que proporcionó cobertura legal a la expropiación, ejecutando obras o estableciendo servicios públicos diversos a los que legitimaron aquella... porque el fin específico de afectar los inmuebles expropiados a las obras de ensanche y mejora de la plaza fue plenamente cumplido en su integridad e identidad, y no hubo sustitución o alteración de fines en los términos de dicha prohibición... sin que de ella se derivase parte sobrante alguna.

Con idéntico razonamiento, esta vez para el uso del **VUELO** de unos terrenos expropiados para «uso ferroviario», la **SENTENCIA del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 1994** (Sala de lo Contencioso, construcción de la Plaza de Chamartín, sobre la Estación de Chamartín y otros terrenos de uso ferroviario, en MADRID), relativa también a una solicitud de «reversión» por desafectación del fin demanial ferroviario, al devenir los bienes calificados en el Plan como «plaza», e invocando también las sentencias antes citadas, según las cuales, la «causa expropiandi» del **SUELO** no impone de modo necesario la intangibilidad del **SUBSUELO** del terreno expropiado, se afirma que, aplicada esta doctrina al **VUELO**, no se ha producido una desafectación del fin expropiatorio del terreno, ya que era y sigue siendo de uso ferroviario, no produciéndose, por tanto, una desnaturalización de dicho uso por el hecho de que en el Plan de Ordenación Urbana se prevea la construcción de una plaza encima de las vías y demás terrenos necesarios a la infraestructura ferroviaria»; los cuales, sigue diciendo la sentencia, eran unos «terrenos lejanos antes pero que hoy están integrados en el casco urbano» y, por tanto, afectados por las nuevas necesidades urbanísticas de la zona.

Por lo demás, los graves inconvenientes derivados de una protección tan intensa a los titulares de un «*derecho de reversión*» que se presenta como «imprescriptible» a lo largo de los años, para favorecer a los sucesivos herederos de los que fueron expropiados en su día, y que se estima excesiva, ha sido causa de que la nueva ***Ley General de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999***, en su Disposición Adicional quinta (que entró en vigor al día siguiente de su publicación) modificara los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, y después del párrafo 1, en el que se reconoce, en términos generales, el «derecho de reversión» por no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, o si hubiere alguna parte sobrante, o bien *si desapareciere la afectación*, añade un segundo párrafo en el que se dispone que *«no habrá derecho a la reversión: a) cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación de otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social (a cuyo efecto se dará publicidad); y b) cuando la afectación se prolongue durante diez años desde la terminación de las obras o el establecimiento del servicio; señalando un plazo para solicitarla de tres meses desde la notificación por la Administración, y disponiendo los requisitos y plazos para el ejercicio del derecho; y, asimismo, dispone que en las inscripciones en el Registro de la Propiedad se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados, «sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria».*

Esta última normativa introduce una gran novedad en el régimen registral de la Expropiación Forzosa puesto que, por lo general, hasta entonces las inscripciones derivadas de los procedimientos expropiatorios se practicaba exclusivamente a solicitud de la entidad beneficiaria, a quien sólo le interesaba la toma de razón de su adquisición, por lo que frecuentemente resultaba oscura la procedencia o no del *derecho de reversión* en los casos de una transmisión posterior con incumplimiento de la finalidad expropiatoria, que ahora adquiere claridad extrema por la normal actuación *de oficio* por el Registrador, que, siempre que sea posible hará constar en el asiento la subordinación de aquella adquisición, no sólo la *causa* de la expropiación y la finalidad o interés público que la fundamenta, sino también el posible *derecho preferente de los reversionistas*, facilitando incluso su negociabilidad, como ya había admitido la doctrina y la jurisprudencia; y expresamente reconoce también la Resolución de 26 de noviembre de 2001, admitiendo que son *tres los posibles hitos del «iter» de la reversión que pueden tener acceso al Registro*: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o, en su caso, por los Tribunales, y la con-

sumación del derecho mediante la transmisión del derecho de propiedad al reversionista; y que nada impide la inscripción del segundo, es decir, el *derecho del reversionista*, que es análogo a un derecho real de adquisición, oponible a terceros, transmisible y digno de protección registral.

Por otra parte, en cuanto al segundo problema indicado, no cabe duda de que la *especial normativa protectora* de las **ZONAS VERDES y ESPACIOS LIBRES de USO PUBLICO**, que está dirigida al mantenimiento inexcusable de ese destino especial sin detrimento alguno, es digna de protección en todos los ámbitos jurídicos desde la promulgación de la Ley de 2 de diciembre de 1963, sobre *Modificación de los planes de ordenación y proyectos de urbanización*, que vino a establecer que cualquier construcción en esos terrenos (y lo mismo será la *subterránea* que la aérea), *no deberá impedir ni perturbar el uso público previsto para el suelo*; cuyo artículo 1.1 fue después recogido en la Ley del Suelo de 1976 (art. 50) y en el texto Refundido de 1992, en su artículo 129 y también en el Reglamento de Gestión Urbanística, estableciendo un régimen específico para las obras que se efectúen con infracción de esa especial normativa. Y, así, en el artículo 129 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 1992, recogiendo, como las anteriores, el contenido de la citada Ley de 1963, se disponía que «*si la modificación de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias y Programas de Actuación tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, deberá ser aprobada por el órgano ejecutivo superior de naturaleza colegiada de la Comunidad Autónoma correspondiente, previo informe favorable del Consejero competente por razón de la materia y del Consejo de Estado u órgano autonómico que corresponda*». La actual Ley del Suelo de 6/1998, en su Disposición Derogatoria única, que dejó sin efecto parte del Real Decreto de 1992, por el que se aprobó el citado Texto Refundido, deja, sin embargo, vigente el artículo 255.2 del mismo, en el que se dispone con carácter general que «*las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los Planes serán nulas de pleno derecho...; y si las obras estuvieran terminadas, se procederá a su anulación de oficio por los trámites previstos en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo*». Aunque estas disposiciones se refieren expresamente a las obras y construcciones en el «suelo» con la finalidad de mantener su específico destino, y no aluden para nada a las efectuadas bajo el mismo, no cabe duda de que también deben ser tenidas en cuenta.

No obstante, una **SENTENCIA de 22 de mayo de 1979** (31), reconoció la posibilidad de un aprovechamiento subterráneo debajo de una zona verde, disociado del suelo.

(31) Citada por LÓPEZ PELLICER en el estudio mencionado.

Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que algunas de las SENTENCIAS aludidas se refieren a supuestos de explotación o *uso disociado* del SUBSUELO «*en régimen de concesión*», así como a la realización de obras de carácter «*público*» en las que no existe ingerencia alguna del «*dominio privado*», sin que por ello se pueda afirmar que debe darse la misma solución en los supuestos de división del DOMINIO e independización de alguna parte del mismo, o de alguno de sus aprovechamientos, con destino a ser transmitido a particulares.

De todas formas, los mismos argumentos que se hacen valer en las mismas pueden también servir para deducir, como consecuencia, que *no siempre debe existir una vinculación necesaria y permanente del uso del SUBSUELO al destino primordial prefijado para el SUELO*, en el sentido de que el aprovechamiento de aquél deba tener siempre el mismo carácter público o demanial que el de la zona verde o espacio libre bajo el que se construya el aparcamiento; sobre todo, si se intuye la posibilidad de destinarlo a satisfacer otras nuevas necesidades también de interés público que asimismo deban ser atendidas inexcusablemente por la Administración. En estos supuestos, y en otros similares en los que también emerja un interés social atendible, debe ser posible la *desafectación de los VOLUMENES subterráneos o aéreos* que estén bien definidos y delimitados, siempre que pueda hacerse sin merma del uso público primordial, como hemos indicado, lo que deberá acreditarse suficientemente en el expediente tramitado para su depuración física y jurídica y su transformación en bienes de carácter *patrimonial* mediante la oportuna *desafectación*, con lo que van a quedar sometidos al régimen jurídico propio de los bienes de esta clase.

Y, en concreto, para ese nuevo destino de los APARCAMIENTOS SUBTERRANEOS, tanto si van a ser de uso privado como público, no importará que el del suelo sea sólo público si en el Planeamiento Urbanístico general no se distingue ni se limita expresamente, como se hace frecuentemente cuando se trata de otros usos diversos (por ejemplo, cuando se expropia para el establecimiento de instalaciones aéreas, eléctricas, o telefónicas, que han de ser mantenidas necesariamente para el «servicio público», sin posibilidad de cambio, cuando sea prestado por entidades que tengan ese carácter).

VI. LA MUTACION O CAMBIO DE LA «CONCESION» A «DOMINIO PLENO»

Como regla general, la «*reversión*» derivada de una «concesión administrativa» caducada o extinguida, supone la readquisición por la Administración concedente del dominio del terreno, incluidas las edificaciones y construcciones efectuadas en él por el concesionario, con el carácter de «*bien patrimo-*

nial». Siempre que esto sea así, queda resuelto en sentido favorable el problema de la posibilidad de la *transmisión a los particulares, «en dominio»*, de los APARCAMIENTOS SUBTERRANEOS ya construidos y explotados en régimen de «concesión», al igual que en cualesquiera otros bienes. Y de admitirse esta solución quedará también excluido, en estos casos, el trámite administrativo —indispensable en los demás—, de la previa «desafectación» del uso público —que operará *ex legis*—, aunque no de la necesidad de acreditar la justificación para la «venta directa» al propio concesionario, ***excepcionando el trámite de la subasta pública***, que también está establecido con carácter general por la legislación estatal y la de Régimen Local para la enajenación de los bienes patrimoniales (art. 63 de la Ley del Patrimonio del Estado, Texto Refundido aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y Reglamento aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre; y art. 80 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local).

Indudablemente, la transmisión del «pleno dominio» al concesionario tendrá que ser necesariamente aceptada por éste; pero su ejecución por la «venta directa» encuentra un camino adecuado en la **Ley del Patrimonio del Estado**, en su **artículo 128** (art. 229 del Reglamento), en el que se dispone que: «*Siempre que se acuerde la enajenación de bienes incorporados al Patrimonio del Estado, los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes eran de dominio público tendrán la facultad potestativa de adquirirlos con preferencia a toda otra persona*». De igual modo en la legislación de Régimen Local, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que acompañó a la Ley de Presupuestos para 1999, en su artículo 18 modificó el **artículo 3 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales**, añadiendo un **apartado 4**, en el que se dispone que «*tendrán también la consideración de ingresos de derecho privado el importe obtenido en la enajenación de bienes integrantes del patrimonio de las Entidades Locales como consecuencia de su **desafectación** como bienes de dominio público y **posterior venta**, aunque hasta entonces estuvieran sujetos a concesión administrativa*». En tales casos, salvo que la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas prevea otra cosa, quien fuera **el último concesionario antes de la **desafectación**, tendrá derecho preferente de adquisición directa de los bienes «sin necesidad de subasta pública».**

Quizá este camino «inverso» sea el más adecuado, como vía práctica, no sólo para solucionar el problema del cambio indicado y la subsiguiente venta a los particulares «concesionarios», sino también para excluir el excesivo rigor con que por algunos autores se discrepa de la solución propuesta —en cuanto a la posibilidad de «privatización» de volúmenes deslindados en el *subsuelo* (o en el *vuelo*) de los terrenos de «dominio público»—, por la exigencia de que debe existir siempre una cosa real «*tangible*» para que

pueda existir, o nacer, un derecho *dominical*. Así parecía exigirlo la sentencia de 31 de enero de 2001, al anular la regulación del «*contrato de cesión del suelo por obra futura*», que se incluía en la reforma de 1998 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, y que dicha sentencia declaró nula (a cuya fórmula contractual nos referimos al principio de este estudio, y que ahora termino reivindicando su procedencia).

El otorgamiento de una previa «concesión» puede permitir la realización de la obra del APARCAMIENTO por el concesionario, conforme a las determinaciones de aquélla, y, por consiguiente, provocar la delimitación y «materialización» del espacio previsto, para seguidamente tramitar la «desafectación» del VOLUMEN ocupado por la obra, y su enajenación» posterior, que, en su caso, provocará su adjudicación al anterior concesionario «*en pleno dominio*», *sin necesidad de subasta*, conforme a lo indicado. Y esta enajenación, sin duda, podrá hacerse tanto respecto de la total «concesión» como de sólo parte de ella, y en su caso, PLAZA por PLAZA, si bien, mientras no se adquiera por todos la totalidad del volumen ocupado por la obra, cada «concesionario» seguirá en su derecho durante todo el plazo concedido, según dispone el artículo 127 de la Ley del Patrimonio del Estado (art. 228 del Reglamento).

Y, como también hemos dejado dicho en el anterior trabajo sobre el tema que nos ha ocupado, la individualización de cada PLAZA DE GARAJE podrá ser hecha, una vez realizada la construcción del aparcamiento y la declaración de la «obra nueva» conforme a la licencia concedida, bien por la constitución de la misma en *régimen de Propiedad Horizontal*, o mediante la *enajenación de cuotas indivisas a las que se afecte el uso y disfrute exclusivo de plazas de garaje individualizadas*, conforme es práctica corriente en la escrituras notariales y en las inscripciones registrales, y de conformidad con lo establecido en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario.

MANUEL FIGUEIRAS DACAL
Registrador de la Propiedad (jubilado)

La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 LGDCU: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍA DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS: 2.1. *Características generales*. 2.2. *Contenido*. 3. LA GARANTÍA ESPECÍFICA PARA LOS BIENES DE NATURALEZA DURADERA: 3.3. *Vicios o defectos cubiertos por la garantía*: A) Vicios originarios. B) Vicios ocultos y aparentes. C) Defectos de calidad y funcionamiento. D) Vicios graves y menos graves. 3.4. *Forma y contenido mínimo de la garantía*: A) El objeto sobre el que recae la garantía. B) El garante. C) El titular de la garantía. D) Los derechos del titular de la garantía. E) El plazo de duración de la garantía. 3.5. *Derechos mínimos que atribuye la garantía*: A) Orden de utilización. B) La reparación. C) La elección entre la sustitución del objeto y la resolución del contrato. D) La indemnización de daños y perjuicios.—III. LA DIRECTIVA 1999/44/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y LAS GARANTIAS DE LOS BIENES DE CONSUMO: 1. OBJETIVOS, ALCANCE Y TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA. 2. AMBITO DE APLICACIÓN: 2.1. *Sujetos*. 2.2. *Objeto*. 3. LAS GARANTÍAS DEL COMPRADOR EN LA DIRECTIVA: 3.1. *La garantía legal*. A) La conformidad con el contrato. B) Los sujetos responsables de la falta de conformidad. C) Los derechos del consumidor ante la falta de conformidad: a) El ius optandi entre la reparación o la sustitución del bien de consumo; b) La reducción del precio o la resolución del contrato. D) Los plazos fijados por la Directiva. 3.2. *La garantía comercial*.—IV. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA 99/44 EN LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 LGDCU.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La futura transposición de la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, supondrá la modificación de algunos aspectos de la regulación española en materia de protección de los consumidores frente a los defectos de los bienes que adquieren. Es mi propósito, en este trabajo, estudiar el régimen vigente de garantía establecido en el artículo 11 LGDCU y su coherencia con los preceptos del Código Civil relacionados con esta materia, para analizar después las principales modificaciones que la Directiva anteriormente citada introduce en esa regulación.

Advierto ya que las novedades no son demasiadas en lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, pues la protección que brinda el artículo 11 y los concordantes de la LGDCU y de la LOCM a los consumidores y usuarios es bastante elevada. Con todo, la aprobación de la Directiva debe acogerse favorablemente, en la medida en que, una vez transpuesta a los ordenamientos de los diversos Estados miembros, contribuirá a la armonización de las distintas regulaciones en el ámbito de las garantías de los bienes de consumo en los contratos de compraventa.

II. LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 LGDCU

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, según el artículo 2.1, letra b), de la LGDCU, es la «protección de los intereses económicos y sociales». A tal protección se dedica, entre otros, el artículo 11 de la citada ley, que trata de tutelar los intereses económicos de los consumidores y usuarios en la fase de ejecución del contrato (1).

(1) En efecto, como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 147; el Capítulo III LGDCU, en el que se ubica el artículo 11, prevé la protección de los consumidores y usuarios en tres momentos diferenciados dentro del proceso de contratación:

a) Antes de la contratación: se establecen normas sobre las actividades de promoción que realizan los empresarios para conseguir que sus productos o servicios sean adquiridos por los consumidores o usuarios (arts. 8 y 9).

b) Durante la celebración del contrato: se prevén normas limitadoras de las condiciones generales que suelen incluir los empresarios en todos sus contratos (art. 10, al que hay que añadir hoy el art. 10 bis).

c) Después de la celebración del contrato en la fase de ejecución: se dictan normas en relación con el régimen de comprobación, reclamación y garantía (arts. 11 y 12).

Este precepto hace referencia a tres aspectos: el régimen de garantía de los bienes y servicios (apartados 1 a 3), el precio de los repuestos, mano de obra y traslados (apartado 4) y el servicio postventa (apartado 5). De ellos, interesa aquí el primero (2), en el que cabe distinguir entre el régimen general aplicable a todos los bienes y servicios (apartado 1) y un régimen específico para los bienes de naturaleza duradera (apartados 2 y 3).

2. EL RÉGIMEN GENERAL DE GARANTÍA DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS

2.1. Características generales

El apartado 1 del artículo 11 LGDCU dispone:

«El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento».

Las características principales de este régimen son las siguientes:

1. Combina la disposición y la imperatividad, pues se consiente a las partes determinar libremente en el contrato el régimen de garantía aplicable

En la misma línea, AVILÉS GARCÍA, J., «Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», en *RCDI*, septiembre-octubre de 2000, núm. 661, pág. 2731, y BOTANA GARCÍA, G., «Régimen de garantía y conformidad de los productos o servicios», en *Curso sobre protección de los consumidores*, coord. por BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M., McGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 490.

(2) El servicio postventa es una especie de prolongación del régimen de garantía, pero con la diferencia de que no es gratuito. Lo que pretende es que el consumidor pueda resolver durante un plazo de tiempo razonable, aunque ya no sea de manera gratuita, las deficiencias o deterioros que, como consecuencia del uso o por cualquier otra causa no imputable al vendedor ni al fabricante, puedan sufrir los bienes adquiridos. En cuanto a la norma prevista en el apartado 4 del artículo 11, es operativa, asimismo, con posterioridad al período de duración de la garantía. Según ese precepto, no puede aumentarse el precio de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones, así como tampoco cargar por mano de obra, traslado o visitas cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. Además, se impone la obligación de colocar la lista de precios de los repuestos a disposición del público.

(«régimen (...) que se establezca en los contratos»), pero se les impone la obligatoriedad de que ese régimen pactado asegure al consumidor o usuario los derechos que enumera («deberá permitir»). Se señala, por tanto, un mínimo inderogable que debe cumplirse en todo contrato celebrado con consumidores (3).

2. Se aplica con carácter general a todos los productos y servicios, cualquiera que sea su naturaleza.

3. El garante será la persona que en cada caso pueda prestar la garantía. El beneficiario, el titular del bien adquirido o el destinatario del servicio prestado.

2.2. Contenido

El artículo 11.1 LGDCU establece, como se ha dicho, un mínimo inderogable por la voluntad de las partes, que comprende, de acuerdo con la citada norma:

- a) La comprobación de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio.
- b) La reclamación eficaz en caso de error, defecto o deterioro.
- c) La posibilidad de hacer efectivas las garantías en relación con la calidad o el nivel de prestación.
- d) La devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento (4).

(3) Así lo afirman DUQUE, J., «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *EC*, núm. 3, diciembre de 1984, pág. 75, y GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 11», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J., Civitas, Madrid, 1992, pág. 358.

(4) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores o Usuarios», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 216, ha resaltado que la referencia al precio de mercado hace pensar que el legislador ha establecido una consecuencia parcialmente distinta a la que la doctrina une a la resolución del contrato con base en el artículo 1.124 del Código Civil, esto es, la restitución de prestaciones, que daría lugar a la devolución del precio que el consumidor o usuario pagó, y no al de mercado del bien o servicio. Quizá con ello —apunta este autor— se ha querido garantizar al consumidor, frustrado en sus expectativas, que recibirá el dinero suficiente para obtener el producto o servicio que deseaba y al que en principio tenía derecho. Pero ese objetivo podría haberse conseguido, a su juicio, mediante la indemnización de daños y perjuicios derivados de cualquier incumplimiento contractual (arts. 1.101 y sigs. y 1.124 del Código Civil). Además —añade—, la previsión del artículo 11.1 LGDCU puede provocar situaciones injustas tanto a favor del consumidor como del empresario, según que entre el precio pagado y el de mercado del bien o servicio en el momento de la devolución exista una gran diferencia en uno u

En realidad, los cuatro aspectos detallados forman parte de uno solo: el régimen de garantía. En efecto, la garantía del consumidor debe consistir en la posibilidad de comprobar las características, utilidad y calidad del producto o servicio; y, una vez realizada esa comprobación, si se aprecia error, defecto o deterioro, en la facultad de reclamar, pudiendo conseguir, al menos, a través de esa reclamación, la devolución total o parcial del precio del producto o servicio (5).

En cualquier caso, el régimen dispuesto en el artículo 11.1 LGDCU, con el contenido visto, debe existir siempre, sea o no previsto en el contrato. Si no hay pacto al respecto, el consumidor gozará de los derechos de comprobación, reclamación, garantía y devolución, por aplicación de la normativa general, con el alcance y los presupuestos establecidos en cada caso. Si lo hay, deberá contener, como mínimo, las previsiones del apartado 1 del artículo 11 (6).

otro sentido (no sólo por las fluctuaciones del mercado, sino porque el precio pagado no fuese el habitual por pacto entre las partes debido a cualquier razón). Con todo, estima que esas injusticias pueden evitarse gracias al uso de la equidad por el juzgador, que expresamente permite la ley cuando habla de devolución «equitativa» del precio. Del mismo parecer es GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 372, quien destaca, asimismo, la imprecisión de la norma al referirse al incumplimiento, pues no aclara a qué incumplimiento se refiere, si al de la obligación principal del contrato (entrega de la cosa o realización del servicio) o al de las obligaciones legales previstas en ese primer apartado del artículo 11; y si la primera respuesta es la acertada, como considera probable, no se sabe si basta cualquier incumplimiento o es precisa la voluntad rebelde al cumplimiento, como exige la jurisprudencia en relación con el artículo 1.124 del Código Civil.

De otra parte, GARCÍA CANTERO plantea la duda de si cabe solicitar una indemnización de daños y perjuicios, lo que, en su opinión, no cabe descartar. Más rotundamente admite esta posibilidad BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La protección de los legítimos intereses...*, cit., pág. 156.

(5) En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., págs. 368-369. Afirma este autor que aparte el régimen de garantía, que es objeto de desarrollo ulterior en el propio precepto, no queda muy clara la autonomía y sustantividad de los restantes. El de reclamación parece tener un doble objeto; el de renuncia o devolución y el de comprobación —éste como fase previa— podrían entenderse implícitos en el de garantía. Por eso —concluye— quizá cabría afirmar que el régimen de garantía comprende todos los demás, que serían especificaciones de aquél. AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2733, por su parte, sostiene que el primer párrafo del artículo 11 LGDCU cumple «una función de norma general, aunque la acumulación en cascada de conceptos y elementos tan heterogéneos dificulta su comprensión a la hora de su eventual aplicación», además de que, a su modo de ver, tiene un carácter excesivamente programático, impropio de una ley que debe estar muy atenta a la casuística.

(6) En la misma línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La protección de los legítimos intereses...*, cit., pág. 155, señala que el principio constitucional del artículo 51 CE, de protección de los consumidores y usuarios, lleva necesariamente a la conclusión de que en todo contrato debe establecerse un régimen de comprobación, reclamación y garantía, en el que incluye la devolución.

Una opinión parcialmente diversa mantienen, sin embargo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., págs. 213-215, y BOTANA GARCÍA, *Régimen de garantía*

En orden a los factores que desencadenan la puesta en funcionamiento del régimen, esto es, error, defecto, deterioro, falta de calidad o incumplimiento, se ha señalado que hay que remitirse a los conceptos utilizados habitualmente por la doctrina, ya que la norma no introduce novedades al respecto (7).

De otro lado, se defiende que la finalidad del régimen no es garantizar al consumidor que los productos o servicios carecerán de vicios o defectos, sino que será debidamente informado sobre los mismos por el empresario suministrador. Es decir, el artículo 11.1 trata de extremar la exigencia de información previa al consumidor o usuario sobre aquello que quiere adquirir, proporcionándole una información veraz, eficaz y suficiente de las características esenciales del producto o servicio (8).

y conformidad..., cit., pág. 493. Estos autores creen que el régimen de comprobación, reclamación y garantía ha de existir en todo caso con las características apuntadas en el artículo 11.1 LGDCU. Si el régimen pactado es insuficiente para garantizar al consumidor o usuario la posibilidad de asegurarse de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio, reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro, y hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, deberá considerarse ineficaz, dando lugar a la nulidad parcial del contrato y a la sustitución de lo pactado por las disposiciones legales supletorias o incluso por las cláusulas que el juez estime adecuadas. Por contra, respecto del régimen de renuncia o devolución, estiman que el artículo 11.1 no impone directamente la necesidad de su existencia, sino que se limita a decir que el que se establezca, si se establece, deberá ser suficiente para que *a posteriori* el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio. El argumento principal de esta tesis es que la expresión «*que se establezca en los contratos*» se refiere sólo a la posibilidad de renuncia o devolución, y no a la comprobación, la reclamación y las garantías de calidad. Y esta interpretación se justifica en que si se estima que la citada expresión alcanza a todo lo anterior, sólo se aplicaría el precepto a los regímenes pactados que supusieran una limitación excesiva frente al régimen legal.

A mi modo de ver, la expresión «*que se establezca en los contratos*» se refiere al régimen de comprobación, reclamación, garantía y a la posibilidad de renuncia o devolución. Pero no creo que ello deba conducirnos, necesariamente, a que sólo existirán esos regímenes cuando se pacten. Ese mínimo inderogable ha de existir en todo caso, haya o no previsión contractual. El artículo 11.1 LGDCU, a lo que entiendo, alude sólo a lo pactado en los contratos para destacar que la autonomía de la voluntad no es absoluta en este punto; esto es, para prohibir que el régimen pactado limite los derechos contractuales de los consumidores previstos en la norma más allá de lo dispuesto en ella.

(7) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 215, y GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 370.

(8) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 215. Considera acertada la mención del derecho de información GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 369, que opina que puede reforzarse con el artículo 1.258 del Código Civil, entendiendo que la referencia a los deberes contractuales impuestos por la ley abarca a los establecidos en la LGDCU.

En la misma línea, SAP de Córdoba de 11 de febrero de 1998, R. Ar. 4824.

3. LA GARANTÍA ESPECÍFICA PARA LOS BIENES DE NATURALEZA DURADERA

En los apartados segundo y tercero del artículo 11 LGDCU se establece la obligación del productor o del suministrador de entregar una garantía por escrito, junto con el bien adquirido por el consumidor, siempre que se trate de un bien de naturaleza duradera. Esta garantía debe contener, como mínimo, los extremos expresados en el apartado segundo del precepto, y durante su término de vigencia ha de otorgar al consumidor, también como mínimo, los derechos previstos en el apartado tercero.

Se trata, en definitiva, de una especificación de la garantía general del apartado primero para los bienes de naturaleza duradera.

3.1. *Ámbito de aplicación de la garantía: contratos entre consumidores y empresarios sobre bienes de naturaleza duradera*

El artículo 11 LGDCU no especifica a qué contratos se aplica la garantía. El precepto está pensado, sin duda, para la compraventa civil, aunque no parece haber inconveniente en aplicarlo, con las precisas adaptaciones, a otros contratos que proporcionen el disfrute temporal o definitivo de los bienes duraderos a los consumidores (9).

En cualquier caso, el contrato debe tener como objeto bienes de naturaleza duradera. El Anexo II del Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la LGDCU, establecido por Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, recoge los siguientes: instrumentos y material de óptica, fotografía, relojería y música; herramientas, cuchillería, cubertería y otras manufacturas metálicas comunes; muebles, artículos de menaje, accesorios y enseres domésticos; aparatos eléctricos, electrotécnicos y electrónicos; vehículos automóviles, motociclos, velocípedos, sus piezas de recambio y accesorios; juguetes, artículos para recreo y deportes, y vivienda.

Esta lista no es, en opinión de algunos autores, *numerus clausus*, sino que admite eventuales ampliaciones y exclusiones futuras, según se demuestra —dicen— con las expresiones utilizadas en el Preámbulo del Real Decreto, que hace referencia a «una primera delimitación», y con los mismos términos usados en el Anexo II, tales como «instrumentos», «herramientas», «muebles» y «artículos para recreo y deporte», que son necesariamente genéricos (10).

(9) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 219; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2740.

(10) GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., págs. 377-378; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., págs. 2743-2744.

Sea como fuere, la referencia expresa a «bienes» excluye de la cobertura de esta garantía a los servicios, que en cambio entran en el régimen de garantía general del apartado primero del artículo 11.

3.2. *La garantía del artículo 11.2 LGDCU y su relación con otros remedios jurídicos previstos en el Código Civil*

Hasta la promulgación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, el comprador insatisfecho por no haber obtenido lo que legítimamente podía esperar, conforme al contenido del contrato y a la naturaleza del bien o del servicio objeto de aquél, tenía a su disposición, según el caso, las acciones de saneamiento por vicios ocultos (arts. 1.484 y sigs. del Código Civil), las derivadas del artículo 1.124 del Código Civil y la anulación del contrato por error o dolo (art. 1.300 del Código Civil).

No es éste el momento de estudiar con profundidad los citados remedios. Unicamente se hará referencia a ciertos aspectos que conviene recordar para un mejor análisis del artículo 11 LGDCU.

En virtud del artículo 1.484 del Código Civil, el vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa vendida, cuando la hagan impropia para el uso a que se la destina, o lo disminuyan de tal forma que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; a menos que el comprador debiera haberlos detectado por razón de su oficio o profesión (o que, por cualquier motivo —añade la doctrina—, los conociera).

De este precepto se desprende que los vicios que pueden dar lugar al saneamiento han de ser ocultos y graves. La jurisprudencia insiste en estos requisitos y añade uno más: que preexistan a la celebración del contrato (11).

(11) Son graves, con base en el artículo 1.484 del Código Civil, aquellos defectos que hacen a la cosa impropia para el uso a que es destinada o lo disminuyen de tal forma que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella. Son ocultos los vicios que no estén a la vista, y por tanto, no sean susceptibles de conocimiento por la simple contemplación de la cosa vendida. De ahí que el vendedor no responda «de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista». Por último, en cuanto al requisito de la preexistencia al momento de la conclusión del contrato, no obsta a su concurrencia, según la SAP de Barcelona de 12 de julio de 1995, R. Ar. 1722, el hecho de que el vicio no se manifieste hasta después de ese momento.

Una recopilación de la jurisprudencia más relevante en torno a los requisitos de los vicios redhibitorios se encuentra en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Crónica jurisprudencial de las acciones edilicias», en R. D. Pat., año III, 2000, núm. 5, págs. 475 y sigs.

El saneamiento consiste en la opción del comprador entre la rescisión del contrato (acción redhibitoria) o la rebaja proporcional del precio, a juicio de peritos (acción *quantum minoris*), más una indemnización de daños y perjuicios si el comprador elige rescindir el contrato y el vendedor conocía los vicios ocultos (art. 1.486 del Código Civil).

Estas acciones caducan a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida (art. 1.490 del Código Civil) (12). La brevedad de este plazo, y en menor medida, el hecho de que no se prevea la sustitución del bien defectuoso o su reparación, que son soluciones que pueden convenir más al adquirente, han convertido este régimen en un remedio insuficiente para proteger los intereses del comprador (13).

De ahí el nacimiento de la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*, de acuerdo con la cual se entiende que cuando los defectos de la cosa vendida son de tal entidad que la hacen absolutamente inhábil para el uso a que va destinada, no se trata de vicios ocultos, sino de un supuesto de entrega de cosa diversa a la pactada (14), por lo que las acciones procedentes son las de incumplimiento del artículo 1.124 del Código Civil (esto es, la de cumplimiento y la de resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos), sujetas al generoso plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 del Código Civil.

Con base en esta doctrina, el TS exige, para que haya incumplimiento, que el objeto sea totalmente inhábil para su uso, de forma que el comprador quede objetivamente insatisfecho. Si el comprador puede utilizar la cosa de alguna manera y obtener alguna ventaja estaremos ante meros vicios, y no se

(12) El precepto dispone que las acciones de saneamiento por vicios ocultos «*se extinguirán*» en el plazo apuntado. Los tribunales han interpretado esta expresión como reveladora de un régimen de caducidad (SSTS de 6 de abril de 1967, *R. Ar.* 1812; STS de 11 de febrero de 1991, *R. Ar.* 1192; STS de 6 de noviembre de 1995, *R. Ar.* 8077; STS de 27 de noviembre de 1999, *R. Ar.* 9137; SAP de Tarragona de 25 de octubre de 1993, *Colex* 93CP3050; SAP de Madrid de 10 de abril de 1995, *Colex* 95CP649; SAP de Sevilla de 17 de julio de 1996, *Colex* 96CP1556; SAP de Cuenca de 14 de febrero de 1998, *Ar. Civ.* 1998, núm. 415; SAP de Barcelona de 19 de enero de 1999, *R. G. D.* 1999, pág. 11902, y SAP de Huesca de 21 de diciembre de 2000, *BD El Derecho* 2000/53137, entre otras).

(13) Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Régimen de garantía y responsabilidad de los productos y servicios», en *Derecho de Consumo*, en prensa en Tirant lo Blanch, pág. 2, las acciones edilicias, no sólo han perdido su carácter protector del comprador, sino que se han convertido en argumentos invocados por el vendedor para eximirse de responsabilidad por los defectos de la cosa.

(14) En efecto, la diversidad funcional o entrega de cosa inhábil para servir al fin para el que fue concertado el contrato es, como señala ORTÍ VALLEJO, A., «Los vicios en la compraventa y su diferencia con el *aliud pro alio*: jurisprudencia más reciente», en *Ar. C.*, 1996, I, pág. 46, uno de los casos que la jurisprudencia considera como *aliud pro alio* (el otro es la diversidad ontológica o sustancial, que consiste en la entrega de una cosa ontológicamente distinta de la pactada).

podrá aplicar el régimen del incumplimiento, sino el saneamiento de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil (15).

No obstante, hay sentencias en las que el TS prescinde del requisito de la total inhabilidad y aplica las reglas del artículo 1.124 del Código Civil a supuestos en los que el bien podía utilizarse, y de hecho se utilizó. Y otras en las que los defectos hacían a la cosa totalmente inhábil para el uso a que se destinaba, y el TS los calificó como vicios redhibitorios (16).

La posición del TS ha sido criticada por un grupo de autores, por carecer de fundamento legal, ya que el artículo 1.484 del Código Civil, al referirse a defectos que hacen a la cosa impropia para el uso a que se la destina, no parece referirse a pequeños defectos, sino a defectos graves, como de hecho exige generalmente la doctrina y, curiosamente, el propio TS (17).

Para este sector, la distinción entre vicio redhibitorio y *aliud pro alio* debe establecerse con base en un criterio diferente al de la gravedad del defecto. La entrega de cosa defectuosa —se afirma no tiene el mismo significado en la compraventa de cosa específica y en la de cosa genérica. En el primer caso, hay que partir del artículo 1.468.1 del Código Civil, que dispone que el vendedor ha de poner en poder y posesión del comprador la cosa vendida en el estado en que se hallare al tiempo de la perfección del contrato. La cosa específica vendida, con sus cualidades y con sus defectos, es, pues, el objeto de la prestación que debe realizar el vendedor. Por tanto, sólo cuando el vendedor ponga en poder y posesión del comprador cosa distinta

(15) V., en este sentido, las siguientes sentencias: 12 de marzo de 1982, *R. Ar.* 1372; 13 de junio de 1983, *R. Ar.* 3521; 22 de octubre de 1984, *R. Ar.* 4909; 29 de diciembre de 1984, *R. Ar.* 6302; 7 de enero de 1988, *R. Ar.* 117; 6 de abril de 1989, *R. Ar.* 2994; 26 de octubre de 1990, *R. Ar.* 8052; 14 de mayo de 1992, *R. Ar.* 4121; 7 de abril de 1993, *R. Ar.* 2798; 17 de febrero de 1994, *R. Ar.* 1621; 6 de noviembre de 1995, *R. Ar.* 8077; 7 de junio de 1996, *R. Ar.* 4825; 28 de febrero de 1997, *R. Ar.* 1332; 23 de enero de 1998, *R. Ar.* 124; 30 de octubre de 1998, *R. Ar.* 8353; 27 de noviembre de 1999, *R. Ar.* 9137; 30 de junio de 2000, *R. Ar.* 6747; 17 de julio de 2000, *R. Ar.* 6804; 16 de noviembre de 2000, *BD El Derecho* 2000/39205, y 20 de diciembre de 2000, *BD El Derecho* 2000/49748.

(16) V. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el Derecho Civil español», en prensa en *Noticias UE*, págs. 6 y 7. Entre otras, este autor cita, como representativas del primer supuesto, las SSTs de: 16 de febrero de 1950, *R. Ar.* 347; 14 de diciembre de 1981, *R. Ar.* 6939; 1 de junio de 1982, *R. Ar.* 3401; 13 de junio de 1983, *R. Ar.* 3521; 22 de octubre de 1984, *R. Ar.* 4909; 29 de febrero de 1988, *R. Ar.* 1312; 12 de mayo de 1990, *R. Ar.* 3705; 2 de julio de 1991, *R. Ar.* 5318; 5 de noviembre de 1993, *R. Ar.* 8615; 23 de enero de 1998, *R. Ar.* 124; 22 de enero de 2000, *R. Ar.* 59; y 24 de julio de 2000, *R. Ar.* 6193. Y como casos en los que sucedió lo segundo, las SSTs de 25 de enero de 1957, *R. Ar.* 372; 7 de junio de 1966, *R. Ar.* 2878; 11 de julio de 1984, *R. Ar.* 4205; y 19 de febrero de 2000, *R. Ar.* 1296.

(17) DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 8.

a la que efectivamente vendió (*aliud pro alio*) podrá hablarse de incumplimiento. Entonces el comprador, además de poder rechazar la entrega de la cosa, con base en el artículo 1.166.1 del Código Civil, contará con las acciones generales de incumplimiento, que le permitirán demandar la resolución del contrato o el cumplimiento en forma específica (ex art. 1.124 del Código Civil), así como la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101 del Código Civil) (18). En cambio, la concurrencia en la cosa específica vendida de un vicio oculto, grave y preexistente al tiempo de la conclusión del contrato, no dará lugar al ejercicio de esas acciones, sino al de las edilicias de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil.

Por el contrario, en la compraventa de cosa genérica, el desajuste entre las cualidades de la cosa entregada y las presupuestas en el contrato, dará lugar a un supuesto de incumplimiento, puesto que tales cualidades tienen virtualidad individualizadora del objeto del contrato, por lo que el comprador, dándose los requisitos correspondientes, podrá ejercitar las acciones de los artículos 1.124 y 1.101 y siguientes del Código Civil, pero no las edilicias (19).

Un tercer remedio jurídico que el Código Civil pone a disposición del comprador es, a lo que creo, la acción de anulación del contrato por error o dolo, prevista, como es sabido, en el artículo 1.300 de ese texto legal (20).

El error invalidante del consentimiento ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que específicamente hubiesen dado motivo a celebrarlo (art. 1.266 del Código Civil). Además, aunque el legislador no lo menciona, tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen que el error sea excusable. En cuanto al dolo, sólo anulará el contrato cuando sea grave y no haya sido empleado por las dos partes contratantes (art. 1.269 del Código Civil) (21).

(18) MORALES MORENO, A. M., «El alcance protector de las acciones edilicias», en *ADC*, 1980, págs. 664-665; y «Comentario al artículo 1.484 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, pág. 954; PASQUAU LIAÑO, M., «La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo», en *AC*, 1990-2, págs. 421-422; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Sentido y alcance de la objetivización de la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos de la cosa vendida (y II)», en *La Ley*, núm. 5008, 8 de marzo de 2000, pág. 2.

(19) DE VERDA Y BEAMONTE, *Sentido y alcance... (I)*, cit., págs. 2 y 3; y *Algunas reflexiones...*, cit., págs. 9 y sigs.

(20) A favor de esta opinión se manifiesta DE VERDA Y BEAMONTE, *Sentido y alcance... (I)*, cit., pág. 3. En contra, PASQUAU LIAÑO, *La indeterminación del cuadro...*, cit., pág. 422.

(21) Frente a algunas voces que defienden que, concurriendo los presupuestos del artículo 1.484 del Código Civil, existirá siempre un error, relevante ex artículo 1.266 del Código Civil (DE BUEN Y BADENES GASSET, citados por DE VERDA Y BEAMONTE, *Sentido y alcance... (I)*, cit., pág. 3), hay quien sostiene que esto es así en los casos de vicios ocultos que si hubieran sido conocidos por el comprador, le habría llevado a no adquirir el bien; pero no en aquellos que, de haberlos conocido, habría dado menos precio por la

¿Qué modificaciones introduce en este panorama de acciones el artículo 11 LGDCU? Su introducción en el ordenamiento jurídico español no implica, necesariamente, la sustitución o el desplazamiento, en los contratos celebrados con consumidores, de los mecanismos de tutela previstos en el Código Civil, puesto que el artículo 7 LGDCU ha dejado en vigor, sin derogarlas, las normas civiles y mercantiles. Por tanto, es preciso estudiar la posible compatibilidad entre el citado artículo 11 LGDCU y los preceptos del Código Civil anteriormente analizados.

Pues bien, no hay unanimidad en este punto. Antes al contrario, se encuentran opiniones a favor de la compatibilidad entre los remedios tradicionales del Código Civil y la garantía del artículo 11 LGDCU, y otras que sólo la admiten parcialmente; es decir, la aceptan en cuanto a las acciones de incumplimiento, pero no en lo tocante a las edilicias, que consideran no aplicables en los contratos celebrados con consumidores.

La primera tesis es la mayoritaria (22). Parte de que la garantía del artículo 11.2 LGDCU se propone añadir algo nuevo al régimen de la res-

cosa. La ignorancia de este segundo tipo de vicios ocultos no constituye un supuesto de error esencial, porque, aunque el comprador los hubiera conocido, habría prestado igualmente su consentimiento al contrato, sólo que con otras condiciones: habría pagado un precio menor por la cosa vendida. El comprador no podría, por consiguiente, demandar la anulación del contrato con base en el artículo 1.266 del Código Civil, ya que el error por él padecido no habría recaído sobre una cualidad que, en el caso concreto, hubiese sido la causa principal de la celebración del contrato. Por otra parte, se afirma que el error ocupa un papel distinto en la anulación del contrato por error invalidante y en las acciones edilicias. En el primer caso, la acción de anulación presupone la ausencia de una auténtica voluntad contractual (error propio) o la existencia de una voluntad gravemente viciada, al haberse prestado el consentimiento bajo el presupuesto de la ignorancia o de una falsa representación mental de la realidad (error impropio). Se trata, pues, de una acción que tiene como finalidad tutelar el consentimiento de las partes contratantes, protegiendo su interés a no verse vinculadas contractualmente, sino en virtud de un acto de voluntad real e íntegro. Las acciones edilicias, en cambio, no protegen el consentimiento del comprador que desconoce el vicio oculto de la cosa que adquiere, sino que tienden a que pueda obtener tutela jurídica ante el perjuicio que experimenta por la celebración del contrato, al adolecer la cosa comprada de defectos que la hacen impropia para el uso al que se destina o disminuyen tal uso significativamente, de manera que el precio pagado por aquella es excesivo. En conclusión, se dice que las normas reguladoras de la obligación de saneamiento por vicios ocultos no desplazan a las de protección del consentimiento. De modo que, si existen vicios ocultos que simultáneamente dan lugar a un error esencial y excusable, queda a elección del comprador, durante el plazo de seis meses previsto en el artículo 1.490 del Código Civil, ejercitar las acciones edilicias o pedir la anulación del contrato. Transcurrido ese tiempo, sólo podrá recurrir a la anulación del contrato por error (DE VERDA Y BEAMONTE, *Sentido y alcance...* (I), cit., págs. 3 y 4).

(22) PARRA LUCÁN, M. A., «Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *ADC*, 1988, I, págs. 523-524; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 373; TORRES LANA, J. A., «La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor don José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1992,

ponsabilidad por vicios ocultos en el contrato de compraventa (23). Y definiendo, en este sentido, que es una obligación accesoria del contrato principal por el que se suministra el bien al consumidor o usuario. Cuando el garante sea el suministrador, los sujetos de esta relación obligatoria coincidirán con los del contrato principal, y la garantía se integrará en el contrato como una cláusula más, probablemente formando parte de las condiciones generales. En cambio, si el garante es el fabricante, la garantía será una obligación accesoria separada de la principal derivada del contrato, que tendrá sujetos diferentes, y que, para unos, adopta una configuración próxima a la fianza, sin confundirse con ella, porque el garante lo es, en todo caso, a título de deudor principal (24); y para otros, establece una relación contractual entre el fabricante y el consumidor, que coexistirá con el contrato de suministro o adquisición del bien, y que se perfeccionará al mismo tiempo que ese contrato (25).

Sobre esta base se procede a desentrañar la relación entre la garantía y el régimen general del Código Civil, respecto de la que hay distintas opiniones. Algún autor afirma, sin más especificaciones, que, tanto si el garante es el fabricante como si es el vendedor, la garantía no excluye las obligaciones legales. Parece darse a entender, por tanto, que el consumidor puede elegir entre los remedios previstos en el artículo 11 LGDCU y las acciones de saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil, o las derivadas del artículo 1.124 del Código Civil (26).

Según otro parecer, en cambio, en el caso de que los defectos de la cosa la hicieran impropia para el uso al que se destina o disminuyera de tal modo ese uso que si los hubiera conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella, sería aplicable la opción prevista en el artículo 1.486 del Código Civil (rescisión del contrato o rebaja en el precio). Por el contrario, cuando los defectos fueran de menor entidad,

pág. 804; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 12 LOCM», en *Régimen jurídico general del comercio minorista*, coord. por ALONSO ESPINOSA, F. J./LÓPEZ PELLICER, J. A./MASSAGUER FUENTES, J./REVERTE NAVARRO, A., McGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 206; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2738.

(23) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., págs. 523-524; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 373; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 206.

(24) GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 375; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2739.

(25) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 218; también en «Comentario a la STS de 20 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1990, pág. 1081. En la misma línea, SAP de Murcia de 24 de febrero de 1997, *R. Ar.* 469.

(26) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 218; y *Comentario a la STS de 20 de octubre de 1990*, cit., pág. 1081.

habría que acudir al contenido de la garantía prevista en el artículo 11.3 LGDCU (27).

Para una tercera opinión, cuando el defecto sea de tal gravedad que haga la cosa de imposible aprovechamiento para el comprador o la insatisfacción de éste sea total, deberá considerarse como incumplimiento y aplicar el artículo 1.124 del Código Civil. En los demás casos, y dándose los requisitos necesarios, el comprador deberá poder optar entre las acciones del artículo 1.486 del Código Civil y los derechos del artículo 11 LGDCU (28).

Por último, hay quien distingue según que el garante sea el fabricante o el vendedor. La relación que, en virtud de la garantía, surge entre el fabricante y el consumidor no modifica —se afirma— los derechos que el vendedor tiene frente a éste. Se duda, en cambio, de que sea así cuando el garante es el vendedor. Se ha dicho, en efecto, que en esta hipótesis se produce una modificación convencional de la responsabilidad legal del vendedor; pero falta saber —se añade— si tal modificación significa alteración o sustitución del régimen legal dispositivo por el descrito en la garantía, o si debe interpretarse como un añadido a la responsabilidad legal que seguirá siendo exigible con carácter alternativo o, en todo caso, como posibilidad subsidiaria, cuando no se cumpla la reparación (en un tiempo razonable) ni la sustitución. En cualquier caso, se concluye que sería exigible para vicios no cubiertos por la garantía convencional o durante el

(27) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La protección de los legítimos intereses...*, cit., pág. 157.

(28) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., págs. 550-551. Esta interpretación se basa en dos argumentos: el hecho de que el artículo 11.3 LGDCU configura los derechos que reconoce como mínimos, y el principio de interpretación favorable al consumidor. Normalmente —afirma la citada autora en la pág. 551— al comprador le satisfará más que le reparen el bien, que ejercer las acciones estimatoria o resolutoria y no poder disponer del bien adquirido. Pero no siempre será así. Puede haber ocasiones —apunta— en que el comprador prefiera resolver directamente el contrato sin que pueda considerarse que haya incumplimiento, y por tanto, no pueda aplicarse el artículo 1.124 del Código Civil.

Esta es también la tesis que defendió la AP de Tarragona en la sentencia de 15 de febrero de 1999, R. Ar. 626. En un supuesto de instalación de un vaso de poliéster defectuoso en una piscina, en el que el consumidor pretendía resolver el contrato, la AP sostuvo que no cabía la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil porque no se trataba de un supuesto de «inhabilidad total», como demostraba el hecho de que la piscina había sido utilizada por la parte actora, ni había voluntad contraria de los demandados a cumplir con su obligación, que se habían ofrecido a repararla.

En contra, RUBIO GARRIDO, T., «La "garantía" del artículo 11 LCU», en *ADC*, 1990, pág. 896. Para este autor, sea grave o leve el defecto, siempre entrará en juego la garantía del artículo 11 LGDCU, que no es sino la obligación de saneamiento del Código Civil. Lo que ocurre, a su juicio, es que si el vicio es leve, el acceso a la acción redhibitoria (o a la acción resolutoria, ex art. 1.124 del Código Civil) queda vetado, y sólo cabrá exigir el exacto cumplimiento (reparación y/o sustitución), mientras que si el vicio es grave, el acceso a tales acciones queda expedito.

tiempo en que la garantía legal hubiese expirado y quedara todavía abierto el plazo legal (29).

También entre los autores partidarios de la no aplicación de los artículos 1.484 y siguientes a los contratos sujetos a la LGDCU, hay disparidad de criterios, en este caso acerca del fundamento de tal tesis. Hay quien entiende que la obligación de que la cosa adquirida por el consumidor cumpla los requisitos de conformidad forma parte, al igual que la obligación de entrega, del deber de cumplimiento exacto de la prestación. La obligación de cumplimiento del deudor comprende la entrega de la cosa sin vicios ni defectos. Ahora bien, las consecuencias son distintas en el caso de no entrega de la cosa y de entrega de cosa defectuosa: si no se entrega el bien, habrá incumplimiento; si se entrega, pero si no responde a los requisitos exigibles de idoneidad y de calidad, habrá cumplimiento defectuoso. En ambos casos, se trata de responsabilidad contractual. El artículo 11 LGDCU es, según este entendimiento, un eslabón más de la cadena que, en el conflicto eterno entre un vendedor y un comprador insatisfecho ante la calidad o idoneidad de la cosa adquirida, el legislador ininterrumpidamente ha trenzado, adosando al vendedor, salvo el caso fortuito, y prescindiendo por completo de la culpa, el incumplimiento material que representa el vicio o defecto en la cosa vendida o entregada (30).

Así las cosas, aparecido un vicio o un defecto en el objeto adquirido y ya entregado, se abrirá un juicio de imputación, donde el vendedor deberá probar haber cumplido o, en su caso, demostrar el caso fortuito. Si no lo hace, se afirmará su responsabilidad, por incumplimiento de la obligación legal de transmitir un producto idóneo y no viciado (31).

Entendida de este modo la garantía del artículo 11 LGDCU, no presenta —siempre según esta tesis— demasiadas novedades respecto del régimen de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa establecido en el Código Civil. Antes al contrario, es una adaptación de las tradicionales acciones de garantía recogidas en los artículos 1.484 y siguientes en el Código Civil a las circunstancias del tráfico contemporáneo. Consecuencia de esta interpretación es que las normas del Código Civil acerca del saneamiento por vicios ocultos quedan limitadas a las relaciones que no se someten a la LGDCU (32).

(29) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., págs. 205-206 y 211. No creo que la garantía sea, en todo caso, una modificación convencional de la responsabilidad legal del vendedor. Y ello porque es posible que ninguno de los obligados a entregarla lo haga, y aun así, como luego se verá, la garantía existirá con el contenido mínimo del artículo 11 LGDCU. Luego se trata más bien, en mi opinión, de una garantía legal, sin perjuicio de que, cuando se produzca la entrega y su contenido sea más beneficioso que el mínimo previsto en el citado precepto, sí exista modificación convencional de la responsabilidad legal del vendedor.

(30) RUBIO GARRIDO, *La «garantía» del artículo 11 LCU*, cit., pág. 886.

(31) RUBIO GARRIDO, *La «garantía» del artículo 11 LCU*, cit., pág. 889.

(32) RUBIO GARRIDO, *La «garantía» del artículo 11 LCU*, cit., pág. 894.

Como se ha apuntado, algún autor llega a la misma conclusión con un razonamiento diferente, que parte de la tesis que distingue entre compraventa de cosa genérica y de cosa específica a efectos de diferenciar entre los vicios ocultos y el *aliud pro alio*. Sobre esta base, se afirma que las acciones edilicias no son de aplicación en las compraventas de cosa genérica sujetas a la LGDCU porque en ellas, la entrega de una cosa viciosa es supuesto de *aliud pro alio*, y por tanto, no cabe recurrir a las acciones edilicias, sino a las de incumplimiento. Pero tampoco —se dice— en las de cosa específica, como en cambio ocurre en los contratos regulados exclusivamente por el Código Civil, y ello debido al artículo 8 LGDCU. Este precepto dispone que la publicidad se integra en el contrato, de tal manera que el consumidor puede exigir lo anunciado por el empresario. Siendo esto así, no sería admisible que no pudiera exigir las cualidades presupuestas en el contrato, que es la solución sancionada por el artículo 1.468 del Código Civil, según esta tesis. Por ello, puesto que el artículo 8 es ley especial, y además más beneficiosa para el consumidor, hay que excluir la aplicación del artículo 1.468 del Código Civil en los contratos con consumidores. Y esto origina, a su vez, la no aplicación de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil, no porque el artículo 8 LGDCU los haya derogado, sino porque ha hecho desaparecer el supuesto sobre el que se asientan: que el vendedor que entrega la cosa, tal y como fue vendida, cumple correctamente con su obligación, por lo que sólo queda al comprador la posibilidad de rescindir el contrato o de rebajar el precio, en atención al perjuicio económico que experimenta por la falta de equivalencia inicial de las prestaciones. Esto no es así, según esta opinión, en las compraventas con consumidores, de modo que la entrega de cosa específica con vicios es incumplimiento, sujeto a los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil.

Consiguientemente, se sostiene que la coordinación del artículo 11 LGDCU debe hacerse con estas acciones en cualquier caso. Y en este sentido se apunta que el artículo 11 LGDCU no desplaza, sino que refuerza, durante cierto período de tiempo (el de garantía), la protección que al comprador proporcionan las acciones generales de incumplimiento (33).

En cuanto a la jurisprudencia, no he encontrado sentencias en las que el TS se plantee la relación entre las acciones previstas en el Código Civil y las derivadas de la garantía del artículo 11 LGDCU. Son varias, en cambio, las resoluciones de Audiencias Provinciales que admiten la fundamentación conjunta en los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y 11 LGDCU, de donde cabe deducir que consideran que las acciones edilicias y las derivadas de la garantía del artículo 11 LGDCU son aplicables al mismo supuesto de hecho y sólo se diferenciarían en la condición de consumidor o no consumi-

(33) DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., págs. 11 y sigs.

dor del adquirente (34). Igualmente se acepta el recurso al artículo 11 LGDCU o al artículo 1.124 del Código Civil, indistintamente, para solicitar la resolución de un contrato celebrado con un consumidor (35).

3.3. *Vicios o defectos cubiertos por la garantía*

A) Vicios originarios

La única pista que el artículo 11 brinda en relación con los defectos cubiertos por la garantía es la referencia, en la letra *a*) del apartado tercero, a «vicios o defectos originarios». Se ha dicho, a mi juicio con razón, que basta con que la causa de los vicios sea anterior a la conclusión del contrato, aunque aquéllos no lo sean, para que se califiquen como originarios (36).

A este respecto, es generalmente admitida la presunción de que son originarios los defectos que aparecen dentro del plazo de la garantía. Consecuencia: La víctima no tiene que probar que existían originariamente; al contrario, esto se presume y es el garante quien tiene que demostrar lo contrario (37). No

(34) Así, SAP de Barcelona de 3 de diciembre de 1998, *R. Ar.* 8741, y de 15 de febrero de 2000, *R. Ar.* 1360.

(35) SAP de Alava de 6 de junio de 1994, *R. Ar.* 1092; SAP de Tarragona de 15 de febrero de 1999, *R. Ar.* 626.

(36) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 531; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 383; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2755.

(37) DUQUE, *La protección de los derechos económicos...*, cit., págs. 78 y 80; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 220; PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 531; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 383; TORRES LANA, *La garantía...*, cit., pág. 802; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2755; DE VERDA Y BEAMONTE, *Régimen de garantía...*, cit., pág. 9. Comenta este último autor que la presunción «es plenamente ajustada al principio de facilidad de la prueba derivado del de buena fe procesal, ya que con los actuales niveles de desarrollo tecnológico hay serias dificultades para que el consumidor pueda demostrar que los defectos preexistían al tiempo de la prestación de la garantía, siendo mucho más fácil que el fabricante pruebe que son sobrevenidos».

RUBIO GARRIDO, *La «garantía» del artículo 11 LCU*, cit., pág. 898, fiel a su tesis de que la garantía del artículo 11 LGDCU equivale al saneamiento por vicios ocultos en el ámbito de los contratos con consumidores, afirma que no hay presunción de originaria defectuosidad, ni existe ninguna inversión de la carga de la prueba, sino que hay un estricto funcionamiento del régimen probatorio de la responsabilidad contractual. El vendedor demandado podrá probar que cumplió su prestación, ya sea negando la existencia del vicio, ya sea probando que, aunque el vicio exista, él entregó el objeto en perfecto estado, o que el vicio proviene del uso indebido del comprador, o que procede de un caso fortuito posterior al contrato o de la acción de un tercero. Se trata —insiste el citado autor— de un funcionamiento idéntico al propio de toda hipótesis de responsabilidad contractual. Y si alguna novedad hay —añade—, no es procesal: la adopción de un criterio funcional del vicio permite que el comprador pueda alegar el incumplimiento

serían defectos originarios los debidos a un desgaste no normal del objeto (por ejemplo, por la no observación por el consumidor de las indicaciones señaladas por el vendedor o por un uso intenso del bien con fines industriales cuando su destino era el uso doméstico), lo que corresponde probar al garante (38).

La STS de 23 de mayo de 1991 (39) contiene unas declaraciones en relación con este punto que conviene comentar. El supuesto de hecho que resolvió fue el siguiente: Un señor compró un automóvil que, pocos meses después de la compra, se incendió y ardió en la carretera. Según el informe pericial solicitado por el comprador, debido al estado en que había quedado el vehículo, era muy difícil determinar la causa que dio lugar al incendio, que pudo ser una chispa de cigarrillo o un cortocircuito entre conductores, como causas más probables, sin descartar otras que pudieron intervenir.

El comprador demandó al fabricante (Citroën Hispania, S. A.), y le reclamó la entrega de un coche igual al siniestrado, y el pago de una indemnización de daños y perjuicios de un millón de pesetas, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha del siniestro y las costas. La demanda fue desestimada en primera instancia por sentencia contra la que se interpuso recurso de apelación, que fue parcialmente estimado. Contra el fallo de la AP, Citroën Hispania, S. A., interpuso recurso de casación, con base, entre otros motivos, en la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, por haber basado su fallo la sentencia recurrida en la inversión de la carga de la prueba, cosa que, a juicio de la recurrente, no podía hacer: dado que el informe pericial no acreditó con exactitud que el incendio se debiera a la existencia de vicios ocultos en el automóvil, correspondía al demandante probar los hechos constitutivos de los derechos que reclamaba.

Frente a ello, el TS afirmó que el artículo 1.214 del Código Civil efectivamente obligaba al actor a probar los hechos en los que basaba sus pretensiones, a saber: que el vehículo comprado con todas las garantías para su debido fun-

material del contrato sin necesidad de individualizar el defecto concreto, bastándole probar que el producto que adquirió no funciona o no sirve para el uso a que estuviere destinado, porque ello es de por sí incumplimiento material de la prestación, suficiente para poner en marcha el juicio de imputación propio de los casos en que se discute sobre la responsabilidad contractual. Y esto —afirma RUBIO GARRIDO— no puede sorprendernos, pues es el mismo régimen que establece el artículo 1.497 del Código Civil. Tampoco debe sorprender —continúa— que al vendedor le corresponda el riesgo de la incerteza o de la falta de prueba o de la causa ignota, pues eso tampoco es ninguna novedad respecto del régimen general aplicable a todo deudor. Sin perjuicio de que, cuando se pretenda el íntegro resarcimiento, sea el comprador quien corra con la carga de la prueba de la mala fe del vendedor, como también se deduce de los principios generales del ordenamiento.

(38) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., págs. 531-532; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 383; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2755.

(39) R. Ar. 3784.

cionamiento se perdió, al incendiarse, cuando se hacía un uso normal del mismo y sin que constase un hacer doloso o culposo imputable al comprador. Esto acreditado, correspondía a la entidad vendedora demostrar *«la posibilidad de haber surgido el siniestro por alguna de las circunstancias de exoneración de sus responsabilidades, que fueron convenidas y, en todo caso, si hubiera concurrencia de defectos o vicios ocultos, que los mismos no eran originarios y formaban parte de la estructura del turismo en el momento de su venta, como, y en su caso, que el comprador no había cumplido con los cuidados normales de mantenimiento, revisión y controles técnicos del automóvil»* (40).

A mi modo de ver, lo que se ha presumir, según la ley, no es la existencia del vicio, sino que el vicio, que se ha demostrado que existe, era originario. Es, por tanto, el consumidor quien debe acreditar la existencia del defecto o vicio afectante a las condiciones óptimas del objeto para cumplir el uso a que estuviese destinado (41). Dado que en el supuesto planteado eso era imposible por el estado en que había quedado el vehículo, cabría haber presumido la existencia del vicio o defecto si, causado el daño, no se hubiera podido detectar otra posible causa (42). Pero el informe pericial dejaba bien claro

(40) La misma doctrina se refleja en la SAP de Vitoria de 6 de junio de 1994, A. C., 1994, ref. 1092, y en la SAP de Valencia de 12 de enero de 2000, R. Ar. 2709. La primera resolvió un supuesto de venta de un automóvil que sufrió diversas averías afectantes al sistema electrónico, sin que se lograra determinar con certeza su origen. La Audiencia en cuestión entendió que, *«habida cuenta de la complejidad de los actuales niveles tecnológicos y de la ingeniería electrónica aplicada a los automóviles, sólo los fabricantes pueden determinar con rigor y exactitud el origen y alcance de determinadas averías, pero de los hechos que constituyen reflejo del anómalo funcionamiento cabe deducir la existencia del vicio relevante. Por otra parte, los artículos 25 y 26 de la Ley 26/1984, establecen en el sistema de garantías y responsabilidades, un verdadero principio de inversión de la carga de la prueba...»*.

En cuanto a la segunda, tuvo su origen en la avería de un teléfono, cuya reparación solicitó la compradora sin que la vendedora accediese a ello, alegando que la avería se había producido como consecuencia de una descarga eléctrica de una tormenta, cuya existencia no quedó sin embargo demostrada. Por ello, desestimó la impugnación del laudo arbitral pretendida por la demandada, en el que se le condenaba a la reparación del aparato.

AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2756, parece estar de acuerdo con esta tesis jurisprudencial, ya que afirma que, por lo general, no será necesario probar el concreto defecto de que adolece la cosa, sino que bastará con demostrar que ésta no funciona de acuerdo con la utilidad que de ella cabría legítimamente esperar.

(41) En este sentido, la SAP de Asturias de 9 de febrero de 1999, R. Ar. 3339, confirmó la sentencia de instancia recurrida, la cual desestimó la demanda presentada por el comprador de un automóvil contra «Coveisa, S. A.» y «Opel España, S. A.» con base en que el actor no había probado suficientemente la existencia de los defectos que alegaba en el coche adquirido.

(42) Como ocurrió en la SAP de Albacete de 25 de noviembre de 1998, R. Ar. 8258, cuyo supuesto de hecho fue similar al que comentamos: un vehículo incendiado a los dos meses y medio de haber sido comprado por el consumidor. Pero en este caso, como apunta la sentencia, no se determinó *«pericialmente ni por otros datos probatorios la*

que entraba dentro de lo posible una variedad de causas, entre las que estaba la existencia de un vicio o un defecto del coche, pero también otras. Por consiguiente, pienso que no quedó suficientemente acreditada la existencia de un vicio o defecto en el automóvil, por lo que no debía haberse condenado a Citroën Hispania, S. A. (43).

B) Vicios ocultos y aparentes

El legislador no exige que el defecto sea oculto, como ocurre en el artículo 1.484 del Código Civil. Mayoritariamente se estima que el consumidor está protegido por la garantía tanto frente a los vicios ocultos como frente a los aparentes (siempre y cuando no los conociera, cosa que ha de probar el garante); y que no sería válido un pacto en contrario que exigiera el carácter oculto de los vicios (44).

C) Defectos de calidad y de funcionamiento

Se discute si los vicios o defectos de los que responde el garante son sólo los que puedan menoscabar el funcionamiento del objeto (la garantía sería entonces de buen funcionamiento, como en el ordenamiento jurídico italiano) o cualesquiera vicios o defectos —originarios— que presente el bien, afecten o no al buen funcionamiento (garantía a secas). En otras palabras, si es preciso que el vicio o defecto tenga entidad suficiente para constituir un vicio

existencia de una causa externa del daño del vehículo ni de otra parte la causa exacta determinante del referido evento».

(43) Comparto, en este punto, la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991», en *CCJC*, núm. 26, abril-agosto de 1991, pág. 611. En palabras de este autor, «deducir de semejante prueba pericial, no existiendo ninguna otra prueba complementaria (testifical), que el vehículo se incendió por vicio o defecto originario, constituye una aplicación extralimitada del artículo 1.253 del Código Civil...».

(44) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 534; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 383; TORRES LANA, *La garantía...*, cit., pág. 802; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., págs. 2755-2756.

Con todo, alguna opinión diferente hay. RUBIO GARRIDO, *La «garantía» del artículo 11 LCU*, cit., pág. 897, considera que la imposición de una obligación legal de un nivel de idoneidad y calidad mínimo, hace que por debajo del mismo se desdibuje la operatividad de la tradicional distinción entre vicio oculto y vicio aparente. Pero por encima de ese nivel mínimo, cree que el requisito de que el vicio sea oculto seguirá jugando, así como por debajo, en aquellos supuestos admitidos por la ley (arts. 1.489 y 1.493 del Código Civil) en los que, gracias a la suficiente publicidad, se realiza una compraventa de desecho o de saldos.

redhibitorio (que haga a la cosa impropia para el uso a que se la destina o disminuya ese uso de tal modo que, de haberlo conocido el comprador, no habría adquirido la cosa o habría dado menor precio por ella).

Es cierto que aunque el artículo 11 LGDCU no hace referencia, en ningún momento, al funcionamiento del objeto, sí lo hace —como apunta algún autor (45)— a su aptitud para cumplir el uso a que estuviese destinado. No obstante, no creo que ello lleve a la conclusión de que la garantía es de buen funcionamiento (46), ni de que, en función de la utilidad o la finalidad del producto garantizado en cada caso, los vicios y defectos cubiertos por la garantía serán unos u otros, y sólo cuando se trate de aparatos susceptibles de funcionar (electrodomésticos, vehículos, etc.), la garantía será de buen funcionamiento (47). A mi modo de ver, la redacción del apartado 3.a) y b) del artículo 11 permite entender que la circunstancia de que el bien no reúna las condiciones óptimas para destinarlo al uso previsto no es requisito del vicio o defecto originario que permita ejercitar el derecho a exigir la reparación, sino condición necesaria para que, fracasada la reparación, el consumidor pueda elegir entre la sustitución del objeto o la resolución del contrato. En efecto, en la letra a) se dispone que el titular de la garantía tendrá derecho a «la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados», o sea, de todos los vicios, afectantes al funcionamiento o no, que sean originarios. Y si «la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado», entonces el consumidor tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de iguales características o a la devolución del precio pagado. Pensemos en un automóvil con algún defecto en la tapicería, de cuya existencia no se percata el comprador en el momento de la entrega, sino varios días después. ¿Realmente cabe afirmar que, al no afectar al uso del bien, el consumidor no podría solicitar la reparación del defecto al amparo del artículo 11 LGDCU?

(45) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 529. Por su parte, se refiere a la garantía del artículo 11 LGDCU como garantía de buen funcionamiento, sin matización alguna.

(46) Como opina DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 15.

(47) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 530. Se muestra de acuerdo con esta interpretación GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 382. Asimismo, DUQUE, *La protección de los derechos económicos...*, cit., pág. 76, afirma que por la garantía, el garante acepta la obligación de responder, durante el plazo establecido en la misma, de todos los defectos por falta de calidades o del nivel de prestación que puedan menoscabar el funcionamiento normal del objeto del contrato de acuerdo con la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad del mismo, debiendo, en caso de un incorrecto funcionamiento, reparar el objeto contratado, y, si no lo hace, sustituir el objeto defectuoso o devolver el precio en todo o en parte al adquirente del mismo.

Existen dudas, asimismo, acerca de si la falta de calidad puede considerarse vicio o defecto cubierto por la garantía. A mi juicio, dado que el apartado primero del artículo 11 LGDCU establece, en relación con el régimen general de garantía, que éste debe permitir al consumidor o usuario hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, cabe defender que el vicio o defecto de calidad estará cubierto por la garantía de los apartados segundo y tercero (48).

D) Vicios graves y menos graves

A lo que entiendo, la garantía del artículo 11 LGDCU cubre tanto los vicios graves —ésos que, según el TS, hacen a la cosa absolutamente inhábil para el uso a que se la destinó, y por tanto, constituyen incumplimiento contractual— cuanto los meros vicios —o sea, los que permiten obtener alguna utilidad del bien, y que deben conducirnos, en opinión del Alto Tribunal, al saneamiento por vicios ocultos—. Se supera así la distinción, tradicional en la jurisprudencia, entre vicios ocultos y *aliud pro alio*, que tantos quebraderos de cabeza provoca (49).

3.4. Forma y contenido mínimo de la garantía

La garantía ha de constar por escrito. Pero la forma no es aquí requisito *ad substantiam*, de modo que aunque faltase, la garantía existiría igualmente, por voluntad de la ley y con el contenido mínimo del artículo 11 LGDCU (50). Y habría responsabilidad solidaria de los sujetos eventualmen-

(48) En el mismo sentido, DUQUE, *La protección de los derechos económicos...*, cit., pág. 76; y AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., págs. 2734-2735. PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 530, por su parte, sostiene que deberá atenderse en cada caso a las consecuencias que la falta de calidad produce en el bien y si éste reviste las condiciones óptimas para cumplir el uso a que esté destinado.

(49) La misma opinión defiende CORRAL GARCÍA, E., «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles», en *R. D. Pat.*, 2000-1, núm. 5, pág. 523.

(50) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 221; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 213; TORRES LANA, *La garantía...*, cit., pág. 800; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2764; DE VERDA Y BEAMONTE, *Régimen de garantía...*, cit., pág. 11.

La SAP de Albacete de 25 de noviembre de 1998, *R. Ar.* 8258, resolvió, en este sentido, un supuesto de venta de automóvil en el que no sólo no se entregó garantía por escrito, sino que el comprador había aceptado hacerse cargo de cuantas responsabilidades pudieran derivarse de la tenencia y uso del vehículo y admitía que éste fue revisado a su

te obligados a entregar la garantía (vendedor, importador y productor), sin perjuicio de las posibles sanciones administrativas (51).

Lo mismo ocurrirá si en el documento de garantía falta alguno de los extremos que necesariamente se han de mencionar, que son los siguientes:

A) El objeto sobre el que recae la garantía

En los bienes fabricados en serie, la identificación se hará con el modelo y el número de serie (52).

B) El garante

Obligados a entregar la garantía están, según el apartado segundo de la norma, el productor o el suministrador del bien. El garante puede ser, por consiguiente, el vendedor o el fabricante (53). Ya se ha hablado sobre la

satisfacción. No obstante ello, la AP afirmó que, aplicando el régimen del artículo 11 LGDCU a la controversia planteada, «no sólo resulta inoperante la cláusula exoneratoria por vicios ocultos sino que, asimismo, no habiéndose demostrado la causa exacta del evento desencadenante del incendio del vehículo, dada la proximidad en el tiempo del evento con la fecha de compraventa —dentro de los tres meses— ha de tener cierta eficacia la obligada garantía que la entidad vendedora ha de prestar al comprador, bien durante un tiempo o kilometraje recorrido, lo que ha de ponderarse en este caso en función del valor del objeto, tiempo en que se produjo el siniestro, deterioro producido, etc...».

A la falta de documento de garantía equiparó la SAP de Valencia de 12 de enero de 2000, R. Ar. 2709, la entrega de una garantía en inglés, afirmando que debía aplicarse el régimen de los apartados 2 y 3 del artículo 11 LGDCU.

(51) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 221; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 210; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2764.

GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 389, por su parte, señala que, no existiendo la garantía, encuentra dificultades teóricas y prácticas para otorgar al adquirente una acción encaminada a lograr su prestación; y tampoco cree probable que el particular acuda a los tribunales para obtener una sentencia que condene al productor o suministrador a otorgar la garantía. Piensa que se acudirá, más bien, a soluciones arbitrales.

(52) GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 379; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2745.

(53) En el supuesto de hecho resuelto por la SAP de Burgos, de 23 de octubre de 1998, Ar. C., ref. 7329, la AP afirmó que el garante era una persona distinta del vendedor y del fabricante, aunque no parece que esto fuera efectivamente así. El comprador de un Opel Astra, que lo adquirió de «Auto Austin Sport, S. L.», recibió un documento de garantía en el que se establecía como condición para la validez de la garantía que, en caso de avería, el vehículo fuese reparado por «Talleres Auto-Austin, S. L.», que era una empresa destinada a la reparación de vehículos a motor, estrechamente vinculada a «Auto Austin Sport, S. L.», siendo los gerentes de una y otra hermanos, y compartiendo ambas

relación de la garantía con el contrato de adquisición celebrado entre el consumidor y el vendedor o suministrador en un caso y en otro, y a lo dicho me remito.

Pero queda una cuestión que aún no ha sido planteada y que surge de las declaraciones de la STS de 20 de octubre de 1990 (54). El origen del conflicto fue la compraventa de un coche de la marca Mercedes al concesionario oficial de esta Casa en Asturias. El vehículo en cuestión tenía defectos tan graves que lo hacían absolutamente inhábil para cumplir con las finalidades inherentes a sus características, puesto que, según el dictamen pericial que obraba en los autos, era necesario sustituir el bloque del motor en su conjunto. El comprador demandó al concesionario, con base en los artículos 2 y 11 LGDCU y en los artículos 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil, en reclamación de la reparación de los defectos o, subsidiariamente, la resolución del contrato con la devolución del precio. La demandada alegó la excepción de falta de legitimación pasiva, pues la que constaba como garante era la Casa Mercedes Benz Española, S. A., y por tanto, era la única obligada en relación con el artículo 11 LGDCU.

Pues bien, el TS, a diferencia del Juzgado de Primera Instancia y de la AP de Oviedo, rechazó esa excepción con base en el régimen de responsabilidad civil establecido por el artículo 27 LGDCU. En efecto, según el Alto Tribunal, la solidaridad que el artículo 27.2 LGDCU instaura entre los responsables de daños y perjuicios a los consumidores y usuarios se extiende objetivamente a los daños en el producto derivados de un desajuste entre el mismo y lo exigible de acuerdo con su origen, identidad e idoneidad, así como con su naturaleza y finalidad y con las normas que regulan; y es aplicable a la garantía prevista en los párrafos segundo y tercero del artículo 11 LGDCU, de forma que todos los sujetos previstos en el artículo 27 (fabricante, importador, vendedor y suministrador, en general, todas aquellas personas que hubieren contribuido a la causación del daño) son garantes solidarios de la inexistencia de defectos en el bien vendido, con independencia de cuál de ellos sea el que expresamente haya formalizado la garantía al comprador. En aplicación de esa doctrina, el TS declaró que, en el caso planteado, respon-

el mismo domicilio social. Así es como lo expresa el F.D. 1.º de la sentencia. En el F.D. 2.º, en cambio, la AP de Burgos afirma que de lo expuesto se desprende que el garante no era la empresa vendedora, sino «Talleres Auto-Austin, S. L.». En mi opinión, sin embargo, de los hechos expuestos sólo se deriva que la reparación en virtud de la garantía debe hacerse por «Talleres Auto-Austin, S. L.», que no por ello ha de ser el garante. Por consiguiente, habría que ver el documento de garantía para saber qué ocurrió en realidad.

En cualquier caso, queda claro es que la sentencia admitió la posibilidad de que el garante sea persona distinta del vendedor y del fabricante, cosa, que, a mi juicio, no tiene mucho sentido.

(54) R. Ar. 8028.

dían solidariamente el fabricante, el importador y el vendedor; y condenó a la entidad demandada a reparar gratuitamente los defectos, sin perjuicio del derecho de repetición que a tal entidad pudiera corresponder frente a los demás garantes solidarios.

Estimo, con R. BERCOVITZ, que el régimen de responsabilidad civil previsto en el Capítulo VIII LGDCU y el de la garantía regulada en el artículo 11.2 y 3 del mismo texto legal son distintos, y que la solidaridad sólo es predicable del primero. La garantía del artículo 11 LGDCU juega con independencia de la responsabilidad civil de vendedor, fabricante e intermediarios derivada de los artículos 1.101, 1.124 y 1.484 y siguientes del Código Civil. Por eso pienso que el comprador del coche podía reclamar al concesionario vendedor y éste no podía alegar su falta de legitimación pasiva. Pero no porque fuera garante solidario ex artículo 11 LGDCU, sino porque, como vendedor, debía responder del saneamiento de los vicios ocultos con base en los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil, y de los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento contractual con base, además de en los citados preceptos, en el artículo 1.101 del Código Civil (55).

(55) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la STS de 20 de octubre de 1990*, cit., págs. 1080-1082. En contra, asimismo, de la consideración de que siendo el fabricante el garante, el vendedor se obliga solidariamente con él por el contenido de la garantía, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 211. Según esta autora, podría pensarse que es la especial relación entre concesionario y fabricante lo que justifica que el TS obligara a aquél a afrontar los deberes derivados del contenido de la garantía del fabricante (pág. 214).

La citada SAP de Burgos de 23 de octubre de 1998, Ar. C., ref. 7329, también refleja cierta confusión entre el régimen de garantía del artículo 11 LGDCU y el de responsabilidad civil de los artículos 25 y sigs. Tal y como he expuesto *supra*, el origen del conflicto fue la avería sufrida por un Opel Astra, comprado por el demandante a «Auto Austin Sport, S. L.», la cual entregó al comprador un documento de garantía en el que se establecía como condición para la validez de la garantía que, en caso de avería, el vehículo fuese reparado por «Talleres Auto-Austin, S. L.», empresa estrechamente vinculada a la vendedora, ya que los gerentes de una y otra eran hermanos y compartían el mismo domicilio social. De ello deducía la AP de Burgos que el garante no era la empresa vendedora, sino «Talleres Auto-Austin, S. L.». Pues bien, el comprador demandó a la empresa vendedora, que según la sentencia, no era la garante, y por tanto, en buena lógica parece que no tenía por qué responder. Sin embargo, la AP estimó que *«procede declarar la responsabilidad de la entidad demandada en orden a indemnizar los daños y los perjuicios irrogados al actor, al no constar que la avería sufrida por el vehículo vendido por la demandada, dentro del período de garantía, esté causada por culpa exclusiva de la víctima»*. Aparte de la perplejidad que causa el razonamiento de la AP en cuanto al nexo de causalidad, pues parece que lo afirma sólo porque no se ha probado la culpa exclusiva de la víctima, cabe destacar la innecesaria mención del plazo de duración de la garantía y del hecho de que la avería se produjera dentro de ese plazo. En efecto, el comprador demandante solicitaba una indemnización de daños y perjuicios causados por la avería, en relación con la cual era totalmente indiferente que los daños se hubieran producido dentro o fuera del período de garantía, a efectos de la aplicación de los artículos 25 y sigs. LGDCU. Por otra parte, la AP, en su particular interpretación, acaba

Lo habitual en la práctica es que el garante sea el fabricante, pues es quien, como apunta algún autor, puede tener mayor interés en la eficacia de la garantía y quien, además, se encuentra en condiciones de prestarla, básicamente a través de unos buenos servicios técnicos de reparación y asistencia a los consumidores (56). A partir de la promulgación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, quizá haya que entender que esta práctica habitual la ha tomado el legislador como regla. En efecto, según el artículo 12.3 LOCM, para

haciendo responsable a la entidad demandada, a pesar de que según la sentencia, no era ella la garante, con base en la regla de la solidaridad de los sujetos responsables establecida en el artículo 27.2 LGDCU.

Algo parecido ocurrió en la SAP de Málaga de 24 de febrero de 1997, *R. Ar.* 241. Frente a la demanda presentada por la compradora de un automóvil contra el concesionario Opel de Ronda y la entidad Opel España, S. A., en reclamación de indemnización por los daños derivados del incendio sufrido por el vehículo nueve meses después de la adquisición, los demandados opusieron la excepción de prescripción de la acción. La Audiencia entendió que eso habría sido efectivamente así si sólo hubiera surgido responsabilidad extracontractual, pues la demanda se ejercitó cuando ya había transcurrido un año desde que la actora tuvo conocimiento del daño. Pero que como además de los artículos 1.902 y 1.968 del Código Civil, se alegaban los artículos 2, 11 y 27 LGDCU, cabía deducir que la demandante había planteado su acción tanto con base en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Por tanto, partiendo de la tesis del TS de que cuando en un mismo supuesto concurren responsabilidad contractual y extracontractual, nacen acciones que puede ejercitarse alternativa o subsidiariamente, según convenga más a la víctima, la AP de Málaga declaró que lo más beneficioso para la actora era entender que estaba ejercitando la acción de responsabilidad contractual, que no había prescrito. A continuación afirmó la sentencia que había que tener en cuenta que el incendio se había producido dentro del plazo de duración de la garantía, y por tanto, por la conjunción de los artículos 11, 25 y 27 LGDCU, había que concluir que el fabricante y el vendedor debían responder solidariamente ante la actora, al no constar que los daños procedían de la culpa exclusiva de la misma.

Más acertada estuvo, en este punto, la AP de Murcia, en la sentencia, también citada, de 24 de febrero de 1997, *R. Ar.* 469, que afirmó que el garante es exclusivamente la persona que aparece en el documento de garantía como tal, sin que quepa la aplicación de la regla de la solidaridad que establece el artículo 27, 2 LGDCU para los casos de daños causados por varias personas. En el caso resuelto por la sentencia, era el fabricante quien constaba como garante, por lo que sólo él debía responder en virtud de la garantía. CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 529, critica esta sentencia, afirmando que «en las acciones de saneamiento, al derivar del contrato de compraventa, el único responsable es el vendedor, mientras que en el ámbito de la garantía, al aplicarse la LCU, sí se puede apreciar la responsabilidad solidaria de vendedor y fabricante “ex” su artículo 27».

(56) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 218; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2740. En términos parecidos, GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., págs. 378-379, quien apunta que el garante es normalmente el fabricante del bien, pero que será el productor o suministrador quien deberá entregar la garantía, actuando como representante de aquél. En ocasiones —añade—, no obstante, la garantía será proporcionada por el suministrador en su propio nombre (por ejemplo, unos grandes almacenes que dan nombre o amparan con su marca al producto elaborado por otros).

facilitar el ejercicio del derecho de los compradores a un adecuado servicio postventa para los bienes de carácter duradero, «*el vendedor en el momento de entrega del bien extenderá por cuenta del fabricante o importador, o, en su defecto, en nombre propio, el documento de garantía*»; documento de garantía al que se refiere el apartado 2 y que coincide sin duda con la garantía prevista en el artículo 11.2 y 3 LGDCU. Por consiguiente, estimo que el artículo 12 LOCM ha venido a concretar la norma del artículo 11.2 en cuanto al garante: lo será el fabricante, y en su defecto, el vendedor.

C) El titular de la garantía

Es el consumidor o usuario, esto es, la persona física o jurídica que adquiera, utilice o disfrute, como destinatario final, un bien de naturaleza duradera (art. 1.2 LGDCU) (57).

No es preciso que el certificado contenga el nombre del beneficiario, siempre que sea posible identificarlo por cualquier otro medio como, por ejemplo, mediante el recibo o documento de pago expedido por el vendedor en el que se describa suficientemente el objeto adquirido (58). De hecho, esto es lo habitual en la práctica.

Los derechos derivados de la garantía se transmiten junto con la titularidad del bien. O, lo que es lo mismo, no sólo el primer adquirente, sino también los eventuales posteriores, pueden hacer uso de la garantía durante el plazo de duración de ésta (59).

D) Los derechos del titular de la garantía

Estos derechos deben ser, como mínimo, los previstos en el número 3 del artículo 11 LGDCU, a los que se hará referencia en el apartado siguiente. Es

(57) No se aplicará la regulación del artículo 11 LGDCU, por tanto, a aquellas garantías que en su caso otorguen el vendedor o el fabricante a los adquirentes de productos que no sean destinatarios finales de los mismos (PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 524).

(58) GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 379; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2742.

(59) Esta es también la opinión de DUQUE, *La protección de los derechos económicos...*, cit., pág. 78; de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 218, para quien «parece sensato aceptar que, mientras dure, los sucesivos consumidores, titulares del bien, se irán subrogando en la posición del primer adquirente de aquél con respecto a la garantía en cuestión»; de GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 379, según el cual la garantía cobija una obligación *propter rem* que acompaña a cualquier titular del producto mientras permanezca en vigor; de TORRES LANA, *La garantía...*, cit., pág. 801; y de AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2742.

decir, por pacto cabe ampliar los derechos concedidos por la citada norma, pero nunca menguarlos.

E) El plazo de duración de la garantía

El artículo 11.3 LGDCU dispone que en el documento de garantía debe hacerse constar el plazo de duración de ésta. No establece, en cambio, un plazo mínimo, lo que ha sido duramente criticado porque deja total libertad a los empresarios para fijarlo, quienes pueden imponer, por tanto, plazos exiguos que no protejan adecuadamente los intereses de los consumidores.

Esa laguna se subsanó con la publicación de la LOCM en 1996. El artículo 12.2 de la citada ley impone una duración mínima de la garantía de seis meses desde la fecha de su recepción por el consumidor, salvo que la naturaleza del bien o servicio exigiera otra y sin perjuicio de normas específicas que prevean otro término (60).

Así pues, el plazo pactado de duración de la garantía ha de ser de seis meses o más. Si se pacta un plazo inferior, fuera de las excepciones previstas en el artículo 12.2 LOCM, habrá que considerarlo ineficaz, a lo que entiendo, y sustituirlo por el mínimo de seis meses (61).

La salvedad que introduce el precepto en relación con la naturaleza del bien ha ocasionado ciertas suspicacias. Se apunta que puede privar de sentido al artículo 12.2 porque, probablemente, siempre que en la práctica no se establezca un plazo más amplio, y el vicio se manifieste con posterioridad, quedará abierta la puerta a una reclamación sobre la base de que, dada la naturaleza del objeto, el plazo era insuficiente. O incluso cabría interpretar que, según la naturaleza del bien, y su período de duración normal, resulta excesivo el plazo de seis meses y, por ello, el fabricante ofrecía la garantía durante un período menor. Aunque esta interpretación será difícil de que

(60) Habría sido más acertado, como subraya AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2733, que se hubiera modificado la propia LGDCU, con lo que se habría evitado el deplorable y enojoso peregrinaje que debe hacerse entre los diversos textos legislativos con los consiguientes problemas interpretativos que ello lleva consigo.

(61) De igual parecer son PARRA LUCÁN, «Comentario al artículo 12 LOCM», en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R./LEGUINA VILLA, J., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 216; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 12 LOCM», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, dir. por PIÑAR MAÑAS, J. L./BELTRÁN SÁNCHEZ, E., Civitas, Madrid, 1997, pág. 117; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2749, y DE VERDA Y BEAMONTE, *Régimen de garantía...*, cit., pág. 11. DÍAZ ALABART, a la que sigue AVILÉS GARCÍA, introduce la matización de que si en el sector concreto de que se trate fuera habitual un plazo más largo, ése sería el aplicable, conforme a la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código Civil.

prosperare, dado el principio de protección del consumidor que consagra el artículo 51 CE. En última instancia, como apunta la doctrina, habrán de ser los tribunales los que, en cada caso, y según la naturaleza del bien, determinen si el plazo fijado es o no suficiente para permitir al comprador reclamar con eficacia las garantías de calidad (62).

En cuanto a la referencia a las disposiciones legales o reglamentarias específicas para bienes o servicios concretos para dejarlas a salvo, se estima que alcanza, en particular, al artículo 16 del Real Decreto 1457/1986, de 18 de enero, que regula la actividad industrial y la prestación de servicios en talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes, y al artículo 6 del Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico, en los que se establecen condiciones de garantía para las reparaciones (63). Pero esos Reales Decretos se refieren a la garantía de servicios realizados y no de productos adquiridos. No se garantiza la calidad del producto, sino la de la reparación efectuada en el mismo (64).

El plazo empieza a correr, según el artículo 12.2 LOCM, desde la fecha de la recepción del bien. Sin embargo, hay quien defiende que la finalidad perseguida por la norma es base suficiente para interpretar que, pese a la entrega, el plazo no empezará a contar hasta que el comprador no tenga la posibilidad de comprobar el funcionamiento de la cosa (65). En todo caso, en este plazo no hay que computar el tiempo que duren las reparaciones efectuadas al amparo de la garantía (66).

(62) PARRA LUCÁN, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 217. Manifiesta su conformidad AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2748, quien añade que sólo podrá demostrarse que el plazo de garantía legal de seis meses es insuficiente en aquellos supuestos en los que estén afectados bienes que tengan una determinada complejidad técnica en su mecanismo o en su funcionamiento, y en los que la comprobación de sus cualidades y calidades necesarias necesite de un lapso de tiempo más largo del plazo legal previsto. Curiosamente —concluye—, respecto de tales bienes de naturaleza compleja, de nuevo el legislador ha vuelto a dejar sin fijar un plazo mínimo de garantía, con lo que persiste en este punto el estado de indefinición al que quiso poner fin, precisamente, la LOCM de 15 de enero de 1996.

(63) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 215; LETE ACHIRICA, J., «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español», en *AC*, núm. 42, 1999, pág. 1379; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2749.

(64) Así lo estima también DÍAZ ALABART, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 118, nota 22.

(65) PARRA LUCÁN, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., págs. 217-218; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2749.

(66) DÍAZ ALABART, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 117; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2749.

Tienen razón, a mi juicio, quienes defienden que el plazo de duración de la garantía no debe marcar el plazo en el que se ha de interponer la acción, sino aquél en el que ha de aparecer el vicio o defecto originario. Una vez que el vicio o defecto se haya revelado en tal plazo, el comprador podrá reclamar conforme a las reglas de prescripción del Código Civil (67). Ahora bien, mientras algunos sostienen que habrá que aplicar el plazo general de prescripción de quince años (que empezará a correr cuando termine el plazo de duración de la garantía) (68); otros piensan que el plazo de ejercicio será el de seis meses del artículo 1.490 del Código Civil, contado desde la fecha en que acabe el período de garantía (69).

Esta distinción entre plazo de garantía y de prescripción choca, sin embargo, con la práctica habitual, en la que el comerciante exige, para admitir una reclamación, no sólo que el defecto se advierta dentro del plazo de duración de la garantía, sino que la reclamación se haga también en ese término. De donde resulta que el plazo funciona como uno de caducidad (70).

3.5. *Derechos mínimos que atribuye la garantía*

A) Orden de utilización

El apartado tercero del artículo 11 LGDCU dispone que durante el período de vigencia de la garantía, su titular tendrá derecho, como mínimo (71), a la reparación gratuita de todos los defectos originarios y de los daños por ellos ocasionados. Si la reparación no fuese satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, tendrá derecho a la sustitución del objeto por otro de iguales características o la devolución del precio pagado.

Parece, por tanto, que, ante la aparición de un vicio o defecto cubierto por la garantía, y salvo pacto en contrario, el consumidor deberá, en primer lugar,

(67) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991*, cit., pág. 610; PARRA LUCÁN, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 217; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., págs. 216-217; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., págs. 2750-2751.

(68) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991*, cit., pág. 610; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2751.

(69) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 217.

(70) Así lo advierte DÍAZ ALABART, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 117.

(71) Este mínimo es claramente imperativo. Por ello, como destaca AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2753, no se admiten pactos en contrario, y de existir, serían nulos de pleno derecho y se tendrían por no puestos, por su consideración como cláusulas abusivas en virtud del artículo 10 bis) 2 LGDCU y de la DA Primera, núm. 9, LCGC.

solicitar la reparación; y sólo si ésta no fuese satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, podrá pedir la sustitución del bien por otro de iguales características o la restitución del precio abonado (72).

Sin embargo, esta consecuencia, derivada de una interpretación literal del precepto, puede resultar gravemente perjudicial para los intereses del consumidor en ciertos casos, como aquellos en los que los vicios originarios sean de tal importancia que su reparación no permita considerar que el bien reparado tendrá las mismas características que ese mismo bien cuando está nuevo (73) o aquellos en los que la reparación no sea posible (74). Por eso hay quien sostiene que si desde el principio cabe apreciar que el defecto es de entidad seria, tal que hace presagiar una reparación delicada que difícilmente permitirá que el objeto alcance las condiciones óptimas, o si, aun siendo factible la reparación satisfactoria, ésta exige un sacrificio para el consumidor superior a lo que, según buena fe, es razonable (como, por ejemplo, cuando estando en marcha la reparación, se eternice), de modo que sea apreciable un perjuicio grave para el consumidor, éste debe tener derecho a la sustitución o a la resolución del contrato. Sólo cuando el vicio o defecto sea de poca entidad, el comprador quedará obligado a acudir primeramente a la reparación (75).

(72) En esta línea, DUQUE, *La protección de los derechos económicos...*, cit., pág. 77; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 219; PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., págs. 538-539; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 210. Esta autora critica la decisión del legislador, ya que considera que debería haber introducido la posibilidad de obtener la reparación o la sustitución como opciones a favor del consumidor. «Según los casos —afirma en las págs. 212-213—, un bien reparado, aunque cumpla perfectamente su función, puede suponer un bien depreciado».

(73) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La protección de los legítimos intereses...*, cit., pág. 157.

(74) Como ocurrió en el caso resuelto por la SAP de Pontevedra de 24 de diciembre de 1999, R. Ar. 8043, en el que la carpintería de aluminio instalada en una vivienda presentaba deficiencias de fabricación que la hacían inservible para el fin al que estaba destinada, de modo tal que era preciso sustituirla por completo por otra de iguales características, que fue precisamente lo que solicitaba el demandante y lo que ordenó el juez de primera instancia y la Audiencia Provincial.

(75) RUBIO GARRIDO, *La «garantía» del artículo 11 LCU*, cit., págs. 903-904; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2754; DE VERDA Y BEAMONTE, *Régimen de garantía...*, cit., pág. 12. En palabras del último autor citado, «si se deniega al consumidor la posibilidad de demandar directamente la resolución del contrato cuando el bien que adquiere presenta un defecto grave, se le coloca en una condición peor que la que tiene el comprador no consumidor, el cual, ante un defecto de esta envergadura, puede optar entre el cumplimiento o la resolución del contrato, según resulta del artículo 1.124 del Código Civil, precepto éste que, en última instancia, es susceptible de ser invocado por el adquirente, en virtud del artículo 7 LGDCU, que deja a salvo “lo previsto en las normas civiles y mercantiles”».

Cabe plantearse, por otro lado, si la subsidiariedad de la alternativa entre la sustitución y la resolución contractual es imperativa, no sólo para el consumidor, sino también para el garante; es decir, si aparecido el vicio o defecto originario en el objeto adquirido, el garante puede repararlo o sustituirlo por otro de igual naturaleza a su elección, como de hecho se especifica frecuentemente en los certificados de garantía entregados a los consumidores. Pienso que debe admitirse esa posibilidad, pues no sería razonable exigir la reparación al suministrador cuando le resulte más fácil sustituir el objeto defectuoso que acometer una reparación costosa para la que, acaso, carece de personal autorizado. Cosa distinta es si la alternativa se plantea entre devolver el precio o reparar el objeto, pues en tal caso se considera que no satisfaría el interés del consumidor con imponerle la devolución del precio (76).

En cualquier caso, hay acuerdo en entender que, tras una primera reparación no satisfactoria, el consumidor puede rechazar una segunda, y exigir la sustitución del bien por otro de idénticas características o la restitución del precio pagado (77).

La reparación no será satisfactoria, a juzgar por la dicción literal de la letra *b*) del artículo 11.3 LGDCU, cuando el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado (78). A estos

(76) En este sentido, GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 382; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2754; DE VERDA Y BEAMONTE, *Régimen de garantía...*, cit., pág. 12.

(77) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., págs. 539-540; RUBIO GARRIDO, *La «garantía» del artículo 11 LCU*, cit., pág. 904; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 385; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2759.

(78) DE VERDA Y BEAMONTE, *Régimen de garantía...*, cit., pág. 13, sostiene que no siempre que, intentada una primera reparación sin éxito, el bien no se halle en condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, debe considerarse reparación no satisfactoria y permitirse la resolución del contrato, pues tal solución sería desmesurada. Sólo en los casos de deficiencia, anormalidad, tardanza, resistencia o demora excesiva del garante en realizar la reparación, el consumidor que la ha solicitado podrá después pedir la devolución del precio, pues tales circunstancias pueden determinar que un defecto, en principio no grave, alcance, *a posteriori*, la entidad suficiente para, con base en él, demandar la resolución del contrato.

Una posición más flexible mantuvo la AP de Santa Cruz de Tenerife en su sentencia de 23 de octubre de 1999, *R. Ar. 2398*. Frente a la alegación de la sociedad vendedora de que la solicitud del actor (que fuera sustituido el vehículo comprado o alternativamente se le devolviera el precio pagado por él, con base en que se había efectuado una reparación no satisfactoria) no era admisible porque no se produjo la inhabilidad total del objeto vendido para su destino —lo que quedó demostrado por la propia confesión del comprador, que reconoció haber recorrido sesenta mil kilómetros—, la AP afirmó que el artículo 11.3 LGDCU no exige, para que surja el derecho que concede al consumidor o usuario, que se produzca una inhabilidad total, ni siquiera parcial, del objeto adquirido para el uso propio de su destino, sino que basta que no revista las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado. Y entendió que el funcionamiento del

efectos, mientras unos autores estiman que ese uso ha de ser el propio del objeto adquirido según su naturaleza y características esenciales (79), otros sostienen que será el previsto por las partes al concluir el contrato (80). Sea como fuere, la prueba de que el vicio persiste e impide al objeto tener unas condiciones óptimas de uso corresponde al comprador, al igual que ocurre en el régimen de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa (81).

Se ha apuntado que cabe asimilar al caso de reparación no satisfactoria, a los efectos de que el consumidor pueda ejercitar su *ius optandi* entre la sustitución del objeto por otro de iguales características y la devolución del precio, el supuesto de que el garante, después de requerido, declare expresamente no querer proceder a la reparación gratuita del bien adquirido (82), así como la hipótesis de que la reparación se dilatara notablemente o el garante se negara a entregar el objeto reparado sin que el comprador le abonara su importe (83).

vehículo comprado distaba mucho de ser óptimo, aunque hubiera recorrido sesenta mil kilómetros, «puesto que entró en numerosas ocasiones en el taller para la reparación del defecto del montaje que permitía la filtración del agua a su interior, defecto que no fue reparado y que necesariamente tuvo que suponer una serie de incomodidades y molestias manifestadas en su uso y utilización, y no sólo por las veces y días en que el actor tuvo que acudir al taller para su reparación (con los inconvenientes que ello debió llevar consigo), sino también por las dificultades que en tales condiciones entrañaba la utilización normal del objeto en determinadas circunstancias (en orden a su limpieza, días de lluvia, etc.)». Con todo, la AP de Tenerife tuvo en cuenta la posibilidad de usar el vehículo, y su uso, de hecho, a efectos de establecer la condena. En efecto, estimó que debía devolverse sólo el 50 por 100 del precio de compra del automóvil, ya que la devolución del precio total supondría, como alegaba la recurrente, un enriquecimiento injustificado del comprador, que había usado el vehículo continuadamente durante más de cuatro años.

(79) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 220.

(80) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 538.

(81) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 537.

(82) Un supuesto similar se resolvió en la SAP de Tarragona de 15 de febrero de 1999, R. Ar. 626: no hubo negativa a reparar, pero sí a reparar satisfactoriamente. En efecto, la empresa vendedora admitió la existencia de un problema en la piscina instalada, pero no que fuera ósmosis, causada por un vaso de poliéster defectuoso, como aducía el comprador. Por eso ofreció una reparación, no al amparo de la garantía del artículo 11 LGDCU, sino «como una mera atención comercial», que no resolvía el problema de ósmosis y que en nada se ajustaba a lo que el perito dictaminó. El comprador estimó que la reparación ofrecida no era satisfactoria, por lo que demandó a la empresa vendedora instando la resolución del contrato, que fue declarada por la sentencia de primera instancia. Apelada ésta, la AP afirmó que, efectivamente, no había habido reparación satisfactoria. No obstante, rechazó la resolución del contrato, por entender que no concurría el requisito de inhabilidad total, puesto que la piscina había sido utilizada, ni el de actitud obstativa a la reparación, sino solamente a su alcance, requisitos estos necesarios para resolver el contrato. Eliminada la resolución, sólo quedaba la sustitución del vaso de poliéster defectuoso por otro nuevo del mismo modelo, que fue la condena impuesta por la Audiencia.

(83) GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 385. PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., págs. 536-537, matiza que el mero retardo no justifica

B) La reparación

La posibilidad de reparar los defectos de la cosa, no prevista en el régimen de saneamiento del Código Civil, responde mucho mejor a las necesidades del consumidor, al menos en principio, que las tradicionales acciones redhibitoria y estimatoria (84).

La reparación, que ha de ser gratuita, comprende los vicios originarios y los daños y perjuicios derivados de ellos.

Pacíficamente se acepta que el carácter gratuito de la reparación abarca tanto los gastos de reposición de las piezas defectuosas, como los gastos de la mano de obra, desplazamientos del técnico y de la propia cosa garantizada en su caso (85). Por ello, habrá que considerar nulas aquellas cláusulas de los

la resolución del contrato, sino que es preciso constatar la voluntad rebelde del garante. Así pues, se podrá recurrir al artículo 1.124 del Código Civil, siempre que haya una negativa a realizar la reparación o, sin producirse esa negativa expresa, el retraso en la reparación supere el plazo que indica la propia garantía o el que, en su caso, haya señalado el juez (siempre, claro está, que no se deba a caso fortuito o fuerza mayor).

La SAP de Huesca de 3 de marzo de 1998, R. Ar. 470, conoció de un supuesto de retraso excesivo en la reparación de un vehículo, concediendo la resolución del contrato de compraventa solicitada por la demandante. Los hechos que dieron lugar a esta sentencia fueron los siguientes: la demandante adquirió un todo-terreno, marca Kia, de la concesionaria oficial de la empresa fabricante en Huesca, recibiendo, junto con el vehículo, un boletín de garantía, debidamente firmado y sellado por la vendedora, por un período de 36 meses o 100.000 km. Cierta día, dentro del plazo de garantía, el vehículo sufrió una avería en el diferencial trasero por un defecto de fabricación (concretamente, de temple o cementado del piñón de ataque, según se aclara en la sentencia), que impidió a la compradora seguir utilizando el vehículo y la obligó a llevarlo al taller más próximo. La avería no podía repararse sin el repuesto original de la pieza defectuosa, no disponible en ningún taller autorizado de Huesca, por lo que el todo-terreno fue trasladado a las instalaciones de la concesionaria oficial de Kia en Zaragoza. Varios meses más tarde, el vehículo no se había reparado porque la empresa fabricante no había suministrado la pieza que debía cambiarse, a pesar de los numerosos requerimientos que se le habían dirigido. Por esta razón, la compradora demandó a la sociedad fabricante y a la concesionaria oficial en Huesca, solicitando la resolución del contrato de compraventa y una indemnización de daños y perjuicios por un valor de 400.000 ptas. La AP de Huesca declaró que *«la rotura del diferencial trasero es una avería que puede arreglarse con relativa facilidad, por lo que no nos encontramos ante un defecto que, por sí mismo, haga a la cosa inhábil para su uso. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que la reparación exige necesariamente el repuesto adecuado; que éste sólo podía proporcionarlo la importadora o representante de la fabricante en España; ... y que el recambio de la pieza dañada no fue suministrado al taller antes referido a pesar de los numerosos requerimientos dirigidos con tal finalidad. (...) Este hecho implica un grave incumplimiento contractual, pues la compradora se ha visto privada del bien durante un tiempo excesivamente dilatado»*.

(84) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 525.

(85) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La protección de los legítimos intereses...*, cit., pág. 158; PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 535; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 384; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2758.

certificados de garantía por las que se impongan determinados gastos al consumidor para poder obtener la reparación del objeto garantizado (86). Cláusulas que son, sin embargo, muy frecuentes en la práctica (87).

En cuanto a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios o defectos, aunque se ha incluido dentro del derecho de reparación, es una acción autónoma, la de indemnización de daños y perjuicios, por lo que se tratará de ella en un epígrafe aparte.

El artículo 11 LGDCU no establece un plazo en el que tenga que llevarse a cabo la reparación. Habrá que estar —se dice— al que se señale en el certificado de garantía; y caso de no haberlo, se propone, por aplicación del artículo 1.128 del Código Civil, que sean los jueces quienes lo fijen (88).

Debe tenerse en cuenta, en relación con este particular, el artículo 12.4 LOCM, que concede al consumidor una acción de recuperación de las cosas entregadas al comerciante para su reparación, con un plazo de prescripción de tres años a partir del momento de la entrega (89). Asimismo, el precepto dispone que reglamentariamente se establecerán los datos que deberá hacer constar el comerciante en el momento en que se le entrega un objeto

(86) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 535. Ahora bien, según esta autora, esta regla general necesita, en ocasiones, una interpretación. Está claro —apunta— que si el objeto ha sido adquirido en un lugar en el que el garante no tiene taller de reparación deberán recaer, no obstante, sobre él, los gastos de desplazamiento del técnico o del objeto hasta el taller. Igual sucederá con un vehículo, si se estropea en un lugar donde no hay un taller de la casa. Pero cree que no siempre deben recaer los gastos de desplazamiento sobre el garante, sin que ello sea un obstáculo para que la reparación siga siendo completamente gratuita. Habrá de tenerse en cuenta, en todo caso, la buena fe, que debe estar presente —añade— no sólo en la interpretación del contrato, sino también en la generación de deberes para las partes, como puede ser el de cooperación. Por eso, entiende que no sería igual el caso de la reparación de un reloj o de un molinillo de café, que el de una máquina lavadora, en el que realmente sí supondría la pérdida del carácter gratuito de la reparación la necesidad de su desplazamiento por el consumidor hasta el taller de reparación. Del mismo parecer son GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 384; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2758; y DE VERDA Y BEAMONTE, *Régimen de garantía...*, cit., pág. 12.

(87) Así lo pone de relieve también AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2758. Es habitual, como apunta este autor, que la casa vendedora tenga contratado un servicio de reparaciones al que da traslado de los avisos recibidos de sus clientes, y luego se desentiende de la factura que aquel servicio pasa a los clientes. En el mejor de los casos —añade—, se acepta con facilidad que las piezas de repuesto sean gratuitas, pero es frecuente que el cliente cargue con los gastos de traslado e incluso los de mano de obra.

(88) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 536; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2758.

(89) El motivo de la introducción de esta norma, a juicio de GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 221, fue, en parte, el propósito de no gravar a los comerciantes en exceso con gastos de custodia con los que no podían razonablemente contar en el momento de contratar el servicio (y, por tanto, no pudieron repercutir al fijar el precio de la reparación), cuando se trata del servicio post-venta.

para su reparación y las formas en que podrá acreditarse la mencionada entrega (90).

A mi modo de ver, esta previsión del apartado cuarto del artículo 12 LOCM alcanza tanto al apartado tercero (servicio postventa) como al segundo (garantía) (91).

C) La elección entre la sustitución del objeto
y la resolución del contrato

Si la reparación no es satisfactoria, en el sentido que se ha visto, el consumidor tendrá derecho a la sustitución del objeto por otro de similares características o a la devolución del precio pagado. Surge la duda, a este respecto, de si la facultad de elección la tiene el garante o el titular de la garantía. De seguir la regla general del artículo 1.132.1 del Código Civil para las obligaciones alternativas, habría que concluir que es el garante quien tiene derecho a elegir, salvo que en el documento de garantía se hiciese constar lo contrario. Sin embargo, el principio *pro consumatore* lleva a entender, unánimemente, que es el titular de la garantía quien tiene esa facultad de opción (92) (aunque, en alguna ocasión, los

(90) Estos datos tenderán obviamente, como subraya DÍAZ ALABART, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 121, a la identificación del artículo; a constatar si transcurrió o no el plazo de la garantía; a hacer constar el fallo o defecto que el consumidor aprecia en el objeto y si existen otros desperfectos a la vista; a señalar el montante del presupuesto, si éste se solicitó; y a indicar la fecha de la entrega del bien para su reparación, pues es el comienzo del cómputo del plazo de la acción para recuperarlo.

La única forma segura para acreditar la entrega es la que se emplea normalmente: la entrega de un resguardo o comprobante al consumidor o usuario, en el que constarán los datos relevantes.

(91) Del mismo parecer son PARRA LUCÁN, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., págs. 227-228, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 12 LOCM*, cit., pág. 221.

(92) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La protección de los legítimos intereses...*, cit., pág. 157; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 220; PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 541, nota 62; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 385; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2762.

PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 541, nota 62, admite, no obstante, la validez del pacto por el que se establezca que la elección corresponde al garante, con base en que el artículo 11.3 no configura claramente el derecho del consumidor a optar entre la sustitución del bien y la devolución del precio, y la interpretación en su favor sólo vale para cuando la garantía se limite a reproducir el contenido de la ley. En contra, GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 385, que afirma que hay considerar nulas las cláusulas de las garantías convencionales que desconozcan la facultad de elección del consumidor.

tribunales la han hecho desaparecer, por su animadversión a la resolución contractual) (93).

Asimismo, surge la duda de si sería válida una cláusula en la que se previera la sustitución ordenada por la ley, pero exigiendo una determinada suma a cambio. Esta posibilidad se fundamentaría en el hecho de que la ley no exige la gratuidad en este caso, a diferencia de la reparación, y en la posible existencia de un enriquecimiento injusto en favor del comprador que ha usado el bien durante cierto tiempo. Sin embargo, entiendo, con GARCÍA CANTERO (94), que no cabe ese enriquecimiento porque el goce del bien se compensa con el disfrute del precio; además de que poner precio a la sustitución vaciaría de contenido a la garantía.

La sustitución del objeto inicialmente adquirido ha de ser «*por otro de idénticas características*». Como subraya algún autor, el legislador tenía en mente la producción en masa y la posibilidad de que se cumpla el principio de identidad de la prestación inicialmente pactada mediante la entrega de otro objeto perteneciente al mismo modelo y serie. Pero pueden surgir dificultades cuando hay variedades, no esenciales, dentro de cada serie o modelo (por ejemplo, de color de la carrocería o del tapizado interior). Por ello se sugiere resolver caso por caso, atendiendo a los principios de la buena fe objetiva y a las circunstancias en que se pactó el contrato: si el adquirente puso como condición que el vehículo fuera de color azul, la sustitución no podrá hacerse con otro de color distinto (95).

De otro lado, la garantía se extenderá al objeto entregado en sustitución y comenzará a regir a partir de la entrega (96).

(93) Así, la SAP de Tarragona de 15 de febrero de 1999, *R. Ar. 626*, en la que, como se ha visto, la Audiencia admitió que la reparación ofrecida por las empresas demandadas no era satisfactoria, no obstante lo cual no permitió al consumidor ejercitar su derecho de opción entre la sustitución del vaso de poliéster defectuoso por otro nuevo y la resolución del contrato de compraventa, sino que rechazó la segunda posibilidad (admitida, en cambio, en primera instancia) y condenó a la sustitución, con base en que no se daban los requisitos exigidos por el artículo 1.124 del Código Civil ni por el artículo 11 LGDCU para resolver el contrato, tales como la negativa total a reparar y la inhabilidad absoluta del bien.

(94) GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 386.

(95) GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 386; AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2763. Como pone de relieve este autor, el consumidor, para recibir el nuevo objeto, deberá entregar el defectuoso con todos sus accesorios.

No cabrá la sustitución, como señala DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 16, en los contratos de compraventa de cosa específica, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la devolución del precio.

(96) GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 386. En este sentido, la SAP de Tarragona de 15 de febrero de 1999, *R. Ar. 626*, que condenó solidariamente a las empresas demandadas a sustituir el vaso de poliéster defectuoso de la piscina

Respecto de la resolución del contrato, una vez producida, las partes deberán restituirse la cosa y el precio (97).

D) La indemnización de daños y perjuicios

Como se ha apuntado *supra*, el artículo 11 LGDCU menciona la indemnización de daños y perjuicios en el apartado referido a la reparación, pero es una acción distinta. En este sentido, se ha destacado que su mención específica es innecesaria, ya que se limita a reproducir el régimen general de responsabilidad civil por daños (98). De acuerdo con este régimen, la reparación habrá de hacerse *in natura*, y sólo cuando no sea posible, por equivalente (99).

Por otra parte, la autonomía de esta acción permite afirmar que cabe pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios, aunque el precepto no lo diga, también cuando, después del fracaso de la reparación, se opta por la sustitución o por la resolución del contrato (100) (aunque en favor de la negativa

de autos por otro nuevo, del mismo modelo, y estableció un nuevo período de garantía por diez años.

(97) La SAP de Murcia de 24 de febrero de 1997, *Ar. C.*, ref. 469, afirmó que en la devolución del precio «*ha de tenerse en cuenta el tiempo transcurrido desde la compra y la utilización que del vehículo ha venido haciéndose durante dicho tiempo*». Por otra parte, si se trataba de compraventa a plazos y no se abonaron todos, la restitución afectará —afirma GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 387— a los efectivamente pagados. Y en cuanto a la restitución de la cosa, apunta que deberá hacerse con sus accesorios y sin más deterioros que los derivados de un uso normal.

Puede resultar extraño pensar que cuando el garante sea el fabricante y el consumidor o usuario opte por la resolución del contrato, aquél tendrá que devolver un precio que no recibió. La solución pertenece, en opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 220, y GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 388, a las relaciones internas entre el productor y el vendedor. CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 530, nota 45, por su parte, sostiene que si tenemos en cuenta que la garantía puede prestarla tanto el productor como el vendedor, la referencia al reembolso debe predicarse de la garantía prestada por el vendedor, por coherencia con los principios de responsabilidad contractual. DE VERDA Y BEAMONTE, *Régimen de garantía...*, en cambio, defiende que cuando el garante sea el fabricante o el importador, si el comprador pretende la devolución del precio, puesto que es una consecuencia de la resolución del contrato, deberá dirigir la acción contra el vendedor.

(98) TORRES LANA, *La garantía...*, cit., pág. 803.

(99) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 543.

(100) Así lo afirma DE VERDA Y BEAMONTE, *Régimen de garantía...*, cit., pág. 14. Admiten, asimismo, la posibilidad de solicitar la reparación junto con la sustitución del bien o la resolución del contrato, DUQUE, *La protección de los derechos económicos...*, cit., pág. 77; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual...*, cit., pág. 221; PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 545; GARCÍA CANTERO, *Comentario al artículo 11*, cit., pág. 387; y AVILÉS GARCÍA, *Las garantías en la venta de bienes...*, cit., pág. 2763.

se podría aducir que si el legislador hubiera querido que así fuese, lo habría dicho expresamente como ha hecho respecto de la reparación).

La existencia del Capítulo VIII (arts. 25 y sigs.) de la LGDCU, que regula la responsabilidad civil por los daños derivados de todo tipo de bienes, hace surgir la duda acerca de qué perjuicios son resarcibles.

Un sector doctrinal sostiene que sólo son reparables los daños sufridos por el titular de la garantía (por tanto, sólo por el consumidor jurídico y no por el material). Y, respecto de éstos, se afirma que son resarcibles tanto los daños que resulten del incumplimiento de la obligación de entregar la cosa sin vicios (el interés contractual negativo y el positivo) como los producidos por la propia cosa defectuosa (101).

Por otra parte, se defiende que el artículo 11.3 insta una responsabilidad objetiva, puesto que la garantía impone una obligación de resultado. Por tanto, serán resarcibles todos los daños, previsibles o no, y con independencia de la buena o mala fe del garante. Si se trata de uno de los bienes incluidos en el artículo 28 LGDCU, el consumidor contará también con esta vía de reparación (102).

Según otra opinión, en cambio, debe tenerse en cuenta la buena o mala fe del vendedor. En el primer caso, responderá en los términos del artículo 1.107.1 del Código Civil; esto es, de los daños y perjuicios normales, probados, que se sigan, inmediata o mediatamente, de la presencia de vicios o defectos en la cosa vendida. En el segundo, su responsabilidad se exigirá conforme a lo dispuesto en el artículo 1.107.2 del Código Civil, es decir, el vendedor responderá de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación o de la sobrevenida ineficacia del

A juicio de PARRA LUCÁN, esta solución se basa en el artículo 1.101 del Código Civil. La presencia de defectos en la cosa, desconocidos para el comprador, implica, a su modo de ver, una suerte de incumplimiento o cumplimiento defectuoso; por eso, aunque finalmente el consumidor obtenga el cumplimiento o recupere su dinero, su situación no será la misma que si lo hubiera obtenido en el momento en que se perfeccionó el contrato.

En realidad, este argumento podría servir, en todo caso, cuando el garante sea el vendedor, pero no cuando sea el fabricante, puesto que no existe relación contractual entre él y el consumidor. Para este supuesto, RUBIO GARRIDO, *La «garantía» del artículo 11 LCU*, cit., pág. 912, defiende la aplicación de los artículos 25 y sigs. LGDCU, que no queda excluida, a su juicio, por el artículo 11 LGDCU. El citado autor aconseja acudir a esa vía también en los siguientes casos: a) cuando el vendedor, por ser de buena fe, no respondería por la vía contractual de todos los daños producidos; b) cuando el perjudicado no ha sido el adquirente o el subadquirente, sino, por ejemplo, algún familiar de éstos; c) cuando el plazo de la garantía haya expirado, y no aún el propio de la responsabilidad extracontractual.

(101) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., págs. 546 y 548; TORRES LANA, *La garantía...*, cit., pág. 803.

(102) PARRA LUCÁN, *Los derechos mínimos del titular...*, cit., pág. 546.

contrato (103). No se dice nada, sin embargo, respecto del fabricante, al que no cabe aplicar el mencionado precepto.

III. LA DIRECTIVA 1999/44/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO

1. OBJETIVOS, ALCANCE Y TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

La Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo tiene su origen en los programas de la Comunidad Europea para una política de información y de protección de los consumidores. Hubo ya un intento de incluir una norma sobre esta materia en la Directiva de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, pero el Consejo no lo aceptó. Entonces la Comisión estudió detenidamente la cuestión, y fruto de ese estudio fue el Libro Verde sobre las garantías de bienes de consumo y los servicios de postventa de 15 de noviembre de 1993, que abrió un período de consultas hasta el 30 de abril de 1994. En esta fecha se empezó a trabajar en el Anteproyecto de la futura Directiva. La propuesta fue presentada el 23 de agosto de 1996, fue modificada por indicación del Parlamento Europeo y se presentó una nueva propuesta el 1 de abril de 1998, que dio lugar a la aprobación definitiva el 25 de mayo de 1999 (104).

Los objetivos básicos de la Directiva son favorecer las compraventas transfronterizas en el marco del mercado interior y armonizar las legislaciones de

(103) RUBIO GARRIDO, *La «garantía» del artículo 11 LCU*, cit., págs. 908-909.

(104) SANZ VALENTÍN, L. A., «La Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo», en AC, núm. 35, 1999, pág. 1075; LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., págs. 1365-1366.

La base jurídica de la Directiva es, como recuerda el segundo autor citado, el artículo 95 del Tratado constitutivo de la CE (antiguo art. 100A), relativo a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. A este precepto se remite expresamente el artículo 153 (anterior 129A), que establece que la Comunidad podrá adoptar las medidas necesarias en virtud de aquel precepto para alcanzar los objetivos a que se refiere el apartado 1, a saber: promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, a través de la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, y fomentar sus derechos a la educación y a la información y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

los Estados miembros sobre la venta de bienes de consumo, a fin de evitar que se falsee el juego de la competencia entre los vendedores (105).

El plazo máximo concedido a los Estados miembros para transponer la Directiva a sus respectivos ordenamientos jurídicos es el 1 de enero de 2002 (106). Confiemos en que se respete ese plazo, aunque la práctica habitual no alienta a ser optimistas. Mientras no se dicte la norma de transposición, la Directiva no quedará incorporada al ordenamiento jurídico español, en virtud del artículo 249 TCE (anterior 189) (107). Ahora bien, eso no significa que no produzca ningún efecto hasta entonces. En efecto, de acuerdo con la doctrina de la interpretación conforme (el efecto «transfusión» o «inclinado», en palabras de algún autor) (108) creada por el TSJE, los jueces nacionales tienen la obligación de interpretar la normativa interna tomando con marco de referencia las Directivas comunitarias, tanto si han sido transpuestas correctamente como, con más razón, si no lo han sido (aunque todavía no haya expirado el plazo para la transposición) o lo han sido de forma incorrecta (109).

(105) LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1367.

(106) SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., págs. 1093-1094, ha señalado que la transposición de la Directiva puede hacerse mediante dos vías: aprobando una ley especial referida a las ventas de consumo, lo cual conduciría a una mayor fragmentación del Derecho privado, pues resultarían tres regulaciones paralelas (el Código de Comercio para las compraventas mercantiles; el Código Civil para las ventas entre particulares; y la Ley de transposición de la Directiva para las ventas de bienes de consumo entre consumidores y comerciantes); o modificando las disposiciones del Código Civil, creando un régimen único para todo tipo de ventas civiles (habría que modificar también, a lo que creo, las normas de la LGDCU y la LOCM relativas a la garantía comercial). Esta segunda posibilidad es la defendida por CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo», en *EC*, núm. 52, 2000, pág. 125.

(107) V. la STS de 24 de julio de 2000, *R. Ar.* 6473, en la que el recurrente alegaba que la sentencia de instancia vulneraba la aplicación de la Directiva 86/653/CE, sobre coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, que, a su juicio, era «norma legal estatal». A ello respondió el TS que «las Directivas no son de aplicación directa» y que «su entrada en vigor no ocasiona su automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para convertirse en Derecho vigente y de obligado cumplimiento».

(108) CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 535, nota 67.

(109) Una de las sentencias más significativas en relación con esta doctrina es la sentencia *Marleasing*, de 13 de noviembre de 1990, Asunto C-106/89, *Rec.* 1990, I, págs. 4135 y sigs. En ella se puede leer que «la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órga-

Si llegado el final del plazo concedido, el Estado español no hubiera transpuesto la Directiva, entrarían en juego otros dos principios formulados por el TSJE para evitar que el incumplimiento de los Estados miembros de transponer las Directivas dentro del plazo máximo concedido las convierta en papel mojado.

El primero es el del «efecto directo vertical» de las Directivas, que es el derecho de los particulares a invocar la Directiva frente al Estado incumplidor (jueces nacionales y Administración Pública en cualquiera de sus niveles), y la correlativa obligación de los jueces y la Administración de aplicar la Directiva, inaplicando cualquier norma de Derecho interno que se le oponga. Es decir, significa que las Directivas crean derechos y obligaciones para los particulares, cuya protección y ejecución pueden reclamar ellos mismos ante las autoridades y jurisdicciones nacionales, que están obligadas a asegurarlos (110).

Este efecto se produce en dos supuestos: la no transposición de la Directiva por el Estado miembro en el plazo fijado y la incorporación incorrecta del texto de la Directiva al ordenamiento interno; pero sólo cuando la Directiva sea suficientemente precisa e incondicional (esto es, cuando imponga una obligación en términos inequívocos y no esté sometida a condición suspensiva ni subordinada, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros) (111).

El segundo pilar de la doctrina del TSJE es el reconocimiento del principio de responsabilidad de los Estados y del derecho a una indemnización

no jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz y la letra de la finalidad de la Directiva, para al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado» (apartado 8).

(110) Aunque la jurisprudencia sobre este principio empezó a formarse en los años setenta, su consolidación definitiva se produjo, según la doctrina, en la sentencia Marshall, de 26 de febrero de 1986, Asunto 152/84, *Rec.* 1986, I, págs. 726 y sigs.

(111) Según precisó la sentencia Comitato di coordinamento per la difesa della cava y otros, de 23 de febrero de 1994, Asunto C-236/92, *Rec.* 1994, I, págs. 483 y sigs.

No se reconoce, en cambio, el efecto directo horizontal, o sea, efecto directo en litigios entre particulares (v., en este sentido, la citada sentencia Marshall —apartado 48—, así como la sentencia Faccini Dori, de 14 de julio de 1994 —apartado 24—, Asunto C-91/92, *Rec.* 1994, I, págs. 3325 y sigs., y la del Corte Inglés, de 7 de marzo de 1996 —apartados 15 a 21—, *Ar. C.*, 1996/I, ref. 46). No obstante, por la vía indirecta de la interpretación conforme —a la que me he referido en el texto— se ha llegado, en múltiples ocasiones, a resultados parecidos a los que habría llevado el reconocimiento explícito del efecto directo horizontal (así lo apunta también AVILÉS GARCÍA, J., «Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *AC*, núm. 32, 2000, pág. 1182).

La eficacia directa horizontal de las Directivas ha sido defendida, entre nosotros, por CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 534. Y apoyándose en ella, sostiene que la Directiva 1999/44/CE deberá ser aplicable con preferencia a la normativa interna, no adaptada a aquélla.

por incumplimiento de las Directivas. Representa el último estadio de la evolución jurisprudencial en favor de la eficacia real de las Directivas y obedece a la necesidad del TSJE de encontrar un modo de evitar la indefensión de los particulares en los casos en que no se pueda recurrir a los dos remedios anteriores (112).

Los requisitos para que pueda aplicarse este principio son:

1. Que la norma jurídica violada tenga por objeto la atribución de derechos a los particulares, siendo indiferente, para que exista la responsabilidad, que la Directiva tenga efecto directo o no (113).

2. Que la violación esté suficientemente caracterizada. Para apreciar este requisito, hay que tener en cuenta la naturaleza de la violación. Así, cuando el legislador nacional no dispone de amplia facultad de apreciación porque actúa en un ámbito regido por el Derecho comunitario, que puede imponerle obligaciones de resultado o de hacer o no hacer que reducen su margen de apreciación, el hecho de que las medidas que deban adoptarse incumban al legislador nacional carece de importancia para que exista la responsabilidad del Estado debida a la no aplicación del Derecho nacional a la Directiva. En otras palabras, en tales casos, la violación se considera automáticamente como suficientemente caracterizada.

Cuando, por el contrario, un Estado miembro actúa con facultad de apreciación amplia, comparable a aquélla de la que disponen las instituciones comunitarias para la aplicación de las políticas comunitarias, los requisitos para que incurra en responsabilidad deben ser, en principio, los mismos de los que depende la responsabilidad de la Comunidad en una situación comparable. Así, habrá violación suficientemente caracterizada cuando haya una inobservancia manifiesta y grave, por parte del Estado miembro, de los límites impuestos a su facultad de apreciación (114).

(112) Las sentencias básicas en esta materia son la sentencia Francovich, de 19 de noviembre de 1991, Asuntos C-6/90 y 9/90, Rec. 1991, págs. 5357 y sigs., y la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame, de 5 de marzo de 1996, Ar. C., 1996-I, ref. 37, que completa a la anterior.

(113) En efecto, la responsabilidad del Estado procede tanto en los casos en que un particular es víctima de la no adaptación del Derecho interno a una Directiva y no puede invocar directamente sus disposiciones ante el órgano jurisdiccional nacional debido a su carácter insuficientemente preciso o condicional, cuanto en los supuestos de lesión de un derecho directamente conferido por una norma comunitaria que los justiciables tienen derecho a invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

(114) Y para decidir cuándo hay tal inobservancia manifiesta y grave, el órgano jurisdiccional competente ha de tener en cuenta *«el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o voluntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que la actitud de las Instituciones haya podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al*

3. Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

La doctrina del TSJE ha sido paulatinamente acogida por el TS español, a pesar de cierta reticencia inicial. En efecto, en principio el TS negaba que las normas comunitarias pudiesen ser invocadas frente a leyes o normas con rango de ley, porque entendía que el control de constitucionalidad de ese tipo de normas es cuestión del TC; de modo que el resto de órganos jurisdiccionales sólo podían controlar la legalidad de las normas de rango inferior.

Pero el criterio cambió a raíz de la STC 28/91, de 14 de febrero, que declaró que la eventual infracción de la norma comunitaria por leyes internas de cualquier rango no es un problema de constitucionalidad, sino de contradicción con el Derecho comunitario; y que, por tanto, debe ser resuelto por el juez ordinario inaplicando la norma interna contraria a la disposición europea. A partir de entonces, el TS ha defendido la aplicación de los principios sentados por el TSJE en diversas sentencias. Por lo que se refiere a la interpretación conforme, cabe citar la de 11 de octubre de 1997 (115). En cuanto al efecto directo vertical, ha sido reconocido, entre otras, en las SSTs de 12 de diciembre de 1994 (116), 4 de diciembre de 1996 (117), 28 de noviembre de 1997 (118).

Derecho comunitario». Pero, en todo caso, habrá violación del Derecho comunitario manifiestamente caracterizada cuando haya perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara el incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido.

(115) R. Ar. 7072. En la misma línea, la SAP de Baleares de 9 de octubre de 1997, R. Ar. 2084, que interpretó el artículo 10 LGDCU conforme a la Directiva 1993/1071, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (posteriormente transpuesta a nuestro ordenamiento mediante la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998), a fin de reforzar la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula en un contrato de aprovechamiento por turno de un bien inmueble («multipropiedad», según la terminología de la sentencia, que es la comúnmente utilizada, aunque hoy ya no esté permitida esa expresión).

(116) R. Ar. 10643.

(117) R. Ar. 9044.

(118) R. Ar. 8435. También la DGRN admite el efecto directo vertical de las Directivas. En aplicación del mismo, la Resolución de 29 de agosto de 1998, R. Ar. 6591, desestimó un recurso gubernativo interpuesto contra la negativa de un Registrador a inscribir una escritura pública autorizada antes de la entrada en vigor de la LSRL de 1995 de constitución de sociedad limitada compuesta por sólo un socio. En la nota de calificación, se afirmaba que, de acuerdo con el artículo 116 del Código de Comercio, no era posible la constitución de una sociedad con un único socio. El Notario autorizante de la escritura se apoyaba en la 12.^a Directiva del Consejo de la CE, de 21 de diciembre de 1989, en materia de Derecho de Sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, que no había sido transpuesta al ordenamiento jurídico español en el plazo establecido al efecto. La DGRN defendió la admisión del efecto directo vertical de las Directivas, si bien estimó que en el caso no existía, porque faltaba uno de sus requisitos: que la Directiva contenga disposiciones claras, precisas e incondicionales. Y ello porque la norma comunitaria permitía a los Estados miembros articular la respon-

Por último, la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados a un particular por la no transposición en plazo de una Directiva se admite en la STS de 30 de diciembre de 1992 (119).

No se admite, en cambio, el efecto directo horizontal, tal y como declaró la STS de 18 de marzo de 1995 (120). El supuesto de hecho que dio lugar a este fallo fue el siguiente: los clientes de un restaurante interpusieron una demanda en reclamación de daños y perjuicios contra el dueño del establecimiento porque les sirvió una zarzuela de pescado afectada de salmonela. En primera instancia y en apelación se había condenado al propietario, el cual recurrió en casación alegando que no se había tenido en cuenta el plazo de prescripción de tres años establecido por la Directiva de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, no incorporada al ordenamiento por aquel entonces. El TS rechazó tal argumento con base en que el efecto directo de las directivas sólo opera cuando los particulares actúan contra el Estado incumplidor y no cuando se trate de conflicto entre particulares.

Hoy por hoy, no cabe recurrir todavía al efecto directo vertical ni exigir responsabilidad del Estado español, ya que no ha llegado la fecha límite para la transposición, pero sí hay que tener muy en cuenta, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, la obligación de la interpretación conforme. Por consiguiente, es necesario analizar las novedades que la Directiva 1999/44/CE introduce en las normas nacionales.

2. AMBITO DE APLICACIÓN

2.1. *Sujetos*

Según el artículo 1 de la Directiva, ésta se aplica a los contratos de compra-venta celebrados entre consumidores y comerciantes. Quedan excluidas, por tanto, las ventas entre particulares no comerciantes y entre comerciantes.

Es consumidor, a los efectos de aplicación de la Directiva, «*toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional*» (art. 1.2.a). Se

sabilidad limitada del empresario tanto por la vía de la empresa individual de responsabilidad limitada como por la de la sociedad unipersonal. También la DGRN admite el efecto directo vertical de las Directivas. Igual doctrina se encuentra en la SAP de La Rioja de 22 de febrero de 1999, R. Ar. 642.

(119) R. Ar. 10382.

(120) R. Ar. 1964. En el mismo sentido, las SSTS de 31 de enero de 1998, R. Ar. 121, y 24 de julio de 2000, R. Ar. 6473; y la SAP de La Rioja de 22 de febrero de 1999, R. Ar. 642.

trata de un concepto restringido de consumidor, que coincide, como señala la doctrina, con la definición que viene siendo utilizada por las distintas Directivas europeas en materia de protección de los consumidores (121).

Profesionales son, a los mismos efectos, el vendedor, que puede ser «*cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional*» (art. 1.2.c); y el productor, que es «*el fabricante de un bien de consumo; el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo*».

2.2. Objeto

La Directiva se aplica a los contratos de compraventa de bienes de consumo y a los de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse (art. 1.4) (122).

Son bienes de consumo, según el artículo 1.2.b), los bienes muebles corpóreos (123), excepto los siguientes: Los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento (124); el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas; y la electricidad.

Además de estas exclusiones imperativas, la Directiva permite que los Estados miembros puedan excluir de la consideración de bienes de consumo

(121) SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1076; AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1185.

Apunta LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1369, que el planteamiento de la primera versión de la Directiva era diferente, ya que tenía por consumidor a la persona física que actuaba con fines que no entraban «directamente» en el marco de su actividad profesional. Con ello —destaca el citado autor—, la Comisión Europea pretendía, por vez primera, ampliar la noción de consumidor a los profesionales «no especialistas», como ha ocurrido ya en algunos países, tanto en el ámbito legislativo como en el jurisprudencial. En España, como es sabido, la LGDCU se mantiene en la concepción estricta de consumidor, que habría chocado con la Directiva de haberse mantenido la versión inicial.

(122) Como apunta SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1077, nota 9, es el mismo sistema que el seguido en el artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

(123) El concepto de bien mueble corpóreo coincide sustancialmente con el de mercadería al que se refiere la Convención de Viena (AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1186).

(124) CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 532, comenta que la justificación de esta exclusión se encuentra en el hecho de que no es una operación de consumo, ya que el vendedor ni es un comerciante ni un particular que revenda ocasionalmente a otro particular.

a los bienes de segunda mano vendidos en una subasta en la que los consumidores puedan asistir personalmente a la venta (art. 1.3).

El concepto de bien de consumo adoptado por la norma comunitaria comprende tanto los bienes (muebles y corpóreos) de naturaleza duradera como los consumibles. De ahí se derivan dos consecuencias: la primera es que cabrá incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva a los bienes de naturaleza informática (125); la segunda, que esta norma tiene un punto de coincidencia con el artículo 11 LGDCU: los bienes muebles corpóreos de naturaleza duradera. Por tanto, al menos en relación con ellos, aquélla afectará al régimen de la garantía del artículo 11 LGDCU.

Dado el carácter de mínimos de la Directiva, un grupo de autores sugiere la conveniencia de que la Ley de transposición amplíe el ámbito objetivo de aplicación, de tal forma que la Ley se aplique a todas las ventas de consumo de bienes corporales, en el sentido del artículo 1.2 LGDCU. Quedarían incluidos, pues, los bienes inmuebles, el agua y el gas, aun cuando no estén envasados, la electricidad y los bienes vendidos en ventas judiciales (126).

Asimismo, se defiende la exigencia de la garantía legal en relación con los bienes de segunda mano, pues se entiende que las razones que aconsejan la garantía en relación con ellos son las mismas que respecto de los bienes nuevos. No obstante, se reconoce estos autores que, por sus peculiares características, los bienes de segunda mano no pueden compartir un régimen común al de los bienes nuevos (127).

3. LAS GARANTÍAS DEL COMPRADOR EN LA DIRECTIVA

La Directiva trata de proteger al comprador de bienes de consumo mediante la previsión de dos tipos de garantía: la de conformidad con el contrato (garantía legal) y la comercial. La primera deriva del propio contrato de compraventa, como un efecto propio del mismo, y obliga al vendedor frente al comprador, aunque no sea el verdadero responsable del defecto de conformidad, supuesto en el cual podrá reclamar a ése con posterioridad. La segun-

(125) SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1077; AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1186.

(126) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., págs. 125-126.

(127) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 126. En ellos, en efecto, no está presente el carácter fungible con respecto a los demás de su serie que caracteriza a los nuevos, por lo que no tiene sentido que el garante esté obligado a sustituirlos por otros en caso de defecto. Tampoco el plazo de duración de la garantía debería ser el mismo, ni sería justo hacer garante al fabricante o importador, sino sólo al vendedor, salvo que siguiera vigente el plazo inicial de garantía prestada por aquéllos.

da procede de la mera voluntad del garante, que puede ser el vendedor, el productor o cualquier otro intermediario en la cadena contractual, y que se hace responsable de los posibles defectos del bien frente al consumidor.

Esos derechos no pueden ser reducidos o limitados en ningún caso, según establece el artículo 7.1. En efecto, en virtud de esta norma, las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor, antes de que se indique a éste la falta de conformidad, que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por la Directiva, no vincularán al consumidor, con arreglo a lo establecido en el Derecho nacional (128).

Contrario sensu, son válidos los acuerdos posteriores a la comunicación de la falta de conformidad, como de hecho afirma la E. de M. de la Directiva en su Considerando.

3.1. *La garantía legal*

Los artículos 2 a 5 de la Directiva se refieren a la obligación del vendedor de entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa, así como a los derechos del consumidor para el caso de falta de conformidad.

A) La conformidad con el contrato

La Directiva no ofrece un concepto claro de falta de conformidad. Se limita a establecer ciertas presunciones de conformidad y de no conformidad. A las primera se refiere el artículo 2.2, según el cual «*se presumirá*» que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

- a) Se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo (129).

(128) A ello añade el apartado 2 que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros (norma similar a la contenida en otras Directivas).

(129) La muestra —afirma AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1193— puede tener una doble función respecto de la conformidad de los bienes entregados:

1. Una función atributiva, en la medida en que obliga al vendedor a entregar los bienes de consumo de acuerdo con el tipo y calidad que la muestra representa. Esta función se asienta en la autonomía de la voluntad, es decir, en el valor que las partes

- b) Son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso (130).
- c) Son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo. Este criterio refleja lo que cualquier comprador razonable puede esperar en las mismas circunstancias, y se podrá aplicar tanto a las ventas específicas como a las genéricas (131).
- d) Presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado (132).

Este es el criterio más interesante, porque es novedoso en relación con la Convención de Viena, de la que se han tomado los otros tres. No es, en cambio, una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pues contamos con el artículo 8.1 LGDCU, que impone la incorporación de la publicidad al contrato (133), y con el artículo 3.1 del Real Decreto 515/1989, de 21

hayan querido dar en cada caso a la muestra utilizada. Así, la muestra puede vincular respecto de todas las cualidades perceptibles en la cosa, o sólo de alguna de ellas, como el color, la medida, etc. Puede ser meramente indicativa, o también utilizarse para verificar los bienes servidos (muestra suministrada, después del contrato, por el vendedor).

2. Una función excluyente, puesto que sirve para que el consumidor conozca la mercancía que contrata, como si estuviera «a la vista» en el momento de comprar. De ahí que no pueda invocarse la falta de conformidad si se sabe que el consumidor conoce o puede conocer, a través del examen de la muestra, que los objetos vendidos no reúnen determinadas cualidades o que presentan ciertos vicios.

(130) Este criterio se aplicará, en opinión de AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1194, en el ámbito interno de las ventas de bienes muebles corpóreos en el que, por ejemplo, el consumidor haga saber al vendedor el destino o lugar donde se revenderán esas mercaderías o bienes, o también en el caso en que el comprador indique las reglas y los criterios exigibles del lugar donde el consumidor piensa revender esos bienes.

(131) AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1194.

(132) La referencia al etiquetado —apunta LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1373— hay que ponerla en relación con la propia normativa comunitaria que existe el respecto. Y cita la Directiva de 18 de diciembre de 1978, en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final, y la Directiva de 16 de febrero de 1998, sobre protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores.

(133) En el mismo sentido, AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., págs. 1196-1197; y CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 532.

de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información que se ha de suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, que afirma que la oferta, promoción y publicidad se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos.

Sólo vinculan las declaraciones públicas referidas a las «*características concretas*» del bien de consumo; y únicamente —dice la doctrina— cuando susciten expectativas concretas en el consumidor (134). El artículo 8 LGDCU, por el contrario, no limita el contenido vinculante de la publicidad a las cualidades del objeto (135), y así debería mantenerse, en mi opinión, al transponer la Directiva.

La discordancia entre la publicidad y las cualidades del bien no genera, sin embargo, responsabilidad del vendedor si demuestra:

- a) Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración pública sobre las características concretas del bien (la hecha por el productor o su representante, entiendo, pues la que ha hecho él difícilmente no la conocerá, y en todo caso, no podría alegarla) (136).
- b) Que esa declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato. La corrección puede hacerla el mismo sujeto que hizo la declaración pública (sea el productor o el vendedor) o no. Lo

Si acaso cabe destacar, como hace DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 21, nota 42, que la Directiva es más explícita que el artículo 8 LGDCU, ya que éste no precisa que la vinculación del vendedor a las condiciones ofrecidas en la publicidad se produce también cuando la promoción publicitaria ha sido realizada por el productor o el importador. En este caso —añade AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1197—, la responsabilidad del anunciante puede configurarse como contractual o como extracontractual, con la relevante consecuencia del distinto plazo de prescripción en un caso y en otro. A su modo de ver, conviene más elegir la segunda vía, porque considera que el plazo de quince años es excesivo e implica una atribución de riesgo desorbitada.

(134) MORALES MORENO, A. M., «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», en *ADC*, 1999, pág. 274; AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1195.

(135) Como destaca MORALES MORENO, *Declaraciones públicas...*, cit., pág. 274.

(136) En el mismo sentido, MORALES MORENO, *Declaraciones públicas...*, cit., pág. 277; AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1200; y CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 533.

Afirma MORALES MORENO, *Declaraciones públicas...*, cit., pág. 277, que la prueba se refiere a la existencia de la publicidad y no a su posible inexactitud, o a las dificultades que presente el cumplimiento conforme a ella. No produciéndose esta prueba —añade—, el vendedor quedará obligado por las declaraciones públicas ajenas, aunque actúe de buena fe e ignore que tales declaraciones son inexactas.

importante es, como destaca MORALES MORENO, que destruya la confianza del comprador (137).

- c) Que tal declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo.

Se ha comentado que la enumeración no agota todos los posibles supuestos, y que los citados operan de forma cumulativa, de modo que para que exista conformidad es necesario que se den todos ellos. Si falta uno, no existirá conformidad (138). Estoy de acuerdo con lo primero, pero no con lo segundo, pues no creo que sea necesario que concurren todos los supuestos enumerados. Es más, considero que, en ocasiones, unos desplazan a los otros. Por ejemplo, es posible que el consumidor no haya requerido un uso especial, y entonces, la conformidad habrá que medirla en relación con los usos a los que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo (139). En cambio, en el caso contrario, el uso especial exigido por el consumidor será preferente al ordinario de las cosas de igual clase, a la hora de decidir si hay o no conformidad con el contrato (140).

En cualquier caso, el Considerando 8 de la Directiva dispone que «la presunción legal de conformidad no podrá limitar el principio de libertad contractual de las partes». Por tanto, las partes podrán modificar, si lo desean, los criterios legales que aparecen en los cuatro apartados del artículo 2.2, que sólo serán aplicables en aquellos supuestos en que los contratantes no hubiesen establecido otros distintos (siempre que no pretendan excluir o limitar la responsabilidad del vendedor para el caso de que los bienes no sean conformes con el contrato, cosa que no pueden hacer conforme al art. 7.1) (141).

El artículo 2.5, por su parte, presume equiparable a la falta de conformidad la incorrecta instalación del bien de consumo cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o cuando se trate de un bien cuya instalación esté prevista que se haga por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación sea defectuosa por un error en las instrucciones de instalación.

(137) MORALES MORENO, *Declaraciones públicas...*, cit., pág. 278.

(138) SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1081; CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 128.

(139) De igual parecer es AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., págs. 1197-1198.

(140) En la misma línea, MORALES MORENO, *Declaraciones públicas...*, cit., pág. 271. A juicio de este autor, será el legislador nacional el que deberá regular la articulación entre los criterios de conformidad que establezca al incorporar la Directiva.

(141) Así lo han destacado AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1189; y DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 21.

La presunción de falta de conformidad se rompe en los casos previstos por el apartado 3 del artículo 2, a saber: si en el momento de celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento del defecto o no podía fundadamente ignorarlo (142) o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor (se trata, por tanto, de una presunción *iuris tantum*).

Ahora bien, se ha defendido que, en determinadas circunstancias, la buena fe puede permitir exigir los derechos del artículo 3 de la Directiva aunque el consumidor conociera de antemano la falta de conformidad. Por ejemplo, cuando el consumidor compre una determinada máquina defectuosa cuyo mal estado conoce, y que aparece incluida, por otra parte, dentro de un lote de máquinas que presentan todas ellas anomalías, si bien el comprador tiene la precaución de fijar en el contrato las características que debe tener la máquina comprada en el momento de la entrega, por lo que razonablemente espera que el vendedor corrija los defectos detectados (143).

De lo expuesto parece que la conformidad no es tanto que el bien no cumpla los requisitos que exige el artículo 2.2 (144), sino que el consumidor no supiera o no pudiera saber que no se cumplían y que tal situación sea imputable al vendedor o al productor; y ello porque, a tenor del artículo 2.3, no habrá falta de conformidad, aunque no concurren los presupuestos del apartado segundo, si el consumidor conocía o no podía fundadamente ignorar los defectos o si éstos se producen por los materiales suministrados por el consumidor (145).

En cualquier caso, el concepto de conformidad tiene la virtud, como ha destacado algún autor, de reunir todos los posibles defectos de los bienes de consumo. Se unifican, así, las diferentes categorías de vicio oculto, defecto de calidad y *aliud pro alio*. Con ello, se podrá eludir el problema de la

(142) Esta disposición viene a imponer, como pone de relieve LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1374, un cierto deber de diligencia al consumidor en el momento de la celebración del contrato o, en todo caso, en el momento de la entrega del bien.

(143) AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1199.

(144) Aunque así lo entienden SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1079; y LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1373, que afirman que la conformidad con el contrato es la necesaria correspondencia entre lo estipulado por las partes en el contrato y las prestaciones efectivamente llevadas a cabo por cada una de ellas.

(145) En palabras de AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1198, lo que determina la vinculación del vendedor no es tanto la existencia de declaraciones públicas, cuanto la confianza justificada que las mismas puedan provocar en el comprador. «De esta manera —afirma—, la Directiva 1999/44/CE, de acuerdo con el principio de la buena fe, conecta a la confianza del consumidor la exigencia de su protección, y con ello, al mismo tiempo, está ofreciendo el criterio para delimitar esa protección».

conurrencia y compatibilidad de acciones, propia de los ordenamientos continentales (146), lo que será, sin duda, un avance considerable (147); aunque, por lo que se refiere al Derecho español, ese inconveniente ya quedó resuelto por el artículo 11 LGDCU en los contratos con consumidores, como se ha apuntado antes (148).

El momento en el que se ha de apreciar la conformidad es el de la entrega del bien de consumo (art. 3.1) (149). El artículo 5.3 establece la presunción de existencia, en esa fecha, de las faltas de conformidad que se manifiesten

(146) Diversamente, como pone de relieve AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1190, en el sistema angloamericano la responsabilidad contractual se construye en torno al concepto anglosajón de la ruptura del contrato, que aglutina casi todos los problemas jurídicos que tienen su origen en la falta de cumplimiento dentro de los términos previstos en un contrato.

(147) AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., págs. 1187 y 1191-1192; DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 24, nota 45.

CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 127, creen que la norma de transposición de la Directiva al Derecho español debería sustituir el concepto de vicio oculto del artículo 1.484 del Código Civil por el de falta de conformidad, que debería definirse, y que debería comprender, además, los supuestos de incumplimiento, de entrega de *aliud pro alio* y de bienes en cantidad o calidad que no corresponda a la estipulada en el contrato. SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1080, en cambio, considera que la existencia de una calidad diversa a la pactada y la entrega de un modelo diferente al estipulado o de una cantidad distinta de la pedida constituyen supuestos de falta de conformidad, pero no la entrega de un *aliud pro alio*, que, a su juicio, debería excluirse del concepto de conformidad.

(148) CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 523. Que los redactores de la Directiva pretendían que ésta se aplicara tanto a los vicios ocultos como a los casos de *aliud pro alio*, siguiendo la distinción de la jurisprudencia con base en la gravedad del defecto, se comprueba, según el citado autor, atendiendo al cuadro de acciones concedidas al consumidor. Concretamente, al apartado 6 del artículo 3, en virtud del cual, «el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia». Los casos mayoritarios en los que está pensando la norma —afirma CORRAL GARCÍA— son aquellos en los que los defectos del bien recibido por el consumidor son subsanables mediante su reparación, o bien mediante la sustitución por otro ejemplar —si los costes son menores para el vendedor—; y solamente si no fuera posible ni una ni otra, el comprador puede pedir la reducción del precio. De hecho, como señala LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., págs. 1376-1377, en la propuesta de Directiva se distinguía entre defectos «menores» y «no menores» de los bienes, y se permitía a los Estados miembros limitar los derechos de los consumidores si aparecían los segundos. Tal diferenciación desaparece en la Directiva, pero se deja sentir en el apartado 6 del artículo 3.

(149) Con ello se abandona, como destaca la doctrina, el criterio de la transmisión de riesgos en la compraventa, que es el utilizado por la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (ratificada por España el 17 de julio de 1990 y publicada en el *BOE*, núm. 26, de 30 de enero de 1991) y que genera numerosos problemas de interpretación, como apunta LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1375. «Establecer el momento de la entrega del bien —afirma este autor— como el idóneo para acreditar la existencia de la falta de

en un plazo de seis meses desde entonces; presunción que no existirá cuando sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole del defecto de conformidad.

B) Los sujetos responsables de la falta de conformidad

Frente al consumidor, el único sujeto responsable es el vendedor (art. 3.1) (150). Ahora bien, cuando éste responda, tendrá un derecho de repetición contra el productor, el vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o cualquier otro intermediario, siempre que la falta de conformidad se deba a la acción u omisión de alguno de estos sujetos. Para la concreción de los sujetos responsables contra los que el vendedor final puede emprender acciones, así como para la determinación de estas acciones y de sus condiciones de ejercicio, la Directiva se remite a las legislaciones nacionales de los Estados miembros (art. 4).

La doctrina propone el siguiente régimen de regreso: si resulta acreditado que la falta de conformidad se debe a la actuación conjunta del vendedor y de otro u otros participantes en la cadena de distribución, entonces el primero ya no podrá regresar por el todo. Si se puede saber la cuota de participación de cada uno de los responsables en la falta de conformidad, la responsabilidad será mancomunada (parciaria, diría yo) en proporción a esa cuota. En caso contrario, se prorrateará por partes iguales entre todos ellos. Esto mismo ocurrirá, siempre según esta opinión, si no resulta probada la causa de la falta de conformidad (151).

Cuando el vendedor responda frente al comprador por la falta de conformidad y ésta se deba exclusivamente al fabricante o al importador, la cuantía del regreso comprenderá el coste de cumplimiento frente al compra-

conformidad, implica evitar que se discuta acerca de a quién corresponde asumir los riesgos por el transporte del bien vendido. Si dicho transporte se efectúa por el vendedor o por otra persona en su nombre, será aquél el responsable de los daños que el bien pudiese sufrir. Por el contrario, cuando el consumidor se ocupe personalmente del transporte del bien adquirido, este bien ya le habrá sido "entregado" y, por consiguiente, dicho consumidor deberá asumir los riesgos que se deriven del transporte».

(150) «Se acoge así —afirma LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1369, seguido por AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1200—, la solución menos «problemática» desde el punto de vista de la incorporación de esta regla a los ordenamientos de los Estados miembros, pues en definitiva coincide con sus propias prescripciones al respecto». Sin embargo, como sigue diciendo el citado autor, esta solución fue duramente criticada por el Grupo Europeo de Derecho de Consumo por considerarla incoherente con el hecho de que el fabricante es el verdadero responsable de los defectos de los bienes que produce y distribuye en el mercado.

(151) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., págs. 131-132.

dor más los intereses legales desde que ese cumplimiento se hizo saber al responsable (152).

De otra parte, se defiende la conveniencia de mejorar el Derecho español mediante la previsión, en la norma de transposición de la Directiva, de que tanto las acciones del consumidor como las correspondientes acciones de regreso puedan dirimirse en un solo pleito. Con ello se conseguiría que el vendedor —que, como garante incondicional, tuvo que cumplir frente al comprador— no viera dilatada en el tiempo su pretensión de reembolso frente al responsable de la falta de conformidad (153).

En todo caso, el artículo 12 de la Directiva deja abierta la posibilidad de introducir, en el futuro, la responsabilidad directa del productor, ya que establece que, como muy tarde el 7 de julio de 2006, la Comisión deberá estudiar la aplicación de la Directiva y emitir un informe en el que deberá examinar, entre otros puntos, la procedencia de esa responsabilidad directa del productor, y en caso de afirmarla, habrá de adjuntar propuestas concretas.

Hay quien estima que cabe defender la responsabilidad del productor, sin necesidad de esperar a tal fecha, con base en el principio de buena fe, si bien sólo cuando haya sido él el autor de declaraciones públicas que hayan marcado el criterio de conformidad del objeto en el contrato. Se dice, en este sentido, que el productor debe ser garante del riesgo de insatisfacción del interés contractual del consumidor, insatisfacción imputable a la confianza provocada por el propio garante con sus declaraciones públicas. Circunscrito el contenido de tal garantía al interés en el cumplimiento del contrato, se afirma que su prestación puede canalizarse a través de los remedios que la

(152) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 134.

(153) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 133. Esta regulación coincidiría —señalan estos autores— con la prevista en la D. A. 7.^a LOE, que permite que el demandado por el propietario perjudicado por los daños en los edificios pueda citar y emplazar a los restantes partícipes en el proceso edificatorio. Además —añaden—, los trámites procesales de este tipo de citaciones y emplazamientos están regulados hoy en el artículo 14 de la nueva LEC.

Las posibilidades que los citados autores proponen son las siguientes: a) La *litisdenuntiatio*, esto es, la posibilidad del vendedor de solicitar al juez que la demanda sea notificada a otros agentes en la cadena de distribución (el fabricante) para invitarles a intervenir en el pleito (por si tienen interés en defenderlo) y para que les alcance la eficacia de la cosa juzgada material; b) La llamada en garantía, es decir, la facultad del vendedor de pedir que el fabricante sea traído al proceso para que le defienda; y c) La solicitud de la acumulación eventual de acciones frente al fabricante notificado, o acumulación al pleito de su pretensión de regreso frente al fabricante, de forma eventual, para el caso de ser condenado frente al comprador. Esta tercera opción es compatible, según apuntan los citados autores, con cualquiera de las anteriores. Cabe pretender, pues, una *litisdenuntiatio*-acumulación o, alternativamente, una llamada en garantía-acumulación.

Directiva ofrece al comprador frente al vendedor. La única dificultad estaría en la resolución, ya que, como es sabido, ha de ejercitarse frente a la otra parte contratante. No obstante, según esta opinión, eso no excluye que el productor, en su posición de garante, pueda quedar obligado a asegurar al consumidor el ejercicio de la facultad resolutoria, facilitándole la restitución del bien, y restituyéndole el precio pagado (154).

Otros autores sugieren instaurar, ya en la norma de transposición, la responsabilidad solidaria del vendedor y el fabricante o importador (155).

C) Los derechos del consumidor ante la falta de conformidad

En caso de falta de conformidad, el artículo 3 de la Directiva ofrece al consumidor distintos derechos, ordenados de forma jerárquica, al igual que ocurre con los derivados de la garantía del artículo 11 LGDCU para los bienes de naturaleza duradera. Así, en primer lugar, el consumidor puede pedir la reparación gratuita del bien o su sustitución por otro; y sólo cuando estos remedios no funcionen, por las circunstancias que se verán a continuación, podrá solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato (156).

(154) MORALES MORENO, *Declaraciones públicas...*, cit., págs. 284-287.

(155) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., págs. 130-131. Según estos autores, esta disposición no supondrá un coste excesivo para el fabricante, ni para el vendedor, siempre que se permita, cuando sólo uno de ellos resulte demandado, que ése pueda provocar la intervención procesal de los demás.

Hoy por hoy —apuntan LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1370, y AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1201—, en el ordenamiento jurídico español no se reconoce la posibilidad de ejercitar una acción directa contra el fabricante o el importador por los defectos del bien vendido que sean imputables a ellos, salvo en relación con la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos prevista en la Ley 22/1994; aunque se estima que cabe acudir, para conseguir ese efecto, a la figura del contrato a cargo de tercero o dirigido a la prestación de tercero. No existe esa posibilidad, en efecto, con carácter general, como señalan CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 131; pero no debemos olvidar que esa acción directa existe en el ámbito de la garantía del artículo 11 LGDCU cuando un bien de naturaleza duradera presente defectos originarios y el garante sea el productor.

(156) LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1376; CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 128.

DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 22, apunta que los dos primeros remedios (la reparación y la sustitución del bien) se corresponden con la acción de cumplimiento en forma específica, mientras que los dos últimos tienen un encaje más discutible en el marco de las acciones tradicionales: la reducción del precio —afirma— parece la consecuencia típica del ejercicio de una acción edilicia, la *quantum minoris*; la resolución del contrato es el efecto del ejercicio de la acción que el artículo 1.124 del

A mi modo de ver, la Directiva combina adecuadamente los remedios que, parcialmente, recogen los artículos 1.484 del Código Civil y 11 LGDCU. En efecto, el artículo 3 de la Directiva completa las acciones de saneamiento por vicios ocultos (reducción del precio o resolución del contrato) con la reparación del bien o su sustitución por otro; y completa la garantía de la LGDCU, que prevé la reparación, la sustitución y la resolución contractual, con la reducción del precio.

a) El *ius optandi* entre la reparación o la sustitución del bien de consumo

El objetivo prioritario de la Directiva es que el consumidor obtenga una reparación *in natura* (157). De ahí que, en primer lugar, se le permita exigirle al vendedor la reparación (158) o la sustitución del bien sin cargo alguno (159), salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. Será imposible cuando el bien vendido sea una cosa específica. En cuanto a la desproporción, se considerará desproporcionada, según dispone la misma Directiva (art. 3.3, 2.º párrafo), toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta varios aspectos: el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad; la relevancia de la falta de conformidad; y si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.

La configuración de la desproporción lleva, según algún autor, a que la opción, en principio libre, del consumidor entre la reparación del bien o su sustitución por otro, se convierta en elección del vendedor (160). Así, se dice que por vía del criterio de los costes para el vendedor, se está introduciendo otra forma de delimitación basada en el tipo de bien. Parece razonable pensar, por tanto, que para los bienes de mayor entidad económica, la regla general será la reparación, porque ello constituye la alternativa más económica, mien-

Código Civil español prevé para las situaciones de incumplimiento que frustra la finalidad para la que se celebró el contrato.

(157) AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1203.

(158) Por tal hay que entender, a tenor del artículo 1.2.f), «poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta».

(159) Esto es, sin pagar los gastos necesarios para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, en especial los costes de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales (art. 3.4). Esta previsión resulta muy interesante, puesto que es muy habitual que en los documentos de garantía se hagan recaer sobre el consumidor los gastos de transporte.

(160) Solución esta que defienden, por cierto, CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 128, siempre y cuando de ello no se derivase ningún perjuicio para el consumidor.

tras que para los de menor valor se acudirá a la sustitución (161). Más exactamente, hay que decir que la elección libre del consumidor, que existe, se limita a los casos en los que la elección entre reparación y sustitución o cualquiera de estas vías no sea imposible o desproporcionada.

La reparación o la sustitución deberá hacerse en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran éstos para el consumidor (art. 3.3, último párrafo) (162).

La reparación del bien deberá interrumpir el plazo de garantía, que se reanudará (no reiniciándose) en la entrega del bien reparado al consumidor. En cuanto a la sustitución del bien defectuoso por uno nuevo con idénticas características, determinará el inicio de un nuevo plazo de garantía (163).

De nuevo se plantea aquí, al igual que respecto del artículo 11 LGDCU, si cabría exigir la sustitución del bien en la hipótesis de que, elegida y realizada la reparación, se produjesen nuevas averías y reparaciones. Y también ahora procede defender una respuesta afirmativa, pues lo contrario supondría poder vulnerar fácilmente los derechos de los consumidores. Ahora bien, el problema es averiguar cuántas veces se debe intentar la reparación para considerarla como no satisfactoria. Hay quien propone el recurso a los criterios previstos en el artículo 3.3 de la Directiva (164), aunque yo pienso que si el primer intento de reparación fracasa, no cabe imponer al comprador una segunda reparación, salvo que consienta (165).

La sustitución no podrá aplicarse, como es lógico, a los bienes de segunda mano —a los bienes infungibles, en general—, en el caso de que la ley de transposición los incluya dentro del ámbito de la garantía legal (166).

(161) SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1085.

(162) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., págs. 128 y 129, proponen que la ley de transposición establezca un plazo máximo: un mes para bienes de importación, y quince días para bienes nacionales, el mismo que fija el Real Decreto 58/1988 para piezas de repuesto.

(163) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., págs. 128 y 129. Estos autores afirman, como regla excepcional, que si la falta de conformidad se manifiesta al final del período de garantía, aunque el plazo se interrumpiera no habría tiempo apenas para usar el bien y comprobar la corrección de la reparación. Por eso proponer prorrogar la expiración del plazo en estos casos por tres meses desde la entrega del bien, igual que se dispone para la garantía de las reparaciones de vehículos y electrodomésticos; y sin perjuicio de la responsabilidad, durante dos años, en relación con lo repuestos incorporados en la reparación.

(164) SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1086.

(165) Coincido en este punto con CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 128.

(166) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 129; DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 22.

b) La reducción del precio o la resolución del contrato

En los casos en que el consumidor no pueda exigir la reparación ni la sustitución (por ser imposibles o desproporcionadas, de acuerdo con el art. 3.3), o en que el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, éste tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato. La elección entre una y otra posibilidad no es completamente libre, sino que depende de la gravedad de la falta de conformidad, pues si se trata de un defecto de escasa importancia, el artículo 3.6 veta la vía de la resolución.

Del mismo modo que en la garantía del artículo 11 LGDCU, parece conveniente matizar la subsidiariedad de estos remedios respecto de la reparación y la sustitución del bien, que parece imponer la Directiva: si el defecto es de tal trascendencia que frustra la finalidad para la cual se celebró el contrato, produciendo la insatisfacción del comprador, éste debe poder demandar la resolución del contrato —se dice—, sin necesidad de intentar primero la puesta en conformidad del bien (167).

Por lo que se refiere a la reducción del precio, la Directiva sólo indica que deberá ser «adecuada». Hay quien sostiene que la norma de transposición debería determinar que la rebaja del precio se fije en proporción a la diferencia del valor que haya entre el de la mercancía, en el momento de la entrega, y el que aquélla tendría en el mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato (168).

La Directiva no contiene previsión alguna respecto de la eventual indemnización de daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad del bien (169), sino que se remite a las normas nacionales sobre responsabilidad contractual y extracontractual (art. 8.1). A fin de no reducir el nivel de protección que desde hace mucho tiempo viene reconociéndose al comprador por la jurisprudencia, convendría que la norma de transposición declarase la procedencia de la indemnización en tal caso, cuando concurren los criterios de imputación fijados en el Derecho nacional (170).

(167) En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., págs. 22-23. También en *Régimen de garantía...*, cit., págs. 17-18.

(168) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 129.

(169) Estos daños pueden consistir, como indican CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 130, en los gastos de cobertura que el comprador haya hecho para cubrirse de las consecuencias negativas del defecto de prestación; los gastos hechos para mitigar el daño resultante del defecto; los mayores costes que el comprador deberá afrontar en el futuro para, después de la resolución, adquirir un bien equivalente; los daños secuenciales, en otros bienes del comprador o de terceros, etc.

(170) Con la única precisión, a juicio de CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 130, de que el vendedor

D) Los plazos fijados por la Directiva

El artículo 5 de la Directiva establece cuatro plazos diferenciados.

En primer lugar, un plazo en el que la falta de conformidad ha de manifestarse para que el vendedor responda de ella: dos años desde la entrega del bien (171). Con buen criterio, el artículo 7.1, párrafo segundo, permite a los Estados miembros, en relación con los bienes de segunda mano, que consientan a las partes pactar un plazo inferior (aunque nunca por menos de un año).

En segundo lugar, se determina el plazo de prescripción de las acciones previstas en el artículo 3.2: el que dispongan las legislaciones nacionales, que en ningún caso podrá ser inferior a dos años desde la entrega del bien. Esto no significa que el plazo de prescripción deba empezar a correr a partir de la entrega, sino que sea cual sea el momento que se fije como inicio del cómputo (que debería ser, a mi juicio, la manifestación del vicio), el plazo no puede ser inferior a dos años contados desde el momento de la entrega (172).

En tercer lugar, se hace referencia a un plazo, de establecimiento voluntario por los Estados miembros, en el que el consumidor deba, para poder hacer valer sus derechos, informar al vendedor de la falta de conformidad: dos meses desde la fecha en que se percató de la misma.

Algunos autores se muestran contrarios a la fijación de ese plazo en el Derecho español, porque se trata de una exigencia extraña a nuestra tradición jurídica, razón por la cual no se adoptó ni en el artículo 11 LGDCU ni en los artículos 17 y 18 LOE (173). Otros, en cambio, lo consideran deseable para evitar los problemas de prueba de existencia del defecto, que son, a su juicio, la razón última de la brevedad del plazo actualmente vigente para ejercitar las acciones edilicias. Si se quiere aumentar este plazo —se dice—, debe establecerse también el plazo de denuncia para evitar la indefensión en que puede colocarse al vendedor en los casos en los que no

no responderá, por coherencia sistemática, de los daños secuenciales en la medida en que esta responsabilidad quede excluida por la Ley 22/1994.

(171) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 134, afirman que este plazo resulta adecuado, por lo que no es necesario aumentarlo, sin perjuicio de que se mantengan los plazos más amplios que para supuestos específicos establece el Derecho español, como el del artículo 17 de la Ley de ordenación de la edificación.

(172) En el mismo sentido, SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1087.

(173) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 135. En todo caso, si se estableciera ese plazo, LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1378, considera que la notificación por el consumidor dentro del mismo debería producir la interrupción del plazo de prescripción de dos años de la garantía.

pueda saberse si el defecto es originario o se debe al mal uso del producto por el consumidor (174).

En cuanto a la forma de la notificación, la norma comunitaria guarda silencio, por lo que cabe entender que cabrá cualquiera, incluso la oral. Ahora bien, es aconsejable utilizar una forma que le permita, llegado el caso, probar que, efectivamente, se realizó la notificación en plazo (175).

No se determina el plazo de ejercicio de la acción de regreso del vendedor contra el verdadero responsable cuando el primero haya respondido frente al consumidor. La Directiva se remite en este punto, como ya se ha indicado, a la legislación nacional de cada Estado miembro. Para el ordenamiento español, la doctrina sugiere un plazo —de prescripción— de igual duración que el de la acción del comprador contra el vendedor, que empezará a correr desde el momento del pago hecho por ése (176).

3.2. *La garantía comercial*

Distinta de la garantía legal por falta de conformidad, de la que responde el vendedor frente al consumidor (aunque después pueda repetir contra el verdadero causante de la falta de conformidad), es la garantía comercial, a la que se refiere la Directiva como la que voluntariamente ofrezca el fabricante, el importador o el vendedor del bien (177), que obligará al garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad (art. 6.1) (178).

Para evitar que esta garantía comercial rebaje el nivel de protección de los consumidores, en beneficio del garante, el apartado segundo del artículo 6 le impone un contenido mínimo, aunque poco específico, que comprende:

(174) CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 528.

(175) En la misma línea, LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1378.

(176) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 132. Recordemos que estos autores defienden la responsabilidad solidaria entre el vendedor y el responsable o importador, por lo que la acción de regreso corresponderá a cualquiera de ellos que haya respondido ante el comprador.

(177) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 137, sostienen que la garantía comercial debe ser imperativa para los bienes de consumo de naturaleza duradera.

(178) También aquí, al igual que en la garantía legal, la publicidad se incorpora al contrato en la línea del artículo 8.1 LGDCU. Con ello —destacan LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1382; AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1205—, la norma comunitaria pone al mismo nivel la información contractual y la publicitaria, como ya hizo la Directiva de viajes combinados de 13 de junio de 1990.

- a) La declaración de que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regule la venta de bienes de consumo y la especificación de que la garantía comercial no afecta a esos derechos. Con esta previsión se trata de evitar la práctica habitual en la actualidad de indicar en la garantía comercial que ésta es la única que tiene el consumidor, porque sustituye a la legal (179). Por otra parte, implica que la garantía comercial debe otorgar una protección más amplia que la ofrecida por la propia ley nacional aplicable al supuesto de hecho. En este sentido, hay quien estima que la mayor protección puede deberse tanto a la circunstancia de que se ofrezcan otras vías de tutela que aparezcan cuestionadas o denegadas por el ordenamiento jurídico aplicable a ese caso particular (por ejemplo, indemnización por la privación del uso del bien adquirido), como a que, aunque esa protección coincida en sus contenidos con los remedios legales aplicables, se preste en la garantía comercial por terceros no obligados contractualmente a ello (180); o según otra opinión, a la concesión de un plazo de garantía superior a los dos años (181). Para otros autores, en cambio, esta garantía debe configurarse con una garantía de mantenimiento de bienes de naturaleza duradera, en virtud de la cual el garante esté obligado a la reparación del bien durante seis meses, cualquiera que sea la causa del defecto, salvo que se deba a caso fortuito, fuerza mayor o un mal uso del objeto. El garante estaría obligado a reparar el bien, por tanto, aunque el defecto se deba a un desgaste ordinario de cualquiera de los componentes del objeto (182).
- b) El contenido de la garantía —esto es, las obligaciones del garante— y los elementos básicos para reclamar con base en la garantía, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y la dirección del garante (183).

(179) SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44 CE...*, cit., pág. 1088.

(180) MORALES MORENO, *Declaraciones públicas...*, cit., pág. 282; AVILÉS GARCÍA, *Problemas de derecho interno...*, cit., pág. 1205.

(181) CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 526.

(182) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 136.

(183) La mención más relevante es, a juicio de SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44/CE...*, cit., pág. 1088, la relativa al alcance territorial de la garantía, dado que la Directiva pretende promover las relaciones transfronterizas y procurar, en definitiva, la realización del mercado interior, facilitando para ello el acceso de los consumidores a los bienes del mercado en condiciones semejantes, con independencia del lugar en que se celebre la venta.

En cuanto a la duración, cabe mantener la necesidad de que sea, como mínimo, de seis meses, tal y como establece el artículo 12.2 LOCM (184).

Como extraña excepción al formalismo que impera en materia de consumo, a fin de proteger al máximo a los consumidores, el artículo 6.3 de la Directiva deja a la libre voluntad del consumidor la posibilidad de solicitar que la garantía figure por escrito o en cualquier otro soporte duradero que le sea accesible (185). Personalmente pienso que la norma de transposición debería imponer la obligatoriedad de entregar la garantía por escrito, tal y como establece el artículo 11 LGDCU (186).

Por otra parte, la Directiva concede a los Estados miembros la facultad de exigir que la garantía comercial de los bienes vendidos en sus respectivos territorios esté redactada en una o más lenguas de las que ellos determinen de entre las oficiales de la Comunidad (lo que es ya habitual en la práctica).

En ningún caso, la falta de los requisitos de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 6 afectará a la validez de la garantía comercial, según dispone el apartado 5 del mismo precepto, y el consumidor podrá, pese a todo, exigir su cumplimiento. La cuestión que se plantea entonces es con arreglo a qué régimen jurídico puede exigirse el cumplimiento. Mientras unos estiman que la carencia o indeterminación de algunos elementos puede precisarse, conforme a la buena fe, utilizando a favor del consumidor criterios aportados por los usos comerciales sobre garantías (187), otros entienden que incumbe al legislador nacional un deber de dotar de un régimen supletorio a la garantía convencional o comercial (188).

IV. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA 99/44 EN LA GARANTIA DEL ARTICULO 11 LGDCU

Analizado el régimen establecido por la Directiva 99/44, procede terminar este estudio con una breve reflexión sobre los cambios que la transposición de

(184) Así lo defienden CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 137.

(185) La alusión al soporte duradero debe ponerse en relación, a juicio de LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1383, con la definición que del mismo da la propuesta de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores: «cualquier instrumento que permita al consumidor conservar informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo el registro de estas informaciones, en particular, los disquetes informáticos, los CD-ROM y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico».

(186) De la misma opinión son CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., pág. 137.

(187) MORALES MORENO, *Declaraciones públicas...*, cit., pág. 283.

(188) LETE ACHIRICA, *La Directiva sobre la venta...*, cit., pág. 1384.

la norma comunitaria implicará en la regulación actual de la garantía del artículo 11 LGDCU. Para ello hay que determinar, en primer lugar, si la garantía del artículo 11 LGDCU debe considerarse como una garantía legal o como una garantía comercial, a los efectos de la Directiva. Por una parte, en la medida en que se trata de un refuerzo a las obligaciones legales derivadas del contrato (de compraventa, en este caso) y que puede obligar a persona distinta del vendedor (productor), cabría estimar que se trata de una garantía comercial. Sin embargo, el hecho de que el artículo 6 conciba la garantía comercial como voluntaria para el garante, mientras que la garantía del artículo 11 LGDCU resulta obligatoria respecto de los bienes de naturaleza duradera, hace pensar que debe considerarse como lo que la Directiva configura como garantía legal (por supuesto, sólo en relación con ese tipo de bienes).

Esta segunda interpretación es, además, la que permitirá que la transposición de la Directiva 1999/44/CE eleve sensiblemente la protección de los consumidores que hoy proporciona la garantía del artículo 11 LGDCU. Y es que nada nuevo añade la norma del artículo 6 de la Directiva a la del artículo 11.2 y 3 LGDCU, salvo por lo que se refiere a la necesaria declaración, en el documento de garantía, de que ésta no afecta a los derechos que la ley nacional aplicable establezca en beneficio del consumidor y a la mención obligatoria del alcance territorial de la garantía y la dirección del garante (189).

(189) En efecto, la garantía comercial prevista en el artículo 6 de la Directiva sólo se refiere a contratos de compraventa de bienes de consumo, mientras que la garantía del artículo 11 LGDCU no se restringe a ese tipo de contratos, puesto que no se dice expresamente, y es obligatoria en relación con los bienes de naturaleza duradera, concepto que no coincide con el de bien de consumo. Por consiguiente, no hay novedad en cuanto a los contratos distintos de la compraventa que tengan por objeto bienes de naturaleza duradera. Si acaso podría haberlo en relación con la compra de otros bienes de consumo que no sean de naturaleza duradera, respecto de los que la norma comunitaria introduce la posibilidad de que el productor o el vendedor entreguen una garantía comercial al adquirente. Pero en realidad, esa posibilidad ya existe en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 11 LGDCU impone la obligatoriedad de la garantía en los contratos relativos a bienes de naturaleza duradera, sin perjuicio de que voluntariamente el vendedor o el productor entreguen una garantía, con el mismo o distinto contenido que el previsto en el apartado 3 del citado precepto, respecto de otro tipo de bienes.

En cuanto al garante, la Directiva no establece quiénes pueden serlo, sólo se refiere «a la persona que la ofrezca» (la garantía comercial), por lo que parece que deja libertad al Derecho interno de los Estados miembros para concretar este punto. En nuestro ordenamiento jurídico, los artículos 11 LGDCU y 12 LOCM señalan como posibles garantes al fabricante, al importador y al vendedor, y así puede mantenerse.

La Directiva no concreta los derechos derivados de la garantía comercial para el consumidor. El artículo 11 LGDCU, en cambio, se refiere expresamente a esos derechos, por lo que no sería preciso modificar la legislación española en este punto. De la misma opinión es SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44/CE...*, cit., pág. 1090.

Por último, se ha destacado una laguna en la Directiva: la no previsión de un régimen sancionador para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos de la garantía comercial. Esto hará que la efectividad de la garantía comercial dependa de las medidas adoptadas

Por consiguiente, entiendo que la garantía del artículo 11 LGDCU debe considerarse, a los efectos de transposición de la Directiva, como garantía legal (190). Y ni siquiera así las modificaciones serán excesivamente relevantes, pues, como ya ha puesto de manifiesto algún autor, el régimen de la Directiva es muy similar al previsto en el citado precepto (191).

En primer lugar, el concepto de vicio o defecto originario deberá sustituirse por el de falta de conformidad, pero esto no supondrá cambios significativos si se sigue la concepción de aquél que aquí se defiende.

En segundo lugar, los bienes cubiertos por la garantía del artículo 11 LGDCU deberán ser los de naturaleza duradera previstos en el Anexo II del Real Decreto, y cualesquiera otros bienes de consumo no recogidos en esa lista.

En tercer lugar, los derechos mínimos del consumidor deberán adaptarse a los previstos por el artículo 3 de la Directiva, en el sentido de incluir la opción inicial entre la reparación y la sustitución del bien, que deja de ser un remedio subsidiario respecto de aquélla, y añadir la posibilidad de solicitar una reducción en el precio en vez de la resolución del contrato. Se puede y se debe mantener, con todo, la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el bien defectuoso, a la que se refiere la letra *a*) del apartado 3 del artículo 11.

En cuarto lugar, deberá ampliarse el plazo mínimo de duración de la garantía, que debe pasar de seis meses a dos años (lo que implica la modificación del art. 12.2 LOCM). Y se resolverá la discusión actual en torno a si ese plazo determina el período en que el consumidor debe reclamar o el período en el que debe manifestarse el vicio, pues expresamente establece la Directiva que se refiere al segundo. Manifestado el vicio en ese plazo, el consumidor tendrá un plazo de prescripción de dos años para ejercitar sus derechos.

En este mismo orden de cosas, la presunción de que los defectos manifestados en un plazo de seis meses desde la entrega del bien existían ya en esa fecha viene a apoyar la generalizada opinión doctrinal de que los defectos manifestados durante el plazo de duración de la garantía son originarios. La

por los Estados miembros. En España, al menos, hay previsión de sanciones administrativas en los artículos 32 y sigs. LGDCU (SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44/CE...*, cit., pág. 1091).

SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44/CE...*, cit., pág. 1091, que equipara la garantía del artículo 11 LGDCU con la garantía comercial del artículo 6 de la Directiva estima, no obstante, que no sería mala idea, reformar aquélla adaptándola al sistema de garantías legales establecido en el artículo 3 de la Directiva, habida cuenta del carácter obligatorio de la garantía de los bienes de naturaleza duradera.

(190) En contra, DE VERDA Y BEAMONTE, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 25.

(191) CORRAL GARCÍA, *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...*, cit., pág. 525.

única diferencia es que la Directiva establece un plazo fijo, el de seis meses, para esa presunción.

En quinto lugar, en relación con los contratos de compraventa de cualquier bien de consumo, de naturaleza duradera o no, se introducirá el necesario respeto a lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva, en relación con la garantía voluntaria que el vendedor, el fabricante o cualquier intermediario asuman para proporcionar a los consumidores derechos más amplios que los derivados de la garantía del artículo 11 LGDCU (192).

RAQUEL EVANGELIO LLORCA
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Alicante

(192) CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria...*, cit., págs. 139-140, proponen una interpretación diferente. Sostienen que la garantía comercial coincide con la prevista en el artículo 11 LGDCU y que debe establecerse con carácter obligatorio. Ahora bien, para evitar solapamientos entre esta garantía comercial y la legal, proponen configurar la primera como una «garantía de mantenimiento de bienes de naturaleza duradera», en virtud de la cual el garante esté obligado a la reparación del bien durante seis meses, cualquiera que sea la causa del defecto —incluso, por tanto, cuando el defecto se produzca por un desgaste ordinario del bien—, salvo que se deba a caso fortuito, fuerza mayor o un mal uso del bien.

Esta garantía comercial del artículo 11 LGDCU quedaría limitada, por otra parte, a las compraventas de bienes duraderos celebradas con consumidores, y tendría un plazo de duración mínimo de seis meses, ampliable por voluntad del garante.

En cuanto al contenido mínimo de la garantía, deberá comprender, además de las menciones obligatorias previstas por el artículo 11.2 LGDCU, la dirección del garante, la alusión a que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional, que no se ven afectados por la garantía, y la obligatoriedad de que la garantía conste, al menos, en castellano.

Por último, estos autores subrayan la conveniencia de que la norma de transposición de la Directiva previera que la nueva regulación sobre la garantía comercial no se aplicase a los bienes que ya hayan sido puestos en circulación en el momento de su publicación y cuyos documentos de garantía no se ajustasen a la nueva regulación.

Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles. Particular estudio de la publicidad material del Registro Civil

SUMARIO: I. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES DEL REGISTRO CIVIL: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES DEL REGISTRO CIVIL: 1.º *El principio de legalidad*. 2.º *El principio de oficialidad*. 3.º *El principio de simplificación administrativa o economía procesal*. 4.º *El principio de publicidad formal*. 5.º *El principio de publicidad material*.—II. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD MATERIAL. EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL. SU INTERRELACION CON LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD PROBATORIA O DE PRUEBA PRIVILEGIADA. 2. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. 3. EL PRINCIPIO DE LA CONSTITUTIVIDAD REGISTRAL DE CIERTOS ESTADOS CIVILES. 4. EL PRINCIPIO DE LA INOPONIBILIDAD DE LO NO INSCRITO O INCOLUMIDAD DEL TERCERO RESPECTO DEL HECHO NO INSCRITO: A) *La posición de la doctrina moderna de los autores*; B) *La posición de la jurisprudencia*: a) La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado; b) La doctrina legal del Tribunal Supremo.—5. POSICIÓN PROPIA Y CONCLUSIONES.

I. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES DEL REGISTRO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

Procede comenzar subrayando la idea, tan elemental como importante, de que el Registro Civil está hermanado a los Registros de la Propiedad y Mercantiles a través de su condición común de Registros jurídicos, pues basta la lectura de los dos primeros artículos de la Ley del Registro Civil para apercibirnos claramente de que es éste un Registro jurídico, con plena eficacia sustantiva y que, en consecuencia, se dota de un amplio sistema de garantías para la práctica de sus asientos con objeto de hacer frente con alta probabilidad de éxito a su presunción básica de exactitud y legalidad, diferen-

ciándose así nítidamente de los meros Registros administrativos o de valor informativo.

Partiendo de dicha característica común, que da lugar de por sí, y sin perjuicio de sus diferencias, a un amplio espectro de coincidencias y concomitancias en lo tocante a la organización, funcionamiento y eficacia de tales Registros, llama poderosamente la atención el aparente desinterés recíproco en que una y otra institución, el Registro de personas o Registro Civil y el Registro de bienes o Registro de la Propiedad han coexistido, lo que ha propiciado a través de los años una situación de carencia de coordinación entre uno y otro Registro, carencia casi total hasta tiempos bien recientes, aspecto sobre el cual conviene reflexionar, motivo por el que procede felicitar a los organizadores de estas jornadas por su oportunidad.

Es cierto también, no obstante, que no cabe desconocer las importantes diferencias entre ambos tipos de Registros, que comienzan en la determinación de la materia o contenido que tienen por objeto propio, integrado en un caso por relaciones y situaciones jurídicas reguladas por el Derecho de Familia, y en el otro por derechos y relaciones jurídicas regidas por el Derecho de bienes, razón que por sí justifica su existencia diferenciada. Sin embargo, la existencia diferenciada no debe ser sinónimo de existencia descoordinada, y por ello parece necesario estudiar los ámbitos y forma en que se pueda y deba llevar a cabo dicho proceso de coordinación.

Con esta finalidad y tratando de avanzar en la fijación de los perfiles del paralelismo y ámbito de coincidencias existentes entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad puede resultar de utilidad el método de examinar ambas instituciones desde la perspectiva de sus principios rectores, esto es, confrontando los llamados principios hipotecarios con los principios registrales que rigen en el ámbito del Registro Civil.

Debe anticiparse la advertencia de que, de la misma manera que los principios hipotecarios no alcanzan el rango y valor normativo de principios generales del Derecho, tampoco cabe atribuir a los principios registrales formulados en relación con el Registro Civil el rango y valor científico de los principios hipotecarios a partir de la formulación que de los mismos hiciera don JERÓNIMO GONZÁLEZ y de su desenvolvimiento ulterior hecho a lo largo del pasado siglo por un nutrido grupo de ilustres hipotecaristas. Por contra, los principios registrales concernientes al Registro Civil se encuentran todavía en fase de gestación doctrinal, pero a cuya definición se han hecho aportaciones de indudable autoridad y mérito desde la Universidad, desde la práctica registral y desde la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES DEL REGISTRO CIVIL

Excusado como es de rigor en función del objeto específico de este estudio la exposición de los principios hipotecarios, procede que nos limitemos a enunciar los principios propios del Registro Civil. A este respecto debe señalarse, en primer lugar, la afirmación de la existencia en sede del Registro Civil de una serie de principios fundamentales, en tanto que ideas dominantes o matrices relativas a la actividad, organización y eficacia de dicho Registro, que se extraen por vía de abstracción de la regulación positiva contenida en la Ley y el Reglamento del Registro Civil, según han mantenido con autoridad LUCES GIL (1) y, antes que él, PERE RALUY (2).

En el mismo sentido se ha pronunciado DÍEZ DEL CORRAL (3), quien, con una capacidad didáctica que muy pocos juristas alcanzan, ha elaborado un elenco de dichos principios, entre los que enumera los de legalidad, oficialidad, simplificación administrativa, publicidad material o legitimación y publicidad formal. Creo que en todos ellos, a excepción del de oficialidad, es fácil advertir el paralelismo con los correlativos principios hipotecarios. Veámoslo:

1.º El principio de legalidad actúa en tres direcciones:

a) Vetando el acceso al Registro Civil de los actos inexistentes, inválidos o ineficaces, para lo cual se dota de amplios poderes de calificación al encargado del Registro que, conforme al artículo 27 de la Ley del Registro Civil, debe basarse en los documentos o declaraciones presentadas y en los antecedentes del propio Registro. Sólo en materia de resoluciones judiciales se restringe la calificación a la competencia y clase de procedimiento seguido, las formalidades extrínsecas de los documentos presentados y los obstáculos del propio Registro (cfr. art. 27.2). Si examinamos el desarrollo que de este precepto hace el Reglamento del Registro Civil, observaremos que igualmente existe en materia de defectos que se

(1) LUCES GIL, *Derecho Registral Civil*, Barcelona, 1986.

(2) PERE RALUY, *Derecho del Registro Civil*, Tomos I y II, Madrid, 1962.

(3) DÍEZ DEL CORRAL, JESÚS, «Comentarios a los artículos 325 a 332» en la obra colectiva *Comentario al Código Civil*, del Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica), Madrid, 1991. Resultan también fundamentales, en esta materia, los siguientes estudios de este autor: «Comentarios al artículo 2 de la Ley del Registro Civil», publicados en la colección de *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, de la editorial Edersa, Tomo IV, vol. 2.º, págs. 27 y sigs.; «La eficacia de la inscripción en el Registro Civil español», en *Revista del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER)*, Madrid, 1986; y su obra *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1993.

pueden señalar en la calificación la distinción entre defectos subsanables e insubsanables (cfr. art. 124), que la calificación es susceptible de recurso gubernativo, sin perjuicio del procedimiento judicial que puedan entablar los interesados (cfr. arts. 125 a 129 y 29 LRC), que cabe tomar anotación preventiva en tanto no se produzca la subsanación o prospere el recurso interpuesto (cfr. art. 151) y que rige la prohibición de que el encargado del Registro no puede consultar las cuestiones sometidas a calificación (cfr. art. 122). Por lo demás, dicha función de calificación o control de legalidad sólo podrá ser ejercida con pronóstico de acierto por personas en quienes converjan los principios de una alta competencia técnico-jurídica y de independencia, cualidades que no cabe discutir ni a los Registradores de la Propiedad ni a los Jueces y Magistrados encargados de los Registros Civiles (4).

b) Adoptando cautelas tendentes a garantizar la exactitud de los hechos inscribibles y su legalidad, de forma tal que la inscripción sólo se practicará cuando resulte legalmente acreditado el hecho de que ha de hacer fe (cfr. art. 80 RRC). A tal efecto, es título suficiente para la inscripción el documento auténtico que hace fe del hecho, ya sea éste judicial, notarial o administrativo, incluso cuando es extranjero, siempre que tenga fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados internacionales (cfr. art. 81 RRC).

Es cierto que en el caso del Registro Civil no se precisa siempre un documento público para la práctica de la inscripción, sino que, antes al contrario, la mayor parte de las inscripciones se practican mediante declaración del promotor o interesado, pero también lo es que se garantiza la autenticidad de la misma desde una doble perspectiva:

— desde el punto de vista de su autoría a través de la exigencia de que la declaración se haga mediante comparecencia en el propio Registro, de la cual queda constancia bien mediante la firma por el interesado del propio asiento registral antes de ser éste autorizado por el encargado (cfr. arts. 35, 36 y 37 LRC), bien levantando acta de su contenido (cfr. art. 44-4.^a RRC). En este sentido, la calificación del encargado del Registro Civil es más amplia que la del Registrador de la Propiedad, pues en tales casos en que el título

(4) DE CASTRO, sin embargo, señalaba entre los defectos del sistema del Registro Civil de la antigua Ley de 1870, el de «haber confiado el Registro a jueces municipales, que, por su falta de competencia o interés, han descuidado el buen funcionamiento del Registro» (*Derecho Civil de España*, Tomo II, pág. 561).

inscribible es la declaración del interesado ha de documentarlo el propio encargado, por lo que la calificación comprende también la capacidad e identidad del declarante, conforme al artículo 27, párrafo 2.º, de la Ley del Registro Civil;

— desde el punto de vista de su contenido se garantiza también la autenticidad de la declaración porque debe venir acompañada de una prueba documental del hecho al que se refiere. Así ocurre, por ejemplo, en las inscripciones de nacimiento y defunción en que se requiere aportar los correspondientes partes o certificados médicos acreditativos, según resulta de los artículos 44 y 85 de la Ley del Registro Civil.

Finalmente, cabe que el título inscribible esté integrado por un expediente previo instruido y, salvo ciertas excepciones (5), también resuelto por el propio encargado (el competente para inscribir o el del domicilio del promotor), y en el que vendrán integrados un conjunto variado de trámites y pruebas, con intervención incluso del Ministerio Fiscal, como en el caso de las inscripciones del matrimonio celebrado en forma civil, que refuerza la garantía de autenticidad del contenido de los asientos del Registro Civil (cfr. arts. 255 y 365 RRC).

c) La tercera vertiente que presenta el principio de legalidad en el Registro Civil se refiere al establecimiento de procedimientos rigurosos para rectificar su contenido, que parten del principio general formulado por el artículo 92 de la Ley del Registro Civil de que «las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme en juicio ordinario», aceptándose sólo limitadamente excepciones a este principio, para lo que deberá tramitarse un expediente gubernativo (cfr. art. 93 LRC). Por ello, no es exagerado afirmar que al igual que se proclama por el artículo 1, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria respecto de los asientos del Registro de la Propiedad, pueda afirmarse también en cuanto al Registro Civil que «sus asientos se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales», como enunciación de un principio de legitimación que, como veremos, debe tener pleno reconocimiento en el ámbito del Registro Civil.

Es igualmente evidente el paralelismo existente entre lo que se acaba de decir y el principio hipotecario de legalidad en su doble vertiente de calificación y titulación auténtica.

(5) Las del artículo 365 del Reglamento del Registro Civil, es decir, los expedientes de nacionalidad de la competencia del Ministerio, cambio o conservación de apellidos y dispensas matrimoniales.

2.º El principio de oficialidad excluye la necesidad de rogación e impone la actuación de oficio del encargado del Registro, lo que se explica por la circunstancia de que en el Registro Civil la regla general es la existencia de un interés público en la extensión de las inscripciones, como consecuencia del principio superior de concordancia entre el Registro y la realidad, y sin perjuicio de determinadas excepciones en que el asiento obedece a un interés meramente privado, como en el caso de las indicaciones del régimen económico-conyugal (vid. Resolución DGRN de 6 de mayo de 1977 y 7 de enero de 1983).

Aquel objetivo superior de concordancia a que responde el principio de oficialidad se traduce en la imposición del carácter obligatorio de la inscripción, en una ampliación del círculo de personas legitimadas para promover las inscripciones que alcanza incluso al Ministerio Fiscal, en la imposición de un deber de colaboración y auxilio al conjunto de autoridades y funcionarios y en la carga impuesta al encargado de practicar la inscripción cuando tenga en su poder los títulos suficientes (cfr. arts. 92 a 95 RRC).

En esta misma línea se deben apuntar los actuales trabajos de la Comisión Internacional del Estado Civil relativos a la elaboración de un Convenio sobre transmisión automática a los encargados de los Registros Civiles competentes de las resoluciones judiciales en materia matrimonial, como complemento al Reglamento de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 (6) sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en dicha materia.

Es éste el único principio, de los que aquí se citan, en el que no cabe hablar de coincidencia, sino de contradicción con el que rige en el ámbito del Registro de la Propiedad, pues, como es bien conocido, en éste rigen los principios de rogación y voluntariedad de la inscripción. No obstante, el paralelismo vuelve a surgir en materia de bienes públicos, respecto de los que tanto la legislación de patrimonio estatal y autonómica como la hipotecaria prevén la obligatoriedad de la inscripción y la actuación de oficio del Registrador denunciando ante las autoridades competentes la existencia de bienes públicos no inscritos, con objeto de subsanar esta falta (7).

3.º El principio de simplificación administrativa o economía procesal. Destaca Díez DEL CORRAL como exponentes de este principio el artículo 1.º del Reglamento del Registro Civil sobre comunicación directa entre las distintas oficinas y el artículo 26 del mismo Reglamento sobre expedición de certificaciones por fotocopia.

(6) Reglamento número 1347/2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (Boletín Oficial de las Comunidades Europeas de 30 de junio de 2000), conocido abreviadamente como «Bruselas II».

(7) Vid. Artículos 18 y siguientes del Reglamento Hipotecario.

Creo que este principio debe englobarse en otro superior entroncado con la determinación *sui generis* de la naturaleza jurídica de la organización y funcionamiento procedimental del Registro Civil, que se rige por un criterio de economía procesal y cuya mayor analogía se presenta con los actos de jurisdicción voluntaria. Así, en materia de expedientes gubernativos y del procedimiento registral en general, la doctrina más autorizada se muestra conforme en su naturaleza especial, en cuanto que no es un expediente administrativo, pues versa sobre cuestiones de Derecho privado y está excluido de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, ni tampoco es un procedimiento judicial contencioso, al no existir contradicción entre partes. Finalmente tampoco cabe afirmar que se trate en puridad de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero sus analogías con estos últimos justifica que el artículo 16 del Reglamento del Registro Civil establezca la norma de que «en las actuaciones y expedientes [del Registro Civil] son de aplicación supletoria las normas de jurisdicción voluntaria».

En cuanto al criterio de economía procesal se pone de manifiesto en numerosas de las especialidades de estos procedimientos como las de encomendar la resolución de los expedientes gubernativos al mismo encargado que los ha instruido, la posibilidad de presentar por vía de auxilio registral los documentos y declaraciones que deba formular el interesado ante el Registro de su domicilio, la posibilidad de comparecencia oral, la innecesariedad de intervención de abogado y procurador, la ausencia del principio de cosa juzgada y la regla práctica de que «se evitará toda dilación, trámite superfluo o desproporcionado con la causa», establecida por el artículo 354 del Reglamento del Registro Civil.

Igual principio de economía procesal, ampliamente invocado en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, rige en el ámbito del Registro de la Propiedad, y el carácter de jurisdicción voluntaria de los procedimientos en éste tramitados ha dejado de ser materia de polémica doctrinal, para convertirse en afirmación normativa. Este es el caso del Real Decreto de 16 de septiembre de 1994 y de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril, cuya Exposición de Motivos claramente se pronuncia en este último sentido al afirmar que «las normas registrales, dirigidas a la actuación profesional del Registrador, dados los importantes efectos de los asientos que practican, deben acomodarse a los nuevos requerimientos sociales, con la garantía añadida del *recurso gubernativo contra la calificación, que goza de la naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria*, todo lo cual contribuirá a la desjudialización de la contratación privada y del tráfico jurídico civil y mercantil, sobre la base de que la inscripción asegura los derechos, actos y hechos jurídicos objeto de publicidad».

4.º El principio de publicidad formal, acorde con la finalidad institucional del Registro Civil, aparece claramente consagrado en el artículo 6 de su

Ley reguladora al establecer el principio general de que el Registro Civil es público para quien tenga interés en conocer sus asientos, interés que se presume por el sólo hecho de solicitar la certificación (cfr. art. 17 RRC).

Por lo demás, esta traslación del contenido del Registro Civil al interesado, al igual que sucede en el Registro de la Propiedad, puede hacerse no sólo mediante la certificación, único medio de publicidad formal que tiene atribuida la condición de documento público, conforme al artículo 7 de la Ley, sino también a través de nota simple informativa (cfr. art. 35 RRC) y de manifestación y examen directo de los libros (cfr. art. 18 RRC).

Finalmente, se ha de consignar la importancia que en el ámbito de la publicidad formal del Registro Civil tienen las normas sobre protección de la intimidad personal y familiar que emanan de los artículos 18 y 20 de la Constitución española y del artículo 6 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950. Precisamente por el carácter sensible de los datos que obran en los libros del Registro Civil desde la perspectiva citada, el Reglamento del Registro Civil consagra sus artículos 21 y 22 a definir un ámbito de datos reservados y protegidos por un principio de restricción de la publicidad, que abarca los datos de la filiación adoptiva, no matrimonial o desconocida, la rectificación del sexo, las causas de nulidad, separación o divorcio o las de privación o suspensión de la patria potestad, así como el legajo de abortos, en cuyos casos la publicidad sólo carece de restricciones cuando es solicitada por los propios afectados. Esta misma preocupación sobre la protección de los datos personales automatizados se ha trasladado al Registro de la Propiedad, según resulta de la nueva redacción dada al artículo 332, número 6, del Reglamento Hipotecario de 1998 (8), al disponer que «Los Registradores deberán exigir el cumplimiento de las normas vigentes sobre protección de datos de carácter personal».

Particularidad importante en el ámbito del Registro Civil en materia de publicidad formal es la relativa al «libro de familia» que puede ser considerado como una certificación continuada en extracto de todos los hechos del estado civil de las personas casadas, que se actualiza de forma automática e inmediata a la inscripción de tales hechos, según resulta del artículo 8 de la LRC, y que se entrega a sus titulares inmediatamente después de la inscripción del matrimonio (cfr. art. 37 RRC). Además de esta inscripción que abre el libro, se consignan en el mismo, conforme al artículo 36 del Reglamento del Registro Civil, las indicaciones sobre régimen económico de la sociedad conyugal, el nacimiento de los hijos comunes y de los adoptados conjuntamente por ambos contrayentes, cualquier hecho que afecte a la patria potestad y defunción de los hijos, si ocurre antes de la

(8) Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

emancipación, el fallecimiento de los cónyuges y la nulidad, separación o divorcio del matrimonio.

Se trata, por tanto, de un instrumento de enorme utilidad práctica como instrumento formal para acreditar el título de legitimación en el tráfico en que consiste el Registro Civil, y que, por su carácter completo y continuado, constituye instrumento idóneo para facilitar la coordinación del Registro Civil con el Registro de la Propiedad, según veremos.

5.º El principio de publicidad material, que en definitiva hace referencia a la eficacia sustantiva de los asientos del Registro Civil, puede desdoblarse en otros principios diversos, fundamentalmente en los de legitimación e inoponibilidad, y merece atención separada.

II. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD MATERIAL. EL VALOR DE LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL. SU INTERRELACION CON LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El principio de publicidad material del Registro Civil ha venido referido o asociado en los antecedentes doctrinales existentes al denominado principio de legitimación registral, con el que venía a confundirse, principio que ciertamente encarna la sustancia misma de la eficacia jurídica del Registro Civil. Sin embargo, es preciso añadir que la eficacia de las inscripciones de este Registro van más allá del valor probatorio y de la presunción de exactitud y legalidad en que consiste el principio de la legitimación registral, por lo que éste no constituye sino una de las caras, cierto que la más importante, de los efectos materiales o sustantivos del Registro Civil.

En efecto, dentro del capítulo de la publicidad material del Registro Civil deben incluirse, junto con el principio de legitimación, los de exclusividad probatoria, constitutividad de ciertas situaciones jurídicas relativas al estado civil y, aunque con carácter más limitado que el que tienen en el ámbito del Registro de la Propiedad, el principio de inoponibilidad. Veámoslos a continuación.

1. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD PROBATORIA O DE PRUEBA PRIVILEGIADA

Texto antológico, en el doble sentido de este término, sobre la eficacia del Registro Civil es el que integra el segundo apartado de la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957. En el mismo se dice que «la presente Ley respeta el punto de vista clásico sobre la misión del Registro Civil, concebido como instrumento para la constancia oficial de la

existencia, estado civil y condición de las personas... En orden a la eficacia de la inscripción —sigue diciendo el preámbulo— la presente Ley se basa en los principios hoy vigentes; por consiguiente, la inscripción sigue constituyendo la prueba de los hechos inscritos, con todo su intrínseco valor —no meramente procesal— que encierra la expresión; pero la eficacia del Registro queda fortalecida al establecer que aquella prueba sólo puede discutirse en los procedimientos rectificatorios establecidos en la Ley. Las consecuencias de tan poderosa revalorización se atenúan con la admisión de cuestiones prejudiciales de tal modo reguladas, que es de esperar no constituyan motivo de demora o de abusos procesales».

Se trata, como se ha dicho, de un texto antológico porque en un solo párrafo está aludiendo la Exposición de Motivos a la inscripción como título de legitimación, como prueba de los hechos inscritos, y no sólo en su vertiente procesal sino también en la extrajudicial, y como exteriorización de una verdad oficial sujeta a la garantía y salvaguardia de los Tribunales. Claramente se deja ver en dicho texto la influencia del pensamiento de DE CASTRO (9), quien al analizar el valor jurídico de las inscripciones del Registro Civil, a la vista de la primitiva Ley de 1870, afirmaba que si bien puede decirse que son un documento público, su significado jurídico es distinto y superior al que es general de los documentos públicos, ya que se caracteriza por estas notas adicionales:

1.^a Las actas (inscripciones) del Registro son la *prueba única* o exclusiva del estado civil, mientras no se plantee contienda judicial, con la excepción de que no hubiera o se hubiera destruido el Registro, y

2.^a la inscripción es *intangible* a no ser por sentencia judicial, ya que lo inscrito tiene valor de *verdad oficial* de los hechos o actos objeto de inscripción.

El valor probatorio privilegiado de la inscripción registral viene reconocido por el artículo 2.º de la Ley del Registro Civil, al afirmar que «El Registro Civil constituye la (10) prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar el asiento se admitirán otros medios de prueba, pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya inscrito la inscripción omitida o la reconstitución del asiento».

El valor probatorio de los asientos del Registro Civil y de sus respectivas certificaciones es algo consustancial al carácter de documento público que tienen, en tanto que autorizados por empleado público competente con las solemnidades establecidas por la Ley, según la definición de tales documen-

(9) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, 1949, Tomo II, pág. 572.

(10) Obsérvese el uso del singular y del artículo determinado.

tos dada por el artículo 1.216 del Código Civil. Dicho carácter lo reconocen explícitamente el artículo 7 de la Ley del Registro Civil y actualmente también el artículo 317 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en su número 5 se enumera como documento público «las [certificaciones] expedidas por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones», siendo así que según el artículo 17 del Reglamento del Registro Civil: «El encargado y, por su delegación, el secretario, son los únicos funcionarios que pueden certificar de los asientos del Registro», que como tal «hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten», conforme a la expresión del artículo 319.1.º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, como pone de manifiesto DÍEZ DEL CORRAL, a quien seguimos en este punto, conformarse con este primer estadio equivaldría a quedarse en la mitad del camino, porque lo verdaderamente característico de las inscripciones del Registro Civil no es ya el valor probatorio que les corresponde en tanto que documentos públicos, sino que los hechos inscribibles sólo pueden ser probados a través del Registro Civil, constituyendo así una verdad oficial de lo en ellas reflejado, que sólo se puede suplir en los limitados casos que prevé la Ley. Por tanto, el Registro Civil goza del privilegio legal de exclusividad probatoria del estado civil, de forma tal que sólo en los casos excepcionales que cita el artículo 2.3 de la Ley cabe acudir a otros medios probatorios extrarregistrales, como destaca PERE RALUY (11), con el que coincide DÍEZ DEL CORRAL, que habla gráficamente de prueba «monopolística».

Justificaba DE CASTRO este valor probatorio singular «porque se trata de prueba preconstituida en el plazo legal y por la persona legitimada (antes de la contienda es afirmación no sospechosa), bajo la garantía de la sanción penal y el control de la calificación registral» (12).

Resumidamente se puede afirmar que la admisión de otras pruebas está limitada a los casos de que el Registro sea inexacto o incompleto. En el caso de Registro incompleto, previamente a la admisión de los medios de prueba supletorios, deberá haberse instado e intentado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento (13). En el caso de Registro inexacto o erróneo, con carácter

(11) PERE RALUY, *Derecho del Registro Civil*, Tomos I y II, Madrid, 1962.

(12) *Opus cit.*, pág. 572.

(13) En cambio, según parece desprenderse del tenor del artículo 2, no resulta preciso que se practique, en efecto, la inscripción o su rectificación, pues la prueba extrarregistral deviene admisible por la sola justificación de que se ha procurado concordar la realidad y el Registro Civil, quizá por considerar aquella exigencia entorpecedora para el tráfico jurídico. Este parece ser también el criterio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de mayo de 1984, según el cual, a propósito de un supuesto de emancipación, se planteó si el cambio de estado civil originado por la emancipación puede probarse por la propia escritura notarial, al margen de lo

general sólo se admitirá discusión sobre tal extremo en sede judicial, según resulta del artículo 92 de la Ley del Registro Civil, en la que podrán aportarse otros medios de prueba extrarregistrales, pero no sin antes instar la rectificación del asiento, como ya anticipara don FEDERICO DE CASTRO (14), y hoy recoge expresamente el artículo 3 de la Ley del Registro Civil: «no podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el Registro, sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente». Se trata de una norma que guarda claras concomitancias con lo dispuesto por el artículo 38.2.º de la Ley Hipotecaria para el Registro de la Propiedad, al establecer que «no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente», y que en uno y otro caso da base sólida al principio de la salvaguardia judicial de los asientos registrales.

Y ello sin perjuicio de recordar la moderna doctrina del Tribunal Supremo en relación con el citado artículo 38.2.º de la Ley Hipotecaria, en el sentido de que en aras de una interpretación menos rigorista y más acorde al momento de su aplicación (art. 3.º del Código Civil), aquella petición de nulidad o cancelación de la inscripción no tiene que ser expresa, de modo que basta una solicitud implícita, deducible de la acción principal ejercitada (cfr. entre otras, sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 1987, 24 de noviembre de 1987 y 23 de enero de 1989), lo que por identidad de razón y analogía manifiesta debe entenderse también predicable del artículo 3.º de la Ley del Registro Civil.

Sin embargo, en este caso la eficacia probatoria del Registro Civil rebasa la que es propia del Registro de la Propiedad, pues si bien éste comparte, en

que proclame el Registro Civil, en relación con lo cual sostuvo que resulta fundamental tener en cuenta a estos efectos que, conforme al artículo 2 de la vigente Ley del Registro Civil, éste constituye la prueba de los hechos inscritos y si bien en los casos como el presente de falta de inscripción, se admite en otros medios de prueba —concretamente aquí la propia escritura pública de emancipación— que es, por sí, prueba indudable de la misma, para su admisión es requisito formal indispensable que «previa o simultáneamente se haya instado la inscripción omitida...». Considerando que lo expuesto anteriormente significa que la escritura pública de emancipación no es suficiente prueba hoy del cambio de estado civil que refleja, sino que debe ir acompañada de la justificación de haberse instado ya, antes de la presentación en el Registro de la Propiedad, la inscripción omitida en el Registro Civil, lo cual, aparte de por otros medios, puede ser acreditado mediante la propia escritura, si es que su copia recoge, como es tan frecuente en la práctica notarial, la nota extendida en la matriz relativa al hecho de haber enviado el Notario, por sí mismo, al Registro Civil el testimonio o copia bastante para la inscripción en este último Registro. Esta posición, sin embargo, a nuestro juicio, debería ser matizada, pues parece partir de un cierto automatismo en la práctica de la inscripción, obviando así el principio de calificación que resulta del artículo 27 de la Ley del Registro Civil.

(14) DE CASTRO, FEDERICO, *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, 1949 y 1952, reedición facsímil de Civitas, Madrid, 1984.

cuanto a sus asientos y certificaciones, el carácter de documento público, según el artículo 317, número 4, de la Ley del Registro Civil, y el carácter privilegiado de tal prueba al venir asociada al ejercicio de acciones expeditivas y sumarias en defensa de los derechos así acreditados, sin embargo carece de la eficacia excluyente de otros medios de prueba (15), que posee solo limitadamente en el campo de las tercerías de dominio, de forma tal que la única manera de acreditar respecto de los bienes inmuebles que pertenecen a tercero distinto del ejecutado es la certificación del Registro de la Propiedad (cfr. art. 593.3 LEC) (16). También se da esta exclusividad para acreditar el dominio del ejecutado en los procedimientos de ejecución forzosa.

Ahora bien, en cualquier caso parece claro que la prueba extrarregistral llevada al proceso, en tanto del resultado de éste no quede desvirtuado el contenido del propio Registro, no debe anteponerse a este último, pues ni la contienda ante los Tribunales está prevista por el artículo 2 de la Ley del Registro Civil como causa habilitante para la admisión de los medios supletorios de prueba, a diferencia de lo que establecía el artículo 327 del Código Civil, ni la apreciación libre de la prueba de los hechos litigiosos corresponde más que al órgano judicial que conoce del proceso.

Sin embargo, el artículo 2.º de la Ley del Registro Civil, como reconoce DÍEZ DEL CORRAL, a pesar de no ser una norma dirigida exclusivamente a los jueces y tribunales (recordemos que la Exposición de Motivos de la Ley aclara que el privilegio probatorio con que se dota al Registro Civil no es sólo de carácter procesal), es lo cierto que se trata de un precepto que frecuentemente se olvida en la práctica, y que incluso viene abiertamente contrariado y vulnerado por disposiciones reglamentarias. Denuncia el autor citado la infracción a tal precepto que vino a perpetrar el Real Decreto de 17 de julio de 1985, sobre el valor probatorio del Documento Nacional de Identidad, cuanto que señala que el D.N.I. acredita, además de la identidad, salvo prueba en contrario, la nacionalidad española del titular, su nombre y apellidos, nombre de los padres y sexo, fecha y lugar de nacimiento (cfr. Disposiciones Adicionales 1.ª, 2.ª y 3.ª), por lo que considera que hay que estimarlas nulas de pleno derecho, por infringir los principios de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.º-3 de la Constitución española y art. 1.º-2 del Código Civil).

Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido una doctrina más permisiva sobre el valor probatorio del D.N.I. respecto de la nacionalidad española, pues a partir de la Resolución de 18

(15) El artículo 313 de la Ley Hipotecaria limita la inadmisión de los documentos inscribibles y no inscritos por parte de Juzgados y Oficinas públicas al caso de que «se pretenda hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito».

(16) Precepto relativo a las actuaciones de la fase previa a la traba, tendentes a verificar la pertenencia del bien al ejecutado o a un tercero.

de mayo de 1990, admite la validez de lo proclamado en el Real Decreto de 1985, si bien de forma limitada al ámbito de aplicación que considera propio del citado Real Decreto, es decir, al campo de los expedientes administrativos, pero niega dicha eficacia probatoria en el campo del Registro Civil, referido al Derecho privado, y en el que considera que debe prevalecer el artículo 2 de la Ley del Registro Civil. No obstante, en mi opinión, el asunto no es tan grave si se repara en que el D.N.I. se expide por las autoridades del Ministerio del Interior en perfecta coordinación con el Registro Civil y sobre la base de una certificación literal de la inscripción de nacimiento del interesado, por lo que viene a ser una suerte de traslado administrativo en extracto de una certificación literal, de cuya expedición, además, se deja constancia en el propio Registro Civil, a través de una nota de referencia (17).

De mayor enjundia y gravedad, a mi juicio, es el hecho de que la prueba de los estados de soltero, viudo o divorciado, esté especialmente facilitada por lo previsto por el artículo 363, párrafo 3.º (18) del Reglamento del Registro Civil, que admite a estos efectos, la sola manifestación o declaración del interesado, precepto al que cabría aplicar la misma censura de nulidad por infracción del principio de legalidad antes citado, y que, sin embargo, ha dado amparo a un *statu quo* en la práctica notarial y registral que da por buena la acreditación del estado civil por mera manifestación, práctica que ha venido a ser ratificada por una doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre cuyo acierto e idoneidad se hace preciso reflexionar, según después veremos.

2. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL (19)

Realmente el principio de legitimación registral queda ya explicado con lo que se acaba de decir. Ciertamente no existe en la Ley del Registro Civil un precepto tan explícito como el párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria cuando afirma que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo», pero resulta igualmente cierto que el

(17) La objeción principal, no obstante, reside en el largo período de vigencia de dicho documento, que permite con facilidad dar por buenos datos que pueden haber variado.

(18) Que la práctica ha extendido sin cobertura normativa alguna a los estados de casado y a la condición de separado judicial.

(19) Entre los efectos sustantivos y procesales derivados del principio de legitimación hipotecaria, se han destacado los siguientes: salvaguardia judicial de los asientos, presunción de existencia y de titularidad del derecho inscrito, legitimación activa para el ejercicio de las acciones procesales, inversión de la carga de la prueba y legitimación dispositiva derivada del asiento. Todos estos efectos pueden ser reconocidos también al

mismo principio gravita de forma implícita pero clara e indiscutible en el sistema jurídico del Registro Civil.

Así se desprende del hecho de que los asientos del Registro Civil tengan carácter de prueba plena en tanto su contenido no sea impugnado judicialmente (20), lo cual es incluso más que una mera presunción legal, si bien opera en sentido parecido al dispensar de toda prueba al favorecido por la misma y desplazar, en consecuencia, el *onus probandi* al contradictor (cfr. arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil). También la consecuencia procesal de este principio de legitimación material es común para el Registro Civil y el Registro de la Propiedad, y está explícitamente formulada en ambos casos por los citados artículos 38.2.º de la Ley Hipotecaria y 3 de la Ley del Registro Civil, que vienen a integrar la llamada legitimación procesal. Finalmente, también se ha de destacar el carácter compartido del fundamento jurídico último de la legitimación registral hipotecaria y civil, que en definitiva se integra por un requisito (la garantía proporcionada por la calificación y la titulación auténtica de los hechos y actos que acceden al Registro) y por una finalidad común, cual es dotar de seguridad jurídica a las situaciones y relaciones jurídicas que tienen por objeto. Y ello sin perjuicio de que, puesto que el estado civil de las personas está fuera del comercio de los hombres y resulta, como tal, indisponible (cfr. art. 1.814 del Código Civil), el Registro Civil no está enfocado como Registro de protección del tráfico o de terceros.

Pero en el ámbito del Registro Civil dicha finalidad institucional convive con otra adicional que es la de proporcionar a las personas un título de legitimación de su estado civil, en el sentido formulado por DE CASTRO, es decir, como la causa habilitante para el ejercicio legítimo o normal de las facultades derivadas de la titularidad de los derechos y situaciones jurídicas, lo cual resulta de gran interés en materia de estado civil, por su necesidad de fijeza y general eficacia, sin tener que investigar la realidad y validez de cada título de adquisición o atribución del estado civil que, en la mayor parte de los casos, por no tener una base documental, sería difícil de probar en ausencia del Registro Civil. Es éste, pues, un instrumento de preconstitución de la prueba del estado civil y de legitimación en el tráfico.

En definitiva, lo que se pretende al investir al Registro Civil de esa condición de título de legitimación es dispensar a todo aquél que exhiba la certifica-

principio de la legitimación en el ámbito del Registro Civil, a excepción de la legitimación dispositiva, puesto que los derechos y facultades derivados del estado civil son, en general, indisponibles y sujetos a criterios de orden público.

(20) Vid. Artículos 317 y sigs. de la nueva LEC. En particular el artículo 319 atribuye a los documentos públicos (incluyendo las certificaciones del Registro Civil) eficacia de prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten... que «se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado».

ción registral o el libro de familia de cualquier otra prueba: estará casado, divorciado o viudo, será hijo matrimonial, no matrimonial, estará o no incapacitado, etc., sin que haya de argumentar o probar de otra forma ni la existencia de tales situaciones, ni tampoco su legalidad. Constituye ésta, pues, la finalidad práctica del Registro Civil para la vida jurídica y real de la persona (21).

Cuestión distinta es el ámbito a que se ha de extender el principio de legitimación registral y su presunción de exactitud en relación con el contenido del Registro Civil. En particular las cuestiones que se suscitan se refieren a si tal presunción se aplica a todos los asientos del Registro Civil y a todos los datos contenidos en dichos asientos. En ambos casos la respuesta negativa se impone.

En cuanto a lo primero, parece claro que la eficacia legitimadora del Registro Civil debe entenderse referida a las inscripciones, si bien a todas ellas, es decir, no sólo a las principales que abren folio registral, sino también a las marginales en tanto reflejen actos modificativos del estado civil. Inscripciones no son solamente las principales o que abren folio registral, es decir, las de nacimiento, matrimonio, defunción y la primera de cada tutela o representación legal (art. 130 RRC), sino que merecen también ese calificativo las inscripciones marginales, esto es, aquéllas que reflejen un cambio o rectificación del estado civil de la persona (22). Valor similar debe reconocerse a las indicaciones sobre régimen económico del matrimonio (cfr. art. 77 LRC). Por el contrario, las anotaciones, por regla general, tienen un mero valor informativo (cfr. arts. 38 LRC y 145 y sigs. RRC) (23).

Queda por despejar la cuestión de los datos reflejados en las inscripciones protegidas por la legitimación registral. Como pone de manifiesto Díez del Corral, la cuestión surge porque la propia Ley señala en su artículo 41 que la

(21) Se ha discutido si, junto a la inscripción como título legitimador normal, puede admitirse en la actualidad la posesión de estado como título de legitimación subsidiario. DE CASTRO lo afirma, en tanto que Díez del Corral lo niega a la vista del artículo 2.º LRC y del artículo 113 del Código Civil, criterio éste que parece confirmar las trabas a que queda sujeta la posesión de estado de la nacionalidad española, después de la redacción dada al artículo 18 del Código Civil por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre.

(22) Díez del Corral indica que desde un punto de vista práctico se pueden enunciar las siguientes inscripciones marginales: aparte de la rectificación de sus datos, la inscripción principal de defunción no da pie para inscripciones marginales; que en la de matrimonio, las inscripciones marginales típicas son las de nulidad, separación o divorcio, con todas sus secuelas respecto de la condición de los hijos, y que es en las actas de nacimiento donde existe mayor número y variedad de inscripciones marginales, a la vista de la regla general sobre competencia por conexión del artículo 46 LRC: mientras no se disponga otra cosa, todo hecho inscribible ha de inscribirse al margen del asiento de nacimiento del afectado.

(23) Díez del Corral, sin embargo, aclara que ello debe entenderse limitado respecto de las anotaciones sustitutivas de verdaderas inscripciones, que no pueden llegar a practicarse por faltarles alguno de sus requisitos.

inscripción de nacimiento «hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito». En igual sentido, el artículo 69 de la misma Ley dice que la inscripción de matrimonio hace fe del acto del «matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae», y en su artículo 81 dispone que la inscripción de defunción «hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece», sin que se contengan afirmaciones legales similares respecto de las inscripciones marginales.

De estos preceptos el citado autor extrae la idea de que existe un «núcleo fundamental» de la inscripción al que la Ley aplica el principio de eficacia probatoria privilegiada, que analógicamente se ha de aplicar al resto de las inscripciones, de forma que, por ejemplo, en el caso de las inscripciones de nacionalidad se entenderá por núcleo fundamental de la inscripción de la que ésta hace fe la referencia a que determinada persona, en determinada fecha y por determinado título, ha adquirido, perdido o recuperado la nacionalidad.

Lo anterior se debe complementar en el sentido de que las inscripciones hacen fe igualmente de la identidad de la persona, pues ningún sentido tiene afirmar que el Registro Civil hace fe de un nacimiento, matrimonio o defunción si no puede asociarse bajo la misma fe dicho evento a persona determinada alguna, y ello sin perjuicio de que las menciones de identidad aisladamente no se consideren bajo la salvaguardia de los Tribunales y puedan ser rectificadas en caso de error por la vía de los expedientes gubernativos (cfr. art. 12 RRC y 93, núm. 3 LRC).

Finalmente, se debe destacar que también contribuye el Registro Civil a preconstituir, en unión de ciertas presunciones legales, la prueba de determinados estados civiles que no son *per se* autónomamente inscribibles en el Registro Civil. Así sucede en el caso de la nacionalidad adquirida de forma originaria, respecto de cuya prueba resulta fundamental lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley del Registro Civil al señalar que, «Sin perjuicio de lo dispuesto en el título I, libro I del Código Civil y en tanto no conste la extranjería de los padres, se presumen españoles los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España», presupuestos de hecho que acredita el Registro Civil. Y la misma presunción aplica el párrafo 2.º del mismo artículo para la vecindad.

3. EL PRINCIPIO DE LA CONSTITUTIVIDAD REGISTRAL DE CIERTOS ESTADOS CIVILES

Ya hemos dicho que, salvo excepciones, las inscripciones del Registro Civil son obligatorias, pero de carácter meramente declarativo, en el sentido de que vienen a constatar, declarar y publicar un hecho o acto de estado civil producido extrarregistralmente. Esta naturaleza de los asientos del Registro Civil resulta congruente con su eficacia jurídica general que, como hemos

visto, es probatoria y legitimadora, pero no constitutiva del estado civil de la persona. Dicho en otros términos, el Registro Civil integra el título de legitimación del estado civil de las personas, pero no es ni debe confundirse con el título de atribución o adquisición del estado civil como causa originaria del mismo, que puede consistir en un hecho, una combinación de hechos o en una o varias declaraciones de voluntad que tienen un origen extrarregistral (24). Una vez ocurridos estos hechos o formuladas estas declaraciones de voluntad generan *per se* la constitución o cambio del correspondiente estado civil.

Como dice Díez del Corral, sería muy grave, por ejemplo, que unos cónyuges dejaran de estar casados si por cualquier causa se constatará que la celebración del matrimonio no ha tenido acceso al Registro.

Sin embargo, hay algunos casos excepcionales en los que la inscripción, además de aquel valor probatorio y legitimador, tiene un valor constitutivo, porque *se* configura como requisito esencial o *sine qua non* del cambio de estado civil, de tal modo que éste no existirá jurídicamente hasta que el asiento se practique, asiento que pasa en estos casos a la categoría de elemento constitutivo *ad solemnitatem*. Los casos que se citan son los siguientes:

1.º Las inscripciones marginales de adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, por residencia y por opción (cfr. arts. 330, 23 y 26 del Código Civil);

2.º las declaraciones voluntarias sobre vecindad civil, previstas por el artículo 14 del Código Civil (de menores de edad, cónyuges, o sobre adquisición de vecindad por residencia de dos años y de evitación de su pérdida por residencia de diez años); y

3.º las inscripciones marginales relativas a las autorizaciones gubernativas de cambio de nombres o apellidos, conforme al artículo 62 de la Ley del Registro Civil (25).

4. EL PRINCIPIO DE LA INOPONIBILIDAD DE LO NO INSCRITO O INCOLUMIDAD DEL TERCERO RESPECTO DEL HECHO NO INSCRITO

Conocido es que en el ámbito de los Registros de bienes la protección al tercero de buena fe que contrata confiado en la apariencia de los asientos registrales se desenvuelve a través de los principios de inoponibilidad y fe pública registral, de forma que en tanto el principio de legitimación protege al titular inscrito en un sentido estático, los principios de inoponibilidad y fe pública le protegen en sentido dinámico, es decir, en tanto que adquirente del derecho

(24) DE CASTRO, *opus cit.*, pág. 570.

(25) Vid. en este sentido, a DE CASTRO y Díez del Corral, *opus cit.*

inscrito. Esta especial protección está basada en una suerte de presunción de integridad del contenido del Registro, en el sentido expresado por el aforismo *quod non est in tabulas non est in mundo*, de forma que el derecho real no inscrito, o la causa de anulación o resolución no reflejada registralmente, no perjudican, es decir, se tiene por no existente, respecto del tercero de buena fe, esto es, que ignora de forma no negligente dicho derecho o causa.

Procede ahora interrogarnos sobre si estos mismos principios *mutatis mutandis* son trasladables al ámbito del Registro Civil, es decir, si la ausencia de inscripción puede dar lugar a una especial protección de los terceros desconocedores del cambio de estado civil, ocurrido en la realidad y todavía no inscrito.

En una primera aproximación a la Ley del Registro Civil, podría resultar una inicial apariencia desfavorable a dicho planteamiento, a la vista del preámbulo de la misma, en el que se indica que «el Registro Civil no goza de la presunción de integridad y, por tanto, no constituye prueba de los hechos negativos». Sin embargo, dicha expresión no es concluyente a estos efectos, pues se dirige a justificar la introducción de los expedientes con valor de simple presunción del artículo 96 de la Ley del Registro Civil de 1957, tendente al logro de la prueba de los hechos negativos del estado civil.

Y es que el hecho determinante de un concreto estado civil podrá haber acaecido extrarregistralmente y no constar inscrito en el Registro Civil, lo que no permite que sea desconocido por el afectado o titular del mismo, frente a quien se producen todos los efectos jurídicos que le sean implícitos, pero la cuestión es si dicho estado civil no registrado puede o no perjudicar a terceros de buena fe (26).

No se encuentran respuestas directas a este interrogante en la Ley del Registro Civil ni en su Reglamento. Sin embargo, el Código Civil sí que es muy explícito en este sentido pero no con carácter general, sino de forma fragmentaria y en relación con aisladas instituciones del Derecho de familia o estados civiles concretos. Así, en su redacción originaria expresamente establecía una salvaguardia en favor de los derechos de terceros frente a ciertos actos no inscritos, en concreto el matrimonio y la emancipación, supuestos a los que se sumaron en virtud de las reformas legales de los años 1981 y 1983 los de divorcio y cargos tutelares. El tenor literal del Código Civil es muy explícito al respecto:

(26) Como dice DÍEZ DEL CORRAL, no debe confundirse la especial protección al tercero con la protección procesal inherente a la dificultad de probar los hechos negativos, ni con la protección indirecta o refleja que puede redundar en beneficio de cualquier persona, sea o no tercero, por el juego del artículo 2 LRC, ante la inadmisión de la prueba extrarregistral presentada (cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de mayo de 1984).

1. El artículo 61, tras afirmar que «el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración» y que «para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil», añade en su párrafo 3.º que «El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 70 de la LRC.

2. El artículo 89, en perfecto paralelismo con el anterior, dispone que «la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza», tras lo cual añade que «no perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil».

3. El artículo 318 establece, por su parte, en su párrafo 1.º que «la concesión de la emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo, entre tanto, efectos contra terceros».

4. Y finalmente, el artículo 218 prescribe que «las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil», señalando a continuación que «dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones».

5. A los supuestos anteriores contenidos en el Código Civil debe añadirse el caso previsto por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, el cual tras establecer que «Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal», agrega en su párrafo 2.º que «[Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código Civil], en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de dicha indicación».

Finalmente, de forma reciente se ha venido a sumar a esta misma línea del reconocimiento legislativo del principio de inoponibilidad registral el artículo 222, número 3, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Recordemos que, de forma excepcional respecto de las cuestiones relativas al estado civil de las personas, el Código Civil establece una fuerza exorbitante de la eficacia de la cosa juzgada más allá del círculo subjetivo de los litigantes, y dispone en su artículo 1.252, párrafo 2.º, que en tales casos, «la cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado». Es ello consecuencia del carácter absoluto e inescindible del estado civil, lo que determina su eficacia *erga omnes* o frente a todas las personas. Sin embargo, a pesar de dicho carácter absoluto, el citado artículo 222, número 3, de la nueva LEC, recogiendo el principio de inoponibilidad, dispone

que «En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad, incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil». *A sensu contrario* priva de eficacia frente a terceros a la cosa juzgada antes de la inscripción.

Obsérvese cómo el Código Civil y más recientemente la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establecen un clarísimo esquema legal basado en el principio de inoponibilidad en favor de terceros con fórmulas semánticas muy próximas al lenguaje legal hipotecario: los hechos no inscritos no perjudicarán a tercero, no producirán efecto frente al mismo o no le serán oponibles, o dicho en afirmativo, le son inoponibles.

¿Cuál es la interpretación y el alcance que a estas disposiciones se deben atribuir? En concreto se plantean dos interrogantes: 1.º si debe aplicarse el principio de inoponibilidad a otros supuestos distintos de los cuatro expresamente mencionados por el Código Civil; 2.º cuál es la eficacia real de este principio y cómo interactúa con los principios hipotecarios de protección a los terceros en caso de que entre en contradicción con los mismos.

A) La primera cuestión que se plantea es, pues, la de si los citados cuatro casos constituyen excepciones dentro del sistema general del Registro Civil o si, por el contrario, se trata de la formulación positiva y aislada de un principio general en el ámbito del Registro Civil, en cuyo caso la inoponibilidad en favor de terceros de los hechos y actos no inscritos se debería predicar no sólo respecto del matrimonio, divorcio, emancipación, cargos tutelares y régimen económico del matrimonio, sino respecto de las demás situaciones del estado civil de la persona.

Esta última es la posición de DE CASTRO (27), en tanto que PERE RALUY y Díez DEL CORRAL (28) mantienen la postura contraria. Este último la ha razonado de forma sólida a través de los siguientes argumentos:

1.º La protección al tercero, por razones de seguridad jurídica, supone una quiebra a un principio de justicia. La adquisición *a non domino* es una

(27) DE CASTRO, FEDERICO, en su *Compendio del Derecho Civil*, pág. 321. Sin embargo, no se encuentra un pronunciamiento semejante en su obra de mayor amplitud *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, 1949 y 1952, reedición facsímil de Civitas, Madrid, 1984. Más bien, de este último resultaría una posición contraria, ya que cuando DE CASTRO analiza la distinción hipotecaria entre inscripciones constitutivas y declarativas, entiende que debe sumarse a las anteriores una tercera categoría integrada por aquellos supuestos en que las inscripciones tienen el valor de un requisito para producir efectos civiles generales o frente a todos, citando el caso del matrimonio y de la emancipación, que cuando no están inscritos no producen efectos frente a terceros, y considerando que el término de inscripción declarativa debe reservarse para aquellos otros casos en que la inscripción no es requisito ni de validez ni de eficacia general.

(28) *Comentarios al artículo 2 de la Ley del Registro Civil*, citado, pág. 39.

excepción a la máxima *nemo dat quod non habet*, que no puede ser objeto de interpretación extensiva.

2.º El silencio del legislador para las demás inscripciones del Registro Civil aconseja acudir a la interpretación *a contrario* y no a la analogía, pues no hay igualdad jurídica esencial entre los casos regulados y los no previstos.

3.º La finalidad del Registro Civil es la de proporcionar títulos de legitimación del estado y no se compagina con la protección de la apariencia, que sirve de fundamento, por el contrario, a los Registros de bienes.

4.º No hay ninguna exigencia social que demande la protección del tercer adquirente según el Registro Civil, cuya organización es ajena a la centralización e impide la consulta del que quiera contratar confiado de los pronunciamientos registrales. Sin saber la fecha y lugar exactos del hecho, la búsqueda es irrealizable.

De estos argumentos resultan especialmente convincentes el primero y segundo, en la medida en que es claro que las adquisiciones *a non domino* tienen carácter excepcional y deben admitirse tan sólo cuando tengan una explícita consagración normativa, sin acudir a la analogía. No resultan tan convincentes los otros dos argumentos, ya que, por un lado, el principio de legitimación, regente también en el ámbito del Registro Civil, es consustancial con la idea de protección de la apariencia en la medida en que da por buena la situación aparental que proclaman los asientos del Registro, en tanto su presunción de exactitud no sea vencida judicialmente, y, por otro, no resultan determinantes en esta cuestión las dificultades prácticas derivadas de la falta de centralización en la organización del Registro Civil, dividido como está en cuatro secciones, ya que, aunque el sistema no sea perfecto, es idea fundamental en la organización registral «hacer del folio de nacimiento un cierto Registro particular de la persona, que tanto ha de facilitar la publicidad registral, ya que bastará saber el lugar de su nacimiento para poder conocer los asientos del Registro que a ella se refieren» (Exposición de motivos de la LRC de 8 de junio de 1957).

Siendo ello así, no cabe desconocer, por otra parte, la virtualidad que sobre la materia presenta el hecho de la afirmación por parte de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del principio de inoponibilidad frente a terceros de la cosa juzgada respecto de las sentencias judiciales no inscritas y concernientes a cualquier materia relacionada con el estado civil, y no sólo en cuanto a los cuatro supuestos concretos que resultan del Código Civil. Por tanto, quedan indirectamente incluidas en la protección de la inoponibilidad los estados civiles reconocidos o declarados por sentencia judicial, que podrán ser cuestionados en juicio por los terceros perjudicados, no obstante haber recaído ya sentencia, en tanto no haya sido inscrita en el Registro.

Con mayor motivo debe afirmarse también la inoponibilidad frente a terceros, y por razón de la fuerza de la naturaleza de las cosas, en relación con los supuestos en que la inscripción en el Registro Civil es constitutiva, es decir, en los casos de los cambios de nombre o apellidos y de adquisiciones de nacionalidad o vecindad antes citados. Aquí la causa de la inoponibilidad es directamente la inexistencia de dichos cambios de estado civil al faltarles el elemento constitutivo *sine qua non* de la inscripción (29).

B) La segunda cuestión enunciada se refería a la eficacia real de este principio de inoponibilidad y la forma en la que interactúa con su homónimo principio hipotecario en caso de entrar en conflicto con el mismo.

Veamos la doctrina y jurisprudencia existente al respecto.

A) *La posición de la doctrina moderna de los autores*

a) La opinión de DÍEZ DEL CORRAL (30)

Entiende DÍEZ DEL CORRAL que en los cuatro casos citados la falta de inscripción puede llegar a producir una adquisición a *non dominio* por parte del tercero de buena fe, pero para ello entiende que deberá tratarse de una adquisición de un derecho patrimonial no inscrito en ningún Registro de bienes y cuyo causahabiente o transmitente haya sido el anterior titular civil aparente del derecho transmitido. Es decir, en el caso de los bienes inmuebles entiende que la adquisición irreivindicable a *non domino* sólo podría operar en el caso de fincas no inmatriculadas, circunstancia poco común por lo que el citado autor considera que en la práctica dichas normas se convierten en letra muerta. Cita este autor, no obstante, un caso que considera puede darse en la práctica, relativo al cambio de cargo tutelar, es decir, respecto de aquél que ha adquirido de quien, según el Registro Civil, es tutor o curador, cumpliéndose todos los requisitos de la transmisión e ignorando el adquirente que había sobrevenido un nuevo cargo tutelar designado judicialmente, pero todavía no inscrito en el Registro.

En otro lugar (31) admite también otro supuesto relativo al caso de que el matrimonio haya cambiado la titularidad civil de la cosa o del derecho

(29) En este sentido se puede afirmar que respecto de las inscripciones constitutivas, el Registro Civil goza de una presunción de integridad *iuris et de iure*.

(30) DÍEZ DEL CORRAL, JESÚS, «Comentarios a los artículos 325 a 332», en la obra colectiva *Comentario al Código Civil*, del Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica), Madrid, 1991.

(31) En los comentarios al artículo 2 de la Ley del Registro Civil, publicados en la colección de *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, de la editorial Edersa, Tomo IV, vol. 2.º, págs. 27 y sigs.

(caso importante en el régimen de la comunicación foral de Vizcaya) y que, sin embargo, el tercero haya recibido éste del cónyuge que antes del enlace, tenía poder dispositivo sobre el mismo derecho, advirtiendo del carácter residual de la hipótesis en Derecho común, porque los bienes privativos siguen siendo privativos después del matrimonio. En cualquier caso, afirma que no hay puntos de contacto que justifiquen el trasplante al Registro Civil de la figura del tercero hipotecario.

Se trata, pues, de una posición muy restrictiva de la eficacia del Registro Civil, que parece partir de la premisa de que la publicidad material del Registro de la Propiedad debe prevalecer frente a la del Registro Civil cuando se trate de determinar sus efectos en relación con los derechos reales sobre bienes inmuebles.

b) La opinión de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (32)

Distinta y aún contradictoria con la anterior es la posición que apunta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Trata este autor el tema a propósito del matrimonio y de las capitulaciones matrimoniales.

En relación con el primero, afirma que con la inscripción los efectos del matrimonio obtienen pleno reconocimiento en cuanto que la inscripción proclama oficialmente *erga omnes* la celebración de un matrimonio válido, inscripción cuyo valor se ve fortificado por la norma, según la cual «el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas» (art. 61.3 del Código Civil). Entiende PEÑA que se trata de dar seguridad a los «derechos adquiridos antes de la inscripción» por terceros que, «ignorando el matrimonio», entran en relaciones con una persona casada, y sujeta, por tanto, a un estado civil distinto del que suponen y a un régimen económico matrimonial que afecta más o menos profundamente al régimen del patrimonio personal. Y cita, a continuación, estos ejemplos: no quedará perjudicado el tercero de buena fe que sigue contratando con el padre o tutor del menor que, por matrimonio, ya está emancipado; o el tercero de buena fe que adquiere de una persona un bien que resulta ser ganancial, pero que, de no haber matrimonio, sería privativo.

En relación con las capitulaciones matrimoniales, la posición de PEÑA resulta, si cabe, más rotunda, llegando incluso a utilizar la expresión de la «incolabilidad de los derechos de terceros en los cambios de régimen». Comienza recordando que «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adqui-

(32) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derecho de Familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, págs. 79 y sigs.

ridos por terceros», según dispone el Código Civil en su artículo 1.317, y que «las consecuencias de la anulación [de las capitulaciones] no perjudicarán a terceros de buena fe», según proclama el artículo 1.335 del mismo Código. Es obvio que dichos preceptos sólo se pueden interpretar correctamente en conexión con lo dispuesto por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, en el sentido de que en caso de cambio del régimen económico del matrimonio, sea por anulación de las capitulaciones o por cualquier otra causa, la incolumidad del tercero requiere buena fe y ausencia de inscripción registral.

Pues bien, para el caso concreto de la anulación de los capítulos, afirma PEÑA que «el legislador en el conflicto de intereses (el del cónyuge que sufre el vicio y el del tercero), ha optado por la solución que da más seguridad al tráfico. La seguridad del tráfico impone la seguridad del tercero que confía en la validez de las cláusulas capitulares», sin que restrinja en ningún caso, como hace DÍEZ DEL CORRAL, esta protección a los casos en que el tercero contrata sobre inmuebles no inmatriculados y, es más, sin siquiera exigir la concurrencia de los demás requisitos previstos por la legislación hipotecaria (adquirir de quien tenía facultades según el Registro, inscribir su propia adquisición y tener la condición de subadquirente) (33).

La discordancia entre ambos autores desaparece, sin embargo, en un punto importante: la inoponibilidad en el ámbito del Registro Civil no puede dar lugar a las adquisiciones *a non domino* respecto de derechos personales. El ejemplo más claro es el de la bigamia, en el que al interrogante de si puede invocar la inoponibilidad el cónyuge de buena fe en caso de bigamia y si prevalece o no el matrimonio que primero se inscribe, responde con rotundidad que el vínculo matrimonial, aunque no esté inscrito, impide la validez del segundo matrimonio, conforme a los artículos 46.2.º y 73.2.º del Código Civil. Sin embargo, reconoce que la norma tendrá transcendencia en relación con los concretos derechos que hayan sido adquiridos por razón del matrimonio putativo conforme al artículo 79 del Código Civil.

Esta postura respecto de los derechos personales, a mi juicio, es plenamente acertada y encuentra su fundamento en la indisponibilidad intrínseca del estado civil de la persona (cfr. art. 1.814 del Código Civil), más allá de los escasos supuestos en los que la Ley da beligerancia a la autonomía de la voluntad en este campo (34).

(33) Esta última particularidad es la más llamativa del planteamiento de PEÑA, llegando a afirmar que «tratándose de la anulación de capitulaciones, el tercero que contrata con los cónyuges basándose en unas capitulaciones que estima de buena fe que son válidas y todos los que de él traigan causa quedarán a salvo de las consecuencias de la anulación» —es decir, no sólo el subadquirente, sino también el adquirente directo— (*opus cit.*, pág. 202).

(34) Como puso de manifiesto brillantemente el profesor GUITRÓN FUENTEVEILLA en el curso de una conferencia sobre la «autonomía del Derecho de Familia» pronunciada el 4

c) La opinión de PUIG FERRIOL (35)

En línea con la postura anterior debe citarse la de PUIG FERRIOL, quien sostiene respecto del caso concreto de la emancipación que, si bien es cierto que la inscripción en el Registro Civil no determina la perfección del negocio jurídico de la emancipación, sino que ésta se perfecciona desde que se otorga la correspondiente escritura pública, por lo que es indudable que la falta de inscripción no impide la eficacia de la emancipación no inscrita y de los actos consiguientes, tanto entre partes como frente a terceros, también resulta cierto que la eficacia general de la emancipación no inscrita debe excepcionarse para dejar a salvo de perjuicio a los terceros de buena fe que puedan adquirir algún derecho en virtud de actos realizados no por el emancipado, sino por quien sin la emancipación tendría su representación legal.

Correlativamente, indica PUIG FERRIOL citando a GORDILLO (36), la emancipación inscrita en el Registro Civil, aún cuando fuera nula, se reputará válida —a efectos patrimoniales— frente al tercero que, en virtud de la publicidad, confió en su validez.

c) La opinión de GARCÍA GARCÍA (37)

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA se pronuncia sobre el doble aspecto de la solución ante un conflicto entre la publicidad del Registro Civil y la del Registro de la Propiedad, de un lado, y sobre la forma de prevenir dicho conflicto, de otro lado. En cuanto a lo primero, se apoya en la sentencia del

de octubre de 2001 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en Madrid, la intervención de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia está limitada en cuanto a los supuestos en que se admite y tasada respecto de los efectos que produce: los contrayentes, por ejemplo, se adhieren voluntariamente al matrimonio, pero esta voluntad no la pueden someter a condición o plazo, ni pueden tampoco adherirse para unos efectos y no para otros, ni suscribir ciertos deberes y excluir otros. En este sentido se habla del estado civil como de un conjunto de situaciones jurídicas «inescindibles».

(35) PUIG FERRIOL, LUIS, «Comentario al artículo 318», en la obra colectiva *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

(36) GORDILLO, *Anuario de Derecho Civil*, año 1982, pág. 1112. En el mismo sentido se pronuncia PAU PEDRÓN al afirmar que la inscripción declarativa supone también —como en el ámbito de otros Registros de seguridad jurídica— la «oponibilidad» de lo inscrito frente a terceros. Si bien advierte que el Registro Civil no es una institución de terceros, no se orienta al tráfico jurídico. Es un instrumento de legitimación: sirve para facilitar la prueba al inscrito (PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de práctica registral*, Universidad Pontificia de Comillas-Madrid, 1995, págs. 179 y sigs.).

(37) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «La relación entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad: el acierto de una sentencia y el error de una Resolución», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, año 1995, marzo, núm. 2, págs. 393 y sigs.

Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1994, para defender la prevalencia de los datos del Registro de la Propiedad, cuando de lo que se trata es de proteger el tercer adquirente de titularidades inmobiliarias que contrató confiado en la apariencia del Registro de la Propiedad, especialmente cuando dicha apariencia no fue desvirtuada por negligencia del perjudicado. Sin embargo, entiende que dichos conflictos deben ser prevenidos *ex ante* por medio de una adecuada coordinación entre los datos del Registro Civil y del Registro de la Propiedad, exigiendo que los datos del estado civil de las personas accedan a aquél a través del medio de prueba que les es natural, esto es, a través de certificaciones del Registro Civil, y no por medio de meras manifestaciones de los comparecientes, no contrastadas en forma alguna, razón por la cual critica duramente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de noviembre de 1994, que admite la virtualidad plena de dichas manifestaciones.

d) La opinión de PRETEL SERRANO (38)

Este autor se limita al caso particular de los conflictos en torno al régimen económico matrimonial. Al respecto comienza recordando que desde la reforma del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto de 29 de agosto de 1986, ha quedado coordinada la publicidad registral de los Registros Civil y de la Propiedad, de forma que para la inscripción en éste de las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se han de acreditar previamente los datos de la inscripción en el Registro Civil. No obstante, quedan dos supuestos de falta de coordinación: los casos anteriores a la reforma de publicidad en el Registro Civil, que no consta en el Registro de la Propiedad, de un lado, y los supuestos inversos de publicidad en el Registro de la Propiedad, que no consta en el Registro Civil.

En cuanto al primer supuesto, PRETEL SERRANO se acoge a la opinión de Díez del Corral, es decir, para que la modificación del régimen económico matrimonial produzca efectos respecto de terceros en cuanto a un inmueble concreto es necesario que también se refleje en el Registro de la Propiedad, pudiendo los terceros ampararse en el contenido de este último, a pesar de que el Registro Civil proclame una situación distinta, y ello en base a la remisión que el artículo 77 de la Ley del Registro Civil hace al artículo 1.333 del Código Civil y éste, a su vez, a la legislación hipotecaria.

(38) PRETEL SERRANO, JUAN JOSÉ, «Comentario al artículo 77 de la Ley del Registro Civil», en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, editorial Edersa, Tomo IV, vol. 3.º, págs. 814 y sigs. (Madrid, 1996).

En cuanto a la hipótesis inversa de publicidad en el Registro de la Propiedad que no consta en el Registro Civil, entiende PRETEL que debe mantenerse el criterio de la suficiencia de la publicidad que se deriva del Registro de la Propiedad respecto de un inmueble específico, sin que la publicidad del Registro Civil pueda interferirse. Cita el mismo autor en contra el criterio de PEÑA quien discute la solución anterior en base a la expresión del artículo 77 de la Ley del Registro Civil, de que el cambio de régimen económico «en ningún caso» perjudicará a tercero de buena fe sino desde la fecha de la indicación, argumento que rebate el primero por entender, entre otros argumentos, que no puede afirmarse que pueda tener buena fe aquella persona que conoce o puede conocer el Registro de la Propiedad y quiere hacer valer a su favor la no indicación en el Registro Civil.

B) *La posición de la jurisprudencia*

a) *La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido distintas ocasiones para pronunciarse sobre esta materia. Extractando las Resoluciones que se refieren a la misma, podemos sintetizar su posición de la forma siguiente:

— La Resolución de 14 de mayo de 1984:

Constituye esta Resolución un auténtico compendio de la relación entre la eficacia de publicidad material de los Registros de la Propiedad y Civil cuándo entran en contacto. La cuestión que se plantea es la de si el hecho de que en tanto no se inscriba la emancipación en el Registro Civil no produce la misma efectos contra tercero, supone que la falta de previa inscripción en el Registro Civil es un obstáculo que impide la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Para resolver esta cuestión comienza la Dirección General recordando que la cuestión ya fue abordada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 1910, y por las Resoluciones del propio Centro Directivo, de 23 de abril de 1917 y de 21 de febrero de 1923 y, de acuerdo con la doctrina entonces sentada, es indudable que la falta de inscripción en el Registro Civil no impide la eficacia de la emancipación no inscrita y de los actos consiguientes, tanto entre partes como respecto de terceros, si bien esta eficacia general de la emancipación, aún no inscrita, debe excepcionarse, de acuerdo con el artículo 318 (confróntese también en supuestos análogos, arts. 61, 64, 89 y 218 del Código Civil y 70 de la Ley del Registro Civil), para dejar a salvo de perjuicio a los terceros de buena fe (art. 7 del Código Civil) que

puedan adquirir algún derecho en virtud de actos realizados no por el emancipado, sino por quien, sin la emancipación tendría su representación legal.

Ahora bien, a partir de aquí, la Dirección General considera cuál es la situación de dicho tercero en caso de entrar en conflicto con otro que lo sea en el sentido hipotecario del término, respecto de lo cual afirma que «como el Registro Civil es un Registro del estado y condición civil de la persona y no de cada uno de los actos de gestión realizados sobre los distintos derechos subjetivos (para lo que están los Registros de bienes), es necesario referir el precepto que, según el citado artículo 318, ampara al tercero, al ámbito que, según su “ratio”, le es propio y que ya ha sido señalado (es decir, el de la inoponibilidad del hecho inscribible no inscrito a fin de mantener la validez del acto mismo del que el tercero derive sus derechos); y, en cambio, es necesario no extender, más allá, el amparo que aquel precepto otorga al tercero hasta el punto de estimar incluso que, además, en colisión producida entre los derechos adquiridos por aquel tercero protegido y los adquiridos por otros en virtud de actos realizados regularmente por el emancipado mismo con arreglo a las normas que rigen su nuevo estado civil, siempre hubiera de vencer el tercero que ignoraba la emancipación y, de tal modo que, en beneficio de éste, el acto realizado directamente por el emancipado hubiera de considerarse un acto viciado».

«Considerando, por el contrario, que siendo unos y otros actos —los realizados directamente por el emancipado y los realizados por el representante legal—, suficientes para la adquisición legítima de los derechos —los primeros, por su concordancia con las normas ordinarias y los segundos por una disposición excepcional protectora de terceros—, la posible colisión de los derechos debe resolverse, no ya por las normas que rigen la publicidad de la capacidad o de la consiguiente potestad sustitutoria de gestión —que ya han tenido su efecto en el ámbito que le es propio—, sino por las reglas ordinarias que resuelven la colisión de los derechos, según la respectiva naturaleza real o personal de los mismos y con aplicación, en su caso, de las normas que rigen la publicidad, ya no del estado civil, sino de los derechos mismos en los distintos Registros de bienes».

— La Resolución de 3 de junio de 1991:

Se trata de un supuesto en el que se acuerda un embargo de un inmueble por providencia de 1990, y en la misma fecha se notifica a la esposa del deudor el procedimiento y embargo, presentándose a las pocas fechas en el Registro de la Propiedad el mandamiento solicitando la anotación preventiva del embargo. Las fincas a que se refiere el mandamiento constan inscritas a favor de la mujer desde 1987 por adjudicación en virtud de capitulaciones

matrimoniales y disolución de la sociedad de gananciales otorgadas en escritura pública en 1986.

La Dirección General parte de la consideración previa de que al no constar que la deuda tenga carácter ganancial, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código Civil, según el cual: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias». Pero el propio artículo 1.373 establece una excepción a este principio en supuestos determinados, ya que el acreedor puede pedir el embargo de bienes gananciales que será inmediatamente notificado el otro cónyuge. Ahora bien, esta regla excepcional tiene aplicación mientras siga vigente el régimen de gananciales, en tanto que deja de regir desde que los cónyuges queden sometidos al régimen de separación de bienes, pues entonces los acreedores privativos de uno de los cónyuges tendrán sólo facultades sobre la parte o los bienes que correspondan al cónyuge deudor.

A este respecto, el momento relevante para el ejercicio de esta facultad, conferida por el artículo 1.373, es el del cambio de régimen. Y aquí la Dirección General, con precisión conceptual y jurídica, advierte que *«puesto que se trata de una facultad de terceros, habrá de estarse, no al momento en que el acuerdo modificativo produce efecto entre las partes —fecha de las capitulaciones matrimoniales que en tanto no se inscriban permanecen bajo el secreto de protocolo notarial— sino aquél en que dicho acuerdo produce efectos frente a terceros con arreglo a la legislación del Registro Civil —art. 77.2.º de la Ley del Registro Civil—»*. Pero la Dirección General da también beligerancia en orden a perjudicar a terceros, aún de forma implícita, al hecho de que esta misma circunstancia resulte de los libros del Registro de la Propiedad (39), y afirma que tampoco «cabe invocar el artículo 1.317 del Código Civil, cuando los acreedores proceden contra un bien concreto, si de los libros registrales [se entiende que del Registro de la Propiedad] resulta que la sociedad de gananciales está disuelta y que el bien fue adjudicado a la mujer, ya que entonces lo único que les queda a los acreedores del marido es la impugnación, si procede, de la partición, lo que en su día podrá provocar la correspondiente anotación preventiva de demanda».

De esta doctrina, la Dirección General extrae la consecuencia de que «el Registrador habrá de dar efectividad frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 1.373 del Código Civil, *en tanto no le conste en el momento de practicarse el embargo* y notificarse al cónyuge deudor que se había producido con eficacia frente a terceros de buena fe el cambio de régimen de gananciales, pero no cuando así no sucede, como en el caso de este expedien-

(39) En este punto, la Resolución comentada parece entrar en contradicción con la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998, que después se analizará.

te en donde la inscripción en el Registro de la Propiedad de las capitulaciones matrimoniales —1987— es muy anterior al embargo y notificación a la esposa —1990—», en cuyo caso entiende que procede la denegación al aplicar los principios de tracto sucesivo y legitimación, y en particular de las prescripciones establecidas en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Se trata, pues, de una Resolución que da primacía a los efectos de determinar el momento en que el cambio del régimen económico matrimonial afecta a terceros a la fecha de la inscripción en el Registro Civil, sin perjuicio de admitir la posibilidad de que dicho cambio les conste directamente a través de los asientos del propio Registro de la Propiedad por haber accedido al mismo la correspondiente disolución y liquidación de los gananciales con las consiguientes adjudicaciones solutorias. Por lo demás, la coordinación entre Registro Civil y Registro de la Propiedad aquí no se resiente ya que, por un lado, en el propio asiento del Registro de la Propiedad deberán constar los datos de la inscripción en el Registro Civil y, por otro, en el procedimiento de ejecución del que emana el mandamiento de embargo el control sobre la titularidad del bien embargado la debe realizar el Juez y, además, cabe la posibilidad de subsanar posibles errores mediante la tercería de dominio que puede interponer la esposa en caso de embargo indebido por ser la fecha de la inscripción en el Registro Civil anterior al embargo, y ello aunque no constase en el Registro de la Propiedad la disolución del régimen conyugal.

b) La doctrina legal del Tribunal Supremo

Los principales pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo se contienen en las sentencias de 26 de mayo de 1994 y de 10 de marzo de 1998, entre las que se ha querido ver cierta contradicción:

— La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1994 (40):

Se trata de una sentencia que fija la doctrina legal en materia de eficacia de la publicidad del Registro de la Propiedad, aunque no sea concordante con la del Registro Civil.

El supuesto de hecho se refiere a un caso en que la esposa, a pesar de estar separada judicialmente de su marido, utilizó el poder que éste le concedió para vender un piso de ambos, con lo que dicho poder había quedado revocado conforme a los artículos 102.2.º y 106 del Código Civil. El marido acciona judicialmente pretendiendo la declaración judicial de nulidad de la

(40) Ponente: Señor MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE.

compraventa por basarse en un poder revocado. La sentencia se inclina por amparar la posición del comprador como adquirente de buena fe, en base a los siguientes razonamientos:

«la ignorancia de la existencia de la separación conyugal (41) y la consiguiente revocación de poderes que fueron subrepticamente utilizados en la comparecencia de la escritura notarial con la afirmación de su vigencia..., ignorancia que se apoya con lógico y racional sentido de las cosas ante una tal declaración y la posesión de la escritura de mandato representativo de su marido por la mujer, sin constancia alguna en contrario en el Registro de la Propiedad ya que tal circunstancia no tuvo acceso a dicho Organismo inmobiliario hasta el 14 de octubre de 1987, por lo que a la fecha de la escritura de compraventa todo aparecía a los ojos de un tercero con una transparencia que no ha sido destruida por la prueba de una eventual connivencia entre la mujer y los terceros compradores que, tratándose de un negocio inmobiliario, no tenían con lógica racional que sospechar de una situación anómala en el estado civil del mandante y mandatario —marido y mujer— máxime cuando el marido perjudicado pudo muy bien no sólo anotarlo preventivamente en el Registro de la Propiedad al momento de la demanda de separación, sino interesar judicialmente la recuperación del poder notarial (art. 1.733 del Código Civil), para evitar un uso como el que se hizo amañadamente del mismo.

Pues bien, es evidente que, ante esta situación, el tercero civil de buena fe está protegido por la Ley, con base a la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario, sin que pueda sufrir perjuicio por la negligencia del mandante (sentencias de 3 de julio de 1976 y 11 de enero de 1979). El único responsable de aquella apariencia representativa es el recurrente, que no podrá sino dirigirse contra quien falazmente hizo uso de esa caducada representación».

Y por lo que se refiere a la posible infracción del artículo 2 de la Ley del Registro Civil invocada por el recurrente en casación, declara el Tribunal que «no hay duda de la aplicación [de dicho precepto] en los casos que se refieren específicamente al estado civil de las personas, pero aquí nos encontramos ante un negocio jurídico inmobiliario que tiene su concreta protección en orden a la buena fe en la Ley Hipotecaria y en el Código Civil (42), y precisamente en el

(41) Por cierto, sólo posible en el comprador por la falta de acreditación del estado civil ante el Registro de la Propiedad de forma fehaciente.

(42) La protección proviene en este caso respecto del comprador de la doctrina de la subsistencia de los poderes revocados en favor de terceros de buena fe (entendiendo aquí por terceros cualquier persona ajena a mandante y mandatario), que resulta de los artículos 1.735 y 1.738 del Código Civil (cfr. sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 1958 y de 3 de julio de 1976).

órgano público determinante de la titularidad entre los esposos, sin mención o anotación en contra, tiene que ser la apariencia de poderes de uno a otro cotitular lo que marca la creencia de buena fe del tercero, en tanto esa apariencia no se vio destruida por negligencia del marido».

Esta sentencia establece el criterio de primar la protección del tercero de buena fe en base a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, haciendo descansar aquella protección en la apariencia que produce el Registro de la Propiedad, y ello a pesar de que en el Registro Civil conste, siquiera sea indirectamente, la prueba de la revocación del poder a través de la inscripción de la separación judicial. Ahora bien, obsérvese que el supuesto de hecho resuelto por la sentencia, en la que existe una publicidad en el Registro Civil del hecho determinante de la revocación del poder, no es extrapolable con carácter general a todos los hechos del estado civil, por cuanto que directamente los poderes no son inscribibles en el Registro Civil, por lo que sólo indirectamente se puede afirmar que el Registro Civil publicaba el efecto jurídico de la revocación del poder otorgado por el marido a su esposa. Por otra parte, repárese en que la protección del tercero no se subordina sólo a su buena fe, basada en su desconocimiento de la causa jurídica determinante de la revocación, sino también en el hecho de haber mediado negligencia por parte del marido perjudicado, que ni reclamó judicialmente la devolución de la escritura de poder, ni solicitó la anotación preventiva de la demanda de separación en el Registro de la Propiedad (43).

Finalmente debe observarse que la premisa básica de protección del tercero es su buena fe o desconocimiento de la circunstancia de la separación judicial. Ahora bien, cómo es posible que se produzca tal circunstancia de desconocimiento en el comprador cuando para formalizar la venta se ha procedido al otorgamiento de una escritura pública con la consiguiente intervención del Notario. La respuesta es obvia: porque ante el Notario, la condición y estado civil de la persona se acredita tan sólo mediante la manifestación del interesado. Es evidente que la función preventiva y de seguridad cautelar del Notario y del Registrador de la Propiedad se resienten en tales casos, en que lejos de prevenir y evitar el litigio, se limite a prejuzgar la solución a dicho conflicto erigiendo en verdad oficial sujeta a la salvaguardia de los Tribunales aquellas manifestaciones acaso mendaces.

(43) Adviértase, sin embargo, que dicha negligencia no resulta reprochable en caso de que la finca de que hubiese dispuesto maliciosamente el cónyuge fuese privativa del titular y no ganancial, pues siendo así resulta dudosa la admisibilidad de una anotación preventiva de demanda del procedimiento de separación que recayese sobre finca de la titularidad del demandante.

— La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 (44):

Esta sentencia da más beligerancia a la publicidad del Registro Civil, sin por ello desvirtuar la del Registro de la Propiedad, lo que ha provocado ciertas dificultades en su interpretación. Se trata de un supuesto en el que existía una verdadera discordancia entre los datos del Registro Civil y del Registro de la Propiedad.

Como antecedentes de la misma cabe consignar que la Sala de instancia valoró la falta de inscripción de la escritura de capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil, otorgada para convenir el régimen de separación de bienes como elemento necesario a los efectos de hacer valer aquella separación de bienes frente a terceros de buena fe. Establece la Sala que, según el artículo 1.327 del Código Civil en relación con el artículo 1.280.3.º, para su validez, las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones habrán de constar en escritura pública; de tal modo que, cuando no consten en ese documento público, son radicalmente nulas y no producen efecto alguno ni *inter partes* ni frente a terceros. Pero es que, además, el artículo 1.333 señala que en toda inscripción de matrimonio, en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos y demás hechos que modifiquen el régimen económico matrimonial. Las modificaciones del régimen económico matrimonial, realizadas constante matrimonio, no perjudicarán, en ningún caso, los derechos de terceros. Y aún admitiéndose el carácter facultativo de la indicación o mención en el Registro Civil, si se tiene en cuenta el contenido de los artículos 77 de la Ley de Registro Civil y 266 de su Reglamento, cabe deducir que los efectos de la indicación se limitan a la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros de buena fe. El recurrente arguye, por contra, que los bienes inmuebles que se adjudicó en pago de su haber ganancial, como consecuencia del nuevo régimen de separación pactado en capitulaciones, figuran inscritos «a raíz» de aquellas como bienes privativos en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, no cabe que se confunda la propiedad de los bienes adjudicados con la responsabilidad por las deudas de la sociedad de gananciales que se liquida y con la imputabilidad de las deudas contraídas por el cónyuge con un tercero a dicha sociedad, mientras no se produzca la publicidad necesaria sobre un nuevo régimen económico del matrimonio.

En este sentido afirma el Tribunal que cuando no conste en el Registro Civil, conforme con el artículo 77 de la Ley de Registro Civil, la alteración del régimen económico, el tercero de buena fe se halla plenamente protegido, de modo que no pueden oponerse al mismo las consecuencias jurídicas del nuevo

(44) Ponente: Señor ALMAGRO NOSETE.

régimen económico. Si falta esta publicidad del Registro Civil o está en discordancia con lo que resulta de la «toma de razón» en el Registro de la Propiedad, cuando las capitulaciones matrimoniales afecten a inmuebles, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que hayan podido incurrirse, los terceros de buena fe, especialmente protegidos por el Registro Inmobiliario, no verán alterada su posición jurídica. Más ello no significa que los terceros, en general, estén concernidos y obligados por la publicidad del Registro Inmobiliario al margen de lo que resulte del Registro Civil (45), que es, en definitiva, el que hace público para todos el régimen económico modificado.

5. POSICIÓN PROPIA Y CONCLUSIONES

Es razonable que en caso de conflicto de intereses, cuando éstos recaen sobre bienes inmuebles o derechos reales se dé prevalencia a los criterios que resultan del órgano oficial establecido específicamente para su publicidad, esto es, anteponiendo los principios que gobiernan el Registro de la Propiedad, pero esta posición no puede ser asumida coherentemente sin al tiempo procurar una correcta coordinación entre este Registro y el Registro Civil, con objeto de evitar que aquella prevalencia se convierta en un grave quebranto a la eficacia legitimadora propia del Registro Civil, de forma tal que al Registro de la Propiedad deben acceder los datos de estado civil acreditados en la única forma que autoriza la Ley del Registro Civil, esto es, mediante certificación del Registro Civil. Esta idea de coordinación es la que se palpa en los artículos 266.4.º (46) del Reglamento del Registro Civil y 92 del Reglamento del Registro Mercantil, respecto del régimen económico matrimonial, la cual debe extender al resto de actos y hechos del estado civil inscribibles en el Registro Civil.

Y es que no es sólo el régimen económico del matrimonio el que produce una influencia directa sobre el ámbito patrimonial de las personas afectadas, sino también la situación de mayoría o minoría de edad, la emancipación, los

(45) Punto en el que se aprecia una cierta contradicción con el criterio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de junio de 1991, más arriba comentada.

(46) Artículo 266.4.º RRC: «En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico, se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el libro de familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable». Artículo 92 del Reglamento del Registro Mercantil: «Cuando se trate de personas casadas, la inscripción primera expresará, además de las circunstancias del artículo 90, las siguientes: ...3.ª El régimen económico del matrimonio legalmente aplicable o el que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro Civil».

estados de soltero, casado, viudo o divorciado, la condición de separado judicial, la situación de incapacitación, la filiación adoptiva o natural, la vecindad civil, etc. En todos estos casos el estado civil tiene una influencia decisiva no sólo en la capacidad de obrar general de la persona, sino también en la determinación de la titularidad patrimonial de los bienes adquiridos, del ámbito de responsabilidad a que quedarán sujetos y del concreto poder de disposición sobre los mismos.

En definitiva, ya hemos visto cómo los conflictos entre la publicidad registral del Registro Civil y del Registro de la Propiedad no están resueltos con claridad por las normas del Derecho positivo, quizá porque tratándose de una situación patológica de discordancia entre órganos oficiales de publicidad, dicha situación no se ha contemplado de una forma directa. Ya hemos visto también que ni el criterio de los autores es uniforme, ni lo es tampoco el de la jurisprudencia. Si la sentencia de 16 de noviembre de 1994 pudo ser interpretada en el sentido de dar prevalencia a la publicidad del Registro de la Propiedad al no reconocer efectos enervantes de la buena fe del tercero que contrató confiado en los exclusivos pronunciamientos del Registro de la Propiedad, pudiendo legítimamente ignorar el hecho de la publicidad dada a la separación judicial por el Registro Civil, por el contrario la sentencia de 10 de marzo de 1998 permite al tercero negar la oponibilidad de la adjudicación de un bien como privativo derivado de una disolución de un régimen de gananciales pactado en una escritura de capítulos matrimoniales que no se haya indicado todavía en el Registro Civil, aunque conste inscrito en el Registro de la Propiedad.

En el caso de la primera sentencia, se trata de un conflicto entre la eficacia de oponibilidad del Registro Civil (hecho inscrito en el mismo, la separación judicial) y la inoponibilidad del Registro de la Propiedad (hecho no inscrito en el mismo), que se resuelve en el sentido de dar prevalencia a esta última, en base a la presunción de integridad del Registro de la Propiedad que permite al tercero ignorar lo que en el mismo no consta. Por el contrario, en el caso de la segunda sentencia, el supuesto es el inverso: conflicto entre la inoponibilidad del Registro Civil (hecho no indicado en el mismo, los capítulos matrimoniales) y la oponibilidad del Registro de la Propiedad (hecho inscrito en el mismo, la adjudicación del bien por disolución del régimen), en cuyo caso prevalece aquélla, en base a la misma presunción de integridad, en este caso del Registro Civil, que impide pueda perjudicar al tercero lo que en el mismo no conste (47).

(47) Al menos en cuanto a los supuestos antes examinados en que cabe reconocer el principio de inoponibilidad en el ámbito del Registro Civil español.

Es decir, en ambos casos prevalece el efecto de la inoponibilidad (sea del Registro Civil o de la Propiedad) frente a la oponibilidad de los asientos del otro Registro con el que entra en conflicto. En definitiva, ello se traduce en la conclusión de que el tercero queda protegido por la apariencia más favorable, de forma que puede adquirir derechos irreivindicables derivados de la apariencia del Registro de la Propiedad, pero no puede verse perjudicado por hechos inscribibles y no inscritos en el Registro Civil, y aunque de ellos dé cuenta y constancia el Registro de la Propiedad (48). Por ello, el adquirente de la esposa adjudicataria de un bien ex ganancial, en virtud de capítulos no indicados en el Registro Civil, puede invocar el amparo de su condición de tercero hipotecario si aquella adjudicación y subsiguiente adquisición fueron inscritas en el Registro de la Propiedad, y al propio tiempo si el tercero no es adquirente de tal bien privativo, sino un acreedor del patrimonio ganancial por deudas de este carácter, a pesar de aquella inscripción del bien como privativo de la esposa, podrá embargarlo si la fecha de la resolución judicial que acuerda la traba es anterior a la fecha de la indicación de los capítulos en el Registro Civil, cualquiera que sea la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Pero todos estos conflictos reclaman no sólo soluciones para cuando se desaten, sino, especialmente en sede de un organismo de seguridad cautelar como el Registro de la Propiedad, medios para prevenirlos. Y el mejor medio es, sin duda, contrastar los datos del estado civil que acceden al Registro de la Propiedad y ello a través del medio documental adecuado y exclusivo previsto en la Ley, es decir, mediante certificación del Registro Civil o exhibición de Libro de Familia.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad
Letrado adscrito de la DGRN
Vocal de la Comisión Internacional del Estado Civil
Doctor en Derecho

(48) Dicho en otros términos, el tercero no queda obligado ni concernido por lo que resulta del Registro de la Propiedad y que no consta en el Registro Civil, pero sí favorecido por las presunciones derivadas del contenido de los asientos de aquél.

El nuevo derecho de superficie del futuro e inminente Código Patrimonial catalán (1)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO.—III. CLASES.—IV. CONSTITUCION Y REGIMEN LEGAL: A) REQUISITOS DE FORMA. B) CONTENIDO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. C) EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE.—V. REGIMEN VOLUNTARIO: A) ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL DERECHO. B) PACTOS GENERALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE: a) *Disponibilidad del superficiario sobre su derecho, y limitaciones al mismo*; b) *Pensión periódica a favor del propietario del suelo*; c) *Liquidación de la posesión*. C) PACTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE CUANDO TIENE COMO CONTENIDO UNA NUEVA CONSTRUCCIÓN O PLANTACIÓN: a) *Plazo de construcción*; b) *Derecho de uso sobre viviendas o locales superficiarios*. D) PACTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE CONSTRUCCIÓN PREEXISTENTE. E) PACTOS ENTRE EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA PROPIEDAD DE LA FINCA: a) *Modo de uso de los inmuebles*; b) *Derechos de adquisición recíprocos*.—VI. OPORTUNIDAD FRENTE A TERCEROS.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La nueva normativa del derecho de superficie en Cataluña (Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie y adquisición voluntaria o preferente) (2) exige la necesidad de proyectar nuestra atención, otra vez (3), a la institución superficiaria, sobre todo teniendo en cuenta que

(1) Debo mostrar mi agradecimiento a doña M.^a JOSÉ URZÁIZ EZCURDIA, Secretaria del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, por su inestimable ayuda y por la documentación e información que me ha facilitado.

(2) DOGC de 18 de enero de 2002.

(3) Vid., mis trabajos anteriores en relación con el tema «Duración del derecho de superficie urbano», en AC, núm. 21, 1996, págs. 445 a 480; «Algunas consideraciones acerca del *lease-back* y su conexión con el derecho de superficie urbano», en RCDI, núm. 635, 1996, págs. 1393 a 1432; «El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y valoraciones y la reforma del Reglamento

no sólo estamos ante una regulación de la Institución del siglo *xxi* (4), sino que como hemos expresado en el título del artículo, va a ser la regulación futura que formará parte del próximo *Código Civil Patrimonial catalán* (5) (que seguirá en orden cronológico al Código de Sucesiones de 1991 y al Código de Familia de 1998).

Pero es que, además, es otra de las CC.AA. (6), frente al ordenamiento común, que reconoce la importancia práctica de la Institución, y detenidamente va a regularla dentro del ámbito del Derecho Privado, como veremos en las siguientes líneas que conforman nuestra investigación.

La *mens legis* pretende con esta ley dar un nuevo impulso a la Institución por ser una figura importante dentro del mercado inmobiliario, además de suponer una multiplicación de los aprovechamientos agrarios y forestales, como apunta el propio Preámbulo de la Ley. Pero además, se ofrece la posibilidad de utilizar una figura de derecho real, de cara a obtener una alta rentabilidad económica de los bienes inmuebles, superando una óptica me-

Hipotecario», en *RCDI*, 1999, núm. 649, enero-febrero, pág. 27 a 60; «Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del Derecho de elevación)», en *RCDI*, 2000, núm. 659, mayo-junio, págs. 2003 a 2029; y «A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo», en *RCDI*, 2001, núm. 667, septiembre-octubre, págs. 1835 a 1902.

(4) En palabras del propio Consejero de Justicia, Josep Delfí Guàrdia, «este Proyecto de Ley es un paso más en el camino de construcción de un ordenamiento jurídico civil catalán, moderno y adaptado a la realidad de Cataluña, hoy». Diario de sesiones del Parlamento de Cataluña. Serie P, núm. 73, pág. 13.

(5) Tal y como afirma el propio Preámbulo de la Ley al señalar que «esta regulación, junto con la que contienen la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, y con la revisión de la Ley 6/1990, de los censos, y de la Ley 22/1991, de garantías posesorias sobre cosa mueble, puede constituir la parte correspondiente a los derechos reales limitados del futuro Código Civil de Cataluña, aunque los derechos de adquisición puedan constituirse también con carácter personal».

Por otro lado, señalar que el Consejero de Justicia, tras mencionar la actualización del Derecho Civil catalán, afirma que «este proceso continuará en el ámbito del derecho patrimonial a través de diferentes leyes especiales que permitan llegar a la sistematización de este ámbito. Con esta tarea se culminará el proceso de actualización de nuestro Derecho Civil, sustituyendo a la parte vigente de la Compilación, y se procederá a la refundición final de todos los Códigos, para culminar en el futuro Código Civil de Cataluña, verdadero signo de normalidad jurídica para nuestro pueblo».

(6) No olvidemos que esta institución ha sido objeto de regulación en la Compilación de Derecho Civil de Navarra (concretamente en las Leyes 430 a 434, del Título V referente «al derecho de superficie y otros derechos similares del Libro III dedicado a los Bienes»). Y también, en otras normativas singulares, como la Ley de Galicia 13/89, de 10 de octubre, de montes vecinales en mano común, que se refiere al derecho de superficie en su artículo 7.

ramente propietario y a favor de las construcciones y plantaciones preexistentes o futuras (7).

En cuanto a la regulación que vamos a examinar, resulta interesante prestar atención al contenido del derecho y, sobre todo, a la protección otorgada a los titulares propietarios de la finca y a los titulares de los derechos reales limitados constituidos sobre el derecho de superficie (que se resuelven con la técnica de la inoponibilidad) (8).

Nuestra misión en el presente estudio se centra en analizar el contenido del capítulo primero de la citada ley, dedicado al derecho de superficie que en trabajos anteriores hemos denominado urbano, esto es, al derecho de superficie de ámbito privado (9). Para una mayor facilidad en la labor interpretativa vamos a acometer el estudio y análisis de la figura siguiendo el esquema del legislador catalán (10).

(7) Opinión que en su día ya propusimos. Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales* (2.^a ed., revisada y actualizada). Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, julio de 2000, en concreto págs. 126 y sigs.

(8) Importante cuestión sobre la que nos detendremos al final del estudio.

(9) La propia ley mantiene la existencia de mi teoría de la doble modalidad de derecho de superficie, pues el mismo preámbulo de la nueva regulación señala que «hasta el momento, la única regulación de este derecho es la dada, para el ámbito de la actuación urbanística, por el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprobó la refundición de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística». Para un estudio del derecho de superficie urbanístico en la Comunidad Autónoma de Cataluña, dirigirse al citado Decreto Legislativo de 12 de julio de 1990, artículos 240 a 242.

(10) Conviene tener en cuenta también que tras la sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, se ha declarado la nulidad de la reforma del RH de 1998, volviendo a tener vigencia el texto del artículo 16.1 RH de 1959, en los siguientes términos: «Para poder ser inscrito el título público en que se establezca dicho derecho deberá reunir:

a) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario.

b) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyera a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.

c) Plazo pactado para realizar la edificación, sus características generales, destino y costo del presupuesto.

d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.

e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso».

II. CONCEPTO

El artículo primero de la Ley afirma que:

«el derecho de superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad de las construcciones o plantaciones que estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie se mantiene la separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y la del suelo en el que se efectúa la construcción o plantación» (11).

Estamos en presencia de un concepto claro y sencillo en donde el énfasis se establece en los *caracteres* del propio derecho, y se puntualizan los siguientes aspectos de la Institución:

- *Derecho real* inmobiliario, cuyo objeto es la superficie (edificada o plantada ya, o futura) existente sobre el suelo, propiedad del concedente del derecho. En base a la constitución de este derecho desaparecen temporalmente las reglas de accesión inmobiliaria (*superficie solo cedit*).
- *Derecho limitado*: En base al cual se otorga a una persona el dominio sobre la superficie de un predio ajeno (cuyo dueño tiene el dominio del suelo), con la finalidad de edificar o plantar. La propiedad superficiaria nace como un gravamen, como una limitación de la propiedad del fundo a favor del superficiario. Aquél no podrá perjudicar ni a la propiedad superficiaria, ni inmiscuirse ni directa ni indirectamente en la propiedad superficiaria (ni siquiera utilizando la parte de la finca que esté ocupada por la construcción superficiaria pero que le perjudique).
- *Derecho temporal*: Pues se otorga un plazo fijo de duración del derecho, tras el cual, la propiedad de la superficie revertirá a la propiedad del suelo.
- *Derecho de propiedad*: En base a ello el superficiario tiene el poder de disposición sobre la superficie pudiendo enajenarla, hipotecarla (art. 107-5.º LH) o gravarla. Cuenta con las acciones que nacen del derecho de propiedad. Derecho de propiedad que podrá calificarse de originario si el contenido del derecho es el *ius aedificandi*, o derivativo si recae sobre construcción o plantación preexistente.

(11) El proyecto de Ley presentó como texto de este artículo primero la concepción del derecho de superficie únicamente como que *el derecho de superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad de las construcciones o plantaciones que estén incluidas en la misma*.

La segunda parte del párrafo fue añadida en virtud de una enmienda presentada por el G. P. Popular, que íntegramente ha pasado a formar parte del texto de la ley.

- *Derecho de propiedad separada*: Existencia de dos dominios distintos con contenidos diferentes. Desde que se pacta el derecho, aún sin haberse materializado el objeto del derecho, existe una propiedad superficial separada que se materializará según se vaya procediendo a la edificación. La constitución del derecho de superficie impide que la regla de la accesión pueda operar en favor del propietario del fundo. Propiedad separada que concurre en pie de igualdad con la propiedad del suelo. Es objeto de tráfico jurídico independiente y su contenido es una cosa en sí misma considerada que, a su vez, es susceptible de constituir objeto de derechos separados.
- *Derecho de carácter urbano*, esto es, sobre construcciones o plantaciones. Se aporta una definición o un concepto unitario de la institución en el ámbito privado a diferencia de los ámbitos urbanístico e hipotecario (arts. 16-2.º y 30-3.º RH).

Nos parece una definición técnica (pues se realiza desde la perspectiva de los caracteres del propio derecho), y precisa que evita todo planteamiento problemático. Conclusión a la que llegamos tras realizar la oportuna y necesaria comparación con otras definiciones de la Institución (12).

El legislador ha evitado la introducción dentro de la definición de los posibles derechos de sobreedificación superficial y subedificación superficial (13), tal y como proponía el G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio en el trámite de enmiendas al Proyecto de Ley, y como se contienen en otras regulaciones (por ejemplo, el caso navarro). De este modo no introduce, a propósito, los conceptos de sobreedificación o vuelo, y subedificación o subsuelo por entender, acertadamente, que no tienen trascendencia jurídica sino material como modalidades de objetos posibles de ser incorporados a la finca que sirven de soporte (14).

(12) Recordemos que en el Derecho navarro, la Ley 430 señala que «el derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido. Este derecho puede referirse también a la edificación subterránea».

El Codice Civile de 1942, en su artículo 952, afirma que «el propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una construcción a favor de otro, que adquiere la propiedad de ella. Igualmente o puede enajenar la propiedad de la construcción ya existente separadamente de la propiedad del suelo».

El Código Civil portugués de 1966, en el artículo 1.524 dispone que «el derecho de superficie consiste en la facultad de construir o mantener, perpetua o temporalmente, una obra en terreno ajeno, o hacer o mantener plantaciones».

(13) Para realizar un mayor estudio sobre dichas figuras, vid. mi trabajo: *El derecho de superficie...*, cit., en concreto págs. 163 y sigs.

(14) En este sentido no se aceptó su concepto, que afirmaba: «El derecho de superficie es el derecho real limitado que atribuye temporalmente al titular de la propiedad de

Igualmente elude el legislador, en este caso también con buen criterio a mi juicio, toda referencia, dentro del concepto, a la extensión de la construcción superficiaria, pues también se proponía por el G. P. Socialista en la Enmienda número 1, que constase como párrafo segundo dentro del concepto que, «el derecho de superficie abarca aquella parte del subsuelo que sea necesaria para el aprovechamiento de la superficie a los efectos de la cimentación, canalización y otras necesidades propias del edificio, según sea su naturaleza» (15). Aunque no olvidemos que la Compilación Foral Navarra lo incluye como párrafo segundo dentro del concepto, con idénticos términos a los propuestos por el grupo parlamentario (16). En este punto es acertada la postura del legislador catalán, que se muestra reacio a profundizar en todos los aspectos de la realidad del derecho de superficie a fin de proceder a una regulación muy generalista propiciadora de la autonomía de la voluntad de las partes. En el caso que analizamos es bastante improbable que la construcción superficiaria se alce únicamente sobre su superficie, de ahí que sea obvio la necesidad de utilización del subsuelo para su sostenimiento.

III. CLASES

Pese a su mera alusión en el concepto, la Ley también se refiere y fija el contenido de las diferentes clases de derecho de superficie. Así, el artículo segundo dispone que:

«el derecho de superficie puede recaer sobre unas construcciones o plantaciones anteriores o posteriores a la constitución del derecho. En el segundo caso, el derecho atribuye la legitimación para su realización a quien sea su titular» (17).

una construcción o plantación sobre el suelo de una finca ajena, o sobre el vuelo de un inmueble ajeno o bajo el suelo de una finca ajena».

De ahí que no sea posible la aprobación de la enmienda socialista (núm. 4) referente a que «cuando el derecho de superficie se haya constituido sobre el volumen de un inmueble ajeno o sobre el suelo de una finca ajena, su contenido abarca la posibilidad de construir una o más plantas sobre el edificio preexistente o que se ha de construir con posterioridad o bajo él, respectivamente».

(15) Cuestión que ha sido tratada en mi trabajo: *El derecho de superficie...*, cit., págs. 211 y sigs.

(16) El artículo 430 está redactado en los siguientes términos: «la extensión del derecho de superficiario alcanza a aquella parte del subsuelo que normalmente se precisa para el aprovechamiento de la superficie a los efectos de cimientos, desagües, ventilación y demás necesidades propias del edificio según su naturaleza».

(17) Frente a la existencia de dos enmiendas del G. P. Socialista sobre adición de nuevos apartados, el texto legal recoge íntegramente el contenido del Proyecto de Ley.

Dentro de lo que el legislador catalán califica de clasificación, se incluye la posibilidad de que el derecho tenga como contenido no sólo el *ius aedificandi*, sino que también se pueda pactar sobre construcción preexistente, independientemente de su constitución sobre plantaciones (las cuales también pueden ser anteriores o posteriores a la constitución del derecho).

No me parece muy acertada la inclusión del segundo párrafo del precepto, pues es obvio que en el caso en el que el contenido del derecho de superficie sea el *ius aedificandi*, el superficiario será el sujeto legitimado para proceder a la construcción o a la plantación de la propiedad superficiaria separada.

IV. CONSTITUCION Y REGIMEN LEGAL

Con buen criterio el legislador catalán ha partido de la especial consideración del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria, que no es ya el estatuto del derecho de propiedad (porque su contenido difiere del régimen legal del derecho de propiedad), y ello porque no es posible entender este tipo de propiedad de forma análoga a como está contemplado el dominio en el Código Civil. Y ello porque la propiedad superficiaria se encuentra regulada principalmente por su título constitutivo. De ahí que el legislador aluda, tal vez con excesiva brevedad, a ciertas cuestiones que deben constar en el mismo.

Así, el artículo tercero de la Ley recoge en cuatro apartados algunas cuestiones importantes, pero que el legislador ha querido otorgar el grado de *derecho cogente* por considerarlas indispensables, como son: el requisito de forma escrita para la constitución del derecho, el requisito de la duración del derecho como limitado en el título constitutivo, y la perdurabilidad de los derechos de terceros constituidos sobre el de superficie cuando se extinga éste, y, a su vez, se refiere como obviedad innecesaria a la posibilidad de reconstrucción del contenido del derecho de superficie cuando éste esté todavía en vigor (18).

(18) Y lo califico de obviedad porque la esencia del derecho de superficie no sólo es el otorgamiento del *ius aedificandi* sino también el derecho de mantener la edificación misma sobre el suelo del *dominus soli*; de manera que, tras la destrucción del edificio superficiario, y en base a su derecho de superficie, el superficiario puede reconstruirlo, dejando de existir el contenido material del derecho durante un lapso de tiempo, sin que por ello deje de existir la propiedad superficiaria separada.

En relación con esta cuestión, cabe apuntar que el G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio, presentó una enmienda al artículo segundo consistente en dos párrafos, el segundo de los cuales es el que se transcribe en el texto porque ha pasado a formar parte del artículo tercero como apartado cuarto.

Por el contrario, el párrafo primero de la citada enmienda no fue aceptada, a mi juicio, con buen criterio, por ser incorrecta jurídicamente. Y ello porque su tenor literal era el siguiente: «en el caso de construcciones o plantaciones preexistentes, su pérdida total extingue el derecho de superficie». A mi entender, el elemento esencial del derecho de superficie es el derecho de propiedad sobre la superficie del suelo o construcción ajena.

Vamos a profundizar en el estudio de estos cuatro puntos (aunque al cuarto me referiré dentro del tercero por ser una causa de extinción del derecho).

A) REQUISITOS DE FORMA

El primer párrafo del artículo 3, señala que:

«todo derecho de superficie debe formalizarse por escrito. El derecho que atribuye la legitimación para la realización de construcciones o plantaciones futuras debe realizarse en escritura pública» (19).

Nos encontramos ante uno de los puntos controvertidos del derecho de superficie: el requisito de forma. Los dos puntos esenciales de interpretación del precepto se centran en ¿qué quiere decir el legislador con *todo derecho de superficie*? Y, ¿qué quiere decir el legislador con *por escrito*?

En cuanto a la primera cuestión suscitada resulta interesante proceder a la interpretación del precepto porque, a mi juicio, no ha sido muy correcto. El primer párrafo se inicia con un mandato imperativo consistente en que *todo derecho de superficie* (sobre construcciones, sobre plantaciones, cuyo objeto se centra en el *ius aedificandi*, cuyo objeto es una edificación o plantación preexistente, sobreedificación, subedificación...) *debe* imperativamente ser constituido por escrito.

En cuanto a la segunda cuestión, la labor interpretativa se complica bastante. En principio podría pensarse en que es necesario la forma escrita en general, no cabe la contratación oral. Pero, evidentemente, el legislador catalán, teniendo en cuenta la legislación urbanística y la existencia del Reglamento Hipotecario y todos los problemas existentes en cuanto a la forma, y según el precepto citado, se propone como requisito *ad solemnitatem*, la ne-

Esto significa que el superficiario, en base a su derecho, o como contenido del mismo, puede tener un *ius aedificandi* o un derecho de propiedad separada sobre la construcción o plantación. Lo cual supone, a su vez, que si se pierde la construcción o la plantación, tanto si era preexistente como si no lo era, el superficiario como dueño de una propiedad separada temporal puede reconstruir o replantar. Cuestión distinta es que si ante tal eventualidad se pone de acuerdo con el dueño del suelo y se pacta lo contrario porque no le interese la reconstrucción o replantación, o porque el cedente del suelo quiere que se haga de determinada manera (no olvidemos que tras el transcurso del plazo, la propiedad de la superficie revertirá a la propiedad del suelo).

(19) La Ley recoge íntegra y exactamente el contenido del Proyecto de Ley presentado en su día al Parlamento. No obstante, quiero señalar que se presentó una enmienda de modificación por el G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio, bastante interesante, y sobre la que posteriormente volveremos, en los siguientes términos: «Para su validez y eficacia, el derecho de superficie se ha de constituir en escritura pública y se ha de inscribir en el Registro de la Propiedad».

cesidad de constitución escrita a través de escritura pública. Lo que significa que para otorgar *validez y eficacia* al derecho es necesario su constatación a través de forma escrita y ante Notario como fedatario público.

De esta manera nos encontramos con que el legislador propone, sin lugar a dudas, la inscripción declarativa del derecho, y ello porque exige como requisito de validez y eficacia la forma escrita, pero no su necesidad de acceso al Registro.

El legislador catalán, tan dado a las innovaciones, ha perdido una oportunidad única de solucionar de una vez el tema de la inscripción constitutiva del derecho de superficie, que ha hecho correr ríos de tinta. Pero ¿por qué el legislador se muestra reacio a afirmar el carácter constitutivo del derecho, a mantener la necesidad de inscripción registral del mismo para otorgar validez y eficacia al pacto? No olvidemos que el profesor BADOSA I COLL (20) y el G. P. Socialista (21) eran partidarios de la inscripción constitutiva del derecho, y así lo expresaron en sus textos con total claridad. Ciertamente, el legislador ha seguido el criterio de inscripción declarativa existente en el Derecho común, sin querer desviarse del mismo.

Seguidamente, el párrafo segundo del precepto complica las cosas, pues parece acotar la generalidad de la forma escrita sólo para los supuestos en que el derecho de superficie tiene como contenido la construcción o plantación futura del objeto del derecho. Lo cual no tiene, a mi juicio, ningún sentido. El propio profesor BADOSA mantiene que la inscripción ha de ser constitutiva en el caso de construcción futura, pero no de construcción preexistente, y fundamenta su argumento en «la falta de visibilidad posesoria (del derecho) idéntica a la hipoteca. Visibilidad que aparecerá posteriormente en función de la realización y existencia de la obra» (22). Y entiende que este argumento no es aplicable a la obra preexistente, y por ello el derecho de superficie sobre ella ha de seguir la regla general de la inscripción no constitutiva. No estoy de acuerdo con tal planteamiento, porque si bien es cierto que cuando el derecho de superficie recaiga sobre construcción preexistente si aparecerá visible, su titularidad jurídica no lo será porque los terceros pueden pensar que pertenece al dueño del suelo y que no es una propiedad superficiaria

(20) BADOSA I COLL, F., *Informe sobre el Proyecto de Ley del derecho de superficie*. Archivo del Parlamento Catalán, 23 de octubre de 2000, pág. 10, propuso el texto siguiente: «*Todo derecho de superficie ha de formalizarse en escritura pública. El derecho que atribuye la legitimación para la realización de las construcciones o plantaciones futuras y sus modificaciones han de inscribirse, con carácter constitutivo, en el Registro de la Propiedad*».

(21) La Enmienda número 5 era del siguiente tenor literal: «*Para su validez y eficacia, el derecho de superficie ha de constituirse en escritura pública y ha de inscribirse en el Registro de la Propiedad*».

(22) BADOSA I COLL, F., *Informe sobre el Proyecto de Ley del derecho de superficie...*, cit., pág. 10.

separada del mismo, esto es, un derecho real limitado temporalmente, de ahí que fuera preciso y conveniente su inscripción constitutiva.

El profesor BADOSA I COLL (23), propulsor del proyecto, proponía este párrafo pero lo hacía, y en tal caso sí tenía sentido, manteniendo el carácter constitutivo del derecho e indicando la necesidad de su acceso al Registro de la Propiedad, y además, recogía que no sólo el título constitutivo debía acceder al mismo, sino cualquier modificación referida al régimen jurídico del derecho. De esta manera, la eficacia y validez del título constitutivo y de sus modificaciones eran oponibles a terceros por el carácter mismo de la inscripción constitutiva.

Como ya nos hemos referido a ello en anteriores trabajos (24), somos partidarios de la inscripción constitutiva tanto en la modalidad urbanística, como en la modalidad urbana común sometida al derecho privado, a fin de dotarle de la necesaria exteriorización (25).

B) CONTENIDO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO

El párrafo segundo afirma que:

«el título constitutivo debe determinar la duración del derecho a construir o plantar que no puede exceder de noventa y nueve años, como requisito de validez, con las garantías que, en su caso, se hayan pactado» (26).

Debe destacarse de este precepto dos temas fundamentales: la duración imperativa del derecho y el aspecto relativo a las garantías del derecho que se hayan pactado.

(23) BADOSA I COLL, F., *Informe sobre el Proyecto de Ley del derecho de superficie...*, cit., pág. 4.

(24) Principalmente, vid., *El derecho de superficie...*, cit., págs. 277 y sigs., concretamente 284 y 285.

(25) Partíamos en dicho trabajo que de *lege ferenda* sería deseable que el legislador impusiera la inscripción constitutiva para la modalidad urbana común. Y ello porque, «si bien es cierto que para la perfecta constitución del derecho real se requiere la tradición o el traspaso posesorio, así como para la producción de efectos jurídicos reales, también es cierto que en el derecho de superficie se produce esta posesión, pero su apariencia no es muy nítida sobre todo a efectos de terceros. No obstante, al ser un derecho real cuya posesión no aparece muy claramente diferenciada del derecho de propiedad del suelo sobre el que recae, y al ser por ello necesario el requisito de inmediatez implícito, generalmente en la tradición posesoria, sería conveniente obtener la publicidad derivada de la inscripción registral».

(26) Los términos del Proyecto de Ley eran aún más sencillos e imperativos: *«el título constitutivo ha de fijar la duración, que no ha de exceder de noventa y nueve años»*. Texto en relación con el cual se produjeron bastantes enmiendas de todos los grupos parlamentarios.

Así pues, el legislador establece, con carácter imperativo, la duración temporal del derecho de superficie, y lo hace proponiendo el conocido plazo de noventa y nueve años, que la propia legislación urbanística ya recogía y, además, se mantenía posteriormente en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 (art. 16-1.º a). Plazo que debe entenderse como límite máximo. Afirmación que supone que la duración del derecho de superficie se deja al arbitrio de los contratantes, pero que imperativamente no pueden exceder de noventa y nueve años. Pasado dicho plazo se revitalizan las reglas de la accesión y la edificación o plantación superficiaria revierten al *dominus soli*. Plazo amplio el de noventa y nueve años (27), que persigue el dotar de estabilidad a la relación que se crea no sólo entre las partes sino también en relación con los terceros.

El legislador catalán ha pretendido con esta medida, y tal y como se deduce de su preámbulo, conceder facilidades para que el suelo privado se ponga a disposición de los promotores con la finalidad de promover tanto la industria como el fomento de las viviendas de alquiler (recordemos que con el derecho de superficie se consigue un menor coste de las construcciones, con la ventaja de que al producirse la disociación entre el suelo y el vuelo, no se transfiere la propiedad del suelo).

Por otro lado, la imperatividad del plazo ha sido fijado por el legislador en beneficio de los intereses generales y de la comunidad. El legislador pretende con el plazo máximo centrar su atención en la reversión de la propiedad superficiaria, esto es, determinar el momento concreto de extinción del derecho real constituido.

Casi de pasada, y sin querer poner excesivo interés, el legislador afirma que «*el título constitutivo debe determinar... (el plazo) como requisito de validez*». De esta manera, el legislador quiere indicar que si se pactase cualquier derecho de superficie sin referencia al plazo, será nulo el negocio jurídico realizado. Plazo que deberá hacerse constar en la propia escritura a los fines de publicidad, puesto que es uno de los elementos esenciales del derecho, ya que en la medida que transcurra el tiempo su valoración económica disminuirá. El legislador acentúa la necesidad de la constatación temporal del derecho como requisito de validez, a fin de impedir la admisibilidad de la aceptación tácita del límite legal que conllevaría la necesidad de interpretar el título constitutivo (28).

(27) Frente a la oposición del G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio, que mantenían en su enmienda que el plazo de duración «no podrá exceder de setenta y cinco años» (enmienda núm. 7).

(28) Precisamente el G. P. de Iniciativa por Cataluña-Los Verdes, en su enmienda número 9, afirma con buen criterio que «si no se fija término se entenderá la nulidad del título y por tanto, la ineficacia del derecho de superficie».

En cuanto al segundo punto interesante de comentar se refiere a las *garantías*. Se trata de una innovación del propio legislador, pues no se hacía referencia alguna al tema de las garantías en el Proyecto de Ley presentado, ni nos consta su mera alusión en ninguna de las enmiendas presentadas. La única referencia existente en relación con las garantías se encuentra en el artículo 16.1.e) del RH, que señala la inscripción de garantías de trascendencia real para asegurar la edificación. En el texto objeto de análisis, se dice todavía menos, pues no nos aclaran a qué tipo de garantías se refieren, simplemente se insiste en la necesidad de hacerlas constar en el título constitutivo del derecho en el caso de que se hubieran pactado por las partes. Garantías que pueden centrarse en el estímulo en la construcción o, por el contrario, la sanción ante el incumplimiento de los pactos, con la consiguiente repercusión en posteriores adquirentes en el supuesto de quebrantamiento de tales obligaciones.

C) EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El tercer párrafo dispone que:

«la extinción del derecho de superficie no perjudica los derechos que sobre el mismo se hayan constituido, salvo que la causa extintiva sea el cumplimiento del plazo de su duración o, en el caso de construcciones o plantaciones preexistentes, su pérdida total» (29).

Insistiendo en el carácter de derecho real limitado y limitativo del dominio del concedente, el legislador hace hincapié en la extinción del derecho, y para señalar la importancia que otorga a los derechos de terceros, incluye su mención en el régimen legal del derecho, dentro de este precepto. Pero es mejor ir analizándolo paso a paso.

Tras recordarnos la existencia indudable de la extinción del derecho de superficie, se enfatiza en uno de los efectos de dicha extinción: en la continuidad de los derechos de los terceros. El legislador no es muy explícito, pero como es obvio, los derechos de los terceros deben ser los que el mismo superficiario como dueño de la superficie ha contratado, y pueden ser tanto de *carácter real* como de *carácter personal* (30).

(29) Recoge íntegramente el contenido del Proyecto de Ley. Sólo hay una única enmienda de supresión del apartado que, evidentemente, no prosperó, presentada por el G. P. Socialista.

(30) Podemos distinguir, dentro de los DERECHOS REALES pactados por el superficiario con terceros, entre:

Evidentemente debemos detenernos sobre qué *causas* de extinción se refiere el legislador porque, como señala seguidamente la extinción por transcurso del plazo por el que fue constituido el derecho, sí les perjudicará, ya que el superficiario no puede pactar con terceros derechos que extralimiten la propia duración de su derecho de dominio sobre la superficie (porque recordemos que nadie puede dar más de lo que tiene).

También establece como excepción al perjuicio de los terceros, la pérdida total de la construcción o de la plantación. El fundamento de la misma es obvio, pues si el objeto del derecho real desaparece, evidente la relación jurídica formalizada con los terceros que recae sobre dicho contenido también desaparecerá. Pérdida que puede referirse a su desaparición (el edificio se ve reducido a escombros, o la finca sobre la que se asientan las plantaciones se convierte en el cauce de un río o un lago), o a la imposibilidad de realización de su función, o afecta al destino propio de la cosa (por ejemplo, el edificio superficiario se declara en ruina).

Evidentemente el legislador se refiere a la pérdida total, porque la pérdida parcial puede suponer únicamente la modificación de la relación jurídica que puede continuar existiendo sobre la parte subsistente de la cosa.

Así pues, aunque el legislador omite toda referencia, las *causas* en las que está pensando y que no perjudicarán el derecho de los terceros (de los efectos de la extinción anticipada) son:

- La *resolución del título constitutivo*. Se trata de un verdadero quebrantamiento del deber legal del superficiario por el incumplimiento de alguna obligación fundamental del superficiario pactada con el cedente, o *dominus soli*, por ejemplo, si se ha pactado un plazo determinado de construcción.
- La *pérdida parcial de la cosa*.
- La *consolidación o confusión de derechos* que puede producirse tanto por actos *inter vivos* (adquisición de la propiedad del suelo por el superficiario o viceversa) como *mortis causa*.

• Aquellos derechos transferidos por el superficiario antes de realizar la construcción como, por ejemplo, el derecho de construir otorgado a otro sujeto distinto del primer superficiario; el derecho de sobreedificar la construcción que llevará a cabo el superficiario, y la hipoteca constituida sobre el derecho de construir.

• De aquéllos que recaen sobre la construcción ya existente como, por ejemplo, el derecho de propiedad sobre la construcción con el correlativo derecho de mantenerla sobre el suelo ajeno; el derecho de sobreedificar sobre la construcción ya completa y preexistente; la propiedad de las nuevas plantas construidas sobre la construcción preexistente que pertenecía al superficiario y el derecho de mantenerlas sobre ésta e indirectamente sobre el suelo; la hipoteca sobre la construcción; el usufructo; el uso; la habitación que graven parte de la construcción y la servidumbre a cargo de la construcción.

En cuanto a los DERECHOS PERSONALES, el primordial será el de arrendamiento sobre viviendas o locales que forman parte integrante del edificio superficiario.

- La *renuncia* del derecho de superficie por el propio superficiario.
- La *condición resolutoria* pactada entre los contratantes (*dominus soli y superficiario*), por ejemplo, por el incumplimiento de alguna de las obligaciones fundamentales del superficiario.
- La *expropiación forzosa* ya sea total o parcial.

Hemos dejado para último término el problema que se plantea entre este precepto y el artículo 13-2.º de la LAU de 1994. El citado precepto, de ámbito nacional, afirma que «los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un derecho análogo de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley». Evidentemente, este precepto sigue el régimen general de constitución y duración de los derechos limitados sobre la superficie en consonancia con la misma propiedad superficiaria. Sin embargo, la Ley catalana significa una excepción en los casos excepcionales en que se proceda a la extinción anticipada del derecho de superficie por motivos distintos de la llegada del término final pactado inicialmente y de acuerdo con el cual se proyectó el derecho del tercero. Evidentemente en un caso excepcional que sólo tendrá validez para el supuesto catalán (31).

También debemos examinar el párrafo cuarto del artículo tercero que se refiere a una causa específica de pérdida del objeto del derecho que no de extinción del mismo.

Dicho apartado señala que: «*si la construcción o plantación se pierde y la hubiera realizado el titular del derecho de superficie, no se extingue su derecho, y su titular puede reconstruirla o rehacerla*».

Con buen juicio, este apartado anteriormente no formaba parte del Proyecto de Ley, sino que fue añadido con posterioridad. Como ya he señalado en el texto, es obvia la existencia del derecho de reconstrucción del superficiario, una vez que hemos partido de la existencia de dos propiedades separadas y de la perdurabilidad del derecho de superficie. En caso de perecimiento de la edificación, antes del transcurso del plazo pactado, es evidente que el superficiario conserva su derecho de superficie, y por consiguiente, el derecho de edificar, lo que posibilita, sin duda alguna, la facultad de volver

(31) Y por ello, precisamente, no se aceptó la siguiente enmienda porque anteponía la LAU al precepto objeto de comentario. La enmienda a la que nos referimos es la número 28 del Grupo Parlamentario Popular, que proponía los siguientes términos: «*sin perjuicio de lo que se prevé por la legislación sobre arrendamientos urbanos y la legislación sobre arrendamientos rústicos, la extinción del derecho de superficie no perjudica los derechos a favor de terceros de buena fe que sobre aquél se hayan constituido a título oneroso y se hayan inscrito en el Registro de la Propiedad de conformidad con las previsiones de la legislación hipotecaria*».

a efectuarla. La única cuestión sobre la que merece la pena detenerse es si el legislador ha propuesto este apartado con carácter imperativo, y si debe tenerse en cuenta por formar parte del régimen legal impuesto por él o, simplemente, lo ha enunciado pudiendo considerarse un precepto declarativo frente al cual las partes podrían pactar la no reconstrucción o replantación por parte del superficiario.

En este punto, el legislador catalán ha seguido los pasos del legislador navarro, pues no olvidemos que la Compilación de Navarra en su Ley 433, recoge expresamente que «si la edificación pereciere, no se extinguirá el derecho de superficie y el superficiario podrá proceder a la reconstrucción». A mi juicio, el precepto tiene un carácter imperativo, y la razón de su inclusión, a última hora, como parte del régimen legal del derecho se debe a razones de política económica-inmobiliaria. Pues con él se persigue que el superficiario cuide y mantenga en buen estado en todo momento la edificación y no la deje deteriorarse con el perjuicio consiguiente para los terceros (que pueden tener un derecho real o de goce en el edificio superficiario) y para el dueño del suelo que espera encontrar un edificio tras la extinción del derecho y su reversión que suponga un aumento económico en su patrimonio y no un perjuicio o un deterioro.

El G. P. de Iniciativa por Cataluña-Los Verdes proponían una enmienda al Proyecto de Ley que no tuvo acceso al texto definitivo, por razones obvias, pues resulta totalmente contrario a la configuración y naturaleza del derecho de superficie como derecho de propiedad separada de la del suelo. El texto propuesto era el siguiente: «el titular del derecho de superficie no podrá enajenar ni gravar las construcciones o plantaciones sin el consentimiento del propietario de la finca». Evidentemente no cabe comentario alguno después de lo señalado en estas líneas, pero sí debemos enfatizar el hecho de que una vez pactado el derecho, el concedente sólo tiene poder sobre su derecho de dominio del suelo, salvo que en el título constitutivo del derecho las partes hayan pactado otra cosa expresamente (32).

(32) El superficiario tiene:

- El derecho de goce sobre la finca ajena.
- Derecho de propiedad sobre la construcción superficiaria, y dentro de él:
 - la facultad de realización directa (utilización, goce y disfrute: construcción, conservación, reconstrucción...);
 - la facultad dispositiva a la que nos referiremos seguidamente,
 - y las facultades de preferencia, de exclusión y de persecución.

V. REGIMEN VOLUNTARIO

Bajo el artículo cuarto, cuya rúbrica se refiere al régimen voluntario del derecho de superficie, se incluye el contenido del derecho sobre el que las partes pueden libremente pactar, esto es, los derechos y obligaciones del superficiario y del concedente del derecho. Pero no se configura el título constitutivo como fuente única ni inmodificable que perfila el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, sino que teniendo en cuenta la posible duración extensa del derecho (noventa y nueve años) y los sucesivos cambios de los elementos personales y circunstanciales del derecho, cabe la modificación del señalado título, siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros. De manera que el régimen es abierto y no cerrado desde el momento inicial, y por ello para conocer el régimen del derecho habrá que analizar la relación en cada momento determinado. Para llevar a cabo la modificación aludida en unos casos deberá hacerse de manera conjunta por las partes, por ejemplo, para el cambio (modificación o supresión) de la pensión, o la liquidación final tras la reversión, o para alterar suprimiendo la duración del derecho. Legitimación conjunta que es necesaria, puesto que su acuerdo tiene una repercusión negativa en el derecho del otro. Aunque también es posible la legitimación unilateral para llevar a cabo la modificación del régimen pactado, por ejemplo, en el caso de que el superficiario renuncie a su derecho (siempre que no perjudique a terceros, art. 6 del Código Civil). En este caso no se requiere la intervención del propietario de la finca porque no le perjudica (33). Como veremos, el régimen de la modificabilidad encuentra su límite no sólo en los derechos limitados de los terceros sobre la superficie (por ejemplo, no perjudicándoles la extinción anticipada del derecho de superficie por causas distintas a la llegada del término final impuesto), sino también en la protección que el propietario del suelo realiza (por ejemplo, fijando las limitaciones a la facultad de disponer del superficiario).

El legislador, en el precepto objeto de interpretación, ha separado en tres grupos las posibles relaciones y los pactos que pueden componer el contenido del derecho. A modo de introducción, inicia el precepto refiriéndose a la posibilidad de que en cualquier momento se establezca el régimen del derecho de las partes y, posteriormente, alude en primer lugar a los pactos generales que se pueden acordar en torno al derecho de superficie; a los pactos del derecho de superficie sobre nueva construcción, a los pactos del derecho de superficie sobre construcción preexistente y, por último, de modo genérico, menciona los pactos que se pueden convenir entre los derechos de superficie y propiedad de la finca.

(33) Vid. BADOSA I COLL, F., *Informe sobre el Proyecto de Ley del derecho de superficie...*, cit., págs. 13 y 14.

A) ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL DERECHO

El apartado primero del artículo cuarto señala que:

«el superficiario y el propietario de la finca pueden establecer, en cualquier momento, el régimen de sus respectivos derechos» (34).

El título constitutivo del derecho contiene el régimen voluntario pactado por las partes. Régimen que, evidentemente, es supletorio del régimen legal que taxativamente ha querido fijar el legislador en el artículo anteriormente comentado. Título en el que se perfilará el contenido de los derechos de las dos partes.

Como ya hemos estudiado anteriormente, el título deberá ser formalizado en escritura pública para su acceso voluntario al Registro de la Propiedad. Régimen que podrá ser modificado en *cualquier momento* por las dos partes, evidentemente, de común acuerdo. Partes que incluso pueden estar integradas por diferentes sujetos a lo largo de la extensa existencia máxima del derecho (noventa y nueve años). Modificación que, en todo caso, deberá también formalizarse en escritura pública, y nosotros propondríamos, además, que debería tener constancia registral por la evidente importancia que la modificación puede tener para los terceros.

B) PACTOS GENERALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El apartado segundo del artículo cuarto regula los pactos generales que se admiten en torno al derecho de superficie en los siguientes términos:

«Respecto al derecho de superficie se admiten, en general, entre otros, los siguientes pactos:

a) La limitación de la disponibilidad del superficiario sobre su derecho, en concreto, sometiéndola al consentimiento del propietario de la finca (35).

(34) Texto adaptado íntegramente al Proyecto de Ley y para el cual no se presentaron enmiendas.

(35) El texto es idéntico al del Proyecto de Ley, y no se formularon enmiendas al respecto en ninguno de los apartados, salvo la enmienda del G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio, que mantuvieron la adición de dos nuevas letras en los siguientes términos:

d) «la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del propietario de la finca o del inmueble al vencimiento del término convenido».

b) *El establecimiento de una pensión periódica a favor del propietario, pero sin poder garantizarla con el mismo derecho de superficie en el caso de nueva construcción.*

c) *El régimen liquidatorio de la posesión».*

Entrando ya dentro del estudio específico del régimen voluntario que el legislador propone, se entiende que los pactos a los que se va a hacer referencia no son ni exclusivos ni excluyentes, pues, evidentemente, las partes, de acuerdo con su autonomía privada, puedan acordar lo que mejor convenga a sus derechos, de ahí que el precepto declare que «*se admiten, en general, entre otros...*»

a) *Disponibilidad del superficiario sobre su derecho, y limitaciones al mismo*

No debemos olvidar que el superficiario ostenta un derecho de propiedad sobre la superficie. Derecho de propiedad, aunque limitado temporalmente, en principio posee la *facultad dispositiva*, es decir, la posibilidad de realizar actos que afecten a la sustancia y a la subsistencia del mismo. De manera que puede enajenar o transmitir el derecho de superficie o la propiedad superficial a otra persona (pasando entero el derecho a otro titular), o puede desglosar del contenido de su derecho un conjunto de facultades, quedando el titular privado de ellas (por ejemplo, contratar un derecho de arrendamiento a favor de otra persona), o extinguir libremente su derecho sin atribuírselo a nadie (renuncia del derecho).

En relación con el objeto de la facultad dispositiva, el superficiario puede enajenar su derecho y constituir sobre el mismo cualquier relación jurídica real o personal, pudiendo incluso constituir sobre su derecho otro de tipo real (36).

El legislador catalán ha previsto la posibilidad de *limitación de la disponibilidad... sometiéndola al consentimiento del propietario de la finca*.

Evidentemente la intención del legislador es la constatación de las limitaciones que restringen el poder de disposición del superficiario pactándose tanto la invalidez del acto transmisivo (porque se ha enajenado cuando estaba prohibido), como limitándose la enajenación (porque se le ha impuesto

e) «las garantías personales o reales que hayan de asegurar el cumplimiento del contrato».

Enmiendas que no han sido introducidas directamente en este artículo pero que se deducen del contenido del artículo 3 anteriormente estudiado.

(36) El superficiario puede constituir *derechos reales de goce*: usufructo, servidumbres, derechos de superficie. O *derechos reales de garantía*: hipoteca o anticresis.

la obligación de enajenar pero con limitaciones). Limitación que es un pacto obligacional realizado entre las partes que configuran la existencia del derecho de superficie, pero que afecta a ambas partes de la transmisión prohibida (el superficiario que no puede transferir nunca o en determinados supuestos, y al tercero que no puede suceder en el derecho transmitido).

Si el superficiario infringe la limitación y enajena o grava incumpliendo el pacto realizado con el concedente del derecho, se producirá la ineficacia del negocio realizado, dando lugar a la nulidad del mismo por inexistencia del poder de disposición del superficiario para llevarlo a cabo.

Generalmente, las limitaciones se suelen contener en el título constitutivo del derecho con carácter predeterminado, de manera que su transgresión se puede configurar como un incumplimiento que funciona como condición resolutoria expresa, dando lugar a la extinción del derecho de superficie y produciéndose la reversión de la propiedad superficiaria. No obstante, si realizamos una interpretación literal del precepto, se puede observar que el legislador catalán se refiere a una limitación condicionada al consentimiento posterior del cedente de la superficie, esto es, no una prohibición genérica ni una limitación predeterminada de antemano. Lo cual flexibiliza el carácter de la limitación, dejando la facultad de disposición del superficiario a un momento posterior en el cual serán determinantes circunstancias tales como la situación económica de las partes, la circunstancia temporal en que se vaya a producir el pacto... Cuestiones que flexibilizan y dotan de movilidad a la institución superficiaria favoreciéndola.

b) *Pensión periódica a favor del propietario del suelo*

El apartado objeto de interpretación señala textualmente que otro pacto que se puede admitir es *el establecimiento de una pensión periódica a favor del propietario, pero sin poder garantizarla con el mismo derecho de superficie en el caso de nueva construcción* (37).

Se trata de la constitución onerosa del derecho de superficie que se encontraba prevista en la legislación urbanística para la modalidad que regula. En este caso, el legislador catalán hace referencia a una única forma de materializar el carácter oneroso del derecho de superficie, y es a través de un canon o pensión periódica (frente a la suma alzada o la adjudicación de viviendas o locales del edificio superficiario, o la adjudicación de derechos

(37) El texto del Proyecto de Ley únicamente señalaba: «b) *el establecimiento de una pensión periódica, pero sin poderla garantizar con el propio derecho de superficie*». La última parte del texto legal «...en el caso de nueva construcción», fue introducido por la aceptación de una enmienda (núm. 13) presentada por el G. P. Popular.

de arrendamientos sobre locales o viviendas de dicho edificio). En el caso de las plantaciones, la retribución puede concretarse en una participación en los rendimientos.

Resulta interesante comentar la naturaleza de la obligación de pagar esta pensión o canon periódico. Evidentemente se trata de una obligación no de carácter personal o de crédito que mediante el pacto se atribuye al superficiario constituyente, sino que es una carga real (integrado dentro del contenido del derecho) que va a perdurar y subsistir muchos años después de su celebración (noventa y nueve años) salvo modificación posterior de común acuerdo.

Derecho a la contraprestación que por expreso deseo del legislador catalán no podrá ser garantizado con el mismo derecho de superficie, en el caso de que el contenido del derecho sea el *ius aedificandi*, pero no en el caso en el que se constituya sobre edificación o plantación preexistente. Entiendo que el fundamento de esta prohibición reside en la protección del derecho del dueño del suelo a recibir la pensión independientemente de que el superficiario cumpla con su obligación de construir o lo haga no en la forma determinada, o simplemente quede insolvente y no pueda hacer frente a su obligación de pago independientemente de que haya o no construido. De manera que el derecho de crédito del dueño de la finca pueda realizarse indiferentemente de que el superficiario haya construido o no. Por eso, precisamente, sí se permite la hipoteca de la construcción superficiaria ya realizada, pues en este caso podrá obtenerse el cobro del canon, siendo indistinto quien sea el titular del derecho de superficie.

c) *Liquidación de la posesión*

A mi juicio, y partiendo de la configuración jurídica del derecho de superficie, plantear un pacto como «*liquidación de la posesión*» no tiene mucho sentido. No obstante, creo que el legislador está pensando en la antigua obligación del concedente del derecho de indemnizar al superficiario tras la extinción del derecho, la reversión de la propiedad superficiaria al *dominus soli* y la revitalización consiguiente de las reglas de accesión. Pacto existente en la antigua LS de 1956, pero que fue suprimida por el TRLS de 1992 y tampoco consta en la reforma de 1998.

El fundamento de tal obligación se debía a que el superficiario había realizado una mejora con la construcción superficiaria en el suelo del concedente, y en tal sentido era necesaria su indemnización. Tal era el peso que tenía la obligación que el superficiario debía ser indemnizado aún en el supuesto en el que no hubiese finalizado la edificación. Como ya hemos señalado, tal pacto fue suprimido, mas se alzaron voces en contra de tal obligación porque su inexistencia daba lugar a lo que se calificaba como un derecho

hiperoneroso, pues el superficiario era obligado a pagar mensualmente un canon periódico y, además, al finalizar el derecho, no se le indemnizaba por la construcción que había realizado.

A mi juicio, la desaparición de esta obligación tiene sentido por la propia configuración del derecho de superficie como propiedad superficiaria separada. El superficiario es dueño temporal y puede sacar provecho económico a su actuación sin necesidad de esperar la indemnización citada.

Otra cosa es que las partes pacten la indemnización tras la reversión, o como el legislador catalán apunta, la liquidación de su posesión (aunque habría debido decir propiedad). Pacto que pasa a formar parte del título constitutivo del negocio jurídico. No obstante en este caso, cabe señalar que tras la llegada del término final pactado, se produce sin más la reversión, se revitalizan las reglas de la accesión independientemente de que el dueño del suelo haya indemnizado o no.

En cuanto a la importancia del pacto cabe señalar que tiene como ventaja que el superficiario, a fin de conseguir la indemnización, no descuidará ni el mantenimiento ni el valor de la construcción superficiaria, evitando el progresivo deterioro de la misma conforme se vaya acercando el plazo del término del derecho y la inevitable reversión.

C) PACTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE CUANDO TIENE COMO CONTENIDO UNA NUEVA CONSTRUCCIÓN O PLANTACIÓN

El apartado tercero afirma que:

«respecto al derecho de superficie sobre una nueva construcción o plantación, pueden pactarse, entre otros:

a) *La determinación del plazo de realización de la construcción o plantación, atribuyendo eficacia extintiva y, si procede, resolutoria al incumplimiento de dicho plazo. En todo caso, lo que se haya construido o plantado revierte en el propietario de la finca, salvo pacto en contra (38).*

b) *En caso de nueva construcción, la atribución al propietario de la finca de un derecho de uso, por cualquier concepto, sobre viviendas o locales».*

Además de los posibles pactos que las partes puedan otorgar con carácter general, ya analizados en el punto anterior, el legislador, con carácter parti-

(38) Este último párrafo fue introducido como consecuencia de la enmienda (núm. 18) del G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio.

cular, dispone la posible existencia de otros para el supuesto en que el derecho de superficie tenga como objeto el *ius aedificandi* o el derecho de plantar.

a) *Plazo de construcción*

Comienza, como no podía ser de otra forma, haciendo referencia a la determinación del plazo para realizar la construcción o la plantación. Derecho de indudable importancia porque en él reside el cumplimiento de la obligación del superficiario y la dotación del contenido material y jurídico de su derecho, con la importancia económica que ello conlleva.

Plazo que no es novedoso, pues tanto la legislación urbanística (art. 2.89-1 LS de 1992, no derogado) como la reglamentaria —art. 16-1.c) RH no derogado— se habían hecho eco de él en todas las ocasiones y reformas existentes. Plazo que, no olvidemos, debe ponerse en conexión con el plazo de la licencia urbanística otorgado para llevar a cabo la edificación. A diferencia de las normativas señaladas, el legislador catalán no hace referencia a plazo alguno, lo deja a la libre autonomía de las partes (recordemos los cinco años que propone el RH).

También propone el legislador que se puede pactar la resolución del derecho para el supuesto en que el superficiario no haga frente a su obligación en base a su incumplimiento contractual.

Lo más novedoso e interesante resulta ser el segundo párrafo, que textualmente afirma que «*en todo caso, lo que se haya construido o plantado revierte en el propietario de la finca, salvo pacto en contra*». El cumplimiento de la obligación de construir o plantar debe ser total, pues de no ser así la resolución no significará solamente la extinción del derecho sino también el efecto lógico de la misma: la reversión al dueño del suelo. De esta forma se incentiva también el cumplimiento de la obligación del derecho del superficiario para no ver cómo va a perder su propiedad superficiaria cuando le queda poco para la finalización de la misma. No obstante, como estamos en terreno dispositivo, habrá que estar a los propios términos contractuales y hasta donde hayan querido obligarse las partes (en este caso el superficiario, proponiendo un plazo más o menos amplio).

b) *Derecho de uso sobre viviendas o locales superficiarios*

Como ya hemos señalado anteriormente, el carácter oneroso del derecho de superficie puede hacer que la contraprestación consista en el derecho de uso del propietario del suelo de viviendas o locales superficiarios. Pacto que deberá concretarse expresamente.

No obstante, al señalar el legislador, «*por cualquier concepto*», demuestra que este derecho de uso puede no excluir ni siquiera reducir el canon o pensión periódica a que está obligado el superficiario. Su finalidad puede ser la de motivar al dueño de la finca a que pacte el derecho de superficie, obteniendo un beneficio práctico del mismo, además del económico que supone la pensión señalada.

D) PACTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE CONSTRUCCIÓN PREEXISTENTE

El apartado cuarto dispone que:

«respecto al derecho de superficie sobre una construcción o plantación preexistente, puede pactarse su extinción o, si procede, la resolución en caso de impago de la pensión, de un mal uso o de un destino distinto al pactado que ponga en peligro la propia existencia de la construcción o plantación» (39).

Desacertadamente, a mi juicio, el legislador se refiere únicamente a las posibles causas de extinción del derecho que son válidas para todo derecho de superficie, refiriéndolas sólo a una forma específica de superficie, la que se constituye sobre edificación ya realizada.

El legislador se refiere a:

- La resolución en caso de impago de la pensión.
- La resolución por el mal uso de la edificación o plantación superficial.
- La resolución por el uso distinto del pactado.
- La resolución por un uso de la edificación que ponga en peligro la construcción o la plantación (40).

Todas estas causas extintivas constituyen un auténtico quebrantamiento del deber legal del superficiario por formar parte del contenido mismo del derecho, y son obligaciones fundamentales del superficiario.

(39) En cuanto a este apartado, únicamente señalar que el texto del Proyecto de Ley se vio modificado por la adición de esta última causa de extinción del derecho de superficie «en caso de un uso diferente al destino pactado que ponga en peligro la propia existencia de la construcción o plantación», que constituía la enmienda número 22 del G. P. Popular.

(40) Sin olvidar que el mal uso que afecte a la propia construcción superficial puede dar lugar, en caso extremo, a la pérdida total del edificio y, consiguientemente, a la extinción inmediata del mismo.

En este apartado resulta interesante detenerse en la importancia del *uso* de la edificación y plantación. No nos cabe ninguna duda de que el legislador catalán, a fin de fomentar el interés práctico de la figura, haga referencia al uso de la edificación, pues ha podido ser decisivo para la constitución de la Institución que las partes hayan pactado que la edificación superficiaria deberá tener una estructura y características determinadas encaminadas a un uso correcto, que, además, tras su reversión, el concedente del derecho seguirá utilizándola con el mismo fin, de manera que no sólo le interese que la construcción de la edificación reúna las características pactadas en el título de concesión, sino que su uso sea el habitual para dicho tipo de instalación, y que su destino, desde luego, sea el previsto por ellos inicialmente. De manera que toda actividad contraria suponga el incumplimiento del superficiario y posibilite la resolución.

Dentro de este apartado, el G. P. Socialista propuso la introducción de una enmienda que no fue aceptada, en los siguientes términos: *«salvo pacto en contrario, el titular del derecho de superficie está obligado a pagar, desde el inicio de la construcción, todos los impuestos, contribuciones y cargas establecidas por razón del inmueble»*.

A mi juicio, se trata de una cuestión obvia sobre la que no es necesario insistir y que nace como consecuencia de la propiedad superficiaria separada desde el mismo momento de su constitución, y en estas líneas de pensamiento se encuentra el legislador catalán al no aceptar ni incluir en el texto esta enmienda. No obstante, la Compilación navarra, en su Ley 431, establece que: *«salvo pacto en contrario, el superficiario desde que inicie la construcción, pagará todos los impuestos, contribuciones y cargas por razón del inmueble...»*

E) PACTOS ENTRE EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA PROPIEDAD DE LA FINCA

Por último, finaliza el precepto haciendo referencia a que:

«respecto a los derechos de superficie y propiedad de la finca, pueden pactarse, entre otros:

- a) *El modo de uso de los respectivos inmuebles.*
- b) *Los derechos de adquisición recíprocos»* (41).

(41) En relación con este apartado, no cabe destacar nada, puesto que recoge el texto del Proyecto de Ley y además no se presentaron enmiendas al mismo.

a) *Modo de uso de los inmuebles*

Se trata de una cuestión importante que hasta ahora no había sido mencionada por ninguna normativa. No debemos olvidar que el superficiario tiene el derecho de goce sobre el que se sustenta jurídica y físicamente su propiedad superficiaria. Y el propietario de la finca debe respetar la invasión de los cimientos y canalizaciones de la propiedad superficiaria, pero ningún otro tipo de intromisión, siendo el subsuelo, si no se ha pactado lo contrario, de su entera propiedad.

Con esta norma se protege la propiedad del suelo o de la finca, pues siempre el legislador está pensando en el superficiario, y en este caso no se descuida la existencia de una propiedad separada como es la de la finca.

b) *Derechos de adquisición recíprocos*

Bajo este apartado entiendo que el legislador ha querido referirse a la posibilidad de realización de dos pactos diferentes que pueden acordarse tanto en el título constitutivo (pensando para el momento de llegada de la extinción del derecho de superficie) como con posterioridad:

- El de adquisición del suelo por el superficiario,
- y el de reversión parcial de la edificación tras el transcurso del plazo.

En cuanto al primero de los pactos es evidente que cabe al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes. Pero además no se trata de una innovación, pues el Reglamento Hipotecario de 1959 ya lo mencionaba en su artículo 16-1.º *a)* cuando disponía que «transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario», alusión esta última que desapareció tras la entrada en vigor del nuevo RH de 1998, pero que tras su nulidad, decretada por el Tribunal Supremo, vuelve a tener vigencia actual.

En cuanto al segundo de los pactos, que hemos denominado reversión parcial, también el RH de 1959, en su artículo 16-1.º *b)* aludía a la posibilidad de que se acordara la constitución del derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado a menos del concedente del derecho, quedando el resto en poder del superficiario. Tras la modificación del RH de 1998, se incluye la necesidad de constatar todos los pactos relativos a la propiedad horizontal, consecuencia de la reversión parcial: como la cuota y las normas de la comunidad de propietarios por las que se rige el inmueble. Hoy, tras la STS de 31 de enero de 2001, vuelve a tener vigencia reglamentaria el citado apartado *b)* del artículo 16-1.º de 1959.

Pactos que, evidentemente, resultan interesantes desde el punto de vista económico tanto para el constructor superficiario, pues le evita el desembolso inicial por la compra del solar y le permite concentrar todos sus esfuerzos financieros únicamente en la construcción, como para el dueño del suelo, que además de mantener su propiedad sobre el suelo (y la obtención de la pensión periódica del derecho de superficie) le posibilita la adquisición de determinados pisos, locales o plazas de garaje, sin la molestia que supone todos los problemas de construcción de un inmueble.

Por otro lado, el legislador puede estar pensando también en el *posible pacto sobre derecho de adquisición preferente* del superficiario sobre el suelo, y viceversa, del dueño del suelo sobre la superficie, en caso de enajenación frente a terceros, dando lugar, en tal caso, a la revitalización anticipada de las reglas de la accesión inmobiliaria.

VI. Oponibilidad frente a terceros

El artículo quinto, bajo la rúbrica *oponibilidad ante terceros*, recoge el siguiente texto: «*la regulación voluntaria del derecho de superficie y del derecho de propiedad de la finca en relación con aquel derecho es oponible ante terceros desde el momento en que se realiza su inscripción registral*» (42).

El precepto citado no hace más que recoger la existencia y constatación de uno de los principios hipotecarios más importantes: el *principio de inoponibilidad de los derechos no inscritos*. Es aquel principio según el cual el título no inscrito no puede ser opuesto ni perjudicar al título inscrito. Su formulación fundamental, como es sabido, se encuentra en el artículo 32 LH, coincidente con el artículo 606 del Código Civil, que establece que «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

Se trata de un principio cuyo fundamento se encuentra en la existencia de un sistema como el nuestro donde la inscripción como regla general no es constitutiva sino declarativa, de manera que se necesita este principio de inoponibilidad para explicar la eficacia de la inscripción en el caso de colisión entre un título inscrito frente a otro no inscrito. Y más en relación con este derecho donde debido a sus especiales circunstancias y la existencia del

(42) El texto del Proyecto de Ley recogía los mismos términos citados arriba en el texto y además añadía un párrafo que decía lo siguiente: «*Las modificaciones no afectan los derechos inscritos constituidos anteriormente*». Párrafo que fue suprimido tras la aprobación de la enmienda presentada por el G. P. Popular que solicitaba su supresión. Modificación correcta, a mi juicio, por obvia.

Reglamento Hipotecario, se podía haber acordado la inscripción constitutiva, y donde el legislador no fue lo suficientemente innovador para afrontar dicho problema.

En última instancia, el precepto examinado puede hacer que los interesados procedan a la inscripción de sus derechos.

VII. CONCLUSIONES

El legislador ha querido perfilar un derecho de superficie de carácter privado donde no había normativa alguna (salvo el caso gallego y el navarro) dentro de nuestro sistema (a diferencia de los países de nuestro entorno, como es el caso italiano, portugués, francés...) pues, como es sabido, su regulación estaba incluida predominantemente en el ámbito urbanístico (actualmente LS de 1998, arts. 288 y sigs. vigentes del texto de 1992, y en el ámbito catalán, por el Decreto-ley 1/1990, de 12 de julio), y en el ámbito hipotecario a través de las sucesivas reformas del Reglamento Hipotecario (art. 16-1.º).

De ahí precisamente que el legislador haya querido regularlo de manera general, sencilla y clara, evitando cualquier inclusión de aspectos que puedan inducir a polémica. Por ello la mayoría de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley por el Grupo Parlamentario Socialista - Ciudadanos por el Cambio, que complicaban la figura y se alejaban del sentir del texto del Proyecto de Ley, no fueron incluidas en el texto articulado de la Ley.

Como figura de derecho privado, su concreción se fundamenta en el carácter eminentemente dispositivo de su régimen normativo, aunque, evidentemente, se han marcado unas líneas básicas indispensables para su viabilidad, proponiendo imperativamente cuestiones esenciales a la naturaleza jurídica de la institución. Nos referimos a la obligatoria determinación del plazo del derecho que, como límite máximo, deberá ser de noventa y nueve años, o la exigencia de formalización escrita del derecho (aunque no su carácter constitutivo), o la protección de los derechos de los terceros constituidos sobre la construcción o plantación superficiaria (declarándose que verán perjudicados sus derechos en el supuesto de extinción anticipada del derecho de superficie).

De los posibles pactos que pueden integrar el contenido del régimen voluntario del derecho, se observa la finalidad que persigue el legislador con esta ley que se concreta en la viabilidad e importancia económica de la institución dentro del sector inmobiliario y que se articula jurídicamente en:

- La modificabilidad del régimen constitutivo inicial del derecho, debido a la larga duración del mismo.
- La igualdad de las dos propiedades existentes: la propiedad del suelo y la propiedad separada de la superficie.

- La protección de los titulares de la finca.
- La protección de los terceros titulares de derechos limitados sobre el derecho de superficie. De manera que si se extingue el derecho de superficie anticipadamente y hay derechos constituidos sobre ella, éstos subsistirán aunque la reversión se haya producido; o, por ejemplo, no cabe que las partes pacten la modificación de la duración del derecho de superficie si ello perjudica a los terceros.

En definitiva, considero que la nueva regulación suple el vacío normativo en relación con la modalidad urbana común del derecho de superficie, aunque no ha resuelto ninguno de los problemas fundamentales de carácter sustantivo que se originan en la práctica en la Institución, sino que el legislador se ha limitado a apuntar cuestiones conocidas y reguladas para otros ámbitos como el urbanístico, o a señalar ciertos aspectos de la figura que ya existen en el Reglamento Hipotecario, pero que no está de más que una norma con rango de Ley los recoja.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana

SUMARIO: A) DE LA «PROPIEDAD CUBICA».—B) PARAMETROS CLASICOS DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: INDIVIDUALISMO EXCLUSIVISTA Y RADICALISMO EN LA ACCESION: a) EL INDIVIDUALISMO EXCLUSIVISTA; b) EL RADICALISMO EN EL PRINCIPIO DE ACCESIÓN; c) EL EFECTO REDUCTOR DE LA INTERRELACIÓN DE AMBOS CRITERIOS SOBRE LA NEGOCIABILIDAD DEL VUELO O DEL SUBSUELO INMOBILIARIOS.—C) EL GIRO INSTITUCIONAL. DOBLE INCIDENCIA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y DEL DERECHO URBANISTICO: a) LA PROPIEDAD HORIZONTAL; b) EL DERECHO URBANÍSTICO; c) EL EFECTO SUPERADOR DE AMBOS EVENTOS; d) EL RESULTADO: LA EDIFICABILIDAD COMO OBJETO DE TRÁFICO JURÍDICO; e) CUESTIONES PENDIENTES: CRÍTICA.—D) PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE SUPERFICIE Y DE SOBRE- O SUB- EDIFICACION: a) EL DERECHO DE SUPERFICIE: a') *Origen y naturaleza, evolución y régimen.* b') *Normativa autonómica. Análisis de la llei catalana.* 1. Contenido. 2. Objeto. 3. Contraprestación y garantías. 4. El mantenimiento como derecho y como obligación. 5. Forma de constitución. 6. Duración. 7. Plazo de ejercicio del derecho instrumental de construcción. 8. Los contenidos obligatorios del título constitutivo. 9. Transmisibilidad y gravabilidad real. 10. La recíproca preferencia adquisitiva. 11. La indemnización por la reversión. c') *Aplicaciones prácticas normales de la superficie: versatilidad.* d') *Aplicaciones indirectas, instrumentales y sincopadas.* b) EL DERECHO DE SOBRE- O SUB- EDIFICACIÓN. c) NUEVOS LOGROS DEL «CUBISMO INMOBILIARIO».

A) DE LA «PROPIEDAD CUBICA»

Lo que se ha dado en llamar «*propiedad cúbica*» o «*cubismo inmobiliario*» se refiere a un objetivo que ha venido proponiendo un sector de la doctrina civilista: rebajar el presupuesto *material* que se ha exigido tradicionalmente en el área inmobiliaria, para que a ciertos derechos subjetivos se les

reconozca, a diferencia de los clasificados como derechos *personales* o *de crédito u obligación*, la calidad de *reales* y *publicables*, para su *oponibilidad a terceros*; y a dicho efecto, liberar a su referente objetivo: el *predio* o *finca*, de su limitada concepción planimétrica y bidimensional, para hacer posible su fraccionabilidad volumétrica en sentido vertical positivo o negativo (vuelo y subsuelo), a efectos de negocios y relaciones jurídicas, con independencia de los que se entablen sobre el plano facial de su suelo.

Este objetivo, preconizado (y premonizado, en la medida nada desdeñable en que ha venido abriéndose paso en la experiencia jurídica y en las leyes) es mérito original de algunos juristas, pero fue calando aplicativamente en la práctica de las profesiones liberales y de las funciones públicas. En la doctrina jurídica europea, hay que rendir ese tributo, en primer término, a COVIELLO (1), autor italiano que desarrolló sus tareas profesoras y de publicista en la segunda mitad del siglo XIX y sólo en los inicios del XX y tras él, a SAVATIER (2), civilista francés que desde la segunda mitad del pasado siglo XX intuyó como disciplina jurídica complementaria la del Derecho urbanístico. Ambos se apercibieron desde su tiempo de la conveniencia de que el Derecho se abriera al tratamiento volumétrico de la propiedad y los derechos sobre inmuebles, rompiendo con la exagerada sumisión a una especie de «ley de la gravedad jurídica» que literalmente tenía las fincas «pegadas al suelo», y reivindicaron la potencialidad del vuelo y del subsuelo inmobiliarios como objetos separables de derechos subjetivos y en consecuencia, de relaciones y negocios jurídicos, no necesariamente reducidos a la condición de derechos limitados, sino incluso dominicales. Y en esa línea se fue avanzando.

Fácil es comprender que la idea era favorable a la promoción de plantaciones en las áreas rurales y de edificaciones en los núcleos de población; siendo sólo este segundo aspecto el que se va a tratar en el concreto marco de este ensayo. Al margen de la modestia de algunas de sus aplicaciones, el caso es que dinamiza la propiedad inmobiliaria y en su caso divide, repartido, el costo del desarrollo de la construcción. Así pues, jugando con las palabras

(1) COVIELLO, L. (sen.): *Della superficie*, Archivio Giuridico Italiano, 1892 (vol. XLIX). Este autor fue pionero en la sugerencia de configurar la institución como un derecho sobre el espacio aéreo o proyección vertical de la propiedad ajena que comprenda tanto la facultad de construir en él como la de mantener y rehacer en su caso lo construido, aunque la legislación vigente en su tiempo no suministraba base alguna para trasladar a la realidad una tal configuración.

(2) SAVATIER, R., «Vers des nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1958 (t. LVI), págs. 1-23. Un resumen de sus ideas, traducido al español, constituye el trabajo titulado «La propiedad del espacio», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 1, pág. 17 y sigs.), en el que afirma que «llegará un día en que el espacio cúbico acotado será objeto de tráfico, con independencia del suelo sobre el que reposa», aunque apostilla que «ese día aún no ha llegado».

y el humor, cabe decir que a diferencia del *«cubismo pictórico»*, que se definió usando la técnica de la «deconstrucción», lo que el *«cubismo jurídico»* favorece es, bien al contrario, la construcción.

En la doctrina española de formación universitaria mostraron su adhesión a esa línea de progreso Díez Picazo (3), Torres Lana (4), Domenge Amer (5) y Carrasco Perera (6).

En el área de formación práctica notarial hay que recordar a GARRIDO DE PALMA (7), autor de una verdadera arenga para remover el lastre del principio *superficie solo cedit*, contra el que no sólo preconizó su dispositividad y no imperatividad, sino que llegó a postular, para quebrantar su tiranía, un apasionado «[contra]-principio de superficie». Hace años, otro notario (a la sazón Director General de los Registros y del Notariado) MATA PALLARÉS, elaboró un magnífico estudio sobre los negocios jurídicos sobre el vuelo inmobiliario, que tuve el privilegio de conocer; pero su autoexigencia, tan exagerada como

(3) DÍEZ PICAZO (*Lecciones de D° civil*, III, *D° de Cosas*, Fac.de Derecho de la Universidad de Valencia, 1967, pp. 382 sigs.; y *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*; R° Cr° D° Inmob°, jul/ag 1966) opina que el principio *superficies solo cedit* nacido como derivación de la regla *accessorium sequitur principale* es hoy un anacronismo a desterrar de *lege ferenda* y a reducir interpretativamente de *lege data* de modo que los factores a ponderar en estas relaciones o situaciones jurídicas sean la buena o mala fe y la valoración objetiva de lo que es accesorio o principal, abandonando el criterio de que tenga que serlo necesariamente la tierra (muchas veces simple soporte improductivo) y no la obra, con la aportación de riqueza que ésta genera y la utilidad social que reporta. Este autor invoca la convergencia con este criterio de SAVATIER y MARTY-REYNAUD en la doctrina francesa y de DE MARTINO en la italiana.

(4) TORRES LANA, J. A., *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Pamplona, EUNSA, 1975.

(5) DOMENGE AMER, B., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Palma de Mallorca, Gráficas Adalid/C. Notarial Baleares, 1983.

(6) CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión*, Madrid, ed. Montecorvo, 1986. En esta excelente obra, el autor destacó especialmente el ensamblaje de las perspectivas civil y urbanística de los supuestos de construcción en suelo ajeno. El análisis del valor de la legislación urbanística como Derecho Común está expuesta en términos de Teoría General del Derecho con tanta sencillez como acierto en las págs. 414 y sigs.

(7) GARRIDO DE PALMA, V. M., «¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficies», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1969, pág. 89 y sigs. Tras señalar (pág. 95) que el Derecho germánico no siguió la regla romana *superficies solo cedit*, sino el principio de prevalencia del trabajo, que daba primacía a la riqueza creada con él sobre la estática del inmueble no edificado, y citar en el mismo sentido el trabajo de VILLENA GARCÍA sobre el derecho de superficie en la revista *Propiedad y Construcción*, núms. 29 y 30, añade (págs. 99-100), los de DÍEZ PICAZO, a que nos referimos en la nota 3 *ut supra*; y añade (p. 98) que la rigidez del principio romano se opone a la realidad de la vida contractual y de la economía jurídica, que demuestra constantemente que el valor de la construcción supera al del suelo, elevando el del inmueble edificado respecto al que tenía antes de la edificación en muchas más unidades que las que pudiera representar el terreno sobre el que ésta se levantó; lo cual permite dar prevalencia a los principios de la función económico-social de la propiedad y de la edificación.

incurable, le llevó a dejarlo inédito. El recuerdo de sus ideas ha influido no poco en mi decisión de realizar este pequeño trabajo.

Y entre los estudios debidos a registradores, merece mención especial el de los hermanos Luis M^a y Fernando CABELLO DE LOS COBOS MANCHA (8), quienes tras aludir a la fundamental incidencia que el Derecho urbanístico tuvo sobre el civil al aportar una nueva visión tridimensional o cúbica de los bienes inmuebles, que rompió el antiguo dogma de la unidad indiversificable del suelo y el vuelo, asumen la idea de que el objeto físico de la propiedad ha cambiado, admitiendo esa diversificación que antes no se admitía, a consecuencia del dinamismo del mercado inmobiliario y el incremento a veces prohibitivo del valor de la propiedad sobre inmuebles; de modo que hoy, se admita ya junto a la negociabilidad del suelo, la del subsuelo y la del vuelo separadamente, como espacios cúbicos cuya delimitación fraccionaria es factible; y se haya recuperado la práctica del derecho de superficie como otra manifestación de la nueva virtualidad vertical de la contratación urbana.

Aunque el objetivo expuesto ha logrado ya hoy un interesante desarrollo, de modo especial en la legislación catalana que dinámicamente está llevando a cabo un proceso codificador importante (y el cual ha sido el segundo impulso motivador de este estudio), es conveniente analizar previamente por qué tardó tanto en plasmar dicho objetivo en esta realidad actual, y qué pasos fueron necesarios para ello.

B) PARAMETROS CLASICOS DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: INDIVIDUALISMO EXCLUSIVISTA Y RADICALISMO EN LA ACCESION

a) EL INDIVIDUALISMO EXCLUSIVISTA

La concepción que dentro del Derecho civil se ha formulado tradicionalmente del Derecho inmobiliario se ha sustentado desde su tratamiento en el Derecho romano hasta la moderna formación de los ordenamientos europeos (tanto los latinogermánicos codificados como los anglosajones formados a través de decisiones jurisprudenciales), desde una perspectiva individualista que percibía el dominio privado, en lo subjetivo, como exclusivo y excluyente, reacio a la compartición pluripersonal, por considerar ésta como fuente de conflictos e inepta para la obtención, en su ejercicio, de resultados óptimos.

(8) CABELLO DE LOS COBOS MANCHA, L. M.^a y F., «*Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico*», Ponencia al VI Congreso Internacional de Derecho Registral (libro-colección de ponencias y comunicaciones de dicho Congreso, editado por el Iltr. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1978, T. I, págs. 147 y sigs., esp. 157 y sigs.

Así, el condominio se tolera en el Código Civil sólo como situación provisional de indivisión, pesando sobre la misma la imprescriptible *actio communi dividundo* (arts. 400, pfo.1 y 1.052, pfo.1) y limitada su dilación con contractual o establecida en transmisión sucesoria (arts. 400, pfo. 2, y 1.051); mientras por otro lado, el retracto legal de comuneros busca también evitar su prolongación en las enajenaciones onerosas de cuotas de copropiedad (art. 1.522).

b) EL RADICALISMO EN EL PRINCIPIO DE ACCESIÓN

Esta perspectiva, reacia en lo subjetivo al comunitarismo en la propiedad inmobiliaria, se reflejó también, en lo objetivo, en la más radical formulación del principio de la accesión. A esa concepción responde el criterio del artículo 353 del Código Civil español, derivado del francés (y éste, del Derecho romano) al establecer que «*La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo quese les une o incorpora... artificialmente*».

Lo cuestionable en ello es la generalidad de ese «todo». El principio de accesión es de una indiscutible racionalidad en cuanto proclama que en caso de unión física de dos objetos de propietarios distintos, el objeto accesorio deba quedar absorbido por el principal; pero a diferencia de la accesión entre bienes muebles (donde la decisión según tal criterio es más fácil), en el plano de lo inmobiliario, en cambio, y en especial, entre el suelo y la edificación, es de mucha mayor relatividad determinar, en términos estimatorios, qué es lo principal y qué lo accesorio.

En esta tesitura, el Derecho romano optó radicalmente por la principalidad del suelo; pero ello fue decidido más que nada por un móvil de seguridad jurídica, fundado en el temor a la extensión de los conflictos por invasiones de fundos. De ahí que se estableciera que la expansión vertical del derecho dominical sobre los predios comprendiera usque ad coelum et infera (hasta el cielo y los infiernos); y del modo más rígido y simplista, la adquisición por el propietario del suelo de toda edificación construida por otro sobre o bajo él; ya fuera su autor un extraño absoluto al lugar del fundo utilizado como soporte, o un propietario de suelo colindante que se extralimitase en su edificación invadiendo suelo contiguo, que es lo que resulta de la dicción del art. 358: *Lo edificado... en predios ajenos... pertenece al dueño de los mismos*; sin perjuicio de que en consideración a la buena fe del edificante no dueño del suelo, y con el consentimiento de éste, pudiera llegarse a otra solución como la adquisición del terreno, por su valor, por el nodueño que construyó sobre él, o el resarcimiento del valor de lo edificado por el dominus soli que ejerciese su derecho de accesión; alternativas que prevé genéricamente el mismo art. 358 in fine y que recoge el art. 361 del Código Civil español.

La legalidad catalana superó ese radicalismo en aspectos importantes. Uno, la histórica garantía, que conserva la reciente Llei 25/2001 de 31 de diciembre que regula la accesión, que es, para el edificante cuya actuación le haga merecedor de un precio o indemnización que evite el injusto enriquecimiento del *dominus soli*, el **derecho de retención** (una especie de «prenda inmobiliaria») hasta que se le hagan efectivos, rebajando así el riesgo que comporta atribuir a dicho propietario del suelo, automáticamente, el dominio de lo edificado. Y otro, la **accesión invertida** en construcciones extralimitadas de valor superior al suelo invadido que prevé su art. 9, que con plena justicia y siguiendo precedentes jurisprudenciales se produce no sólo mediante pago del valor del terreno invadido, sino indemnizando además cualesquiera otros daños causados. Pero pese a ambos avances, el intenso romanismo que fluye por las venas del Derecho catalán ha mantenido en esta llei formulaciones en las que subsiste el antiguo tono radicalista del principio de accesión, como la de sus arts. 1 (*La propiedad de un bien comporta la adquisición, por accesión, de aquello que se le una de una manera natural o artificial...*) y 3 (*Por derecho de accesión inmobiliaria pertenecen a la persona propietaria de la finca...las construcciones que se le adhieran*). Ciertamente, el art. 2 salva la posibilidad de otras regulaciones legales, que tal vez aumenten algún día el cupo de las accesiones invertidas, v.gr., en materia patrimonial familiar en sentido amplio, en el tratamiento de las compensaciones por separación; pero se echa en falta una salvedad más general en favor de la autonomía de la voluntad, que diluya más y mejor el aparente imperativismo del principio de accesión en su modalidad edificatoria.

c) EL EFECTO REDUCTOR DE LA INTERRELACIÓN DE AMBOS CRITERIOS
SOBRE LA NEGOCIABILIDAD DEL VUELO O DEL SUBSUELO INMOBILIARIOS

Lógicamente, esa concepción redujo a mínimos (y configurables por supuesto no como propiedades separadas ni compartidas, sino como meros derechos limitativos y limitados) los negocios jurídicos sobre el vuelo o el subsuelo de los inmuebles.

En fin: los negocios jurídicos sobre el vuelo o el subsuelo de edificios fueron excepcionales en el Derecho antiguo, limitándose a dos tipos:

Uno, el de ciertas servidumbres tales como (en la proyección vertical positiva) la de *altius non tollendi* (no construir a superior altura); servidumbre negativa y secundaria derivada por lo general de otra servidumbre de luces, o de luces y vistas, o de mancomunidad de patios; y la de *apoyo*, que permite la inmisión de parte de un edificio sobre otro contiguo sin que ello suponga necesariamente que el edificio sirviente de tal sustentación se vea privado de la posibilidad de elevarse sobre lo inmitido; así como (en la

proyección vertical negativa), de algunas mancomunidades subterráneas de algibes o desagües u otras conducciones.

La otra excepción tipificada fue la del derecho de superficie; concebido como limitativo y limitado, incluso necesariamente en su duración, lo que venía impuesto por el rigor del principio de accesión industrial edificatoria, susceptible de limitación pero no de exclusión en el dominio inmobiliario del terreno solar. De esta modalidad jurídica nos ocuparemos especialmente en la segunda parte de este estudio.

La cortedad de esas excepciones contribuyó a que la expresión del objeto de la propiedad inmobiliaria se redujera a una noción, la de «finca» o «predio», cuyo único referente material delimitativo era el «suelo» geográfico; configurándose como porción poligonalmente determinada en la superficie sólida de la tierra; lo cual excluía tanto la superficie líquida (mares, lagos y ríos, por lo general destinados al dominio o uso público) como la masa gaseosa del aire que las recubre.

En lo físico, ello reducía su mensurabilidad material descriptiva a sólo dos dimensiones: longitud y anchura; y aunque potencialmente existía una tercera dimensión vertical, ésta no era mensurable en tanto no se edificase; de un lado, por su misma proclamada ilimitación legal de su aprovechamiento potencial; y de otro por la infinitud de su proyección superior y la incongnititud de la densidad de la inferior.

Todo ello, pues, convergía a que la expansión cúbica del dominio sobre inmuebles mediante edificación hacia arriba o hacia abajo, siguiera formulándose desde la perspectiva individualista clásica durante muchas centurias, a lo largo de las cuales siguieron prevaleciendo los criterios romanos, combinados entre sí, de la animadversión hacia la compartición de la propiedad inmobiliaria, y de la accesión legal de lo edificado al suelo.

C) EL GIRO INSTITUCIONAL. DOBLE INCIDENCIA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y DEL DERECHO URBANÍSTICO

a) LA PROPIEDAD HORIZONTAL

El cambio se inicia a principios del s.XX, cuando los ordenamientos se abren a admitir un régimen de compartición inmobiliaria que al combinar ingeniosamente la separación de los dominios con el mantenimiento de una comunidad parcial de elementos accesorios, aparece como una transacción entre el individualismo y el comunitarismo; solución que se ha institucionalizado universalmente desde entonces en la figura de la llamada «*propiedad horizontal*», aunque esa denominación haya ofendido algo a la semántica, ya

que la horizontalidad es sólo fraccionaria de lo que las propiedades privadas se hayan yuxtapuesto en la dimensión vertical de los edificios. Por lo demás, supuso ciertamente una ruptura revolucionaria de los viejos prejuicios de que el edificio sea accesorio del suelo (relación que, en esta nueva realidad, se invierte) y de que en la proyección vertical del suelo no cupieran dominios separados, sino sólo, a lo sumo, derechos reales limitados.

La primera superación de aquellas rigideces se produjo pues en el plano de la compartibilidad de la propiedad inmobiliaria; y ello pese a que persistan problemas residuales por lo difícil de la convivencia humana y del ejercicio de derechos y deberes sobre elementos comunes. A partir de esta fórmula, el principio de accesión industrial edificatoria se mostró susceptible de flexibilización, y ello abrió nuevas posibilidades para la negociabilidad jurídica del vuelo inmobiliario, sobre todo del urbano.

En parte, ello se debe sin duda a que en este sistema, los edificios, ora realizados sin agotar su edificabilidad, ora en trance de construcción, o incluso no iniciada materialmente ésta, están ligados al suelo que constituirá su elemento común aglutinante por el discutido principio de accesión; lo que vendría a demostrar que éste sigue siendo necesario como punto de partida; pero en su mayor medida, el logro esencial de la fórmula se ha debido a su virtualidad para agrupar físicamente, y la vez separar jurídicamente, como propiedades privativas, los distintos departamentos del edificio, liberándolos (incluso en lo que respecta al elementobase del suelo sobre el que la construcción se sustenta), de la tradicional dependencia de las comunidades a la acción de división y a los retractos; aportación nueva y propia que hizo posible la plural compartición con una mínima dependencia mutua en el uso, y ninguna en la disposición.

La *propiedad horizontal* ha sido pues la locomotora del avance en la dirección de la negociabilidad jurídica del vuelo urbano incluso en estado de inmaterialización física del mismo. Ya desde su reforma de 1944-46, la Ley Hipotecaria, en su art. 8.º, apartado 4, aceptó la inscribibilidad, como una sola finca y bajo un mismo número, de *los edificios en régimen de propiedad por pisos*; añadiendo como requisito de tal inscribibilidad que su construcción estuviera «concluida... o al menos comenzada»; pero pese a que esta segunda condición se refiera al edificio, y que el *comienzo* de la construcción de éste siempre anteceda por definición al de los pisos o locales que deba integrar, éstos debían «hacerse constar» aunque estuvieran *meramente proyectados*, y determinarse cada uno por unos números correlativos, unas cuotas participativas, e indicando en su caso sus respectivos titulares, lo cual supuso la publicidad registral de unas titularidades sobre objetos cuya situación jurídica carecía de toda corporeidad material, viniendo referidos a espacios definidos en el vacío cúbico del vuelo sobre el terreno. Y ese estado mostró su culminación en el apartado 5 del mismo precepto; pues en éste se superó la mera

relación o mención de los pisos, aun meramente proyectados, en el folio abierto al edificio en su conjunto; y se admitió que se inscribieran abriendo cada uno folio registral propio.

Partiendo de esta concepción aperturista, el proceso de desmaterialización prosiguió imparablemente, y la jurisprudencia y las resoluciones de la Dirección General del Notariado consolidaron la tendencia admitiendo que se entendiera «comenzado» el edificio desde que se obtuviera la licencia municipal de construcción, y aceptando consiguientemente las «declaraciones de obra nueva en construcción» y la constitución de la propiedad horizontal en ese estado, así como su hipotecabilidad (una de las máximas expresiones de la naturaleza real de un derecho) de las que incluso podía dividirse la responsabilidad, atribuida a unos pisos que no ocupaban materialmente los huecos del espacio, que sólo su construcción llenaría en el futuro.

Creo necesario añadir aquí que, en esta materia, el proceso en marcha de la codificación del Derecho Civil catalán tiene elaborado el anteproyecto de ley de regulación de las situaciones de comunitat, que ha sido ya expuesto a información pública, y en el que con una intención exhaustiva, pero pleno respeto a la reserva constitucional de ley para lo relativo a la propiedad privada en contraste con los abusos de reglamentismo cometidos en el Derecho común español, se contiene una normativa de la propiedad horizontal que supera netamente el texto de la ley estatal tanto en su versión originaria de 21 de julio de 1960 como en la de la ley 8/1999 de 6 de abril de reforma de ésta; porque en ella se ha optado por las soluciones más útiles suministradas por la práctica.

b) EL DERECHO URBANÍSTICO

Éste constituyó el siguiente paso adelante, sobrevenido en tiempo algo más reciente; cuando el Derecho Público decidió intervenir progresivamente, haciendo predominar el interés general o social en el sacrosanto marco de la propiedad privada inmobiliaria, recabando al efecto la competencia ordenadora de los territorios, y especialmente, de los urbanos. Ello supuso la adscripción al Derecho Administrativo de la determinación de los usos del suelo, tanto en lo concerniente a lo agrario o a los espacios naturales, como a lo industrial y a lo habitacional. Al estudio que aquí y ahora se desarrolla importan sólo estas dos últimas áreas, que por su trascendencia social se han integrado en una rama especial de esa nueva disciplina jurídica: la del Derecho Urbanístico; y es obligado destacar que esta inyección de *Derecho Público en el Derecho privado* relativo a inmuebles constituye un hito histórico y trascendental por su concepción social de la propiedad, que se ha reflejado incluso en el texto del art. 33 de la Constitución española. Y es que sólo de la carga imperativa de una normativa jurídico pública cabe esperar que el interés

social condicione el individual en el ejercicio de la propiedad inmobiliaria. El Derecho inmobiliario, pues, tiene desde entonces una doble vertiente privada y pública, cuya síntesis han sabido hacer juristas como Carrasco Perera (V. nota 6 ut supra) para evitar que ambas entren en conflicto colisivo.

A este respecto creo de nuevo necesario hacer aquí otra referencia al anteproyecto de ley catalana sobre situaciones de comunidad, ya que en el mismo, con acierto, se incluye como tal situación comunitaria la de las urbanizaciones como conjuntos inmobiliarios, y se contiene una normativa que proporciona soluciones para los problemas de interrelación entre sus edificios y de éstos con los elementos de servicio común de aquéllas. En este anteproyecto no se distingue entre las urbanizaciones privadas y las de iniciativa pública, ni se entra por tanto en la normativa urbanística, a la que se remite sin la menor interferencia; contemplándose sólo la perspectiva comunitaria civil; pero ello no compromete en absoluto su pleno engranaje con la ley urbanística catalana 2/2002 de 14 de marzo, que se le ha anticipado en la promulgación.

c) EL EFECTO SUPERADOR DE AMBOS EVENTOS

Ambos pasos sucesivos han determinado, ya la aparición *ex novo*, o ya la recuperación, de negocios y relaciones jurídicas sobre el vuelo urbano. Así, la *propiedad horizontal* ha hecho posible la contratación y adquisición de derechos de sobre y subedificación en construcciones ya realizadas, o de nueva edificación integral en complejos inmobiliarios incompletos; y ha abierto un camino para dotar de soporte jurídico real a contratos cuyo objeto sea la transmisión o la contraprestación reservada, también en propiedad, de edificaciones futuras. Y tanto aquel régimen mixto como la normativa urbanística han permitido recuperar, con unos contenidos de mayor amplitud y seguridad en su nueva percepción como «propiedad temporal» y por tanto con unas funciones más versátiles, la vieja figura romana del *derecho de superficie*, prácticamente muerta desde la promulgación del Código Civil español en 1889, en pleno apogeo del individualismo y exclusivismo de la propiedad inmobiliaria. De unos y otros progresos trataré en otras partes de este trabajo.

En el plano del Derecho urbanístico puro —aunque con natural reflejo en la práctica del civil— ha constituido una aportación institucional esencial la noción de *aprovechamiento urbanístico* y la previsión y regulación de su transferibilidad, a la que ya se refirió el Reglamento de Gestión Urbanística y más tarde el art. 203 del TR de 26.VI.1992 de la Ley estatal del Suelo; y cuyo reflejo registral se desarrolla en los arts. 33 a 44 del nuevo Reglamento Anexo al Hipotecario, para la inscripción de actuaciones de naturaleza urbanística, de 4 de julio de 1977, donde se contempla tanto la inscripción en sí misma, en folio propio, de los aprovechamientos establecidos, como la de las cesiones obliga-

torias a la Administración; las que deban producirse entre las fincas incluidas en un sistema de ejecución de un plan que comporte equidistribución, y también la de las transferencias negociales entre particulares propietarios de fincas distintas, supuesto este último que es el más puramente civil. En este área de negociabilidad jurídica es donde se alcanza el máximo grado de *pura cubicidad* o *volumetricidad* en el objeto, por cuanto éste no es el suelo al que se haya hecho la asignación; sino *la edificabilidad misma* asignada por la Administración Pública al inmueble; un derecho referido al puro vuelo en vacío.

De todos modos, hay que precisar que fuera de las cesiones obligatorias a las Entidades Públicas locales de los porcentajes legales de aprovechamiento urbanístico, los márgenes de negociabilidad de éste son estrechos. Las más frecuentes son adquisiciones hechas a tales Entidades por parte de empresas promotoras, o de propietarios de fincas, de una actuación urbanística, de esos mismos aprovechamientos cedidos; siendo más raras, y requiriendo autorización administrativa, las otorgadas entre particulares, convenidas las más de las veces para ajustes poco importantes. Por añadidura, en la reciente ley catalana de urbanismo, a diferencia de la normativa anterior y de las de otras Comunidades, parece excluida la negociabilidad intersectorial; pues el principio recogido en su art. 7 es el de que las equidistribuciones se ciñan a cada ámbito concreto de actuación urbanística; lo cual, por otra parte, es lo más coherente con los criterios que presiden los planteamientos y los programas que siguen a éstos.

d) EL RESULTADO: LA EDIFICABILIDAD COMO OBJETO DE TRÁFICO JURÍDICO

La confluencia de ambos eventos (regulación de la propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios por un lado, y normativa urbanística por el otro) ha hecho que en el contexto de la actual realidad, la contratación inmobiliaria urbana, ante la incidencia de la normativa urbanística, se concierte en función *de la edificabilidad* o «aprovechamiento edificatorio» resultante de la planificación urbanística, en términos de «*techo edificable*», que es lo que se evalúa como objeto y causa del contrato, y no la mera cabida superficial del suelo, pues por más que ésta incida en la determinación de tal edificabilidad, la proporción es distinta en los diversos supuestos, según lo que en cada sector planificado se permita en altura en función de que la edificación admitida sea sólo unifamiliar, o bifamiliar o plurifamiliar susceptible de copropiedad horizontal. Y esta circunstancia se refleja normalmente como condición contractual en los instrumentos formales de garantía del tráfico jurídico que son el documento notarial y el Registro de la Propiedad, en virtud del reglamento anexo al hipotecario aprobado por RD 1093/ 1997 de 4 de julio, para la inscripción de actuaciones de naturaleza urbanística.

Por lo demás, el que la contratación sobre *vuelos* urbanos haya tomado hoy grandes *vuelos* (valga la intencionada redundancia) se debe, además de a esos progresos normativos, al contexto de incesante aumento de la necesidad tanto de vivienda como de edificación industrial; al no agotado aprovechamiento de muchos edificios antiguos, a los altos precios del suelo y a los nuevos medios tecnológicos empleados en la construcción.

e) CUESTIONES PENDIENTES: CRÍTICA

Es de criticar sin embargo que todavía queden pendientes soluciones que reclama la lógica de la propiedad y su divisibilidad, y que la ley podría proporcionar modificando el *status* legal actual, que aún arrastra mucho lastre de ideas tradicionales ya obsoletas, sobre todo las que consisten en negar al derecho la condición de *real*, y reducirlo a la calidad de *obligacional* o crediticio, mientras no recaiga sobre una materialidad **física**, integrada en la superficie del suelo o en una construcción, aun parcial, realizada o en realización, en su vuelo o subsuelo. Acto seguido se exponen tres ejemplos que muestran que en materia de propiedad y derechos reales sobre bienes de materialización futura en el vuelo urbano, y en su normativa documental y registral, se precisan aún reformas liberadas de concepciones trasnochadas, para consolidar la seguridad de estos negocios jurídicos ante el riesgo de fraude inmobiliario, o de otros conflictos.

Primer ejemplo: el Registro no admite como derecho real o *ius ad rem* la venta firme de un espacio comprensivo de un determinado aprovechamiento urbanístico de edificabilidad del que resulte la posibilidad de construcción de equis pisos o locales futuros, si los mismos no forman parte de una propiedad horizontal ya constituida; pues aunque el art. 1.271 del Código Civil admite plenamente los contratos traslativos sobre cosas futuras, tal compromiso traslativo se entiende reducido a una obligación personal y no a un efecto *real* o *ad rem*; sin que ni la virtualidad traditoria de la escritura pública prevista en el art. 1.462 del propio Código (ni en su caso la fórmula catalana de consentimiento traditorio) sean operativas a tal efecto; pues tropiezan con el obstáculo de la no inscribibilidad de los derechos no *reales* y la no calificabilidad de tales a los que no recaigan sobre cosas materialmente corporeizadas.

Pero ese criterio tiene llamativas excepciones que hacen pensar hasta qué punto tiene razón de ser la regla general —dogmatismos aparte— en un momento en que el Derecho civil está en serio proceso de «análisis económico». Si el Derecho urbanístico admite la negociabilidad jurídica de la edificabilidad en sí misma considerada, y el Registro de la Propiedad se ha desdoblado en dos áreas de contenidos, civiles unos y urbanísticos otros, ¿qué obstáculo puede haber para que la venta de un espacio edificable destinado

a ser edificado en el futuro, y determinado en orden de altura en el vuelo sobre un terreno, pueda reflejarse y publicarse para su oponibilidad a terceros, sea como propiedad, como derecho de acceso a la misma o como servidumbre personal de destino, de constitución voluntaria? Pero conforme al art. 16 del Reglamento Hipotecario, hoy no cabría configurarlo como cesión de un derecho de edificación, mientras no exista, por primario que sea, el soporte de una propiedad horizontal.

Segundo ejemplo: ilógicamente a mi juicio, no sería inscribible en el Registro de la Propiedad un convenio de división vertical del condominio sobre un terreno bidimensionalmente no divisible por no alcanzar las parcelas resultantes las cabidas mínimas exigidas por la ordenación legal del territorio, aunque urbanísticamente sea susceptible de edificabilidad en varias alturas; pues lo impediría el que los espacios de vuelo superior no sean aptos para abrir folio registral como fincas, al carecer de corporeidad material definida; salvo que se estableciera una propiedad horizontal. Pero ésta requiere siempre un proyecto técnico de edificación aprobado por el Ayuntamiento y una licencia de construcción expedida; lo cual impide resolver de inmediato las adjudicaciones entre los comuneros y sus posibles transmisiones a terceros y evitar que en éstas pueda darse un fraude derivado de doble disposición.

Finalmente, el tercer ejemplo, ya anunciado, es, en los territorios de Derecho común, o de Derecho autonómico que no hayan desarrollado una regulación de la figura, el caso de la cesión total o parcial de propiedad actual o de edificabilidad de la misma a cambio de partes de una construcción futura; relación y negocio que en la práctica jurídica se han venido [mal]calificando de «*permuta*» de solar por partes de obra a realizar.

En los territorios sin legislación específica sobre este negocio jurídico, el mismo queda expuesto a los más altos riesgos —y corregir tal situación es una de las grandes asignaturas pendientes del sistema inmobiliario español—; debido al desequilibrio brutal entre la prestación inmediata, *real*, y la contraprestación —diferida por la naturaleza de las cosas— cuya naturaleza se reduce «ex dogma» a *obligacional*; pues el transmitente enajena desde luego en todo o en parte su derecho, mientras la contraprestación queda dejada a un futuro incierto por considerar que el objeto sobre el que ha de recaer es jurídicamente inexistente hasta que la construcción lo materialice; composición que linda con lo absurdo existiendo en el acervo jurídico recursos como los *iura ad rem*, las condiciones *iuris*, e incluso, por obra y gracia de la *fictio* publicadora registral, espléndido acierto de seguridad del Derecho moderno, efectos *erga omnes* incluso de derechos que no tienen naturaleza real, como el arrendamiento, o que no siempre la tienen, como la opción de compra; y aun otras situaciones que producen tal efecto por disposiciones directas de la ley o de actos administrativos de su ejecución, como sucede en el caso de las «afecciones reales» inscritas en el Registro, a tenor del Reglamento anexo al

hipotecario de 1997 por condiciones impuestas en licencias de las Administraciones locales, y otras «reservas autenticadas».

A través del D. de 4 de septiembre de 1988, de reforma del Reglamento Hipotecario, se intentó poner un parche a la situación dando a su art. 13 un contenido totalmente nuevo, regulador de este negocio jurídico; diseñándolo en una de sus posibles alternativas (enganchada nuevamente a la *propiedad horizontal sobre edificio futuro*), como derecho de trascendencia real; pero el intento —como era de prever— (9) quedó desautorizado por la STS de 31.I.2001 por aplicación del principio de jerarquía normativa (art. 9.º,3 C.E.), puesto que esta reforma fue intentada en una fecha posterior a la promulgación de la Constitución y por ende plenamente afectado por sus principios, siendo inconstitucional regular por vía reglamentaria una materia para la que la Ley Fundamental establece reserva de Ley (arts. 33 y 53.1 C.E.).

La reciente llei 23/2001 de 31 de diciembre del Parlament de Catalunya dedicada a esta figura (y única en el mapa autonómico-jurídico que lo está) también regula este contrato de cesión de soporte inmobiliario a cambio de parte de edificación futura sobre la base de la misma exigencia del establecimiento de un régimen de propiedad horizontal, con el que revestir la situación de inscribibilidad y consiguiente oponibilidad a terceros del derecho del cedente; pero ello se hace ahora con el adecuado rango de ley. Su art. 9 establece esta oponibilidad a terceros desde la inscripción, lo cual, para el derecho de quien cede un soporte inmobiliario al promotor para edificar sobre él o rehabilitarlo, supone un avance garantista ante el propio cesionario y ante terceros; efecto este último que en términos de prioridad, ante los diversos derechos que los terceros puedan ostentar; variará según el tipo de cesión realizada; tipos que conforme a los arts. 1 y 2, son los que siguen:

1. *Por razón del alcance jurídico de la cesión*, dos: la cesión *total* y la cesión *parcial*, comportando la segunda una situación de *comunidad*; pero no en la empresa constructora y sus responsabilidades (exclusión de riesgos ésta que debería haberse hecho de manera terminante si el cedente parcial no es partícipe con el cesionario de los resultados de la empresa); sino simplemente en la finca o en su edificabilidad, sólo parcialmente cedi da; de modo que la función y alcance de la comunidad por retención parcial de titularidad es de mera garantía transitoria, pues desaparecerá para confundirse en la cuota de propiedad horizontal coincidente con la proporción reservada cuando la obra contratada alcance su completo cumplimiento.

(9) MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «El régimen jurídico del derecho de superficie urbano y su actual diversidad aplicativa». Conferencia de la Academia Matritense del Notariado, 27-V-1999. Publicada en *Revista de Derecho Privado*, julio de 2000, pág. 443 y sigs. Cfr. esp. págs. 484-485 y en los Anales de la citada Academia, Madrid, 2000, tomo XXXIX, págs. 297 y sigs.

2. *Por razón de la contraprestación* hay otros dos tipos, según que la contraprestación objetiva de obra edificatoria deba hacerse efectiva ya *sobre parte de lo construido sobre el mismo suelo objeto de la cesión*, o ya *de otro edificio construido sobre distinto soporte inmobiliario*, modalidades que se diferencian entre sí claramente; pues mientras la primera responde a la configuración de contrato mixto de venta y arrendamiento de obra con compensación de los precios de una y otro, la segunda es integrable en la figura de la permuta. Y

3. *Por razón del derecho cedido como objeto*, hay dos tipos más, que combinativamente serían cuatro: cesión total o parcial, ya *de una finca físi ca*, o ya *de una edificabilidad urbanística* asignada a ella; *la segunda de cuyas modalidades binarias supone en el tiempo un nuevo reconocimiento legal más de la negociabilidad jurídica de vuelo inmobiliario urbano en sí mismo considerado*, aunque no quepa ignorar que éste arrastrará consigo el suelo siempre que el edificio contratado sea destinado a una pluralidad de viviendas o locales; pues el art. 1, *in fine*, exige como requisito de identificación necesaria la constitución del régimen de propiedad horizontal, del cual el solar es elemento común indispensable.

La adquisición de la contraprestación difiere según la modalidad de contrato elegida; pues si la cesión inicial ha sido total, se produce en tracto único dilatado a la conclusión total de la obra; y en cambio, si se hizo sólo parcial con la consiguiente comunidad, tiene una efectividad de tracto sucesivo a lo largo de la obra; lo cual, al *materializar* antes la contraprestación, inclinará mayormente a los cedentes hacia esta variante. En cuanto a la panoplia de garantías, las hay de trascendencia real (como la condición resolutoria automática) o meramente personal pero de gran fiabilidad, como el aval bancario. No me extendiendo en su análisis, ni en el de los requisitos del contrato, pues fuera de la indirecta negociación sobre vuelo urbano que en él existe —lo que ha justificado aquí su referencia— el estudio detenido de esta figura no entra en los propósitos de este trabajo.

D) PROBLEMATICA DE LOS DERECHOS DE SUPERFICIE Y DE SOBRE- O SUB- EDIFICACION

a) EL DERECHO DE SUPERFICIE

a') *Origen y naturaleza, evolución y régimen*

Ya dijimos que esta figura tuvo un protagonismo nada desdeñable en el Derecho romano, en el que probablemente adquirió entidad propia por derivación de una relación jurídica practicada desde mayor antigüedad: la del

arrendamiento ad meliorandum o con obligación del arrendatario de mejorar la finca arrendada en arbolado, instalaciones y construcciones, con la facultad, que traía causa de dichas mejoras, de prolongar en compensación el tiempo del arrendamiento; lo que es tanto como la detentación temporal irrevocable de esas mejoras de plantación o de construcciones. Esta figura tuvo en aquel tiempo dos manifestaciones: una, como estricta relación entre particulares; y otra, en arrendamientos concedidos sobre terrenos públicos, como la locatio agri vectigalis, de la que también derivó la enfiteusis, y en la que no es exagerado percibir un remoto antecedente, no del Derecho Urbanístico propiamente dicho; pero sí de la actual Ordenación Pública General del Suelo, en la que esta rama específica se inserta como parte.

La bifurcación de derivaciones jurídico-reales que se dieron en estos arrendamientos con deber de mejoras a cargo del arrendatario de la finca afectada —una, el censo enfiteútico; y otra, el derecho de superficie— hizo que en el medioevo la superficie soliera configurarse como enfiteusis temporal de edificios (y bajo esta configuración tuvo gran protagonismo, junto con la enfiteusis ordinaria, en el crecimiento urbano de la Barcelona de aquel tiempo). Esta concepción mixta dejó huella en el Libro IV, Título VII del Código Civil español (que trata de los censos) pues en dicho Título se hace —en su art. 1.611— la única mención literal de este cuerpo legal al derecho de superficie; mientras que en el 1655, ya no nominalmente, sino sólo de modo supuesto e indirecto, parece volver a referirse a ella como gravamen análogo al foro, de duración temporal limitada, asignando a las que se constituyeran de este modo a partir de su promulgación, el régimen del arrendamiento.

Este confuso tratamiento hizo que algún autor, como D. Jerónimo GONZÁLEZ, expresara que el Código Civil español no sólo no reguló esta figura, sino que la enterró (10). Sin embargo la Ley Hipotecaria de 1861, en su art. 107.5, incluyó el derecho de superficie entre los reales susceptibles de hipoteca; y sobre este mínimo soporte, en su afán de proporcionar medios de reflejar registralmente esta figura y su afección hipotecaria, el Reglamento de la Ley, en su art. 16, introducido en su reforma de 1947 (tiempo en el que no existía como freno normativo de superior nivel una disposición como la que la actual Constitución española proclama en su art. 9.º, 3 el principio de jerarquía normativa y en el 33 reserva a las leyes la regulación de cuanto afecte a la propiedad privada o su función), el citado precepto reglamentario se ocupó del derecho de superficie señalando las condiciones para su reflejo registral, lo cual hoy excede de su competencia normativa; pero su texto, aun en su posterior versión de 1959, no se considera propiamente derogado por la

(10) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El derecho real de superficie», en *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Madrid, Secretaría de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1948, tomo II, págs. 221 y sigs.

Constitución por ser anterior a ésta; y por congruencia con la disposición de la misma, también en el art. 9.º,3, sobre la irretroactividad de las normas más restrictivas; y el legislador central no ha sabido en este punto cumplir su misión derogando esa norma reglamentaria y adecuando la que la sustituya a la regulación parcial hecha con rango de ley por la estatal del Suelo de 1990, derivada con algunas modificaciones de las que contenían las precedentes de 1956 y 1975.

Tal vez su abstención obedeció durante algún tiempo a haber asumido la tesis «dualista» de cierta doctrina que predicó que la regulación del derecho de superficie (relación jurídica civil) en una ley administrativa como la del Suelo, era improcedente para las relaciones superficiarias constituidas entre particulares, y apta sólo para las establecidas en urbanizaciones promovidas por la Administración pública. Pero aquella concepción cayó estrepitosamente desde que el Tribunal Constitucional, en su conocidísima sentencia 61/1997 de 20 de mayo, proclamó de modo terminante en su FºJº 38 la plena constitucionalidad del «*contenido civil*» del derecho de superficie establecido por la Legislación del Suelo, para regular la cual, conforme al art. 149,1,8ª de la Constitución, es competente toda ley estatal, sin distinción alguna por su área de originación ni por sus contenidos, al margen de que algún ordenamiento civil autonómico pueda presentar singularidades sobre ella.

b') *Normativa autonómica. Análisis de la llei catalana*

Por otra parte, la pasividad del Estado en ampliar y corregir aquella situación ha sido fruto más de la mandra institucional que de una conveniente prudencia, y dos legislaciones autonómicas han llevado a cabo regulaciones: la navarra (en el texto del Fuero Nuevo de 1978), y la catalana, ninguna de las dos plenamente acertada, al admitir de un modo u otro la superficie perpetua, que en nada permite diferenciar tal institución de la propiedad ordinaria, o si se quiere, del dominio útil enfitéutico, aunque lo que no hay en la enfiteusis es desmembración física de los dos sedicentes dominios.

La normativa catalana se ha hecho en la reciente llei 22/2001 de 31 de diciembre, que se ocupa de la superficie junto a las servidumbres, aunque sin equipararla a éstas como hizo el Derecho suizo. Esta regulación amplía la normativa autonómica catalana sobre derechos reales, muy pobre en la Compilación de 1960 y cuya expansión se inició en otras leyes anteriores como la reguladora de la prenda y, más recientemente, la que trata del usufructo, uso y habitación, todo ello dentro de la dinámica elaboradora del futuro Codi civil de Catalunya, tal vez con un previo e intermedio Codi Patrimonial que reúna esta materia de derechos reales y la de contratos. Pasamos a analizarla críticamente.

1. Contenido

Es acertada la configuración del derecho de superficie sobre lo construido como equivalente, en tanto dure, a la propiedad; y en cuanto al suelo cuando inicialmente no existe edificación básica, o si existiere, en cuanto a ésta, como derecho real de acceso a aquella propiedad temporal sobre el resultado de su actividad constructora y en todo caso como soporte de lo edificado por el superficiario; y también lo es la noción de superposición como independientes de dicha propiedad temporal y la que le sirve de soporte físico; de modo que pese a su material contacto, en nada dependan ambas propiedades entre sí.

De ahí que, en teorización doctrinal, los hermanos CABELLO DE LOS COBOS MANCHA (ob.cit.ut supra en nota 8) hayan comparado esta relación con la de vecindad o colindancia, a la que se asemeja, y que se caracteriza por la mutua limitación de dos propiedades cuyos objetos son contiguos; situación que al definir separadamente sus objetos respectivos: el plano facial del suelo y el volumen cúbico del vuelo, se distingue tanto de la llamada «desmembración» del dominio propia de la relación usufructo/nuda propiedad, como de la llamada «división jurídica» de la propiedad en dos dominios —equívocamente calificados de «directo» y «útil»— que caracteriza el censo enfitéutico; institución de origen feudal en su mayor parte ya momificada, que vive sus postreros resíduos en Cataluña en los términos plasmados en la última ley de censos (6/1990, de 16 de marzo).

2. Objeto

Aparte de sus aplicaciones agrícolas sobre plantaciones, que no interesan a los contenidos de este tema, se admite que la superficie recaiga directamente sobre el suelo, para realizar construcciones sobre él; o sobre o bajo edificios ya construidos, al margen de que esta segunda modalidad sea de pocas probabilidades de éxito contractual en la práctica, al resultar de mayor interés para el concesionario, por el carácter perpetuo de la propiedad sobre lo construido, la figura de los derechos de sobre o subedificación de que trataremos en el último epígrafe.

3. Contraprestación y garantías

La constitución del derecho de superficie puede hacerse por cualquier tipo de título, oneroso o lucrativo, entre vivos o *mortis causa*. Si se establece entre vivos por título oneroso, la contraprestación puede ser de un precio alzado, o de un canon o pensión periódica al concedente. Y también se prevé expresa-

mente (lo cual «tipifica» el contrato aunque no lo regule específicamente) que la contraprestación al *dominus soli* consista en el uso de una parte de la propiedad superficiaria construida; lo cual supondría una «permuta de derechos».

De haber contraprestación periódica rentaria, el art. 16 Reglamento Hipotecario, influido por la opinión doctrinal que admitía —sin base real alguna, como lúcidamente entendió siempre LUNA SERRANO (11)— que fuese de aplicación supletoria a la superficie la regulación del censo enfiteútico en el Código Civil, prohíbe establecer contractualmente el comiso como garantía del pago. En Cataluña huelga la cuestión; pues ni la ley de Censos admite el comiso en la enfiteusis, ni en la recién nacida llei reguladora de la superficie hay indicio alguno de supletoriedad de la normativa enfiteútica; pero desde un ángulo distinto: el del enriquecimiento injusto, excluye en su art. 4.º,1,b) que en caso de que el superficiario haya realizado una construcción nueva, pueda garantizarse el cumplimiento de la pensión o cánon con la anticipada reversión de la propiedad superficiaria (y por analogía debería excluirse también la condición resolutoria automática); solución lógica ya que, en realidad, la mejora que la construcción supone es ya una contraprestación onerosa en sí misma, a percibir al extinguirse la duración de la superficie.

En cambio, si el derecho de superficie se constituye sobre una construcción preexistente (o sea, no realizada por el superficiario), es pactable la extinción o la resolución de aquél por impago de la pensión (art. 4.º,4).

Las demás garantías que puedan establecerse tanto para la contraprestación en su caso como para el buen uso genérico o para el destino específico contratados de la construcción superficiaria concedida, deben constar en el título constitutivo según el art. 3 dedicado al «régimen legal» de la superficie; lo cual debe entenderse que incluye la condición extintiva para caso de incumplimiento de ese buen uso o de ese destino concreto, pese a que dicha condición extintiva se mencione en la llei en su art. 4º, apartado 4, dedicado al «régimen voluntario» atendido que son aspectos no institucionales sino cuya previsión depende de la autonomía de la voluntad.

4. El mantenimiento, como derecho y como obligación

Sorprende la omisión en la llei catalana de toda referencia al *mantenimiento* del objeto de la propiedad superficiaria, tanto en su vertiente de derecho como en la que eventualmente pueda haberse establecido con el carác-

(11) LUNA SERRANO, A. (*Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ y otros, 1991, III, 2.º, págs. 272 y sigs., esp. 275/276) rechaza la aplicación a la superficie del artículo 1.655 del Código Civil por no existir analogía entre la superficie y el foro ni ninguna otra figura censal, pues la superficie es una relación distinta en cuyo ejercicio no hay división de facultades jurídicas, sino de objeto físico.

ter de deber. Este aspecto es más importante de lo que parece, y por tanto, la laguna legal es criticable en sí, objetivamente hablando; siéndolo en menor medida en perspectiva subjetivista, ya que la cuestión ha suscitado escasa atención en la doctrina (12), y ello puede explicar la carencia de su planteamiento en la comisión que se ha designado para la elaboración de los proyectos de las leyes sectoriales sobre cuya base se está desarrollando el propósito codificador del Derecho civil catalán.

Algo más adelante, al tratar de las modalidades aplicativas de la superficie sobre edificios, podrá verse cómo es perfectamente posible que el contenido de la superficie carezca de facultad edificatoria; sencillamente, porque se convenga sobre un edificio ya construido, no ya siendo éste ajeno en el momento de establecer el derecho de superficie; sino aun siendo propio, si bien enajenándose el terreno y reteniéndose temporalmente por *deductio* el edificio en calidad de superficie, que necesariamente habrá de acceder, a su término, al suelo enajenado. En esta situación, el derecho del superficiario no es de edificar (pues el edificio ya existe); sino sólo de mantener lo edificado; y no es preciso mucho esfuerzo para comprender que el alcance y condiciones de ese «mantenimiento» es importante para ambas partes: el superficiario y el *dominus soli*; aquél, interesado en poder usar el edificio en unas condiciones de calidad; y éste, como mínimo, en no tener que soportar unos costos derivados de dicho mantenimiento al producirse el término de la superficie, ya sea porque deba indemnizar los producidos al superficiario en concepto de enriquecimiento sin causa, o ya porque reciba la edificación en un estado de ruina que implique la necesidad de una onerosa rehabilitación.

Y si consideramos que la llei no se limita a tratar de la superficie edificatoria; sino que también abarca el tratamiento de la agrícola y forestal, resulta evidente que al dueño del suelo no puede resultarle indiferente que los siembras y plantaciones realizadas, muy especialmente las arbóreas, no vengán acompañadas de unas tareas de mantenimiento y preservación que aleje el riesgo de que al término de la superficie se reciba una plantación enferma que incluso haya contaminado el terreno y provoque un sinfín de gastos de arrancamiento, de saneamiento del terreno, etc.

Pudiendo todo ello ser materia de conflicto, no es bueno que la ley ignore su posible problemática. Esto no significa que deba regularla directamente, porque ni en las relaciones jurídicas hay dos circunstancias idénticas, ni la autonomía de la voluntad debe recortarse por sistema; pero lo que sí conviene, para prever el riesgo y evitarlo, es que la ley incluya expresamente la

(12) GIMÉNEZ COSTA, A., «La obligación de mantener en el derecho de superficie». Comunicación al Congr s de Dret Civil catal  organizado por la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona en noviembre de 2001, publicada en la Revista *La Notaria*, núm. 9/10, noviembre-diciembre de 2001, pág. 181 y sigs.

cuestión entre las a tratar en el «contenido voluntario» del título constitutivo de la superficie, con la indicación añadida (que estimulará esa previsión por los propios interesados) de que de no haberse previsto nada al respecto, el mantenimiento de los bienes detentados en superficie se considerará mero derecho y no obligación. Cuando a esta ley sectorial le llegue el momento de vertir sus contenidos en un código, el legislador catalán tendrá la fácil ocasión de colmar esta laguna.

5. Forma de constitución

El art. 3.º,1 establece que ha de formalizarse por escrito todo derecho de superficie (expresión que incluye sus aplicaciones rústicas, la constitución *per deductio*, etc); y puntualiza que esta forma escrita ha de ser precisamente la escritura pública para la realización futura de construcciones nuevas.

En cambio, prescinde de lo establecido en el art. 16 del Reglamento hipotecario (norma de rango inferior, que en nada podría oponérsele) en cuanto al carácter constitutivo de su inscripción registral; señalando que el efecto de ésta es simplemente el de su oponibilidad a terceros. No deja de provocar, al menos, dudas, la competencia al efecto de una ley catalana, dada la reserva que a la competencia legislativa estatal hace el art. 149,1, 8ª de la Constitución en materia de instrumentos y registros públicos. Ciertamente que la ley autonómica aborda esta cuestión formal sin diferir realmente de la legislación estatal (art. 288, apartado 2, del TR de la Ley del Suelo de 1992), que establece la misma forma documental y el requisito de la inscripción registral sin precisar que ésta tenga carácter constitutivo de existencia. Por tanto, puede sostenerse que nada infringe la llei catalana con esta regulación formal, ya que en la Ley Hipotecaria se contiene el efecto de inoponibilidad en su art. 32; sin que constitucionalmente pueda darse valor de exigencia constitutiva a una norma reglamentaria como la del citado art. 16 del Reglamento Hipotecario cuando regula cuestiones no previstas en la Ley que debe limitarse a desarrollar y no a suplir. El condicionamiento de la inscripción para la oponibilidad a terceros basta para proteger a éstos mientras el derecho de superficie no se materialice por el ejercicio de su facultad constructora, fase durante la cual el gravamen que para la propiedad del suelo comporta es —por su «invisibilidad»— comparable al de la hipoteca.

6. Duración

La llei incurre en este punto en una deficientísima, por equívoca, normación. Mientras en su art. 1º parece asumir que la temporalidad sea un carácter

institucional del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria subsiguiente a su ejercicio, y también parece confirmarlo la exigencia del art. 3.º, 2, como requisito de validez, de que se fije en el título constitutivo, así como la declaración del mismo artículo, apartado 3, de que los derechos que se hayan constituido gravando el de superficie se extinguen con el cumplimiento del término pactado de duración, esa apariencia deviene desconcertante incongruencia cuando en su art. 4.º, 3, a), *in fine*, opta por que, a su término, la reversión al *dominus soli* sea sólo presuntiva; admitiéndose el *pacto en contrario* a la misma; añadido que no existía en el texto del proyecto de ley y se deslizó a última hora incomprensiblemente.

No cabe alegar que esa posibilidad se limite al caso de superficies sujetas a un plazo contractual de construcción (pacto que este subapartado prevé con un margen total de efectos posibles, incluso la extinción o resolución por incumplimiento); pues aparte de que sería tan incongruente con tal limitación (a la que viene a enervar) como sin ella, el inciso final donde consta la posibilidad del *pacto en contrario*, y el subapartado a) que la contiene, forman parte del enunciado del apartado 3 del art. 4.º: el «régimen voluntario» de la figura; o sea, *todo cuanto se puede pactar*.

Así, la llei se alinea con dos normas justamente reprochadas a este respecto: de un lado el Fuero Nuevo de Navarra, y de otro el art. 16 del Reglamento hipotecario que, también, pese a recoger el presupuesto de la temporalidad, admitió en su primera versión el pacto en contrario con toda generalidad, y en su primera reforma de 1959 sólo redujo a parcial esta pactada exclusión de la reversión; alejándose en cambio de la regulación civil de la superficie hecha en la Ley estatal del Suelo, en la cual esa reversión es institucional y no excluible por pacto.

Se dirá que con ello, la llei catalana toma claro partido por la autonomía de la voluntad y por ensanchar las posibilidades de la negociabilidad sobre el vuelo inmobiliario; pero en términos de ortodoxia institucional incurre en herejía, ya que una superficie sin reversión en todo o en parte será una «superficie perpetua», en todo, o en la parte que no deba revertir; y una superficie perpetua ¿qué invento es? En nada se distingue de la propiedad ordinaria; de modo que la llei habría reinventado la propiedad; y ello sería como volver a inventar la rueda. Ni siquiera como «derecho de acceso» se diferenciará de la figura de la que trataremos en el último epígrafe de este tema: la de los derechos de sobre o subedificación. O tal vez lo que se ha impulsado con ello, sin pensarlo, sea la resurrección del dominio útil enfiteutico; lo cual sería igualmente lastimoso; no sólo como regreso al Medioevo desde el pretendido liderazgo de la modernidad jurídica, sino también como ceremonia de la confusión al enredar la madeja de la división de los dominios jurídicos con la de los objetos de las propiedades separadas.

Es de todo punto retrógrado, para tal resultado, utilizar una ley especial. El invento es comparable al arrendamiento indefinido, que se impuso por razones de emergencia y del que acabamos de librarnos, o al censo irredimible, que desapareció hace bastante más tiempo; y por eso, por su tremendo desfase, es más absurdo que uno y otro. La ocurrencia del Reglamento hipotecario ya sembró, por su contrasentido, perplejidad y rechazo en la mejor doctrina. Así, DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT (13), alegando impecablemente que el diseño legal de las instituciones jurídicas obedece a ciertos rasgos esenciales tipificadores, de carácter no arbitrario, sino finalista, sostuvieron que no son susceptibles de tal versatilidad; y en la superficie, la temporalidad y su secuela de la reversibilidad, son rasgos de este tipo, que no pueden alterarse para adoptar otro radicalmente opuesto como es el de la duración indefinida. Aunque en la Ley del Suelo de 1956 no se establecía en la reversión la exigencia de que ésta fuera «total» —y ello dio lugar a la interpretación favorable a los pactos de exclusión parcial de la accesión que en 1959 se reflejó en el art. 16 del Reglamento Hipotecario— la exigencia apareció correctoramente en la siguiente ley del Suelo de 1975 (TR de 1976) y se mantuvo hasta la hoy vigente (art. 289, apartados 2 y 3, *ab initio*, del TR de 1992 de la Ley del Suelo).

El único remedio posible a este resbalón técnico-jurídico sería la prótesis jurisprudencial interpretativa de que tal «pacto en contrario» sólo pueda hacerse, o novatoriamente para establecer una prórroga al llegar a su término el derecho superficiario anteriormente existente (prórroga que del mismo modo quedaría afectada de reversión al cumplirse su plazo contractual o el legal máximo); o para concertar por cualquier título sobre lo edificado por su titular otra relación distinta, o incluso un negocio traslativo de goce o de dominio; pues en ese tiempo nada impide ya institucionalmente que la extinción del derecho del superficiario pueda engarzarse con una cesión definitiva en propiedad de la construcción realizada por el mismo. Con ocasión del *Congrés de Dret civil català* que se desarrolló en la Universitat «Rovira i Virgili» de Tarragona en los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001, ya expuse mi criterio al respecto y sus razones: que en el momento en que vaya a producirse la reversión, cabe pactar en contra de ésta; pero siempre expresan-

(13) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.; GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A., «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana». Ponencia presentada por el Notariado Español al X Congreso Internacional del Notariado Latino (Montevideo, 1969). Publicada en el libro «Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino», Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Gráficas Cidor, 1975, págs. 876 y sigs., esp. 934 y sigs. Estos autores fueron de los primeros en admitir que la regulación del derecho de superficie por los artículos 157 y sigs. de la LS de 12-V-1956 incidiera en la configuración civil de la superficie, tratada en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

do una causa jurídica, ya sea a título lucrativo u oneroso, sujeto en todo caso a liquidación fiscal, de este efecto excluyente de la accesión; e incluso generador de una accesión invertida si la construcción superficiaria se hizo sobre el suelo y no sobre una edificación preexistente.

Otra cosa sería *un efecto sin causa*, jurídicamente inadmisibles; pues si el superficiario compensó el costo de lo construido con su goce o explotación, la causa para que luego pase a su patrimonio y se justifique la conversión de la relación superficiaria en una transmisión dominical, ha de estribar o en una liberalidad expresa del dueño del suelo, o en una contraprestación onerosa específica, que puede ser moderada si el percibo anterior de un canon rentario ha supuesto una alta utilidad económica para el *dominus soli* (situación que evocaría un *leasing* civil cuya cuota residual final es precio de una opción de compra de igual importe al de cada mensualidad rentaria). Fuera de ello, la admisión que literalmente resulta de la llei de una transmisión final sin especificación de causa, sería una puerta abierta al fraude fiscal aprovechando que después de 99 años no habría liquidador de Hacienda consciente de este devengo fiscal en suspenso; y la expresión «*pacto en contrario*» dejaría de parecer un fallo de gramática deficiente, para pasar a oler a *gramática parda*.

También sería admisible que esa exclusión de la accesión viniera predispuesta desde el principio mediante un *pactum adjectum* de promesa de venta o de opción de compra; pues ello ya no supondría un pacto interno de la superficie, desnaturalizador del carácter natural de la figura; sino un pacto externo añadido a ella que con los pactos superficiarios formaría un contrato atípico, complejo o de causa mixta, cuya problemática se centraría en el cálculo del precio justo a tan dilatado tiempo. ¿Cabría cuestionar si una opción de compra de esta índole podría en lo registral sobrepasar el plazo de cuatro años que resulta del art. 14 del Reglamento Hipotecario? A mi juicio debería imponerse la analogía («*eadem ratio, eadem lex*») con el tratamiento dado en ese precepto al arrendamiento con opción de compra, como de hecho se está admitiendo en el caso del llamado «arrendamiento financiero» o *leasing* al que acabamos de referirnos analógicamente; sin que haya en ello incompatibilidad alguna derivada ni de expresa prohibición, ni de perjuicio de la moral, del orden público o de derechos de tercero.

La denunciada anomalía afectaría hoy ya a la recientísima llei catalana 2/2002 de 14 de marzo, de urbanismo; pues ésta, al tratar de la superficie, ha asumido referencialmente para la establecida entre particulares (art. 162,2), el *límite máximo* de noventa y nueve años fijado en la llei 22 /2001 que regula en lo civil esta figura; plazo que evidentemente incluye el derecho instrumental de construir y la propiedad temporal sobre lo edificado.

El legislador catalán tendrá la oportunidad de corregir este fallo conceptual cuando todo esté preparado para botar la nave del Codi que estas leyes

sectoriales están pertrechando a toda velocidad, tal vez excesiva, porque la precipitación propicia deslices como éste.

Por cierto, la llei urbanística no reproduce en cambio el límite de setenta y cinco años que la ley estatal vigente fijó para la superficie concedida por entidades públicas; y aunque ello haga pensar a primera vista en la aplicación supletoria de la ley del suelo del Estado, tal conclusión no está clara; pues la mención del art. 162 al plazo máximo de la establecida entre particulares se debe a que así está fijado en la ley civil, en la que la administrativa no quiere interferir; pero ello no excluye expresamente que en la superficie concedida por entidades públicas catalanas pueda señalarse otro más largo que el establecido en la ley estatal, hasta incluso superando el límite de la superficie concedida en contrato estrictamente privado. Hay que pensar que eso dependerá del grado de autonomía real, política, que la entidad pública catalana concedente tenga con respecto a las homólogas estatales.

7. Plazo de ejercicio del derecho instrumental de construcción

Tema aparte es el del *plazo-límite para la construcción a realizar por el superficiario*, cuyo incumplimiento pudiera abortar la temporal propiedad superficiaria ulterior. Este plazo puede ser legal o contractual. Legal, lo hay en la ley estatal del suelo y *seudolegal* (por el rango normativo constitucionalmente insuficiente para ello) en el art. 16 del Reglamento Hipotecario. Tales plazos normativos hay que entender que rigen para los derechos de superficie de territorios sujetos al Derecho común, ya sea como propio, o como supletorio en aquellas comunidades autonómicas que pese a tener un Derecho civil especial, no regulen en él esta figura de la superficie. En cualquier caso, para la llei civil catalana, esta condición legal sólo puede emanar de la legislación urbanística también catalana; pues lo que la STC 61/1997 de 20 de marzo declaró inconstitucional en el art. 289, apartado 1, del TR de la Ley del Suelo de 1992, fue precisamente la **fijación del plazo** de construcción que en él figuraba por referencia a otro precepto del mismo texto legal, por no ser ello competencia estatal, sino autonómica.

A este respecto, la posición de la llei 2/2002 de 14 de marzo, de urbanismo, responde desde luego a la corrección que exigían desde luego las disposiciones del precedente DL de 1990, muy paralelas a las de la ley estatal del mismo año, aunque con distintos criterios propios de cuantificación de los plazos; pues tanto la reacción doctrinal (encabezada por GARCÍA DE ENTERRÍA) como la social, contra la inexcusabilidad institucional de los términos del deber de construir, y contra el modo de plazos devaluadores del aprovechamiento con que se sancionaba su imperatividad, habían sido muy descalificatorias; sobre todo, tratándose de promociones particulares. La nueva ley ca-

talana ha modificado a fondo aquel régimen. Puesto que las transformaciones urbanísticas no se promueven ni se intervienen públicamente para potenciar la especulación, sino para resolver problemas de habitación y de racionalización de instalaciones productivas, establecer la construcción como un deber y regular su cumplimiento con sanciones adecuadas, es necesario; pero modulando aquél y moderando éstas (el apremio y la expropiación) a tenor de las circunstancias.

Así, los términos más exigentes son los relativos a sectores de urbanización prioritaria (a fijar al otorgarse la licencia; pero con un máximo de tres años desde la aprobación definitiva de la reparcelación: art. 143). Los arts. 167 a 178 regulan la materia para las urbanizaciones a realizar que estén previstas en el planeamiento urbanístico o incluidas en programas de actuación urbanística municipal; circunstancias en las que el término de edificación no está prefijado por la ley; siendo potestativo fijarlo en aquél y en éstos, pero obligatorio hacerlo en la licencia municipal, tanto para el inicio de la construcción como para su conclusión; plazo que no se interrumpe por las transmisiones de dominio, pero que es prorrogable por acuerdo municipal motivado, por razones de política de suelo o de vivienda. La sanción de su incumplimiento es la inclusión del suelo en el Registro municipal de solares sin edificar (que se reflejará en el Registro de la Propiedad), y que comportará la iniciación, de un expediente bien de subasta forzosa a terceros, o bien de expropiación por la Administración actuante, en ambos casos por un precio a fijar por procedimiento individualizado o de tasación conjunta; regulándose para una y otra respectiva situación un régimen, eventual y transitorio, de suspensiones, nuevos plazos, recuperaciones o nuevas subastas.

Para los derechos de superficie constituidos sobre suelo público de la Generalitat, o de entes locales, entidades urbanísticas especiales u otras personas jurídicas de Derecho público, en cambio, no hay previsión explícita alguna de plazo legal señalado para la construcción; lo cual, unido al hecho de que esta materia se regule conjuntamente con las cesiones gratuitas, y con las onerosas por concurso público con fines predominantemente sociales, induce a pensar que el plazo, si se establece, lo será en el correspondiente contrato de cesión; y que sólo cuando el adjudicatario haya asumido ese deber y lo haya incumplido, dispondrá la Administración pública de un derecho resolutorio. El art. 162 se limita en su apartado 1 a prever la constitución de derechos de superficie sobre terrenos de patrimonio público que, cuando el uso de tales terrenos sea el residencial, han de destinarse a construcción de viviendas, que a tenor de su apartado 3 necesariamente han de ser de protección pública; y en los demás casos, a la de servicios complementarios, instalaciones industriales, logísticas o comerciales u otras edificaciones determinadas en los planos de ordenación. Por otro lado, en su apartado 2 se refiere a plazos no *de construcción*, sino *de duración del derecho*, señalando que por

lo que respecta a beneficiarios particulares, no podrá exceder del tiempo señalado en la legislación civil catalana sobre superficie, que según sabemos es el de 99 años; lo cual supone una clara ampliación del límite de 75 años establecido en la legislación estatal del suelo para las superficies de constitución pública.

Así pues, como se indicó, la legislación civil catalana sobre superficie, referida exclusivamente a la establecida entre particulares, no señala plazo legal alguno para la construcción, sin perjuicio de que éste pueda fijarse por pacto entre las partes con las consecuencias previstas por el mismo contrato y en su caso las civiles ordinarias para el supuesto de incumplimiento. La llei 22/2001 admite aquellos pactos como parte del «régimen voluntario» de la figura en su art. 4, apartado 3, a), incluso estableciendo la extinción del derecho como efecto del incumplimiento de aquéllos; sin que en nada le afecte al respecto la legislación urbanística catalana, que además de venir referida sólo a las superficies establecidas sobre terrenos de patrimonio público, tampoco señala plazos legales a la construcción superficiaria.

Obviamente, por razones de Derecho autonómico y de jerarquía normativa, menos aún afecta a la regulación de la superficie en Cataluña el plazo máximo de cinco años señalado en el artículo 16 del Reglamento hipotecario. Para la profesora CÁMARA AGUILA (14), también en las comunidades no autónomas puede prescindirse olímpicamente de dar relevancia a esa y otras exigencias reglamentarias, que estima, o derogadas por ley o ineptas de por sí, conforme a la Constitución, para alterar lo establecido en un texto legal.

8. Los contenidos obligatorios del título constitutivo

Aparte de la forma de constitución, incluida en el «régimen legal» del derecho de superficie al que se dedica el art. 3 de la llei (que ya fue tratada en el apartado 5 precedente); de lo que concierne a las garantías de cumplimiento de lo pactado (materia de la que también nos ocupamos ya en el 3); y de lo relativo a la duración contratada (también expuesto ya en el 6), este «régimen legal» se refiere a la extinción por pérdida de la edificación, para puntualizar que si no se trata de una construcción preexistente a la constitución de la superficie, sino realizada por el superficiario, su derecho no se extingue mientras la duración contratada no se haya agotado, sino que estará legalmente facultado a lo largo de ella para reconstruir la edificación destruida; lo cual se llevará a cabo, como es lógico, dependiendo de la rentabilidad

(14) CÁMARA AGUILA, «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 1998, págs. 1623 y sigs.

calculable de la reedificación, según la mayor o menor distancia temporal entre la destrucción imprevista y el término previsto de la superficie.

Ello supone un reconocimiento implícito del *derecho* a conservar lo realizado por el superficiario como tal; pero en cambio, el precepto no entra a considerar en absoluto la posibilidad de que el mantenimiento conservador se establezca en el título constitutivo como obligación del superficiario en interés del *dominus soli*, tema que nos planteamos en el precedente apartado 4, y al que hacemos aquí remisión, ratificándonos en que el precepto legal adecuado para abordarla es el que trate no del régimen legal u obligatorio sino del régimen voluntario de la superficie; aunque indicando que el silencio sobre la cuestión debe interpretarse como inexistencia del *deber* de conservación.

Este precepto hubiera podido usarse para aclarar que el «pacto en contrario» de exclusión de la reversión al final del término sólo pueda otorgarse cuando éste se cumpla, y no con anterioridad. Aún tendrá el legislador la ocasión de hacerlo cuando esta llei vuelque sus contenidos en el Codi que se está gestando.

9. Transmisibilidad y gravabilidad real

No hay a este respecto norma imperativa alguna. Al igual que el art. 287,3 del TR de la Ley estatal del Suelo de 1992, sobreviviente a la STC 61/1997, la llei catalana supedita a la autonomía de la voluntad estas cuestiones al incluirlas, bajo el calificativo común disponibilidad, en el «régimen voluntario» de la figura (art. 4.º,2.a)) admitiendo que se supedite por pacto al consentimiento del dueño de la finca-base.

Este pacto es de menor rigor que el de constituir la superficie como personalísima; mas sería difícil sostener que esa forma más rigurosa esté tácitamente excluida por la llei, no habiendo como no hay impedimento legl expreso ni inmoralidad, ni daño al orden público; y estando admitidos en el Ordenamiento, en relación con la vida del titular, los contratos aleatorios; aparte de que de no excluirse expresamente, el pacto de personalización no tiene por qué, mientras no haya concluido el término de duración contratada del derecho, eliminar la sucesión hereditaria en su titularidad; sino sólo su transmisibilidad entre vivos.

Aparte de ello, el art. 3.º,3 de la llei confirma la susceptibilidad legal del derecho de superficie de quedar afectado por otros derechos limitativos o de garantía, indicando en cuanto a la extinción de éstos que sólo se pro ducirá o por el transcurso del plazo de duración establecido de la propiedad superficial que gravan, o —en caso de derechos de superficie constituidos sobre edificios preexistentes— la pérdida total de éstos.

10. La recíproca preferencia adquisitiva

Aunque el tanteo y retracto recíprocos han sido históricamente lo habitual en la relación jurídica superficiaria, y este hábito responde al objetivo natural de la concentración y purificación del dominio, la llei ha optado en el art. 4.º,5,b) por su voluntariedad diversificativa. Ello hubiera sido un pleno acierto si la superficie se hubiera configurado, como la lógica institucional demanda, como exclusivamente temporal; pues el límite de su duración hace estos derechos de preferente adquisición menos necesarios; pero el desliz del apartado 3, *al in fine* admitiendo el pacto en contrario a ese límite, no en términos de estricta novación causal y tipológica, sino de modo genérico, resalta aún más su propio absurdo; pues entonces lo normal hubiera sido establecer como institucional la recíproca preferencia adquisitiva para los supuestos de falta concertada de límite temporal y dejarla como discrecional para el caso de que tal límite se excluya.

11. La indemnización por la reversión

Esta cuestión, que en teoría puede ser problemática en los territorios a los que como propio o como supletorio sea aplicable el Derecho estatal, dada la posición radical negativa adoptada por la vigente Ley estatal del Suelo (TR de 1992, art. 289, apartado 3, inciso final, que dice que cualquiera que sea el título en virtud del cual se haya constituido el derecho de superficie, el dueño del suelo **no debe satisfacer indemnización alguna** por la reversión que a la propiedad del suelo afectado se produzca al término del plazo señalado para aquélla), no tiene por qué regir para nada en Cataluña, donde hay tanto una ley autonómica civil como una urbanística, ambas con contenidos relativos al derecho de superficie.

Ya que este estudio abarca tanto supuestos a regir por la legalidad catalana, como de territorios en los cuales, por falta de régimen legal de la superficie, deba aplicarse la normativa de la ley estatal del suelo, debo expresar mi opinión —sumándome a la de NAVARRO VIÑUALES (15)— de que el criterio de ésta Ley en este punto no puede aplicarse a las superficies establecidas entre parti-

(15) NAVARRO VIÑUALES, J. M.ª, «El derecho de vuelo y el derecho de superficie urbana», en *Cuadernos Notariales*, núm. 16. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997. Tras optar por la tesis unitarista admitiendo el valor civil de la regulación de la superficie hecha en la Ley del Suelo (pág. 48), se plantea su alcance material (págs. 49 y 50) y opina que los preceptos de la LS, destinados a reforzar la posición de la parte concedente, sólo deben entenderse imperativos si ésta es la Administración, por el interés público que la misma persigue, pero meramente dispositivos en las relaciones entre particulares.

culares. Sí hay razón para que lo sea en los derechos de superficie concedidos por entidades públicas dentro de planificaciones urbanísticas con objetivos sociales de promoción de viviendas; área en la que la prohibición debe verse como dirigida por el Estado a sus órganos administrativos. Pero por el contrario, rechazo su extensibilidad a las constituidas entre particulares; pues a diferencia del supuesto de concesión pública, en éstas no juega factor alguno de interés público o general; sino que nos hallamos en un plano de puros intereses económicos privados en los que ninguna ley debe ni puede interferir la libertad contractual. Incluso, como prohibición general sería inconstitucional, pues vulneraría uno de los «valores superiores del Ordenamiento jurídico»: el de libertad, que la Constitución enuncia en su art. 1.º, 1, y que por añadidura tiene en el área económica un segundo pronunciamiento (en el art. 38) como «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»; mercado libre que como primer postulado exige la libertad de precios.

La llei catalana ha acertado en este punto a dejar la cuestión al juego de la autonomía de la voluntad, al señalar el art. 4 que «el régimen liquidatorio de la posesión» pertenece al área del régimen voluntario de la superficie.

c') *Aplicaciones prácticas normales de la superficie: versatilidad*

¿Qué aplicaciones reales tiene en la práctica la figura de la superficie? En general, menos de las posibles —y ésta es cuestión que preocupa a los exégetas legales (16)—; y aun así, más de las esperables dado el corto vuelo de la normativa que rigió desde la primera Ley del Suelo de 1956 hasta la siguiente de 1975, así como la *intrusa* del Reglamento Hipotecario.

Y ello, al margen de que los designios legales, e incluso los doctrinales, no siempre coinciden con los sociales, resultando de ello que más de una vez marchan por sendas alejadas. Así, los iniciales propósitos del legislador del suelo de obtener de la figura de la superficie resultados similares a los alcanzados en otros países como Alemania e Inglaterra, de incremento de la construcción de viviendas de tipo social, no han tenido éxito. Y en promociones inmo-

(16) El problema del desdén que la fórmula superficiaria ha hallado en general en la población española ha sido tratado por varios autores. Así, J. M.^a CADENABA COYA y E. GARCÍA-PUMARIÑO RAMOS (Ponencia al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, pág. 428) lo imputan a la corta temporalidad máxima fijada por las leyes a la superficie, lo cual habría que superar atribuyendo a esta fijación carácter dispositivo y permitiendo a la autonomía de la voluntad fijar con mayor generosidad esos plazos de duración, al menos en términos de pactos de compromiso de prórroga, aunque sin excesos que hagan el pacto disuasorio para los propietarios de suelo. Otro estudio específico sobre el tema es el de PRESA DE LA CUESTA, A., *Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria* (Comunicación al mismo VI Congreso Internacional de Derecho Registral citada en la nota 7, págs. 633 y sigs.).

biliarias privadas su aceptación ha sido escasa, tanto en la oferta de los constructores como en la demanda de los destinatarios; lo que en buena parte se debió a que unos y otros se han acostumbrado al altísimo porcentaje de vivienda en propiedad ordinaria que, en comparación con otros países, ha existido y sigue existiendo en España, lo que para los primeros supone mejores expectativas de lucro, y para los segundos —inducidos por la publicidad al consumismo por mucho sacrificio que represente— una mayor satisfacción personal.

Si la superficie no ha convencido en materia de vivienda es seguramente porque hasta las últimas reformas, el plazo de duración se estableció con poca generosidad para que compensara la reversión sin indemnización; y tiempo después, porque la insistencia legal en esta gratuidad de la accesión final, no excluida por los promotores en sus clausulados, no permitió tampoco que los plazos —ya ajustados a los del Derecho comparado desde el TR de la Ley del Suelo de 1976— compensasen tampoco la renuncia a la aspiración natural de quien adquiere una vivienda, que no es sólo disfrutarla hasta una vejez prolongada, sino también poder dejar en herencia a sus deudos, ya la vivienda misma o una suma importante por su realización, cosa imposible habida cuenta de que una propiedad temporal, por serlo, poco puede beneficiarse de las plusvalías que suele experimentar la propiedad ordinaria, y por el contrario, más o menos pronto se enfrenta a una desvalorización en su enajenación.

En las promociones inmobiliarias públicas, estos inconvenientes podrían haberse reducido mucho sobre la base de unos precios más bajos que fueran estímulo suficiente; pero la política de promoción pública de vivienda, aparte de porcentualmente muy pobre, se ha sentido muy obligada a «no distorsionar con su competencia el mercado libre privado», con lo cual el estímulo de un más bajo precio por la propiedad temporal tampoco fue una realidad.

En cambio, las entidades públicas sí han empleado con éxito la figura de la superficie (no con carácter exclusivo, sino en alternancia con otras fórmulas) y pese a que la duración del derecho fuera moderada, para la promoción de aparcamientos de vehículos, especialmente subterráneos, en las ciudades de muy densa población y muy alto parque de vehículos privados, a fin de descongestionar sus espacios viarios.

Asimismo, y con frecuencia incluso sin precio constitutivo ni canon (que se compensa con la percepción de tasas y del I.A.E.) se ha utilizado para la promoción pública de espacios polideportivos al aire libre, el costo de cuyas instalaciones es bajo para el superficiario y perfectamente compensable con su explotación por el tiempo de 75 años o incluso el de 50, pues algunas construcciones se realizan en parte con materiales ligeros o desmontables, y a su reversión futura suele aparejarse un arrendamiento ulterior, más módico en renta que en duración.

Pasando ahora a las promociones de iniciativa privada, la de construcción de aparcamientos de vehículos se ha hecho alguna vez recurriendo a la fór-

mula superficiaria en espacios privados, más frecuentemente comunitarios no ocupados, ya sean subterráneos o ya situados en terrazas creadas en patios interiores de manzanas, buscando compensar con los precios de las plazas adquiridas por extraños a la comunidad el coste de las restantes reservadas en propiedad ordinaria a la propia comunidad o a sus miembros, con la perspectiva añadida de la futura reversión de las concedidas a superficiarios extraños a dicha comunidad.

Sobre solares existentes en polígonos industriales, la fórmula del derecho de superficie ha tenido una buena acogida continuada para la adquisición en propiedad temporal de locales destinados a almacén, y los propietarios del suelo obtienen por esta modalidad cánones muy rentables con duraciones muy moderadas de alrededor de los 25 años; criterio modular que es especialmente frecuente en contratos superficiarios con empresas distribuidoras del ramo de alimentación, cuyos edificios son de discreto coste.

En el mercado privado de la vivienda, en el que ya dijimos que no resultó atractiva la fórmula superficiaria *strictu sensu* para el sector vivienda social, sí fue utilizada alguna vez en promociones coparticipadas de urbanizaciones particulares; lo que se hizo a través de la posibilidad del «pacto en contrario» que respecto a la reversión admitió el art. 16 del Reglamento hipotecario (al menos reduciéndola a parcial y dejando el resto cedido a perpetuidad); lo cual fue establecido antes de que la Ley del Suelo estableciera la reversión como total e ineludible, y alguna vez después de promulgada esta ley y en contra de lo dispuesto en ella; por lo cual, aunque hayan podido tener acceso al Registro, arrastran la incógnita de qué ocurrirá, civil y fiscalmente, al llegar a su término.

La evolución legislativa sobre otras relaciones jurídicas también ha operado impulsando o retrayendo el uso de la figura. Así, bajo la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos se usó a veces por dueños de edificios de privilegiada situación urbana, que la contrataron con fuertes empresas interesadas en instalarse en ellos, para evitar una relación arrendaticia urbana de régimen especial, con bloqueos de renta y prórrogas legales indefinidas, que arruinaría su plusvalor teórico de mercado al hacer imposible su venta, y acabaría dejándole a merced de la oferta que el arrendatario se dignara hacerle; y por lo genera (salvo que unas cláusulas en exceso condicionantes indicasen un fraude de ley), la jurisprudencia estimó que la superficie era una alternativa al arrendamiento, de la cual el propietario que no quisiera vender ni alquilar disponía legítimamente.

Lo paradójico es que hoy, cuando en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 el alquiler de locales de negocio ya no presenta aquellos graves riesgos para el propietario, son bastantes los potenciales usuarios que prefieren y ofrecen, en vez de un alquiler, cuya renta ya no está bloqueada y que carece de prórrogas forzosas, una superficie por sesenta o setenta años

con sacrificio final de la edificación, que a su reversión estaría sobradamente amortizada por el ocupante, y que para el propietario representaría la recuperación de un local apto para una nueva explotación, o una venta, seguramente de mayor rentabilidad en ambos casos, habida cuenta de la constante elevación de los precios inmobiliarios.

d') *Aplicaciones indirectas, instrumentales y sincopadas*

Queda por decir que la virtualidad creativa de la autonomía de la voluntad ante relaciones jurídicas en las que existe una tensión entre la imaginación práctica y la dogmática doctrinal ha operado con cierta frecuencia sobre la figura de la superficie a través de un uso indirecto, meramente instrumental, o sincopado, de la misma. Aunque hay más hipótesis de las que voy a citar, me ceñiré sólo a unos cuantos ejemplos dado lo recargado de contenido de este tema.

1. *La superficie con reversión a suelo no estrictamente ajeno o sólo formalmente ajeno.* Esta modalidad meramente formal o instrumental se utilizó en las llamadas «comunidades autopromotoras»; forma de autopromoción inmobiliaria de viviendas en comunidad que tuvo mucho predicamento en el Levante español en los años cincuenta y parte de los sesenta, sobre todo en la región valenciana, de donde por algún tiempo se extendió a Cataluña; y si bien después su uso se redujo mucho, siempre se han podido detectar residuos y repuntes, dado que el objetivo inicial de limitar los costos a la edificación propiamente dicha ahorrando los de promoción y reduciendo los formales y fiscales, era y sigue siendo acertado.

El recurso a esta fórmula superficiaria provocó en la doctrina una fuerte polémica dogmática, con un sector opuesto a la posibilidad (MONET ANTÓN, GULLÓN, Y L. M.^a y Fdo. CABELLO DE LOS COBOS MANCHA), que estimaban inviable el engarce de la figura de la superficie con el sistema de Derecho necesario que es el de propiedad horizontal para los edificios integrados por pisos y locales destinados a pertenecer a una pluralidad de personas; mientras otro sector (DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT; VENTURA TRAVESET, GARRIDO DE PALMA y otros) sostenía su posibilidad y viabilidad.

El meollo del debate estaba en que en la propiedad horizontal, el suelo ha de ser un elemento *común*; mientras en el derecho de superficie ha de ser de propiedad *ajena*; lo cual exige la existencia de un *dominus soli* distinto de los propietarios superficiarios de los pisos o locales; pero a ello se contestó que nada se opone a que transitoriamente el «elemento común-sopORTE» del solar no revista el carácter de propiedad, sino el de derecho real superficiario» que gravase la propiedad del dueño del suelo; ni a que la relación superficiaria operase como pura transición a la propiedad horizontal, en la que desembo-

caría a través de una conversión convencional predeterminada, perfectamente admisible a tenor del principio de autonomía de la voluntad precisamente exaltado en materia de comunidades (art. 392, párrafo 2, del Código Civil, que no sufrió variación alguna cuando se recibió en el mismo capítulo la figura de la propiedad horizontal); pues los presupuestos ordinarios de la propiedad horizontal son, más que imposiciones dogmáticas de la ley, normas dirigidas a un objetivo (en este caso, un determinado sistema de organización convivencial de derechos); y si se previó para un presupuesto concreto de yuxtaposición de copropiedad y propiedades privativas, ello no significa que no pueda darse más que sobre él y no sobre otros presupuestos, distintos pero susceptibles de una organización convivencial semejante.

El hecho es que en la realidad se organizaron de este modo bastantes comunidades autopromotoras con notable economía de costos; y que las rigideces dogmáticas negativas se resolvieron por vías formales instrumentales. Unas veces, la vía fue la de un contrato mixto de constitución de superficie y venta a término suspensivo, que permitía primero adquirir del dueño del solar un derecho ya predividido de superficie, por un precio alzado o combinando éste y un canon a satisfacer durante la construcción del edificio; y una vez ésta se realizase, efectuar la tradición del solar y el pago de su precio, consumando su compraventa ya cerrada aunque aplazada en su efectividad. Y en otras ocasiones, fue recurriendo sucesivamente (según la regulación sustantiva y fiscal de cada momento) a asignar el papel de *dominus soli* a una sociedad integrada en exclusiva por los autopromotores superficiarios, ya Cooperativa, ya civil particular, o ya, cuando la autopromoción no era de viviendas sino de un edificio de locales destinados al ejercicio de especialidades profesionales interrelacionadas o complementarias, a una agrupación de interés económico.

En la actualidad, el uso de las comunidades autopromotoras se ha reducido mucho, sobre todo en materia de vivienda, sobre todo por los frecuentes problemas surgidos entre los partícipes o entre éstos y el gerente designado para dirigir la construcción, debidos a la difícil conciliación de los diversos proyectos de cada miembro sobre la distribución de su vivienda. Pero el tratamiento fiscal de la superficie continúa siendo ventajoso, y ello hace que siga siendo una opción a tener eventualmente en cuenta.

2. *Otra «aplicación indirecta» de la superficie se produjo dando a ésta una función sustitutiva de los peligrosos contratos de cesión de solar a cambio de parte de la obra edificatoria a realizar sobre aquél*, a fin de resolver, sobre la base de la naturaleza **real** del derecho de superficie, reservado por el cedente para salvar el riesgo del carácter meramente obligacional de la contraprestación futura del promotor-constructor cesionario del suelo; lo cual venía a suponer un uso instrumental de la superficie como garantía. Tal fórmula se utilizó con frecuencia a la sombra de la permisión del art. 16 del

Reglamento Hipotecario para pactar una excepción parcial de la reversión final de la superficie (de corto plazo máximo de duración por entonces); pero al promulgarse la ley estatal del suelo de 1975 (TR de 1976), estableciendo como preceptiva y total esa reversión —lo que suponía su innegociabilidad— hizo que en los territorios en que se aplicase dicha ley como propia o como supletoria, este remedio fuese en lo económico peor que la enfermedad, paralizando su uso en lo sucesivo. Está por ver si la alineación de la *Llei catalana* que regula la superficie con mayor permisividad aún en este punto que el Rgto. hipotecario, resucitará esta fórmula instrumental si alguien le encuentra mayores ventajas fiscales e incluso civiles que a la regulación del contrato de cesión por obra tal como queda en la *Llei* coetánea a la de la superficie.

3. *Otra aplicación más, indirecta «en garantía» se ha utilizado también en el leasing*, para obtener de las entidades financieras una ampliación de la financiación en curso de edificios industrio-comerciales, a empresas que antes de concluir el contrato y ejercerse la opción de compra sobre un edificio, necesitan por su rápido crecimiento de negocio construir otro ampliatorio contiguo, pero desean que éste se financie por separado para evitar que la agrupación de ambos contratos financieros frustre por novación los beneficios fiscales ya meritados en el primero. En tal tesitura, la constitución a término, a favor de la entidad financiera, de un derecho de superficie sobre el primer edificio, con una duración que cubra sobradamente el tiempo de desarrollo del nuevo contrato sobre el segundo edificio, implica para dicha entidad una garantía aunque la opción de compra final sobre el primero se ejerza por la empresa financiada, ya que el valor de una superficie de 99 años es una seguridad total para la entidad de *leasing*.

4. *Finalmente, es ejemplo de «aplicación sincopada» o minimalista, por drástica reducción de los presupuestos y efectos ordinarios de la superficie, desprovista de las facultades y en su caso deberes de edificar, mantener y reconstruir sobre suelo ajeno, así como carente de precio ni de canon*, el que tuve ocasión de vivir en la práctica en mis tiempos de notario en activo, sugerido por mí mismo con plena aceptación de las partes, y admitido sin problema alguno en el Registro de la Propiedad.

Se trataba de edificios ya contruidos, destinados a vivienda unifamiliar, por lo general secundaria, pero con cierta frecuencia residencia única, sitios en urbanizaciones clandestinas y descalificadas en zonas de Naturaleza, cuyos compradores de parcelas y casas habían sido engañados por los promotores. Una entidad pública catalana desarrolló un plan de recuperación de esos espacios, sitios en áreas actualmente ordenadas como Parques Naturales, y buscó la forma de conseguir su objetivo causando el mínimo daño posible.

En su inmensa mayoría, los referidos parcelistas habitantes tenían sus propiedades escrituradas e inscritas, así como sus declaraciones de obra; muchos de ellos habían regularizado su situación fiscal en el impuesto sobre inmue-

bles, con alta en el catastro urbano; y la descalificación y apertura de expedientes de expropiación u oferta pública de adquisición les sorprendió con posterioridad.

La entidad pública en cuestión se planteó el tema desde una ejemplar perspectiva ética y manifestó inicialmente su disposición a tolerar el mantenimiento del uso de las viviendas por sus propietarios durante un largo período de tiempo que prácticamente agotase su esperanza normal de vida residual atendiendo a su promedio de edad. El precario se descartó por el desigual e injusto azar de las sobrevivencias y consiguientes expectativas sucesorias y por la imposibilidad de transmisión o arriendo del derecho; y ambas partes aceptaron como solución una compraventa por la Entidad pública limitada a la propiedad del suelo, con reserva o deducción, por el vendedor, de la propiedad superficiaria de lo edificado, por un tiempo de cuarenta años, sostenida por un derecho de superficie que gravaría el suelo al solo fin de poder mantener y reparar lo imprescindible los edificios; pero no a realizar construcción suplementaria alguna, ni una reconstrucción total en caso de ruina sobrevenida.

Así, el titular residual de la superficie no tomaba una decisión irreversible que le dejara en situación de práctica imposibilidad de hallar com prador y precio decoroso para su derecho, afectado de tan fatal claudica ción sobre una casa de estado también fatalmente declinante; quedando forzado a negociar de nuevo con la entidad adquirente del suelo, desde una desfavorable posición, para obtener de la misma la posterior adquisición del edificio. Este riesgo quedó despejado; pues el edificio y el derecho superficiario que lo sustentaba fueron objeto de valoración, según acuerdo mutuo, con separación del suelo que se rescataba por compra en el propio acto; estableciéndose un porcentaje anual constante de reducción de precio, hasta llegar a cero al agotarse definitivamente el término reversional de la superficie; y quedando la entidad no en calidad de mera *optante*, sino *obligada* a adquirir la casa y extinguir por confusión el derecho de superficie sobre la finca, pagando el precio marcado en la escala de reducción anual establecida, si en el futuro el superficiario modificaba su decisión y prefería anticipar la reversión; un acuerdo que tampoco le privaba de aprovechar ofertas alternativas más favorables, en cuyo caso transmitiría sus derechos al eventual tercer interesado.

Esta forma de establecer la situación por vía de reserva implicaba una «constitución al revés» de la superficie (al modo del «*revessejat*» en los censos catalanes, pero sin similitud alguna ni con la enfiteusis ni con el arrendamiento, *al no existir canon ni otra forma de contraprestación*); y ofrecía por añadidura desde el punto de vista fiscal —y así lo confirmó la práctica después de vencer al principio algunas reticencias de las oficinas liquidadoras— la ventaja de no estar tal superficie «deducida» ni siquiera prevista como acto liquidable en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, ya que en rigor no había transmisión alguna, sino —por el contrario— una *no-transmisión*; siendo un

supuesto paralelo (incluso en el resultado estructural de la desmembración temporal del dominio) a la venta de nuda propiedad con reserva de usufructo, que no tributa por este segundo concepto.

En fin, la relación de propiedad superficiaria temporal quedaba definida claramente; pero *sin que hubiera «derecho a construir ni a reconstruir»; sin que la propiedad temporal superficiaria derivase de una construcción sobre suelo ajeno, sino como resíduo de una anterior propiedad ordinaria del propio titular superficiario, y sobre un edificio ya construido por él o por otro*; quedando en el futuro la función del derecho de superficie sustentador más bien como propia de una servidumbre de soporte, configuración que por cierto tuvo bastante predicamento en la doctrina histórica e incluso moderna sobre la figura y que responde a la versión de alguna legislación actual, como la suiza. O sea, la situación era adecuada a las circunstancias, y respondía a una causa natural y lícita; pero tan diferenciada del «supuesto-tipo», que cuando menos invita a reconsiderar el pretendido enunciado definitorio de los contenidos del derecho de superficie en la dogmática tradicional.

En efecto, ante ejemplos de este tipo (que no excluye la posible extensión a otras circunstancias) parece obligado revisar la definición misma de la superficie, y tomar como único componente esencial de la misma la facultad de **mantener** sobre suelo ajeno una edificación, ya que las demás facultades de construir y reedificar se han revelado como institucionalmente prescindibles.

b) EL DERECHO DE SOBREELEVACIÓN O SUBEDIFICACIÓN

Este derecho instrumental de adquirir mediante construcción sobre o bajo una edificación preexistente la propiedad perpetua de lo construido, es el más redondo ejemplo de negocio jurídico sobre vuelo o subsuelo previsto en las legislaciones españolas; tanto por la entidad de tal resultado, como por el hecho de que la obra se realice precisamente en la proyección vertical positiva o negativa del edificio así suplementado; y desde la adquisición del derecho hasta su ejecución, la más clara muestra de un derecho recayente sobre un espacio ineditado que forma parte del marco cúbico de la propiedad inmobiliaria ordenada por la ley y la planificación urbanísticas. Sólo iguala esa virtualidad la negociabilidad de cuotas de aprovechamiento (o sea, de edificabilidad) prevista por la legislación urbanística, que puede ser paso precedente a este derecho instrumental de sobre- o sub- edificación cuando esas cuotas se adquieran de quien fuera su titular previo (el Ayuntamiento, o el propietario de otro inmueble), para incrementar la edificabilidad del propio.

Por supuesto, en la figura de que ahora nos ocupamos no hay razón para desdoblar la figura en dos derechos distintos por el hecho de que se construya

sobre o bajo el soporte inmobiliario que le sirve de base y con el que tal construcción engarza. En realidad, salvo pruritos cacofónicos, tampoco la hay para distinguir sus denominaciones llamando a una sobre- *elevación* y a otra sub- *edificación*. Para la distinción —material, que no jurídica— bastaría el prefijo, apodando alternativamente a este derecho que en sustancia es único, como «sobre- o sub- edificación». Y aunque las propuestas neologistas de cambios denominativos en el Derecho son consideradas de poca alcuria, yo me atrevería a designar este género de expansión inmobiliaria con el nombre común de *supledificación vertical*, dado el carácter suplementario de sus dos modalidades.

Hay que precisar que por encima de la inferior dimensión material que estas obras suplementarias comportan si se las compara con las promociones de urbanizaciones o de construcción de grandes edificios, su contratación es frecuente y su fundamento social, elevado; pues supone la posibilidad de reparar insuficiencias de aprovechamiento que en su momento se debieron a falta de recursos y que dejaron vacíos estériles en poblaciones deficitarias de vivienda, y en especial en zonas o barriadas donde ese déficit es más crítico, ayudando así a resolver los problemas que crea el crecimiento constante de población en muchas ciudades, al aumentar con el mínimo posible de costo el número de plantas edificadas, por encima o por debajo de las existentes, siempre que las Ordenanzas lo permitan y otros derechos reales de terceros no lo impidan; y al propio tiempo, constituye una oportunidad de actividad de pequeñas empresas de construcción que no disponen de capital ni crédito suficientes para acometer promociones de gran envergadura, pero crean puestos de trabajo y mueven otras pequeñas empresas de materiales de construcción.

En las legislaciones autonómicas sólo existe hasta ahora la normativa del Fuero Nuevo de Navarra, acertada en la mayor parte de su contenido (17).

En cuanto al Poder legislativo del Estado, hasta ahora no ha abordado la regulación específica de estos derechos instrumentales de corte potestativo, que se dirigen, no a lograr una situación temporal como la de la superficie, sino a adquirir una propiedad ordinaria y perpetua sobre lo construido. En el ámbito estatal no ha habido otra norma que el de la segunda parte del texto del art. 16 del Reglamento hipotecario, cuyo número 2 indica que «*el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio, o el de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes, que sin constituir derecho de superficie se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca, o que transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del art. 8.º de la ley y sus concordantes*»,

(17) Esta materia había sido ya elaborada en la *Compilación Privada* que precedió al Fuero Nuevo por J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ (pionero en el estudio doctrinal de este derecho de edificación adicional, a raíz de su primera recepción en el Regto. Hipotecario), en una conferencia pronunciada en 1954 en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

relativos como es sabido a la propiedad horizontal; y a continuación establece, como requisitos para su inscribibilidad, que se hagan constar, a saber: 2 a/: *las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, o las reglas para su establecimiento*; y 2 b/: *las normas [estatutos] de régimen de la comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción*.

Este precepto quedó afectado por la reforma que por RD1867/1998 de 4 de septiembre se hizo del Reglamento Hipotecario; pero (en cuanto a estos derechos y en otras muchas cuestiones, entre ellas la regulación del derecho de superficie, que volvió a quedar en los términos de la redacción de 1959) tal reforma fue declarada nula sucesiva y fragmentariamente por dos STS, debido a no guardar los principios de jerarquía normativa y reserva de Ley establecidos por la Constitución, pese a haberse dictado el Decreto revisor en plena vigencia de la Ley Fundamental de nuestro Ordenamiento. La primera, de 24 de febrero de 2000, anuló el apartado 2c/en el que la reforma introdujo un plazo máximo de diez años para ejercer el «derecho de vuelo»; y la segunda, de 31 de enero de 2001, anuló igualmente el apartado 2b/en el que la reforma exigió la determinación concreta del número máximo de plantas a construir en virtud de estos derechos de edificación adicional.

El texto antes consignado en cursiva es el que ha quedado restablecido, reeditándose la versión de la reforma reglamentaria de 1959, que, pese a tener el mismo bajo rango normativo, es preconstitucional en su fecha y por tanto no se le aplica la Constitución retroactivamente, dado el principio que la misma sienta en su art. 9.º,3.

Estos avatares no afectan hoy a Cataluña en materia de superficie, puesto que ya dispone de regulación propia con rango de ley. En cuanto a los derechos de sobre o subedificación, también está próxima a quedar igualmente desafectada; pues el anteproyecto de llei de situaciones de comunidad —al que al principio de este trabajo hicimos ya una referencia de pasada a propósito de la propiedad horizontal, y que contiene un principio de regulación de aquellos derechos— ha sido ya objeto de exposición pública y no tardará en atravesar la peripecia parlamentaria conducente a su promulgación.

Hasta entonces, la normativa reglamentaria resultante de la anulación de la reforma de 1998 y la reposición del texto de 1959, será transitoriamente aplicable a Cataluña, sin perjuicio de que sea suplementada por la jurisprudencia del TS.

El tono de la normativa reglamentaria (como habrá podido observarse) se corresponde con lo que en realidad es la constitución de estos derechos instrumentales o de acceso adquisitivo a otro de propiedad: una *reserva* de esa propiedad futura a resultar de otra construcción adicional; pero que produce desde luego efectos de trascendencia real en el Registro, y que es transmisible como tal, por cualquier título, lucrativo u oneroso.

Antes del anteproyecto al que nos hemos referido —y en el que de inmediato nos centraremos— el Derecho especial catalán —como ya quedó dicho— no se había ocupado de esta figura, pese a que la reciente llei reguladora de la superficie, de la que hemos tratado en el epígrafe anterior, podía haber dado al legislador la ocasión de hacerlo, habida cuenta de que el art. 16 del Reglamento hipotecario que dicha ley sustituyó como referente normativo, incluyó en su texto —dividido en dos partes— tanto una figura como la otra; y de que el ejercicio del derecho potestativo o instrumental que desemboca en uno u otro resultado jurídico, es, en sí, el mismo: una actividad constructora que prolonga en un sentido u otro un soporte inmobiliario preexistente del que el titular del derecho instrumental no es propietario exclusivo, y que le sirve de acceso a su respectivo derecho final.

Pero el legislador catalán decidió con buena lógica separar su regulación; pues ya que en el caso que ahora nos ocupa (el de los derechos de sobre- o sub- edificación), el acceso a la propiedad privativa ordinaria de lo que construya su titular viene condicionado al régimen comunitario de propiedad horizontal (o como más adelante veremos, al de los «conjuntos inmobiliarios» hoy incluidos, aunque con escasa regulación, en la nueva redacción de 1999 de la Ley de Propiedad Horizontal), consideró preferible hacer su esquema regulador al tratar de esta forma especial de comunidad, en una ley pensada sobre situaciones comunitarias.

Por otra parte, esta separación se funda en que sus efectos respectivos son bien diferentes. El derecho de superficie puede ejercerse tanto directamente sobre o bajo el suelo, como sobre o bajo una edificación que ya exista; pero sólo puede dar lugar a una propiedad temporal reversible; en tanto que el de sobre o subedificación, que mediante la construcción plasma en un dominio ordinario y perpetuo, sólo puede realizarse en su proyección positiva o negativa con el soporte interpuesto de un edificio, o de una plataforma ligada a un complejo de edificios; y requerirá, o que ese soporte estuviera ya sujeto al régimen de propiedad horizontal o al de conjuntos de edificios; o que esos regímenes se establezcan a la vez que se haga la declaración de obra (incluso en construcción), o incluso a la vez que se contrate el derecho, si la autorización municipal se hubiera concedido previamente a instancia de ambas partes, o de la propiedad o copropiedad del edificio o complejo-soporte, y la licencia se cediera a la otra parte. En otro tiempo, ROCA SASTRE añadió como otra diferencia el que así como la ejecución constructiva del derecho de superficie tenía un tiempo tasado por la legislación urbanística, esa limitación no está prevista para el derecho de sobre o subedificación. Hoy, para Cataluña, esa circunstancia diferencial institucional ha dejado de existir, según vimos, al no imponerla la nueva llei catalana de urbanismo.

Volvamos al hecho de que el tratamiento de la sobre y subedificación se ha abordado finalmente por el Derecho catalán en el anteproyecto de una ley re-

guladora de situaciones de comunidad, que se destina a integrarse en el futuro Codi Civil que Cataluña aspira y espera tener, por lo que a tal efecto se ha preparado mediante un sistema numeral/subnumeral *ad hoc*. Ese tratamiento se contiene básicamente en un artículo: el 553-34, que se intitula precisamente «*reserva del derecho de sobreelevación y sobreedificación*», sin más compañía que la del subapartado a/del apartado 1 del precedente artículo 553-33.

El texto básico indicado es el siguiente: «1. *Es válida la reserva establecida en el título constitutivo por el propietario del edificio, para sí mismo o a favor de un tercero, ajeno o no a la comunidad, del derecho de sobreelevar o subedificar, o del de edificar dentro del mismo solar.*—2. *El titular del derecho reservado está facultado para otorgar las sucesivas declaraciones de obra nueva de las edificaciones que realice. El ejercicio sucesivo del derecho creando nuevas plantas, comporta la redistribución de todas las cuotas de participación. La nueva designación de cuotas se realizará por el mencionado titular, sin el consentimiento de la Junta.*—3. *Son condiciones esenciales para la validez de la reserva: a/La especificación del número de plantas y elementos privativos a construir, que no podrán sobrepasar lo permitido por las normas urbanísticas vigentes al constituirse la reserva; b/La expresión de los criterios concretos a aplicar en la determinación de las nuevas cuotas de participación, de modo que se garantice la debida proporcionalidad entre las cuotas de los elementos privativos incorporados y las redistribuidas de los restantes.*—4. *En todo caso, la reserva se extingue a los treinta años respecto a la construcción que no esté finalizada en este término.*» Y el de la parte que el precedente artículo 553-33 dedica a esta materia dice así: «*Modificación del título constitutivo: 1. En cualquier modificación del título se han de observar los mismos requisitos que para su constitución. Por excepción, la modificación del título constitutivo no requerirá el consentimiento de la Junta de Propietarios en los siguientes supuestos: a/Cuando venga motivada por la sobreelevación o subedificación y así se haya pactado en la constitución del régimen.*».

Las propuestas normas requerirían a mi parecer algún que otro reto que sintáctico o sistemático para no dejar la sensación de contradicción, por un lado, y de incomplitud, por otro.

La sensación de contradicción la produce, en el art. 553-34, su inciso primero; pues empieza presuponiendo que quien puede reservarse el derecho para sí o para un tercero es «el propietario del edificio», en singular; o sea, el propietario único (que generalmente será el promotor-constructor) pero al añadir a continuación que el tercero *puede ser ajeno o no a la «comunidad»*, crea desconcierto; pues si hay comunidad es que no hay propietario único.

En parte, hay fallo gramatical, que sería reparable; pero bajo él hay también una imprecisión jurídica nada excusable, sobre todo si se trata de un edificio de viviendas, cuyos adquirentes tienen la condición de consumidores,

a quienes las leyes, a tenor del art. 51 de la Constitución, han de dispensar especial protección. Para cumplir este deber constitucional, lo que la llei habría de dejar bien en claro es que sólo el propietario único (ya sea promotor-constructor, o ya haya adquirido de éste el edificio) puede hacer en el título constitutivo estas reservas; y que tal facultad deja de existir como unilateral si ha enajenado a tercero, aunque haya sido en documento privado, algún elemento privativo; pues el adquirente podrá, sobre la base de aquél, ejercer la acción de cumplimiento de forma del art. 1279 del Código Civil. Aún más: debiera ser inexcusable que el título constitutivo que contenga la reserva unilateral figure inscrita un tiempo razonable anterior a toda enajenación de pisos a terceros.

Otra contradicción al menos aparente es la que resulta de la redacción del apartado del complementario art. 553-33; pues parece que para que sea posible prescindir de la intervención de la Junta de Propietarios en la modificación del título constitutivo a realizar con ocasión de la efectiva construcción de esas sobre- o sub- edificaciones, se exija que esos derechos hayan sido *pactados*; expresión que presupone una pluralidad de partes en la constitución del régimen y no una actuación de un solo propietario; y que esos copropietarios plurales hubieran dado su consentimiento al establecerse el derecho en el título constitutivo; pues no sería presentable que se diera a entender que el pacto se cierra por adhesión al adquirir los diversos locales y pisos del edificio. Pero dada la confusión que resultaría de esa primera interpretación del precepto complementario ante lo establecido en el apartado 2 inciso final del precepto principal que es el art. 553-34, y las sólo relativas precisiones que se exigen en el subapartado b/del apartado 3 de este último, no cabe sostener radicalmente que tal apariencia denunciada sea la intención real de los artículos propuestos; aunque con la redacción actual, lo parece; y si la intención es otra, mejor sería cambiar por otra esa redacción.

En cuanto a la sensación de incompletion, parece que en los preceptos anteproyectados faltan hipótesis de partida. ¿Es que acaso no cabe, existiendo margen de volumen urbanístico para ello, el que por unanimidad de unos plurales copropietarios-promotores, o copropietarios por adquisición, se concedan estos derechos a uno de ellos o a un extraño? Y si es así, ¿por qué darlo por sobreentendido, si la experiencia jurídica demuestra que los sobreentendidos generan dudas y las dudas, conflictos? No valdría la evasiva de que la expresión «*pel proprietari de l'edifici*» ya comprende estas hipótesis porque «el propietario» no es un término de subjetividad individual, sino sinónimo de la expresión «la propiedad», objetiva o plural-subjetiva. Las expresiones legales deben huir tanto del equívoco como de la laguna; y con esta crítica sólo pretendo intentar evitar que se produzcan uno u otra.

Aparte de las anteriores críticas de expresión, en el art. 553-34 del anteproyecto convendría hacer otros retoques. Así:

a') Invertir los números de orden de colocación de los apartados 2 y 3, a fin de resaltar en primer término las condiciones esenciales para la validez de la reserva de estos derechos, por delante de las facultades atribuidas a su titular. De este modo, aparecerá en primer plano que el número de plantas y elementos privativos a construir en virtud de la reserva *no pueden sobrepasar los permitidos por las normas urbanísticas vigentes al constituirse aquélla* (tiempo que en la hipótesis de este artículo, atendido su apartado 1, es sólo el del otorgamiento del título constitutivo), despejando enteramente, de entrada, el recelo de que el titular de estos derechos por deducción unilateral pudiese sobre o subedificar sin dar explicaciones durante los treinta años siguientes, incluso cuando la posibilidad de hacerlo sobreviniera por un cambio en la calificación urbanística, de los no muy raros que en la realidad se producen.

b') Exigir, entre las condiciones para que pueda ejercerse el derecho reservado, un informe técnico municipal sobre la viabilidad de la sobre- o sub- edificación sin riesgos físicos del inmueble-base.

c') Completar el actual apartado 2 (convertido en 3) de este artículo, contrapesando la *carta blanca* que se da al titular del derecho reservado para otorgar por sí, sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios, las obras nuevas, y redistribuir todas las cuotas de participación, *con la atribución a su cargo de todos los costos que ello comporte, más la indemnización de los derechos de uso exclusivo que los titulares de los pisos puedan perder como consecuencia del ejercicio de los derechos reservados*. La omisión de esta aclaración no traería sino conflictos; y no debe olvidarse que los adquirentes de viviendas tienen, como quedó advertido, la condición de consumidores finales; de cuya protección no puede desviarse la legislación catalana, y menos atribuyendo el Estatut d'Autonomia de Catalunya a su Parlament la competencia legislativa al respecto. Pretender que la facultad exclusiva de dichos otorgamientos y redistribuciones de cuotas comporte además, que los comuneros del edificio que carecieron de toda opinión en la reserva de los derechos de sobreelevación o subedificación deban compartir los costos que comporte su ejercicio podría estimarse como antisocialidad en dicho ejercicio; y como pronto veremos, el Tribunal Supremo ha mostrado ya especial sensibilidad en lo relativo al abuso de este derecho concreto.

d') Reconsiderar la tercera alternativa de estos derechos que contiene el inciso final del apartado 1: la de *edificar dentro del mismo solar*; o al menos someterla a requisitos adicionales especiales con respecto a las de construir sobre o bajo lo ya edificado. Pues reservarse sobre la parte no edificada del mismo solar ya utilizado para los bloques anteriores, construcciones complementarias, supone no sólo reducción del espacio de esparcimiento comunitario y mayor concentración de habitación humana, sino imposibilidad en el futuro, sin opción alternativa para los adquirentes de los pisos del (los) primer(os) edificio(s), de evitar la compartición del uso del espacio solar

remanente con el(los) edificio(s) nuevo(s). Hay pues aquí un transtorno añadido que parece debiera paliarse con una doble exigencia: que en el proyecto técnico sometido a la aprobación municipal y en la inscripción del título constitutivo constase tanto la posibilidad de la edificación adicional, como la de la segregación de la parte del solar que ella requiera, y de lo que en la misma se construya, si la voluntad mayoritaria de la comunidad anteriormente formada fuera la de aislar la antigua de la nueva, con imputación al promotor o constructor de los gastos formales y fiscales que tal modificación configurativa comporte.

Por lo demás, la posibilidad de la auto-reserva no es rechazable en sí misma. Es aceptable por ejemplo que si para la construcción de un edificio en cuyo proyecto estén autorizadas siete plantas, el promotor-constructor carece de recursos suficientes, y la financiación ajena le supone una merma excesiva en su expectativa de beneficio, construya cuatro y se reserve en el título constitutivo de la propiedad horizontal, antes de vender piso alguno, el derecho (transmisible a terceros) de sobreelevar las tres restantes; quedando legalmente legitimado, como hace el art. 553-34 del anteproyecto de ley, para determinar sólo dentro de ciertos límites las características de la nueva construcción y para refijar las cuotas de todos los elementos del edificio sin necesidad de intervención de la futura comunidad. Con ello ya no podrán «llamarse a engaño» los futuros adquirentes. A partir de esta reserva formalizada e inscrita, las ventas de los pisos de la parte ya edificada le proporcionarán recursos propios para sobreedificar el resto. Lo abusivo sería que la reserva de estos derechos se admitiera incluso para la hipótesis de cambios de ordenación en el futuro; pero ya vimos que en el anteproyecto art. 553-34 está excluida esta posibilidad al exigirse entre las condiciones de validez de la reserva que el derecho reservado no sobrepase los límites de la ordenación vigente en el momento de formalizarse el título constitutivo.

Al margen de ello, creo conveniente añadir algo más, a propósito de la función de complemento que la jurisprudencia de los Tribunales, según indica el art. 1.º,6 del Título Preliminar del Código Civil, tiene con respecto al Ordenamiento jurídico español; y más concretamente, con relación al abuso o antisocialidad en el ejercicio del derecho de sobre o subedificación acerca de cuya cuestión ha quedado advertida pocas líneas antes un sensible pronunciamiento del TS.

Pues la aludida sentencia, recaída el 10 de mayo de 1999 (en pleno intervalo entre la entrada en vigor de la reforma del art. 16 del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998 y las anulaciones de esta reforma que las otras dos de 2000 y 2001 declararon por inconstitucionalidad), afectó a una sobreelevación reservada, por abuso y antisocialidad del ejercicio de tal derecho, conforme a lo previsto en el art. 7.º,2 del Título Preliminar del Código Civil; fallando que la comunidad podría exigir que la materialización

del derecho reservado se demoliese o que, por accesión, pasase a ser elemento común.

Ciertamente que este fallo se fundó en buena parte en que esta reserva por autodeducción venía permitida por un precepto (el art. 16 del Reglamento Hipotecario) falto de jerarquía normativa para establecer efectos no previstos ni por el Código Civil ni por la Ley de reforma de 1999 de la Propiedad Horizontal, de mayor grado de *imperium*; contexto éste era muy distinto del que resultará del rango de ley que la regulación anteproyectada en Cataluña tendrá una vez promulgada y en vigor. Sin embargo, es más que probable que los Tribunales no se sientan paralizados por ello para decidir en cuestiones planteadas como abuso de derecho; pues hay que tener en cuenta que el art. 7.º, 2 del Código Civil, que *in fine* insta a los Tribunales a corregir el abuso o la antisocialidad en el ejercicio de los derechos, parte del presupuesto de que éstos estén establecidos *incluso por una Ley*. «La Ley —dice el precepto— no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo...»

Los jueces analizarán en estos casos las circunstancias, y entre ellas pesarán las que pongan de relieve que la posición del promotor-constructor como único propietario (y aun la posterior de copropietario) haya sido de breve transitoriedad sin verdadera vocación comunitaria y sin más objetivo que un aumento de expectativas de negocio, no compensadas por verdaderas cargas en la comunidad, produciendo en cambio la ejecución del derecho reservado múltiples y desproporcionados trastornos y perjuicios a los que verdaderamente habiten el edificio, especialmente si en ese ejercicio no se adoptaron garantías suficientes para evitar riesgos de daños o para resarcirlos cumplidamente; materia ésta que (dada la inexistencia de acuerdo previo) está más en el área de la responsabilidad extracontractual que en la de la contractual, y acerca de la cual el anteproyecto de llei se abstiene de hacer la menor referencia. Quede ello advertido, con la intención constructiva de que la redacción del precepto se adopte de manera que no suscite la adversa estimación del Poder judicial.

Por último, el apartado 4 del reiterado art. 553-34 me provoca dos comentarios críticos.

El primero, es que no sobraría modificar la expresión «*respecte a la construcció que no estigui finalitzada...*» por la de «*respecte a la part de la construcció... etc.*». Ello evitaría que si el derecho comprende cuatro plantas y el titular del mismo acaba tres y por insolvencia o imposibilidad física sobrevenida no puede acabar la cuarta, la parte construida acceda sin más a la propiedad del resto del edificio por «incumplimiento» y no se conserve por el ejerciente del derecho o sus causahabientes, o vaya a engrosar en su caso la masa de su situación concursal; pues ni es claro que la concesión del derecho edificatorio (sobre todo si fue hecha a título oneroso y el pago se produjo) tenga naturaleza sinalagmática; ni que el lucro de semejante accesión no implicase un enriquecimiento injusto.

En cuanto al segundo (aunque seguramente será incomprendido y denotado), es que cuesta trabajo entender que la prescripción preclusiva siga, en el s. XXI del frenético ritmo del mercado de bienes y servicios, requiriendo el mismo plazo que en los estáticos tiempos del Usatge *Omnes causae*. ¿Quosquetandum? ¿Es ya seguro que el futuro Codi civil de Catalunya lo mantendrá como en pleno orto del tradicionalismo jurídico hizo la Compilación en 1960? ¿Cumple un plazo así con el principio de seguridad jurídica que justifica la prescripción, hoy que la seguridad jurídica dinámica importa tanto o más que la estática?

c) NUEVOS LOGROS DEL «CUBISMO INMOBILIARIO»

A todas estas, aunque la legislación común sigue en estéril silencio respecto a esta materia, la jurisprudencia civil y la doctrina registral elaborada por la Dirección General de los Registros y del Notariado van ampliando el ámbito de la concepción cúbica en el aprovechamiento de los bienes inmuebles poniendo diques al mar del dogmatismo y ganando terreno al mismo para sembrar imaginativamente nuevas posibilidades potenciadoras de la utilidad social de dichos bienes, proporcionando al contorno de las instituciones jurídicas una flexibilidad inspirada en planteamientos teleológicos del Derecho y en una *jurisprudencia de intereses*.

En esta línea es de resaltar una plausible tendencia, desenvuelta en la presente década y en la anterior, plasmada precisamente en torno a la variante subterránea de la figura genérica que llamé *supledificación vertical*, o edificación suplementaria en las proyecciones verticales del suelo

Dicha tendencia viene representada por las sentencias del Tribunal Supremo (sala 3ª) de 1 de diciembre de 1987 y 23 de diciembre de 1991 y por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de diciembre de 1994 y de 5 de abril de 2.002, conectadas estas dos últimas con la filosofía expuesta en otras de 20 de septiembre de 1966, 13 de mayo de 1987 y 23 de octubre de 1998 en relación al principio de *numerus apertus* adoptado en los arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento y al de autonomía de la voluntad ante la ausencia de prohibiciones específicas del Ordenamiento jurídico.

Este criterio, propulsor de la imaginación creativa en la interpretación aplicativa de las normas —que personalmente veo muy acorde con el espíritu del art. 3.º del Título Preliminar del Código Civil— ha abierto el paso a la posibilidad de compaginar un uso privativo del subsuelo sin alterar el carácter demanial del suelo; compatibilidad de este doble uso que, por de pronto, comporta, en caso de que el suelo demanial provenga de expropiación forzosa, el rechazo de la reversibilidad del subsuelo desafectado del carácter de-

manial para convertirlo en patrimonial de la entidad pública expropiante (v. STS citadas); criterio que a efectos de registrabilidad de la parte *patrimonial* inmueble ha asumido la DGRN sin necesidad de constitución simultánea de propiedad horizontal aunque con posibilidad de que ésta llegue a establecerse si de este bien patrimonial llegasen a derivar derechos de particulares (resol. de 16.12.1994) culminando finalmente en la reciente de 5.4.2002 que admite que, recurriendo a la figura del *complejo inmobiliario* en una versión flexibilizada al máximo grado, pueda inscribirse, previamente desafectado del carácter demanial del suelo, un aparcamiento de vehículos construido en el subsuelo, aunque el suelo, que continúa siendo demanial, ni siquiera sustente una edificación con la cual engarzar una propiedad horizontal *strictu sensu*; sino que esté dedicado a parque de público esparcimiento.

Ello supone una modernísima apertura del concepto de *complejo inmobiliario* que no exige la pluralidad de edificaciones, bastando con una sola, y una relación de la misma con la otra parte no edificada pero sí urbanizada; pues no por el hecho de que un jardín no esté edificado sino plantado deja de ser un inmueble con un uso específico distinto (y en este caso, de interés social) del que se asigne a una construcción realizada bajo el mismo. Y ello, al margen de que como alternativa a la explotación pública en régimen de contrato de garage esté o no prevista la potencial alienación subdividida de plazas de estacionamiento a particulares, en propiedad o con el carácter de derecho real limitado sobre la propiedad patrimonial de la Entidad pública.

En cuanto a la mezcla de dominio público y dominio privado, para dicha resolución ni entraña restricción ni sometimiento de aquél a éste que afecte negativamente al art. 80 de la Ley de Bases del Régimen Local ni al 132,1 de la Constitución; sino simple delimitación del ámbito respectivo. Y el que en la nueva redacción de 1999 de la normativa de la propiedad horizontal no se contemple esta modalidad, no significa en modo alguno que la excluya; criterio que comparto, pues el silencio legal es neutro y no ha impedido jamás la proliferación de relaciones jurídicas innominadas, muchas de ellas de nuevo cuño, porque nuevos intereses sociales o particulares las demanden. Ello aparte de que podrían suscitarse otras posibilidades en el marco de otras circunstancias, como por ejemplo sería el caso de que una Entidad pública construya un edificio sobre suelo patrimonial, o lo adquiera de una persona privada, física o jurídica, y afecte sólo una parte concreta del mismo a la utilidad pública como bien demanial, dejando el resto con carácter patrimonial; afectación o desafectación parcial que la resolución aquí comentada considera en sí misma perfectamente posible. Esta perspectiva se corresponde plenamente con la actual tendencia de atenuación del dualismo «Derecho Público»-«Derecho Privado», y de progresiva interrelación de estas áreas, de utilidad residual más docente que otra cosa; pues como ha demostrado la convergencia del Derecho civil inmobiliario con el urbanístico, el ideal es lograr a la vez que el Derecho Público se

enriquezca con los matices del Privado, y éste refuerce su *imperium* con la cooperación implicada del Público.

Por otra parte, el rechazo no podría fundarse en que en esta situación, el suelo no sea elemento común; pues como razona la citada resolución, en los *complejos inmobiliarios* que la nueva versión de 1999 de la Ley de la Propiedad Horizontal añade a su regulación (aunque muy parcamente, en su art. 24), no es indispensable la existencia de «elementos comunes» en el conjunto en sí; sino que basta la existencia de servicios generales.

Esta concepción abierta sólo debe ceder, para la DGRN, según esta resolución, por que alguna Ley la excluyera, como sería el caso de que la construcción subterránea vulnerase la legislación o la planificación urbanísticas del territorio autonómico correspondiente; o la legalidad administrativa sobre los requisitos de la desafectación demanial. Y en modo alguno le es oponible ni el art. 350 del Código Civil (cuya concepción de la proyección vertical del dominio *usque ad sidera atque inferos* ha quedado definitivamente desautorizada por el planteamiento de la función social de la propiedad hecho por el art. 33 de la Constitución Española), ni tampoco el 353, pues el principio de accesión no sólo tiene excepciones establecidas por leyes especiales, sino también por la autonomía de la voluntad mientras no tope con prohibiciones legales explícitas, ni con la moral o el orden público.

Añade esta progresista resolución que en el caso contemplado, tampoco se trataba de segregar un volumen edificable desconectándolo por completo de la aplicación dada al suelo o incluso de los eventuales vuelos que la Entidad pública pudiera realizar. La conexión física y de utilidad común siempre existiría a través de los forjados (techos, muros, asentamientos, rampas y cimientos de la edificación subterránea); a lo que habría que añadir una mención relativa al restante subsuelo no edificado y profundizable. El rechazo sólo sería justificable (como en el caso de una resolución de 26 de junio de 1987) si lo pretendido fuese segregar de un edificio una parte de su planta baja para agruparla a otro colindante como propia del mismo; pues ello sí rompería los esquemas registrales básicos de los inmuebles edificados y su inescindibilidad horizontal [lo cual —apostillo— no impediría que la finalidad perseguida fuera viable a través de una constitución de servidumbre debidamente regulada]. Otra resolución de 13 de mayo del mismo año admitió en cambio la apertura de folio propio autónomo a un sótano destinado a aparcamientos y formado por agrupación de diversas porciones de subsuelo de este destino, por existir en dicho conjunto una *unidad de derechos*.

La jurisprudencia primeramente indicada del TS se refiere por supuesto al Derecho Público en un marco conceptual en el que no caben variantes autonómicas; y en cuanto a la doctrina de la DGRN, si bien en lo que respecta a la interpretación de la legislación civil de propiedad horizontal, se ciñe a la Ley estatal, y no afectaría en su caso a las diferencias que esta modalidad de situa-

ción de comunidad inmobiliaria presente en la proyectada normativa catalana a la que ya he dedicado aquí un comentario, sí será en cambio de plena aplicación al territorio catalán en todo cuanto se refiera a la técnica registral; ya que en materia de registros públicos, la Constitución establece a favor del Estado (art. 149,1,8ª) una reserva competencial legislativa exclusiva.

No obstante, yo sugeriría al legislador catalán (o por el momento, al *Observatori* de la Generalitat y a la Comisión de Codificación) que consideren la posibilidad de completar el proyecto de ley sobre situaciones de comunidad insertando las ideas más útiles de la resolución que ha ocupado gran parte de mi atención al final de este trabajo ya a punto de cierre.

Sobre todo, he valorado en ella la disposición imaginativa y abierta, superadora de dogmatismos y adecuada al contexto actual de posibilidades de aprovechamiento de los bienes inmuebles. Conviene advertir que lo que acepta para el caso límite de convivencia dominical pública y privada puede ser de aplicación también a terrenos de exclusiva propiedad privada. La doctrina expuesta en ella abre en general nuevas posibilidades de impulsar las relaciones y negocios jurídicos sobre las proyecciones verticales del suelo como espacios cúbicos susceptibles de consideración autónoma respecto al suelo que es su referencia.

Esa concepción abierta me ha traído a la memoria el interés que en el siempre inquieto ingenio de María Purificación GARCÍA HERGUEDAS (registradora de la propiedad y amiga, a quien transmito con esta ocasión mi recurrente recuerdo) despertó durante su permanencia en Cataluña la posibilidad de conjugar derechos públicos y privados en mixta relación para que en Barcelona —ciudad en la que la planificación urbanística hecha para su ensanche por el precursor Cerdá creó un océano de manzanas de edificios con amplísimos patios centrales que él pensó originariamente como espacios abiertos para jardines públicos, pero cuyo costo disuadió a la Administración local de su época— cupiera desarrollar, en estos nuevos tiempos de crecimiento económico y de asfixia de circulación rodada, un gran programa de recuperación combinativa de parques y aparcamientos que aliviase casi hasta la absorción la insufrible densidad del tránsito de vehículos. Desde los renovados conceptos expuestos por la resolución de la DGRN de 5 de abril de 2.002, esa posibilidad resultaría muy potenciada.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO

Doctor en Derecho. Abogado, socio-presidente de «Auren Abogados»

Notario jubilado y honorario, ex-Decano

del Ilmo. Colegio Notarial de Cataluña

Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia

y Legislación de Cataluña

Profesor invitado de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

DICTAMENES Y NOTAS

La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles

1. PLANTEAMIENTO

El régimen de cancelación de cargas por mandamiento judicial en el procedimiento ejecutivo común sobre bienes inmuebles está recogido principalmente en el artículo 674.2 LEC (también art. 642 LEC), derecho común que entiendo, como luego veremos, no exactamente idéntico al régimen de cancelación de cargas de la ejecución hipotecaria (art. 131 y sigs. LH, arts. 175.2 y 233 RH), también reformado en la Disposición Adicional novena de la LEC 1/2000.

A mi entender, el artículo 674.2 LEC es el protagonista de un nuevo régimen de coordinación entre procedimiento ejecutivo y Registro. El juez no sólo se apoya en el Registro desde el inicio y en el desarrollo del proceso ejecutivo, sino que, como culminación del mismo, está llamado a un juicio sumario de determinación del rango del crédito ejecutado en su conflicto con los demás créditos y gravámenes sobre el inmueble rematado, al que se refiere el artículo 674.2 LEC, que tiene un acceso directo al Registro y que determina el contenido del folio registral de que se trate.

La reforma procesal del procedimiento ejecutivo instaura un sistema de comunicación permanente entre el Registro y el Juzgado, fomenta el conocimiento y la participación de titulares registrales anteriores y posteriores en el proceso ejecutivo (identificados en la certificación de cargas), y tutela muy especialmente el tercer poseedor, especialmente si está identificado por el propio Registro (1).

(1) A tenor del artículo 659 LEC, el Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, lo que yo entiendo

El tema que hoy quiero comentar es la decisiva participación del juez en la ordenación del folio registral correspondiente al inmueble rematado, según el artículo 674.2 LEC, al ordenar y determinar las cargas registrales subsistentes sobre los inmuebles después del auto de adjudicación de inmuebles (modificando también, en este tema, la Disposición Final novena de la LEC, el régimen de la ejecución hipotecaria). La principal innovación de la nueva LEC, que ya estaba anunciada en la Reforma de la LEC, de 30 de abril de 1992, y en el Real Decreto 1386/1992, de 13 de noviembre, consiste en que el procedimiento ejecutivo no termina con el otorgamiento de una escritura pública en nombre del ejecutado, que será posteriormente calificada por el Registrador para su inscripción en el Registro, sino que la culminación del procedimiento ejecutivo es una determinación por el juez, *prima facie*, del rango del crédito ejecutado sobre el bien rematado tras el examen y calificación del régimen registral de la finca que resulta de la certificación de cargas (art. 656 LEC).

El juez debe establecer expresamente en el auto de adjudicación cuáles son las inscripciones y anotaciones, anteriores o posteriores que habrán de cancelarse (arts. 133 LH, 233 RH), lo que afecta a todo el folio, quedando subrogado el adjudicatario en los gravámenes anteriores o preferentes no cancelados (arts. 668.3, 669.2, 670.5 LEC). Y si no lo ha hecho en el auto de adjudicación, el juez debe justificar el régimen de cancelación de las cargas posteriores en el mandamiento de cancelación por un auto razonado, y no ordenarlo con una mera providencia (argumento a contrario ex art. 642 LEC) (2).

que ha de referirse a aquellos titulares registrales de derechos que hayan de extinguirse, es decir, a todos aquellos derechos «que por su rango deban declararse extinguidos al realizarse el crédito», como con más propiedad dispone el artículo 225 RH. Lo que significa que el propio Registrador realiza también una función previa de calificación del rango del crédito que se ejecuta al expedir la certificación de cargas, lo que sería ideal que constase en la propia certificación de cargas. El artículo 135 LH dispone que el Registrador debe comunicar al juez ante el que se sustancia un procedimiento ejecutivo, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución, lo que debe referirse, principalmente, a los asientos posteriores que pudieran ser preferentes de rango. No es exagerado decir que el procedimiento ejecutivo sobre inmuebles se sustancia en la contemplación del Registro de la Propiedad, por el protagonismo que adquiere la certificación de cargas en el inicio del procedimiento ejecutivo y el mandamiento de cancelación de gravámenes en su conclusión. El Registrador está actuando como un auténtico secretario judicial durante la ejecución, velando por la pureza del procedimiento ejecutivo y evitando la continuidad o dispersión de los procedimientos ejecutivos cuando, según el Registro, pudieran aparecer inscripciones o anotaciones contradictorias o relevantes para un proceso ejecutivo en marcha; y por su parte el juez, a través del mandamiento de cancelación, está sirviendo a la más perfecta adecuación de la realidad al Registro.

(2) Esta no es la opinión de AVILA NAVARRO («La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados», en *RCDI*, 2000, pág. 643 y sigs.), para quien el juez no puede entrar de oficio a dilucidar el orden de preferencia del crédito perseguido y el de los anteriores y poste-

Si la cancelación fuera automática, fundada en la mera prioridad registral, la cancelación la haría el Registrador mismo, por sí y ante sí en función de la prioridad pura y dura, lo que también podría ser función del Registrador si la prioridad resultase de títulos fehacientes. Pero entiendo que no es éste el caso; existiendo un previo debate contradictorio, aunque sea sumario, sobre el título y el derecho, y pudiendo ser oídos los titulares de asientos cancelados, es el Juez que conoce la ejecución el que debe valorar el rango y preferencia del crédito ejecutado y ordenar la cancelación consiguiente de los derechos posteriores o de rango inferior. El Registro y la escritura pública tutelan la prioridad formal, y el folio registral es en sí mismo un concurso formal de los acreedores, pero el juez determina, además, la preferencia efectiva en la medida que le conste y con los datos que le consten; y ello, *prima facie*, sin perjuicio de que los derechos puedan discutirse en el procedimiento que corresponda. Por eso hay un mandato de cancelación, porque la cancelación no es automática y porque el juez que la ordena no tiene por qué ajustarse necesariamente, aunque sea lo habitual que lo haga, a los principios de fehaciencia de las escrituras o de prioridad registral.

rios (pág. 658). Sin embargo, en mi opinión, como luego justifico en detalle, es esta justamente la función del mandamiento de cancelación, que no está necesariamente vinculado a la prioridad y rango registral. El mandamiento de cancelación, tanto en el procedimiento ejecutivo común como en el hipotecario, se produce a instancia de parte, es decir, del propio adjudicatario, o excepcionalmente a instancia de tercero interesado, que deberá solicitar individualmente las cargas que entiende deben cancelarse, pudiéndose negar el juez, razonadamente, y tras poder haber oído a los interesados, a cancelar las inscripciones o anotaciones posteriores que por ser preferentes en rango hayan de subsistir, y debiéndose notificar a los titulares de cargas extinguidas la purga o cancelación para que puedan ejercitar sus derechos en el procedimiento ordinario correspondiente. Dado que el mandamiento de cancelación no es un acto preceptivo, sino a instancia de parte, no debe haber inconveniente en inscribir directamente un auto de remate o adjudicación si no hay obstáculos registrales para ello, y aunque no haya mandamiento de cancelación, lo que dado el régimen preferencial de la hipoteca puede no ser necesario en el procedimiento de ejecución hipotecaria (aunque su carácter preceptivo se prevea en el art. 131.17 LH).

El mandamiento cancelatorio es el resultado de un auto de remate y adjudicación (art. 233 RH), que es el que propiamente transmite la propiedad del bien embargado, y la justificación del mandamiento de cancelación es la consideración del folio registral como una ficción de concurso simplificado en el que la valoración de su rango y preferencia sobre el bien ejecutado, en su conflicto con los demás créditos anotados y gravámenes inscritos sobre el mismo bien, en el nuevo proceso ejecutivo, debe formar parte del contenido de la sentencia de remate o de la justificación del mandamiento de cancelación. Parece correcto considerar que el mandamiento de cancelación será individualizado para las cargas anteriores a la certificación de cargas (véase también JURADO JURADO, «El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, 2000, pág. 3301). El mandamiento de cancelación es un acto procesal independiente y autónomo del remate y adjudicación, aunque no puede existir sin éste.

A mi juicio, el nuevo régimen de cancelación judicial de cargas no se basa exclusivamente en la prioridad registral. El mandato de cancelación puede anteponer la preferencia del crédito a la prioridad registral, principalmente cuando la preferencia se deriva del propio Registro, de la fehaciencia de documentos públicos que han servido de base a la inscripción, o cuando la preferencia ha sido reservada antes de la adjudicación, por ese gran desconocido y convidado de piedra del Derecho hipotecario, que es la anotación preventiva; asiento éste fantasmal y misterioso, sometido a una hamletiana contradicción ontológica (su ser o no ser), que es su doble naturaleza de tutela de la prioridad registral y garante de la preferencia extrarregistral. Pero la preferencia de un asiento posterior respecto de la prioridad registral del crédito ejecutado puede derivarse también de otras razones, como la determinación posterior del objeto o titular del derecho embargado (como una declaración de obra nueva o una sentencia firme posterior que prive del derecho al titular embargado). Finalmente, y según reiterada jurisprudencia, son oponibles al adquirente en una subasta judicial los actos de enajenación del embargado anteriores al embargo, aunque no consten registralmente, si el tercero de buena fe ha tomado posesión de los bienes con anterioridad al embargo y además el título de adquisición es fehaciente, oneroso y no sospechoso. Todas estas circunstancias, y alguna otra que luego analizamos, no se fundan propiamente en la prioridad registral y deben, en principio, tenerse en cuenta por el juez en el mandamiento cancelatorio (3).

2. EL MANDAMIENTO DE CANCELACION Y LA EFICACIA DE LAS ADJUDICACIONES JUDICIALES DE BIENES INMUEBLES

2.1. EL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA EFICACIA DE LAS ADQUISICIONES EN SUBASTAS JUDICIALES

Parece obvio que el régimen de cancelación de cargas ha de ser una proyección registral de la eficacia que se reconozca a las adquisiciones en subastas judiciales. Según una corriente jurisprudencial antigua y consolida-

(3) En el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria no hay mandamiento de cancelación, y por ello, según el artículo 236.1 RH, la escritura de remate o adjudicación es objeto de calificación registral, que debe controlar la legalidad del procedimiento de ejecución, siendo automática la cancelación de asientos posteriores, siempre que no sean de rango preferente al del ejecutado o cuestionen el derecho de éste o la identidad de la cosa. Sin embargo, sí tendrá que haber mandamiento de cancelación en los supuestos de convenio de realización (art. 640 LEC), o de realización por persona o entidad especializada (art. 641 LEC).

da, tras el remate, el adjudicatario no adquiere una propiedad *ex novo* sino la misma que tenía el embargado, con sus cargas reales manifiestas o inscritas, o las cargas personales que hayan reservado su rango por la anotación. Si el embargado no era propietario, nada adquiere el adjudicatario, pues la propiedad no se garantiza por la subasta; aunque está claro que después de la adjudicación se pueden desconocer todas las cargas personales que afectasen al embargado y que no hayan sido objeto de anotación preventiva sobre el bien adjudicado.

La doctrina mayoritaria ha mantenido, en base al régimen de cancelación de cargas en la ejecución hipotecaria (134 LH, art. 175.2 RH) o en el procedimiento ejecutivo común (art. 674.2, LEC 1/2000), que el mandamiento de cancelación está exclusivamente fundado en la prioridad registral, pues se debe ordenar la cancelación de todos los asientos posteriores, y niegan que pueda existir un derecho preferente constituido registralmente con posterioridad a la hipoteca o anotación del embargo que se ejecuta. Sin embargo ello significa, a mi juicio, contradecir la doctrina jurisprudencial consolidada referida, potenciar en demasía la eficacia de las adjudicaciones en subastas judiciales, en detrimento de la tutela jurisdiccional de la propiedad, y significa también consumir la dependencia del procedimiento ejecutivo respecto del Registro, que ni está establecida en las leyes ni se sostiene en principios objetivos de justicia (4).

(4) La opinión que sostiene que la cancelación de asientos posteriores es automática parece generalizarse después de la ley de reforma procesal 10/92. Así CORTÉS DOMÍNGUEZ y otros (*Comentarios sobre la reforma procesal*, Oviedo 1992, pag. 134), porque los titulares de derechos posteriores que sean preferentes deben velar por su mantenimiento a través de la oportuna tercería; en el mismo sentido MORAL MORO, *La subasta judicial de inmuebles*, Zaragoza, 2000, pág. 349 y sigs., para quien después de la reforma de 1992, no se distingue ya entre gravámenes preferentes y no preferentes, sino entre gravámenes anteriores y posteriores.

Después de la LEC 1/2000, la cuestión se plantea frontalmente en relación con la discusión sobre la eficacia de la anotación preventiva. Según ERDOZAIN, *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*, Pamplona, 2000, «con la LEC 1/2000, parece haberse impuesto definitivamente la teoría que otorga efectos absolutos al embargo anotado preventivamente frente a inscripciones o anotaciones posteriores (registralmente hablando) a aquella que sirvió para la ejecución, según el tenor literal del artículo 674.2» (pág. 114). Lo que este autor justifica por un criterio de publicidad y seguridad en los derechos adquiridos, y lo deduce también del artículo 670.5 LEC que establece la subsistencia de los gravámenes anteriores, no los anteriores y preferentes, deduciendo también de la nueva redacción del artículo 134 LH, que la orden de cancelación se funda exclusivamente en la prioridad registral. En la misma línea, TALMA CHARLES, *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001, considera, en una interpretación literal del artículo 674.2 LEC, que la cancelación se puede extender tanto al dominio como a las cargas posteriores, y dado que la preferencia de créditos es un problema sustantivo que no se puede ventilar en el seno de un proceso ejecutivo..., el juez de la ejecución, utilizando un criterio estrictamente cronológico, ordenará la cancelación de todos los asientos posteriores, sin entrar en distinguos

Es muy corriente añadir también que dado que se deben cancelar, después de la adjudicación, todas las inscripciones posteriores a la del crédito ejecutado, debe deducirse que el titular extrarregistral pierde su derecho después de la inscripción registral de la adjudicación y del correspondiente mandamiento de cancelación de cargas si no ha ejercitado a su tiempo, durante la ejecución, la

sobre privilegios o preferencias (con cita de las Resoluciones de 22-11-88 y 7-5-99) (pág. 560 y sigs., también, pág. 652). Otros autores mantienen similar opinión: según NADAL GÓMEZ, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid, 2001, las inscripciones posteriores a la anotación preventiva serán canceladas como consecuencia del mandamiento de cancelación por riguroso orden de prioridad (págs. 170 y 278). Y tal es también la opinión de UCEDA OJEDA (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Barcelona, 2000, art. 647, pág. 3070 y sigs.), «pues la defensa que pueden tener tales acreedores, que se consideran preferentes, no puede ser otra que la contenida en las normas que regulan la tercería de mejor derecho, mientras se sustancia el procedimiento de adjudicación»; sin embargo, este autor, en el comentario del artículo 670.5 (pág. 3063 de la misma obra) habla de subrogación en los gravámenes preferentes, y lo mismo en el comentario al artículo 658 (pág. 3035), seguramente porque considera el término preferente análogo al anterior. Por su parte, DE LA OLIVA, Díez PICAZO, VEGAS (en *Derecho Procesal Civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, Madrid, 2000, pág. 275 y sigs.), después de sentar, con muy buen criterio, que no es lo mismo cargas anteriores que preferentes, concluyen sin embargo que «el criterio para determinar las cargas que subsisten es, por tanto, puramente registral: habrá que atenderse al orden en que los gravámenes aparecen anotados o inscritos en el Registro», lo que se justifica por ser un parámetro «objetivo y fácil de manejar» (con la sola excepción, que examinan a continuación, de deudas tributarias, de la comunidad de propietarios, o salariales superprivilegiadas que se pueden ejercitar también sobre el tercer adquirente).

Tal parece ser la opinión predominante de la doctrina registral: MANZANO SOLANO, «Publicidad registral en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, 2001, pág. 2089, opina que como consecuencia de la publicidad registral, la adjudicación implica la pérdida del dominio por parte del dueño de la finca hipotecada; GÓMEZ GALLIGO, «La normalización del derecho hipotecario procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, 2000, opina que como la LEC considera eficaz el embargo de bienes no pertenecientes al ejecutado, si el verdadero titular no interpone una tercería antes de la enajenación o adjudicación, el rematante o adjudicatario de buena fe adquiere el bien de modo irreivindicable (pág. 1875); ÁVILA NAVARRO, cit., pág. 659, opina que para que no se cancelen los derechos preferentes posteriores han de ser alegados en el procedimiento ejecutivo; y por su parte JURADO JURADO, cit., afirma que se cancelan las anotaciones preventivas posteriores aunque lo sean por créditos preferentes, con cita de la Resolución de 22-11-88 (pág. 3305). Tampoco es acertada, a mi juicio, la opinión de ARNAIZ («La anotación preventiva de embargo en la LEC 1/2000, de 7 de enero», en *RCDI*, 2001, pág. 1555 y sigs.), de que el ejecutante que conoce un procedimiento ejecutivo en marcha tiene obligación de intervenir en él, porque la anotación preventiva posterior no le protege su privilegio y está llamado a decaer como consecuencia del nuevo régimen de cancelación de cargas, concluyendo (pág. 1570) que el adquirente de fecha anterior al embargo que no ejercita la oportuna tercería (por no ser diligente) queda en la misma situación que el anotante posterior. Sin embargo no es una opinión unánime, pues, por ejemplo, RIVAS TORRALBA, *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*, Madrid, 2001, pág. 144 y sigs., sostiene, con muy buen criterio, que deben subsistir, aunque sean posteriores, aquellas cargas que gocen de mejor rango que el gravamen que se ejecuta, aunque luego no desarrolla en detalle cuáles han de ser estas cargas de mejor rango que deben subsistir.

correspondiente tercería. Según esta corriente, que se sostiene con particular énfasis en la ejecución hipotecaria, no se puede ejercitar después de la adjudicación la tercería o reivindicatoria cuando el titular registral embargado no sea el titular real o cuando la adquisición del tercero se corresponda a una enajenación anterior no inscrita. Se considera, en definitiva, al adjudicatario, según el Registro (es decir, que ha embargado a un titular registral y después inscribe la adjudicación) como a un tercero hipotecario (5).

Está claro sin embargo que la jurisprudencia no reconoce ni al anotante de un embargo, ni tampoco al adjudicatario de una subasta judicial, que adquiere del titular registral embargado la condición de tercero hipotecario. Ni siquiera en la ejecución hipotecaria el adjudicatario que inscribe es considerado un tercero hipotecario. La pertenencia al embargado de los bienes ejecutados es un presupuesto de eficacia del procedimiento ejecutivo (art. 593, LEC 1/2000), en consecuencia el adjudicatario no adquiere nada si el embargado no es el propietario real de la cosa, aunque el embargado fuera titular registral. El propietario sólo pierde su propiedad a consecuencia de un embargo por deudas que no son propias, esto es, no puede ejercitar la acción reivindicatoria, si el adjudicatario adquiere después del remate los bienes de modo irreivindicable (art. 594 LEC), lo que sucede sólo en supuestos muy excepcionales por aplicación de la doctrina de la inoponibilidad de títulos no inscritos, y la doctrina del tercero hipotecario ha sido drásticamente restringida por la jurisprudencia en su aplicación a las subastas judiciales (6).

(5) Por ejemplo, PARDO NÚÑEZ, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Madrid, 1997, pág. 112, sostiene que la constitución de hipoteca está protegida por la fe pública registral, y que por ello se convalida la falta de dominio del titular registral. Sobre si la constitución de hipoteca se impone a la anotación preventiva de embargo aunque sea de fecha posterior a ésta (también, pág. 138 y sigs.), especialmente si el crédito que garantiza la hipoteca es fehaciente y anterior al embargo, sostiene que es una postura que no puede aceptarse, porque prestaría poca seguridad a las adjudicaciones judiciales (pág. 139), y resultaría un sofisma, pues la retroactividad, contraria a los principios del derecho registral, contradice el artículo 1.972.2 del Código Civil, y sólo afectaría a las adquisiciones en subastas judiciales. También RENTERÍA, *Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de enajenaciones anteriores a la anotación preventiva de embargo*, «libro homenaje a CHICO ORTIZ», Madrid, 1995, pág. 775 y sigs., sostiene una postura similar pero desde la perspectiva del artículo 1.875 del Código Civil, pues la eficacia de la hipoteca es oponible a cualquier poseedor. Recientemente, y bajo la vigencia de la nueva LEC, RIVAS TORRALBA, *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*, Madrid, 2001, afirma, examinando los posibles medios de defensa del verdadero dueño frente al adjudicatario, que la irreivindicabilidad se da cuando el adjudicatario reúna los requisitos del artículo 34 LH, si el rematante inscribe su adquisición, salvo la falta de buena fe de éste si conoció antes del remate que los bienes no pertenecían al embargado, y sin perjuicio de poder promover la nulidad del procedimiento ejecutivo (pág. 33 y sigs.).

(6) Como digo, según una jurisprudencia reiterada, no adquiere la condición de tercero hipotecario ni el anotante de un embargo, ni el adjudicatario que inscribe su derecho, aunque adquiera de un titular registral. Postura tradicionalmente sostenida tam-

En mi opinión, como consecuencia del sistema de tutela jurisdiccional de la propiedad, el propietario es defendido frente a los embargos o adjudicaciones de sus bienes por deudas que no sean propias. La acción ordinaria es la tercería de dominio dentro del proceso ejecutivo. Pero el propietario, no sólo puede oponerse a una ejecución comenzada mediante la tercería de dominio, sino que aun después del remate y adjudicación puede reivindicar los bienes frente al adjudicatario de una enajenación judicial forzosa, tanto frente a adjudicaciones en los procedimientos ejecutivos singulares como universales, y ello aunque la adjudicación se inscriba en el Registro (pues el adjudicatario no es tercero registral y no se debe considerar tercero hipotecario). La doctrina del tercero hipotecario es excepcional porque supone una expropiación del propietario sin indemnización y contradice la tutela jurisdiccional de la propiedad, y la doctrina jurisprudencial, con gran sentido jurídico, no la aplica para potenciar la eficacia de las subastas judiciales. El procedimiento ejecutivo no es un régimen de adquisición originaria de los bienes, sino derivativa; y el adjudicatario de una enajenación forzosa no adquiere más propiedad que la que tenía el titular de los bienes que se embargaron y adjudicaron.

El carácter derivativo de las adquisiciones en subastas judiciales es un presupuesto necesario de la propia coherencia del complejo sistema de ejecuciones singulares que existe en el ordenamiento moderno, pues si puede haber una multiplicidad de ejecuciones civiles, laborales y administrativas, simul-

bién por la doctrina hipotecaria y civil (véase, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, II, Barcelona, 1995, pág. 267 y sigs., TALMA CHARLES, pág. 315 y sigs., ERDOZAIN LÓPEZ, pág. 62, con estudio detallado de la doctrina hipotecaria sobre este punto. Ver también el detenido estudio jurisprudencial sobre este punto en SARMIENTO RAMOS, *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, Madrid, 1993, pág. 213, con cita de la más antigua jurisprudencia en nota 13).

En las adjudicaciones judiciales de inmuebles, según la STS de 19 de noviembre de 1992 (Ar. 9143), el que embarga al titular registral y anota su embargo en el Registro de la Propiedad no adquiere la condición de tercero hipotecario, y en consecuencia cabe reivindicar la propiedad del adjudicatario y demostrar, aún después de la enajenación judicial, que la cosa no pertenecía al titular registral. La STS de 8 de marzo de 1993 (Ar. 2052) declara que si la cosa embargada no era del ejecutado, por haberse vendido a terceros que habían adquirido la propiedad públicamente antes del embargo, el remate es nulo y no se aplican al adquirente en subasta judicial los artículos 34 LH y 1.473 del Código Civil, aunque inscriba en el Registro el remate. El antiguo propietario sigue siendo propietario a pesar de la subasta judicial o el apremio administrativo (Doctrina jurisprudencial reiterada incesantemente: SSTS 19 de noviembre de 1992, Ar. 9143; 8 de marzo de 1993, Ar. 1993; 23 de febrero de 1995, Ar. 1701; 10 de diciembre de 1996). Sin embargo, la más reciente jurisprudencia parece dudar, en cuanto respecta al adjudicatario que inscribe, si el embargado era titular registral y el adjudicatario continúa el tracto. Así le reconoce la condición de tercero hipotecario la STS de 31 de marzo de 1991 (Ar. 2793); por su parte, la STS de 19 de mayo de 1997, en una argumentación incidental, que no constituye la *ratio decidendi* del caso, distingue entre el anotante y el adjudicatario, considerando que el anotante no está protegido por la fe pública registral, pero el adjudicatario que inscribe, sí.

táneas y en conflicto entre sí, y si la tercería de dominio está encaminada exclusivamente a levantar el embargo y no declara derechos (art. 601, LEC 1/2000), no se puede sostener que el procedimiento ejecutivo o la adjudicación de bienes tras una subasta judicial son un modo originario de adquirir la propiedad. Si el propietario no participa en el procedimiento ejecutivo, oponiéndose a la adjudicación por medio de la tercería de dominio cuando se embargan sus bienes por deudas ajenas de las que no responde, no por ello pierde la propiedad de los bienes adjudicados, pues aunque el embargo le hubiera privado de la posesión, aún le debe quedar la posibilidad de reivindicarlos del tercero adjudicatario.

Ello es consecuencia también de la naturaleza de los procesos de ejecución. El proceso ejecutivo ordinario como los procedimientos universales (concurso, quiebra, partición y liquidación hereditaria) son liquidatorios y por ello sin declaración de derechos que quedan reservados al procedimiento ordinario (art. 603 LEC), el adjudicatario debe aceptar la subsistencia de todos los gravámenes anteriores (art. 670.5 LEC), lo que comprende todos aquellos, no sólo los registrales, que hayan de subsistir, y el principal que antecede y sustenta el sistema es la propiedad. Por ello, creo que está claro y es evidente que el propietario no pierde su propiedad tras el embargo al titular registral y porque los bienes estén incursos en un procedimiento ejecutivo por deudas de dicho titular registral, y sean luego adjudicados a un tercero. Ni siquiera puede decirse que la participación en el ejecutivo como tercerista sea preceptiva para el propietario. Sólo pierde la propiedad el titular embargado si era efectivamente el propietario y su insolvencia es la causa legal y justa por la que se le priva de la propiedad (7).

A mí me parece además que esa postura está sometida a una contradicción ontológica, pues si la adjudicación judicial de bienes, tras la subasta pública, produjera la adquisición originaria *ex novo* de la propiedad, si existiesen varias adjudicaciones, la adjudicación preferente sería la última, y el sistema concursal carecería de coherencia, especialmente porque puede haber una multiplicidad de procedimientos jurisdiccionales distintos de ejecución (civil,

(7) La opinión contraria es la más común en la doctrina hipotecaria, aparte de la doctrina antes mencionada merece reseñar especialmente el planteamiento de PARDO NÚÑEZ, para quien «si media anotación de demanda, los adquirentes de derechos de la cosa litigiosa que no comparecen, no sólo se ven privados del amparo de la fe registral (excepción de fe pública), sino de todos los medios de defensa en sentido amplio de que podían servirse» (pág. 12). Pero esta opinión supone partir tanto de un deber de conocer el Registro como de una obligación de pleitear, que no está recogida en las leyes, y cuyo trasunto es una concepción de la jurisdicción al servicio del Registro. Por otra parte, olvida la tutela jurisdiccional de la propiedad. En mi opinión, el propietario está defendido en su derecho de propiedad por la Constitución, y por lo tanto no tiene obligación de comparecer en los pleitos para defender su derecho, ni tiene deber de conocer las situaciones registrales que se hayan pergeñado a sus espaldas.

laboral y administrativo), que pueden concurrir simultáneamente en el tiempo, y hay además una multiplicidad de ejecuciones administrativas en las que no se admiten o se restringen drásticamente las tercerías. Sin que tenga sentido que en caso de pluralidad de adjudicaciones deba ser preferido el adjudicatario que primero inscriba en el Registro su adquisición, porque ello haría del Registro el vigilante y señor de las ejecuciones, cuya primacía, entiendo, se debe dirimir por su preferencia material y no por la prioridad del acceso de una adjudicación al Registro (8).

El Registro presta coherencia al sistema concursal de los créditos, tanto en las ejecuciones singulares como universales cuando hay una pluralidad de procedimientos ejecutivos simultáneos, y también presta coherencia al régimen legal de las preferencias que han de quedar reservadas de algún modo cuando hay una pluralidad de ejecuciones en marcha o cuando concurren una pluralidad de adjudicaciones del mismo bien. Pero no instaura un sistema de adquisiciones a *non domino* fundada en el Registro y aplicable a las subastas judiciales.

Ante el problema de la posible concurrencia de ejecuciones y adjudicaciones simultáneas, el Registro da coherencia al sistema concursal de los créditos, no otorga *ex novo* la propiedad, y esa coherencia no se funda en la prioridad pura y dura y no puede aceptarse la preferencia indiscriminada de la primera adjudicación, sino que debe valorarse la preferencia efectiva del crédito ejecutado, especialmente cuando existe una reserva de rango por la anotación preventiva de embargo o de demanda. A mí me parece, por ejemplo, que la anotación preventiva presta coherencia al problema de la posible existencia de una pluralidad de adjudicaciones del mismo bien, pero no porque la primera anotación sea preferente, sino porque reserva los derechos y permite del propio Registro determinar la preferencia entre ellos. El mandamiento de cancelación debe, por ejemplo, respetar la anotación preventiva posterior que reserva un derecho preferente o que cuestiona el derecho del

(8) El supuesto de existencia de una pluralidad de adjudicaciones no es un supuesto de «laboratorio», sino que se plantea frecuentemente en la práctica. De la jurisprudencia más reciente, podemos destacar: en la STS de 25 de noviembre de 1996 (Ar. 8559), tras dos adjudicaciones del mismo inmueble por dos Juzgados de Primera Instancia, uno de Madrid y otro de Barcelona, la sentencia se decanta por la preferencia de la primera adjudicación (aunque caducó la anotación preventiva de la segunda), afirmando que el rematante de la segunda adjudicación (que fue el que primero inscribió en el Registro) carecía de buena fe porque debió conocer la primera adjudicación. La STS de 29 de julio de 1999 (Ar. 5909), en un supuesto similar, considera por su parte preferente el segundo adjudicatario, pues había cancelado por caducidad la anotación preventiva correspondiente a la otra adjudicación, y sobre todo porque la efectiva toma de posesión se produjo exclusivamente en favor del segundo adjudicatario. Por su parte, las SSTs de 24 de junio de 1997 (Ar. 5209), y 1 de septiembre de 1997 (Ar. 6376), reconocen al rematante que no inscribió su derecho en el Registro a levantar un embargo posterior del titular registral originario, si la adjudicación primera fue seguida de una efectiva toma de posesión.

titular registral o que cuestiona la identidad del bien mismo ejecutado. Pero todo ello no significa negar la realidad extrarregistral de la propiedad, ni hacer de la ejecución fundada en el Registro un modo originario de adquirir la propiedad. En definitiva, el rematante puede tener garantías de su preferencia por el Registro frente a otras ejecuciones en marcha, pero no tiene por el Registro una garantía absoluta de la titularidad del embargado (9).

2.2. EL DISTINTO RÉGIMEN DE CANCELACIÓN DE CARGAS EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO Y EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Debe recordarse que en el procedimiento ejecutivo que perfila la LEC no está llamada la anotación ni el orden de la inscripción, a resolver las cuestiones de derecho material que se plantean en la determinación de las preferencias entre adquirentes o adjudicatarios, y que no parece que en esta cuestión ni la reforma del Reglamento Hipotecario de 1992, ni la LEC 1/2000, hayan pretendido innovar, ni tampoco, en consecuencia, en el régimen de la cancelación de cargas; por ello, y dado que el procedimiento hipotecario no otorga derechos por sí mismo, en rigor, a mi entender, la cancelación de cargas

(9) El problema de la pluralidad de embargos y adjudicaciones se plantea sobre todo cuando entran en conflicto procedimientos ejecutivos iniciados por la jurisdicción civil, con procedimientos ejecutivos iniciados por la jurisdicción laboral; o cuando entran en conflicto ejecuciones comenzadas en la vía civil o laboral con procedimientos administrativos de ejecución por deudas tributarias o a la seguridad social, en los que además, ordinariamente, se limita de modo drástico la posibilidad de interponer tercerías. En todos estos supuestos, la anotación preventiva de embargo presta universalidad a la ejecución, y reserva el rango del derecho ejecutado aunque el inicio de la ejecución sea posterior. Puesto que la adjudicación transmite la propiedad, el conflicto y la preferencia de los créditos sólo se puede hacer valer antes de la adjudicación y previa anotación preventiva de una ejecución en curso, cuyo rango queda así reservado por dicha anotación (también se reserva el rango por la inscripción de hipoteca o una anotación de crédito refaccionario). Es común en la jurisprudencia encontrar ejercitada una reivindicatoria o declarativa de dominio frente a embargos o adjudicaciones efectuados por la administración tributaria o laboral en cuyos procedimientos es corriente que no se admitan ningún tipo de tercería incidental o excepciones causales (así, SSTs de 2 de octubre de 1985, 4 de febrero de 1986, 28 de febrero de 1986, 2 de octubre de 1986, etc.). También en procedimiento ordinario y sin ejercitar la tercería de mejor derecho puede discutirse paralelamente a una ejecución comenzada el privilegio y rango de un crédito, especialmente si un acreedor se encuentra con varias ejecuciones singulares ante jurisdicciones distintas, o si ha reservado su derecho por una anotación preventiva de embargo. Es representativa la STS de 1 de julio de 1992 (Ar. 4982), tras la suspensión de pagos de una naviera se discute en juicio ordinario el rango enfrentado de un crédito hipotecario por segunda hipoteca, los débitos a la hacienda pública y los privilegios salariales, el juicio ordinario se utiliza así para resolver el conflicto de varias jurisdicciones competentes en ejecuciones singulares y en la resolución del conflicto de varias adjudicaciones, en los casos en que ya no sea ejercitable la tercería de dominio o mejor derecho en el propio procedimiento ejecutivo.

posteriores sólo se puede referir a los asientos que traigan causa del titular registral embargado, puesto que el embargo y la adjudicación no constituyen derechos *ex novo* sino que transmiten el derecho que tenía el embargado.

La eficacia de la adjudicación en el procedimiento ejecutivo ordinario no se extiende a la inoponibilidad de títulos no inscritos, pues legalmente no puede aceptarse la ineficacia de las enajenaciones anteriores al embargo más que cuando el adquirente de subasta judicial adquiriera una propiedad irreivindicable (art. 594 LEC), y tal efecto de inoponibilidad de títulos no inscritos, como vamos a ver, sólo se reconoce jurisprudencialmente para la ejecución hipotecaria. Y este es el elemento fundamental de distinción entre el procedimiento ejecutivo común y el procedimiento de ejecución hipotecaria, lo que tiene una relevancia decisiva en el régimen de cancelación de cargas (10).

El artículo 674 LEC (y otros artículos concordantes del mismo cuerpo legal: arts. 658, 668.3, 669.2, 670.5 LEC) ordenan la cancelación de todas las inscripciones o anotaciones posteriores del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Pero... ¿qué ha originado el remate o la adjudicación?... A mi juicio no es la inscripción o anotación del derecho que se ejecuta lo que origina la adjudicación, sino el derecho mismo que se ejecuta. En la ejecución hipotecaria, en términos generales, inscripción y derecho coinciden porque la hipoteca es un derecho preferente (art. 1.923.3 del Código Civil) y que ha nacido por la inscripción. La preferencia crediticia de la hipoteca equivale al régimen de la inoponibilidad de títulos no inscritos (arts. 32 LH, 1.473 del Código Civil, cuestión que estudiamos con más de-

(10) La enajenación en subasta judicial por ser una adquisición derivativa cuya titularidad está ligada (es continuación) de la del transmitente, no garantiza el derecho de propiedad sobre la cosa subastada, no garantiza la identidad material del bien subastado, y no garantiza tampoco frente a las cargas reales manifiestas que pesan sobre la cosa adjudicada, o como hemos visto, frente a actos anteriores de enajenación de la cosa que sean públicos y no presenten sospecha de fraude. Sobre estos extremos existe una copiosa jurisprudencia. Respecto de la identidad material de la cosa subastada son corrientes las denegaciones de inscripción de ventas judiciales por la defectuosa descripción del bien embargado que no permite su correcta identificación (así STS de 11 de febrero de 1991, Ar. 1194). Respecto de las servidumbres manifiestas o defectuosa descripción del bien subastado se adquiere la finca que se embargó, y no tal como se describe en el Registro o en la publicidad de los edictos; en relación con la oponibilidad de la posesión al titular inscrito (art. 36 LH), por ejemplo, STS de 8 de febrero de 1991 (Ar. 1155), un ayuntamiento opone el carácter de enclave de propiedad privada de una finca enajenada judicialmente por deudas tributarias, lo que la sentencia admite. Lo mismo sucede con las cargas reales, aunque no sean manifiestas, así STS de 24 de marzo de 1993 (3306) contempla la hipótesis de subasta judicial de bienes que el plan de urbanización declara como de servicio público y que por ello no podía ser dedicado a edificación: la sentencia declara que incumbe al licitador investigar la cuestión de hecho antes de concurrir a la subasta, lo que significa el tratamiento del plan de urbanismo (o la afectación demanial del bien) como una carga pública preferente (con cita de la STS de 15 de diciembre de 1992, Ar. 10494), que el adquirente en subasta judicial tiene obligación de conocer.

talle en el epígrafe siguiente). Pero en el procedimiento ejecutivo común, lo que ha accedido al Registro es ordinariamente la anotación preventiva del embargo del crédito que se ejecuta, y la preferencia registral y extrarregistral del título ejecutivo pueden diferir sustancialmente. Esto significa, a mi entender, que en el procedimiento ejecutivo común, la preferencia y cancelación subsiguiente a la adjudicación no se deducen necesariamente de la prioridad temporal: los derechos que se deben cancelar no son los posteriores en el acceso al Registro, como podría deducirse de una lectura superficial del artículo 674 LEC y artículos concordantes que comento, sino los que sean de rango posterior al que se ejecuta. Y respecto del procedimiento ejecutivo común, la jurisprudencia reconoce también la eficacia de las enajenaciones anteriores del embargado si no son sospechosas y el adquirente ha tomado efectiva posesión de los bienes enajenados.

2.3. AMBITO PROPIO DE LA CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES:

PRIORIDAD, PREFERENCIA Y RESPETO A LA REALIDAD EXTRARREGISTRAL

¿Cuáles son los derechos de rango posterior cuya cancelación habrá de ordenarse? A mí me parece que, como principio, la prioridad registral ha de ser el criterio resolutorio de los conflictos de rango tras la adjudicación de un inmueble en una subasta judicial, y que en principio ha de ordenarse la cancelación de las inscripciones (enajenaciones o hipotecas) posteriores al derecho que se ejecuta (una hipoteca o una anotación de embargo), pero este criterio no puede elevarse a categoría dogmática cuando prioridad y rango no coinciden, o cuando es cuestionada la identidad de la finca embargada o la titularidad del titular registral, o cuando el titular registral ha enajenado los bienes embargados antes del embargo, o cuando no es poseedor de la finca embargada.

A mi entender en la interpretación del artículo 670.5 LEC (referido al procedimiento ejecutivo común y no al hipotecario, que es más riguroso en el régimen de cancelación de cargas posteriores) la determinación de la subsistencia de gravámenes anteriores (el artículo no dice anteriores a qué, y por eso no puede ser un término temporal de comparación) tras la aprobación de remate y adjudicación de bienes al acreedor no puede significar que sólo deban subsistir los gravámenes y cargas de fecha registral anterior a la adjudicación misma, sino que se refiere a que pueden o deben subsistir todas las cargas preferentes en rango al derecho por el que se adjudica o cuando la anotación preventiva cuestiona la identidad o titularidad. Y no son preferentes en rango exclusivamente las inscripciones anteriores. La preferencia de rango puede derivarse bien de la constancia posterior al asiento que se ejecuta de la exacta identidad material de la finca, como puede ser la constancia de

la obra nueva o exceso de cabida (arts. 113, 134 LH y 215 RH), o de sentencias judiciales posteriores que nieguen o limiten el derecho del titular registral como, por ejemplo, cuando conste registralmente con posterioridad que el titular registral ha sido privado de la propiedad de la finca registral adjudicada o de parte de ella por sentencia firme en procedimiento de reivindicación o declaración de dominio; y también deben subsistir asientos posteriores que traigan su causa de preferencia en el propio Registro o en un asiento registral anterior, como el ejercicio de una opción de compra o retracto que consten registralmente con anterioridad al derecho que se adjudica (11).

Yo entiendo, como he dicho, que pueden subsistir también otras cargas posteriores. Sin ánimo de ser exhaustivo pueden subsistir otras cargas posteriores, como afecciones reales registralmente manifiestas que no sean incompatibles con la inscripción registral que se ejecuta, como la anotación preventiva posterior de un crédito refaccionario que es preferente, o la anotación posterior de un crédito escriturario anterior que también puede ser preferente mal que ha causado la ejecución. También deben subsistir las cargas reales no manifiestas pero públicamente constituidas que sean oponibles (como una servidumbre aparente), enajenaciones públicas del titular registral que el adjudicatario haya debido conocer (ventas anteriores a la anotación de embargo o inscripción del titular registral que no sean sospechosas), adjudicaciones judiciales anteriores de la finca adjudicada o parte de ella o de un derecho real sobre la finca, que se hayan hecho constar en el Registro aunque sea por una anotación preventiva que ampare la preferencia de la adjudicación posterior, derechos personales que hayan reservado su rango por una anotación preventiva anterior a la adjudicación aunque sea posterior a la anotación preventiva del crédito que se ejecuta, y derechos personales constituidos por el titular registral o terceros anteriores a la adjudicación que sean oponibles al adjudicatario (por ejemplo, arts. 661 y 675 LEC).

3. SUPUESTOS MAS IMPORTANTES DE SUBSISTENCIA DE ASIENTOS POSTERIORES

3.1. LA ENAJENACIÓN POR EL EMBARGO DE LOS BIENES EMBARGADOS CON ANTERIORIDAD AL EMBARGO Y EL RÉGIMEN DE CANCELACIÓN DE CARGAS

La preferencia se determina, en primer lugar, en la realidad posesoria que el embargante y el juez deben investigar, pues el embargo no debe ser algo

(11) Sobre el tema puede verse: MANZANO SOLANO, cit., pág. 2099; GARCÍA GARCÍA, *Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Madrid, 1994, pág. 281.

teórico e ideal, sino que debe o puede entrañar una efectiva toma de posesión del bien embargado (12).

Si, por ejemplo, el titular registral no es propietario por haber enajenado el bien embargado con anterioridad al embargo, aunque dicha enajenación no conste en el Registro, si la inscripción posterior a la anotación de embargo que se ejecuta se corresponde a una adquisición anterior indubitada de la propiedad acompañada de toma de posesión, y que no ofrece sospecha alguna, dicha inscripción habrá de respetarse, pues el juicio ejecutivo se ha iniciado en este caso embargando a un no propietario, que tampoco era poseedor, y por ello la adjudicación no puede tener efecto alguno respecto del mismo, porque la adjudicación no es un modo originario de adquirir la propiedad, aunque se haga según el Registro. La propiedad como realidad es anterior al embargo y al Registro, y está definida por la posesión, por ello si no se comprobó efectivamente la realidad posesoria del inmueble con anterioridad a la adjudicación, y el juez viene a descubrir en el momento de la adjudicación que una inscripción posterior se corresponde con un derecho anterior cuya realidad y fehaciencia, también anterior, no ofrece duda, entiendo que no deberá ordenar la cancelación de esa titularidad aunque sea registralmente una inscripción posterior. El carácter derivativo de las adquisiciones en subastas judiciales es el que explica el régimen de cancelación de cargas en este caso. Se deben cancelar todas aquellas inscripciones o anotaciones que traigan causa del titular registral embargado y sean posteriores a la anotación de embargo que se ejecuta, siempre que no se correspondan con derechos anteriores indubitados y públicamente constituidos. La primera causa de preferencia puede derivarse de una enajenación anterior del embargado seguida de una entrega efectiva de la posesión del bien embargado con anterioridad al embargo (13).

(12) Sobre este punto insisten particularmente los procesalistas que sostienen que los efectos de persecución y prioridad de la declaración judicial de embargo de un bien se sustentan en el acto judicial que ordena la traba (CARRERAS, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pág. 140; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, Valencia, 2000, pág. 538 y sigs.), a mí me parece que los efectos del embargo se derivan principalmente de la desposesión efectiva del embargado y de la anotación del embargo en el Registro, y no del acto público de embargo mismo, puesto que el embargo no es en sí mismo sino una expectativa a recibir el producto de la enajenación de los bienes embargados (art. 613 LEC), y el acto del embargo no tiene por sí ninguna publicidad. A mí me parece que es la desposesión o la publicidad que el embargo consigue por la posesión o la anotación la que hace la adjudicación preferente a los compradores posteriores al embargo o a los titulares de créditos posteriores no anotados.

(13) Sobre el tema existe copiosa jurisprudencia, entre la más reciente puede citarse: La oponibilidad de una adquisición fundada en documento público seguido de toma de posesión, que no ha sido inscrito en el Registro respecto de una anotación posterior, se sienta en la STS de 19 de mayo de 1997 (Ar. 3887).

Pero esta causa de preferencia parece que sólo se aplica al procedimiento ejecutivo común. Como hemos dicho antes, el régimen de la ejecución hipotecaria es singular, pues en la misma no se admiten la oponibilidad de los actos de enajenación del embargado, aún anteriores a la inscripción de hipoteca, si no están inscritos, lo que significa desconocer la posesión contraria aunque sea anterior (art. 36 LH). La razón es que la jurisprudencia aplica a la hipoteca, y sólo a la hipoteca, el régimen de la inoponibilidad de títulos no inscritos (art. 32 LH), que supone desconocer las enajenaciones anteriores a la hipoteca del bien hipotecado, si el que constituyó la hipoteca era el titular registral del bien hipotecado; mientras que en la ejecución ordinaria si el titular registral ha enajenado el bien embargado, dicha enajenación puede ser oponible al adjudicatario (14).

También existe una copiosa jurisprudencia que admite la oponibilidad de un documento privado de venta seguido de toma de posesión. Así, STS de 23 de febrero de 1995 (Ar. 1701), en la que se establece que el comprador en documento privado de 9 de agosto de 1979, que ha pagado íntegramente el precio y recibido la posesión de la cosa, puede levantar el embargo al titular registral, aunque sea por créditos tributarios devengados con anterioridad a la venta, cuando la anotación preventiva del embargo interesado por la recaudación de tributos del Estado es de 24 de marzo de 1987. STS de 2 de diciembre de 1996 (Ar. 9220), el comprador de dos apartamentos en documento privado de 4 de abril de 1986, que acredita haber pagado íntegramente el precio y la toma de posesión efectiva en febrero de 1987, puede levantar el embargo a favor de la Caja de Ahorros de Baleares (Sa Nostra), anotado el 24 de abril de 1989. Y en el mismo sentido, STS de 18 de abril del 2000 (Ar. 2158), declara la preferencia de una venta en documento privado frente a un embargo por débitos a Hacienda anotado posteriormente.

Por el contrario, la jurisprudencia no admite que se pueda levantar el embargo si no consta la toma de posesión del adquirente con anterioridad a la anotación del embargo (SSTS de 21 de marzo de 1998, Ar. 1511; 14 de julio de 1998, Ar. 5548).

(14) La eficacia de la ejecución hipotecaria se muestra mucho más radical en la jurisprudencia del TS (eficacia ofensiva), que la ejecución ordinaria precedida de una anotación preventiva de embargo. Las SSTS de 30 de noviembre de 1987 (Ar. 8710) y 14 de junio del 2000 (Ar. 4413), establecen la preferencia del acreedor hipotecario ejecutante frente al comprador en documento privado seguido de toma de posesión anterior a la constitución de la hipoteca, sin hacerse cuestión de la doctrina de la oponibilidad de la posesión a la inscripción registral o si el titular registral conoció o debió conocer la posesión contraria (arts. 36 y 38 LH). La doctrina incide también en este punto. La publicidad de la hipoteca (eficacia ofensiva) prevalece incluso contra una venta anterior no inscrita; porque ello es una exigencia ineludible de la seguridad del crédito hipotecario (sistema de inoponibilidad frente a la hipoteca de títulos no inscritos). RENTERÍA (*Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de enajenaciones anteriores a la anotación preventiva de embargo*, «libro homenaje a CHICO ORTIZ», Madrid, 1995, pág. 775 y sigs.) subraya, comentando la normativa anterior a la reforma de la LEC, que el propio artículo 1.923 del Código Civil, distingue entre los créditos hipotecarios y los anotados, pues la eficacia ofensiva frente a los actos anteriores sólo es predicable de la hipoteca (art. 1.923.3.º del Código Civil), mientras que la anotación preventiva sólo otorga preferencia (art. 1.923.4.º) «en cuanto a créditos posteriores», opinando, en base al artículo 1.876 del Código Civil, que por la inscripción el acreedor hipotecario puede hacer valer su derecho frente a cualquier poseedor, lo que supone potenciar radicalmente la eficacia de la inscripción de hipoteca. SERRERA CONTRERAS, «La anotación preventiva de embargo,

La anotación preventiva del embargo no es en este punto asimilable a la hipoteca, pues según la jurisprudencia mayoritaria, la anotación preventiva sólo reserva el rango frente a los actos posteriores a la misma, lo que significa que no se desconoce la posesión pública anterior, mientras que la hipoteca se define como un rango preferente entre todas las inscripciones, y aún oponible a una posesión contraria anterior, lo que, como hemos dicho, es consecuencia de su preferencia (art. 1.923.3 del Código Civil). Y ello tiene su trascendencia en un régimen de cancelación de cargas posteriores mucho más radical (art. 134 LH) (15).

¿aun en ascensión?», en *RCDI*, 2001, pág. 1137 y sigs., subraya cómo el régimen de cancelación de cargas es más radical en el ámbito de la hipoteca (art. 134 LH) que en el del ejecutivo ordinario (art. 689 LEC), y dicho autor, en caso de embargo a quien no sea titular registral por haber adquirido en momento anterior a la anotación de embargo, da por supuesto que su adquisición es inscribible y se remite al régimen del tercer poseedor. Por el contrario, RIVAS TORRALBA, cit., pág. 143 y sigs., y pág. 193 y sigs., sostiene que el régimen de cancelación de cargas ha de ser idéntico en la ejecución ordinaria y en la ejecución hipotecaria. A mi entender, el artículo 696 LEC, que no admite tercerías de dominio en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sino en virtud de un título inscrito anterior, se justifica también en el régimen de inoponibilidad de títulos, que es la clave de la distinción del régimen de cancelación de cargas en el procedimiento ejecutivo común y el hipotecario. Por otra parte, la nueva redacción del artículo 134 LH ordena un régimen especial de cancelación en la ejecución hipotecaria de todas las cargas, gravámenes e inscripciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta que no se puede extender a las ejecuciones fundadas en una anotación de embargo (MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2001, pág. 961), lo que, como ya he dicho, se funda en la especial preferencia de la hipoteca.

La eficacia ofensiva de la inscripción hipotecaria parece también haberse proyectado en el propio procedimiento de ejecución en el ámbito reconocido al tercer poseedor. Con anterioridad a la reforma de la LEC 1/2000, la STS de 17 de junio de 1986 (Ar. 3659) se plantea el problema de la relación del acreedor hipotecario ejecutante frente al tercer poseedor. Se pide la nulidad de un procedimiento hipotecario en aplicación del párrafo 1, regla 3, del artículo 131 LH, por haberse vendido la finca hipotecada en escritura pública antes del inicio del procedimiento de ejecución y no haber sido parte ni citado en dicho procedimiento el tercero adquirente; la sentencia declara que el requerimiento del pago al tercer poseedor sólo es preceptivo a quienes figuran en la certificación de cargas, e idéntica doctrina se sienta en las SSTs de 1 de febrero de 1990 (Ar. 651) y 3 de mayo del 2000 (Ar.3383), dichas sentencias tienen en común el desconocer la situación posesoria si no consta del propio Registro en la ejecución hipotecaria, y que es dudoso que se pueda aplicar al régimen de la ejecución ordinaria (pues la redacción, después de la reforma del art. 132.1 LH es más rigurosa que la correlativa de los arts. 685.1 y 686 LEC). Aunque la STS de 20 de diciembre de 1999 (Ar. 9140), afirma que si los terceros poseedores hicieron conocer su condición de tales a la entidad bancaria ejecutante, el procedimiento es nulo si no fueron requeridos de pago antes de la adjudicación.

(15) Según ERDOZAIN, la anotación preventiva de embargo, en cuanto situación jurídica registrable, debe beneficiarse de los efectos de prioridad en el sentido previsto en el artículo 32 LH (pág. 145). Sin embargo, como ya he puesto de manifiesto, la jurisprudencia distingue entre la inscripción de hipoteca y el asiento de anotación preventiva, y sólo a la inscripción de hipoteca aplica la inoponibilidad de títulos no inscritos, por lo que el que ejecuta en un procedimiento ejecutivo común debe investigar la situación posesoria

En definitiva, y resumiendo, en coherencia con esta doctrina jurisprudencial, en el ejecutivo ordinario no se debe cancelar automáticamente la inscripción posterior que puede corresponder a una propiedad legítimamente adquirida con anterioridad, mientras que en la ejecución hipotecaria se cancelarán las inscripciones posteriores a la inscripción de hipoteca por la naturaleza preferente de la misma entre los créditos privilegiados (los créditos preferentes a la hipoteca no se sustancian por la inscripción registral), y porque la jurisprudencia aplica a la hipoteca el régimen de la inoponibilidad de títulos no inscritos, lo que permite desconocer inscripciones posteriores aunque se correspondan a derechos anteriores (16).

3.2. LA EXISTENCIA DE UNA PLURALIDAD DE ANOTACIONES PREVENTIVAS SOBRE EL BIEN EJECUTADO

Existiendo una anotación de embargo, no se cierra el Registro a la posible existencia de otras anotaciones de embargo posteriores, porque la anotación de embargo no cierra el Registro (art. 71 LH). Por ello, siempre que haya una pluralidad de anotaciones de embargo, en mi opinión, el crédito preferente en rango aunque sea posterior deberá ser salvado en el momento de la cancelación de cargas, y sin perjuicio de la adjudicación y entrega efectiva del bien al rematante en el proceso de que se trate.

En efecto, la adjudicación como la venta sólo libera el bien adjudicado de las cargas personales que le gravaban en el patrimonio del deudor, pero no de las cargas reales manifiestas que afectan al bien adjudicado, o de las personales o reales si resultan manifiestas del propio Registro a través de la anotación preventiva. Efectivamente la anotación preventiva no cierra el Registro a otras anotaciones preventivas posteriores (art. 71 LH), por lo que no se puede negar la eficacia preventiva de unas anotaciones posteriores de créditos preferentes, o de la propiedad o derecho real sobre la cosa embargada porque justamente la reserva de derechos frente a una enajenación o adjudicación es

de la finca en el momento de la ejecución, no bastándole la mera consulta del Registro, pues según la interpretación jurisprudencial de la eficacia de la anotación preventiva, el artículo 674 LEC no determina un efecto prioritario radical, y la venta anterior del embargo es oponible aunque no esté inscrita, no sólo por la vía de la oportuna tercera sino aun después de la adjudicación, por la oportuna reivindicación o acción declarativa de dominio.

(16) El artículo 658 LEC trata al adquirente que inscribe su derecho con posterioridad a la anotación de embargo como un tercer poseedor, pero ello no impide que si acredita que su derecho es anterior al embargo y que ha habido una efectiva entrega posesoria de la cosa, pueda levantarse el embargo o establecerse la preferencia de su inscripción, pues se habría tratado de un embargo o procedimiento ejecutivo de bienes que no pertenecían al embargado (véase, art. 593 LEC).

la esencia de la anotación preventiva, máxime cuando el asiento de anotación caduca, y por ello no tiene sentido la cancelación intempestiva de anotaciones que reservan derechos preferentes (17).

El concurso y la preferencia están, en mi opinión, presentes en toda adjudicación a través de la anotación de embargo o de demanda, y por lo tanto son oponibles al adquirente en subasta judicial las adjudicaciones posteriores, si existe la previa anotación, y dicha anotación reserva un derecho de rango superior al ejecutado. Reserva que se podrá hacer efectiva aunque sea posterior a la del bien ejecutado, si se refería a la propiedad o derecho real sobre el bien embargado (en el caso de una anotación preventiva de demanda), o si se refería a un derecho de crédito que haya de resultar preferente sobre el embargado (18).

A mi entender, la resolución del conflicto entre preferencia y prioridad que resulta de la concurrencia de varias anotaciones de embargo sobre el mismo bien, puede ser fácil de determinar en ocasiones, cuando la preferencia extrarregistral del derecho anotado es fehaciente, en especial cuando una anotación preventiva posterior se refiere a un derecho de mejor rango (personal o real) que el que ha originado el remate y que es fehaciente (19).

(17) Los anotantes posteriores serán en principio notificados de la ejecución del crédito anotado anteriormente (art. 659 LEC) y si tienen un crédito preferente podrán ejercitar la oportuna tercería para cobrar con anticipación su crédito; pero si no la ejercitan, entiendo que aun pueden reclamarlo en juicio ordinario, o instando una nueva ejecución posterior de su derecho preferente, situación que no puede durar indefinidamente porque la anotación preventiva es un asiento de vigencia temporal que caduca, y ello implicará la inoponibilidad al adjudicatario del derecho reservado en la anotación. El propio artículo 657 LEC, referente a la subasta de bienes inmuebles, está dando por supuesto que pueden existir derechos personales, por créditos anteriores y preferentes que subsisten tras la subasta si han reservado su rango registralmente, con independencia de que su constancia registral sea posterior.

(18) La STS de 12 de marzo de 1992 (Ar. 2171) plantea la acción declarativa de dominio de un banco adjudicatario de bienes en una subasta judicial, frente a la adjudicación anterior en ejecución laboral, reconociendo el derecho preferente del banco por el carácter anterior de la anotación preventiva, y aunque los adjudicatarios primeros no intervinieron en el procedimiento civil de ejecución. Se trata, según la sentencia, de «terceros poseedores» que no demuestran derecho preferente. Esta sentencia muestra cómo el juicio ejecutivo no produce efecto de cosa juzgada y por tanto el juicio plenario valora, aún después de la adjudicación tras la subasta judicial, el rango del crédito subyacente pero siempre y cuando se haya hecho reserva del derecho por la anotación preventiva; un mero crédito escriturario no inscrito ni anotado no sería oponible después de la adjudicación aunque fuese de rango preferente. La enajenación judicial libera al bien embargado de todas las cargas de naturaleza personal que no se hayan inscrito o que no se hayan hecho valer oportunamente en el proceso ejecutivo por la oportuna tercería.

(19) Imaginemos, por ejemplo, un juicio ejecutivo fundado en un crédito escriturario; a la hora de redactar el mandamiento de cancelación consta por la certificación de cargas que la finca embargada está afectada a una anotación preventiva de embargo posterior, por otro crédito escriturario, pero que tal crédito escriturario es de fecha anterior al que ha dado origen al juicio ejecutivo actual; el crédito escriturario anterior es preferente

Si la preferencia extrarregistral de los créditos o derechos anotados no es fehaciente, la determinación de la preferencia puede ser compleja, como cuando la anotación preventiva posterior supone la reclamación de un derecho de propiedad sobre el bien ejecutado por un tercero, en cuyo caso ordenar su cancelación supone un juicio presuntivo sobre su verosimilitud, lo que en ningún caso puede hacer el Registrador que está ligado al servicio de la prioridad y no juzga la verosimilitud de los títulos, y que ordinariamente tampoco debe hacerla el juez en el mandamiento de cancelación, porque supondría prejuzgar el juicio plenario cuya resolución se ha reservado por la anotación preventiva. Sin embargo, no puede afirmarse con carácter dogmático que el juez no puede en el mandamiento de cancelación purgar una anotación de demanda posterior, o de una anotación de embargo posterior de un crédito preferente. Este es, a mi juicio, el espíritu del mandamiento de cancelación en la nueva LEC, que además de poder cancelar todos los asientos posteriores aunque la preferencia de los gravámenes posteriores resulte del propio Registro o de los títulos fehacientes extrarre-

(art. 1.924.3 del Código Civil). Entiendo que el juez no puede ordenar la cancelación de dicha carga posterior porque es preferente el crédito escriturario anterior, sin embargo al contrario, sí podría ordenar la cancelación de una anotación preventiva anterior cuando el embargo lo fuese por un crédito escriturario posterior. La preferencia de créditos escriturarios se plantea, por ejemplo, en la STS de 6 de junio de 1996 (Ar. 4823): la preferencia entre dos créditos no debe dirimirse por la fecha de la anotación preventiva de los respectivos embargos, sino por la fecha de las sentencias de remate respectivas.

Sin embargo, la reciente Resolución de la DGRN, de 29 de septiembre de 2000 (Ar. 10.207), mantiene la postura contraria. En la ejecución de un embargo posterior que garantizaba créditos laborales, singularmente privilegiados, a tenor del artículo 32.3 ET, la Juez de Valencia ordena la cancelación de una anotación preventiva anterior de embargo en reclamación de un crédito ordinario. La Resolución parte del presupuesto, a mi juicio discutible, de que «la yuxtaposición sobre un mismo bien de embargos, dados en procedimientos distintos, seguidos con un propietario, no implica la concurrencia de créditos, por tanto ninguna relevancia puede tener la eventual preferencia intrínseca de alguno de ellos», concluyendo que «la colisión de embargos debe resolverse por el criterio *prior tempore*, y que el desenvolvimiento simultáneo de otro proceso de ejecución «debe quedar plena e inequívocamente supeditado al propio desarrollo y resultado de la ejecución en la que se acordó la primera traba».

En mi opinión, por el contrario, la función del Registro es atribuir una universalidad relativa a todo proceso de ejecución singular, y prestar coherencia a la posible concurrencia de ejecuciones en juzgados distintos, y aun en jurisdicciones distintas (laboral o administrativa). En el caso de que concurren diversas ejecuciones, que se han hecho públicas por la anotación preventiva, lo coherente es intentar evitar que continúen procesos inútiles, frente a ejecuciones y adjudicaciones preferentes y respetar, en consecuencia, la decisión judicial de cancelación no sólo de créditos posteriores, sino también de posteriores en rango. A mí me parece que con la doctrina sentada por la Resolución que comento, habría que concluir que si la adjudicación anterior fuese la de un crédito ordinario anotado también anteriormente, se debería cancelar la anotación posterior de un crédito preferente anotado, solución que a mí me parece incorrecta y que contradice el sentido mismo de la anotación preventiva y de la reserva registral de los derechos.

gistrales, si dichos asientos posteriores son «sospechosos», el juez también pueda determinar, *prima facie*, y sin perjuicio de la reserva de derechos que puedan hacerse valer en el correspondiente juicio plenario, la cancelación de las inscripciones o anotaciones anteriores, a la anotación de embargo que ha dado lugar al juicio ejecutivo, cuando considere que son de peor rango. Es decir, que el artículo 674.2 LEC debe interpretarse como una facultad extraordinaria otorgada al juez de poder cancelar asientos posteriores preferentes, pero no como un mandato imperativo fundado en la prioridad registral; excepcionalmente podrá ordenar también la cancelación de asientos anteriores que le conste fehacientemente que son de peor rango.

En definitiva, a mi juicio, el mandamiento de cancelación no puede ordenar indiscriminadamente la cancelación de las anotaciones preventivas posteriores que corresponden a derechos preferentes que han reservado su rango por la propia anotación preventiva, o anotaciones preventivas posteriores de demanda que cuestionan el derecho del titular registral, la identidad de la finca o que se refieren a la subsistencia de derechos o gravámenes que no sean incompatibles con el ejecutado, siendo un buen ejemplo de subsistencia de este tipo, la anotación preventiva de nulidad de la propia hipoteca que se ejecuta, que la ley ordena que no se cancele, aunque sea posterior, si su constancia registral es anterior a la certificación de cargas (art. 131 LH) (20).

En sentido contrario, el mandamiento de cancelación puede ordenar la cancelación de anotaciones preventivas anteriores que corresponden a derecho de rango inferior, como sucedería, por ejemplo, si hay anotada con fecha anterior a un crédito escriturario, una demanda judicial de reclamación de otro crédito escriturario de fecha posterior, que por definición es de rango inferior al de la ejecución de que se trata (y partiendo de la discutible doctrina jurisprudencial, que debemos acatar mientras no cambie, de que la anotación preventiva no ha transformado el rango del crédito de que se trata). Pero entiendo que no puede ordenar la cancelación de anotaciones anteriores si no

(20) Ver, en el mismo sentido, STS de 18 de noviembre de 1993: no se puede cancelar una anotación preventiva posterior a la inscripción de hipoteca si establece en sí misma una causa de subsistencia, como es en ese caso la anotación preventiva de demanda de nulidad del préstamo con garantía hipotecaria que luego se ejecuta —con comentario de Díez GARCÍA, *CCJC*, 1994, 34, pág. 160 y sigs. En la STS de 13 de junio de 2000 (Ar. 4412)—, el conflicto entre dos créditos no se dirime por la fecha de su anotación en el Registro, sino por la preferencia de los respectivos créditos, entendiéndolo preferente porque se correspondía a una póliza de préstamo anterior intervenida por corredor de comercio (de 30 de noviembre de 1992), a una sentencia de remate posterior (de 23 de abril de 1993); aunque fuese anterior la anotación preventiva de su despacho de ejecución (18 de marzo de 1993), a la anotación preventiva de la demanda ejecutiva por impago del préstamo intervenido por el corredor de comercio.

le consta fehacientemente la preferencia, porque el artículo 647.2 LEC sólo otorga esta facultad excepcional respecto de los asientos posteriores (21).

4. ANOTACION DE EMBARGO E INSCRIPCION O ANOTACION POSTERIOR DE UN DERECHO INCOMPATIBLE

Y llegamos con ello al conflicto ontológico entre anotación de embargo e inscripción o anotación posterior de un derecho incompatible, en virtud de título público anterior a la adjudicación, que ha sido posible porque la anotación de embargo no cierra el Registro (art. 71 LH).

Con anterioridad a las reformas legislativas de 1992, la doctrina y jurisprudencia consideraban que una inscripción debía cerrar el Registro a una adjudicación o enajenación posterior a dicha inscripción, aunque la adjudicación tuviera su causa en una anotación preventiva anterior a la inscripción referenciada. Sin que se hiciese cuestión sobre la posible existencia de una pluralidad de anotaciones preventivas, de las que en principio se admitía su subsistencia después de la adjudicación (22).

Después de la Ley de 30 de abril de 1992, de Reforma urgente en materia procesal, el sistema de subsistencia de las cargas posteriores se recoge de forma expresa en el artículo 1.512 LEC y en el artículo 1.518 LEC, que consagra la cancelación de las cargas posteriores a la anotación preventiva. En el mismo sentido, el Real Decreto 1386/1992, de 13 de noviembre, realiza una reforma del artículo 175.2 RH. En su nueva versión se dispone por dicho artículo que «cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscrip-

(21) Por ejemplo, STS de 16 de junio de 1998 (Ar. 4898): la adjudicación por Magistratura de Trabajo de unas fincas en 1986, que habían sido previamente embargadas en 1984, no es título suficiente para levantar un embargo anterior anotado en el Registro en 1979, pues «aunque su adquisición es correcta y apta para consolidar el dominio, pero siempre subordinada a lo que resulte del embargo anterior... para el pago de deudas cuya preferencia no ha sido discutida». Esta parece la diferencia fundamental entre la cancelación de asientos anteriores y posteriores: el juez puede ordenar la cancelación de todos los posteriores, aunque debe hacerlo sólo cuando crea que son posteriores en rango mientras que sólo puede ordenar la cancelación de los anteriores cuando le conste fehacientemente la preferencia del embargo que se ha ejecutado.

(22) El régimen de subsistencia de cargas tras la ejecución, se regulaba con carácter general en el artículo 133 LH, en relación con el artículo 175.11 RH, redactado conforme a la Ley de reforma de 21-4-1909 (que altera el régimen de liquidación o purga de la originaria redacción de la LEC); el nuevo régimen estableció la subsistencia de las cargas anteriores a la ejecución y preferentes al crédito hipotecario o ejecutado. Pero bajo dicho régimen se consideró que el Registro se cerraba a la adjudicación posterior a una inscripción de dominio, aunque ésta fuera posterior a la anotación preventiva de la demanda, que causó la adjudicación.

ciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores» (23).

(23) La función de la norma es potenciar la anotación preventiva de embargo en el procedimiento ejecutivo y evitar el cierre del Registro a una escritura de remate si se presenta al Registro una escritura de venta por el embargado anterior a la anotación preventiva del procedimiento de ejecución (véase Resoluciones de la DGRN de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993). Ambas resoluciones aparecen directamente inspiradas en la obra de SARMIENTO RAMOS, que considera que la concepción, hasta entonces dominante, conduce a soluciones inadmisibles para la hipótesis de enajenaciones anteriores a la traba pero reflejadas registralmente con posterioridad a la anotación de aquélla. En opinión de SARMIENTO RAMOS, si el embargo persigue y produce la vinculación de un bien a un proceso encaminado a su ejecución... habrá que admitirse igualmente que por efecto del principio de prioridad, todos los gravámenes que recaen sobre el bien ya trabado deberán también quedar extinguidos al ejecutarse aquél en el procedimiento en que se acordó la traba (pág. 146), lo que se sustenta, según dicho autor, no sólo en la coherencia y eficacia de la prioridad registral, sino también en la eficacia y simplificación del procedimiento ejecutivo y en la seguridad de los postores de la subasta (véase, en particular, pág. 104 y sigs.). Pero quizá esa lectura de la reforma es demasiado radical, y no ha tenido en cuenta la contradicción última que representa. Yo creo que las Resoluciones de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, que admiten la inscripción de un auto de adjudicación a pesar de la existencia de una inscripción anterior, no establecen dogmáticamente la preferencia de la adjudicación sobre la inscripción, sino que su *ratio decidendi* es que la calificación del Registrador se dicta en procedimiento no contradictorio, con vulneración del principio de tutela judicial efectiva, y el deber de colaborar el Registro con la Administración de Justicia.

La opinión de SARMIENTO RAMOS dista de ser admitida unánimemente por la doctrina hipotecaria; autores prestigiosos (como SERRERA CONTRERAS, «La imparable ascesión de la anotación preventiva de embargo», en *RCDI*, 1994, pág. 90) sostienen la preferencia de la adquisición anterior sobre la anotación de embargo posterior. Estos planteamientos son desarrollados especialmente en la propia doctrina hipotecaria; RENTERÍA AROCENA sostiene que la preferencia sustantiva se tiene que dirimir ante la jurisdicción ordinaria (pág. 737 y sigs.); según este autor, el artículo 1.518 LEC, en la redacción dada al mismo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, sólo ordena la cancelación de los gravámenes posteriores, no de las enajenaciones posteriores a la anotación que motiva el proceso de ejecución (pág. 747). Parte RENTERÍA de una crítica de la denominada tesis innovadora, pues opina que la anotación preventiva es sólo una medida cautelar que no otorga derechos, sino sólo seguridad respecto de actos posteriores. A su entender, ni la calificación registral ni el procedimiento de apremio pueden dilucidar la preferencia entre una anotación preventiva y una adquisición anterior, lo que sólo se puede dilucidar en el declarativo correspondiente, pues la inscripción, aunque sea posterior, sólo puede cancelarse en virtud del artículo 18 LH por sentencia firme en juicio ordinario, en el que sea parte el titular registral. La eficacia limitada de la anotación se sostiene también en la brillante exposición de PARDO NÚÑEZ, para quien la eficacia de la anotación no permite cancelar de modo indiscriminado los asientos posteriores de naturaleza real que se funden en ventas fehacientes de fecha anterior a la anotación y no sean incompatibles con la propia sentencia ejecutiva (págs. 26 a 34), sin perjuicio de derivar su preferencia de la inscripción del remate en virtud de los artículos 32 LH y 1.473 del Código Civil (pag. 113). ¿Y cuáles son los derechos incompatibles con dicha sentencia ejecutiva? Según PARDO NÚÑEZ, sólo lo son los constituidos por los que fueron parte en el proceso de ejecución, esto es, los litigantes y sus causahabientes (pág. 44), que sean posteriores a la sentencia que ordena la cancelación (pág. 48), o excepcionalmente posteriores a la demanda si conocieron la misma.

A mi parecer, la reforma del procedimiento ejecutivo en el nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la reforma en la Disposición Adicional novena del procedimiento ejecutivo en la legislación hipotecaria, tiene una sensibilidad mucho mayor que las leyes precedentes hacia la importancia de la constancia registral de las preferencias crediticias. La reforma no introduce unos criterios nuevos sobre la prioridad registral, sino que desarrolla los nuevos principios de la reforma de 1992, en el sentido de reforzar la eficacia y publicidad del procedimiento ejecutivo, y en particular de su anotación preventiva, para evitar la preconstitución fraudulenta de situaciones registrales encaminadas a contornar o eludir la eficacia del embargo y el remate de bienes inmuebles, otorgando ciertas facultades discrecionales al juez de la ejecución para valorar sumariamente el contenido del folio registral.

El régimen de cancelación de cargas posteriores es una pieza clave del nuevo sistema de valoración judicial del concurso de los acreedores en el procedimiento ejecutivo singular o universal. La Ley de Enjuiciamiento Civil regula el régimen de subsistencia de cargas anteriores y preferentes, desde la perspectiva de considerar la ejecución singular como ficción de un concurso ideal y simplificado de los créditos y gravámenes del embargado, o al menos de los que constan en el folio registral correspondiente. Por eso, el juez está llamado a resolver el concurso ideal de créditos y gravámenes cuando redacta el mandamiento de cancelación.

Está claro que la anotación de embargo no cierra el Registro a asientos posteriores, y que tampoco limita su eficacia si los derechos anotados son preferentes o si reservan derechos de terceros aunque sean posteriores. La inscripción de la adjudicación no supone la cancelación automática de la inscripción incompatible, aunque ésta sea posterior a la anotación de embargo que ha causado la adjudicación, sino, en principio, la existencia de dos inscripciones sobre la misma finca. La inscripción de la adjudicación tampoco supone la cancelación automática de otra anotación posterior que cuestiona el derecho del embargado o que reserva derechos preferentes de tercero. Resolver la contradicción de dos inscripciones anotaciones simultáneas es el contenido del mandamiento de cancelación, que debe efectuarlo el juez por-

PARDO NÚÑEZ argumenta que la eficacia de la anotación es que agota la defensa de que acaso dispusiese el tercero (pág. 68), si bien el único tercero a que se refiere el autor es, como digo, el causahabiente que funde su derecho en el del ejecutado e inscriba con posterioridad a la sentencia de ejecución, y no considera PARDO NÚÑEZ terceros los causahabientes del demandado cuyos títulos de propiedad sean fehacientes y anteriores a la anotación, dado el artículo 71 LH (pág. 105), pues frente a la anotación preventiva, que no es un asiento causal, la fecha que cuenta es la de la constitución efectiva de los derechos que se hayan o no inscrito (pág. 106). Pero quizá la crítica de estos autores es que parten de una visión excesivamente formalista y dogmática de la inscripción registral, y que no tienen en cuenta las exigencias de la realidad extrarregistral y posesoria de los derechos litigiosos que el juez sí ha podido valorar en la ejecución.

que la contradicción registral no se puede resolver directamente aplicando el principio de prioridad.

Y ni siquiera en la ejecución hipotecaria, como ya he dicho, puede automáticamente cancelarse la anotación preventiva posterior que cuestiona la identidad del bien hipotecado, y tampoco cierra el Registro la inscripción de hipoteca, a la constancia registral de los defectos de titularidad del titular del bien hipotecado, si éstos se producen por sentencia o se han reservado por una anotación preventiva aunque sea posterior a la hipoteca.

En conclusión puede afirmarse que dado que el Registro de la Propiedad no es un archivo u ordenación de documentos por orden de prioridad, sino que también es un sistema de ordenación de preferencias, el juez debe valorar en la cancelación de los asientos posteriores, si éstos se refieren a créditos o gravámenes que sean preferentes, según el Registro o de los que conste fehacientemente su preferencia, que deben en principio subsistir. Y deben también subsistir las inscripciones posteriores de derechos constituidos públicamente con anterioridad si su realidad no ofrece dudas al juez de la ejecución, o aquellas anotaciones que cuestionen el derecho del titular registral o la identidad del bien embargado.

A mi entender, dado que una de las funciones primordiales del Registro es servir para la valoración y tutela de la preferencia de los créditos, al concurso y a la ejecución singular de los créditos, toda ejecución, antes de la adjudicación efectiva, ha de ser entendida como una ficción de concurso. Por eso, la anotación de un embargo o de una demanda da universalidad al concurso y a la ejecución singular, pues reserva los derechos anotados, aunque las anotaciones sean posteriores, no sólo ante una ejecución comenzada sino aun frente a la adjudicación misma. El juez debe tener en cuenta, por tanto, esta reserva de derechos que se ha efectuado por la anotación preventiva posterior en el mandamiento de cancelación.

En el mandamiento de cancelación hay algo más que la valoración de la preferencia y el rango de un asiento posterior. En efecto, las anotaciones o inscripciones posteriores, aunque sean registral o escriturariamente preferentes como, por ejemplo, la inscripción de una venta fehaciente anterior, pueden ser sospechosas o no estar claras; el juez después de valorar en el procedimiento ejecutivo la situación posesoria de los bienes y la verosimilitud de los títulos controvertidos, puede ordenar la cancelación de asientos posteriores preferentes si son sospechosos, sin perjuicio del derecho de los titulares de cargas posteriores de hacer valer su subsistencia en el juicio plenario correspondiente. Es decir, que, a mi juicio, el juez puede valorar *prima facie*, la oponibilidad de una venta o adjudicación anterior a la adjudicación de que se trate, o la preferencia de un crédito anotado anteriormente, o la preferencia efectiva de un crédito anotado posteriormente, porque lo valora desde la atalaya que le da a conocer la situación posesoria

de los bienes, la verosimilitud de los títulos y la controversia previa de los titulares.

Desde esta perspectiva debe interpretarse el artículo 647 LEC y normativa concordante. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la reforma de la legislación hipotecaria dan una potestad excepcional al juez para que cancele todas las inscripciones y anotaciones posteriores al asiento que se ejecuta, aunque sean registralmente preferentes, o aunque se refieran a derechos incompatibles constituidos extrarregistralmente con anterioridad al embargo. Pero es una potestad excepcional que se debe emplear con mesura y prudencia, pues el juez debe, en principio, respetar las inscripciones y anotaciones posteriores que no sean incompatibles o derivadas de la que se ejecuta o reserven derechos preferentes. A *contrario sensu*, y en aplicación de los mismos fundamentos, entiendo también que el juez podrá ordenar, cuando ello le conste fehacientemente, la cancelación de asientos anteriores que se correspondan con derechos de rango peor que el del ejecutado, y que no tiene sentido que sigan subsistiendo después de la adjudicación.

Por supuesto, el mandamiento en el que se ordena la cancelación de una inscripción o anotación posterior no es determinante de una pérdida de derechos, sino sólo tiene un efecto registral de modificación del folio correspondiente, basado en una valoración presuntiva que no es algo distinto de la que se hace al inicio del propio juicio ejecutivo sobre la titularidad del embargado (art. 539 LEC). Como ya he explicado, la inscripción de la adjudicación no garantiza la titularidad del embargado, ni la identidad de la finca, ni la posible existencia de derechos reales manifiestos no inscritos o de situaciones posesorias extrarregistrales protegibles. Las cargas o derechos que consten registralmente con posterioridad o anterioridad a la anotación de embargo que se ejecuta (anotaciones o inscripciones), por el hecho de que sean purgadas no extinguen necesariamente en la realidad los derechos a los que se refieren, y el afectado puede hacer valer su subsistencia en el juicio plenario correspondiente.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ
Profesor titular. Magistrado

El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del Derecho privado

A propósito del libro de Reiner Schulze-
Arno Engel- Jackie Jones (coords.),
Casebook Europäisches Privatrecht,
Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000 (*)

Es conocido el proyecto de la Unión Europea (= UE), relativo a la codificación del Derecho privado o, más a corto plazo, su formulación en forma de «principios» no vinculantes comunes a todos los Estados miembros, a la manera de los *restatements* americanos (1). Con todo, de momento sólo puede

(*) El trabajo forma parte del proyecto DGES PB 98-1173, dirigido por el doctor FERRÁN BADOSA COLL, y se insiere en el III Pla de la Recerca de Catalunya (2001 SGR 00022).

(1) El *restatement* supone una formulación, en forma de ley, de las decisiones jurisprudenciales. Cada precepto va acompañado de un comentario que lo explica y lo justifica. Tal «legislación» (privada) tiene una mera autoridad de persuasión y su finalidad es influenciar en las decisiones jurisprudenciales futuras, a base de estimular también su alegación por parte de los abogados. Vid. «What are Uniform Laws?», en <<http://www.law.cornell.edu/uniform/uniform.html>>. Además, MELVIN EISENBERG, «Why is American Contract Law so Uniform? - National Law in the United States», en Hans Leo Weyers (Hrgs.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden, 1997 [23-42], 25, quien también plantea si se dan las circunstancias (institucionales y sociales) para poder aplicar el mismo modelo en Europa. Parece que sí, a juzgar por las propuestas elaboradas por la doctrina científica en respuesta a la pregunta de la Comisión sobre si es conveniente seguir adelante en la europeización del Derecho privado y, si sí que lo es, de qué manera (*DOCE*, C 255, de 13-9-2001, 1, o bien, <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/index_en.html>. Vid., además, la resolución del Parlamento Europeo,

hablarse de un Derecho privado europeo en proceso de formación (2), entre cuyas fuentes de producción ocupa un lugar destacado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (= TJCE) (3), que es de la que principalmente se va a tratar en las páginas que siguen.

La importancia de la jurisprudencia del TJCE en la labor de desarrollo y construcción de un Derecho privado europeo (= común a todos los Estados Miembros) está fuera de toda duda, puesto que un Derecho verdaderamente común sólo se consigue si las normas emanadas de las instituciones comunitarias son aplicadas e interpretadas uniformemente, esto es, de acuerdo con los mismos criterios en todos los Estados. El TJCE debe velar por ello y por que no se aplique el Derecho nacional contrario a cualquiera de las libertades que el Tratado de la Comunidad Europea (= TCE) reconoce (art. 220 TCE). Es una labor para la cual necesita, en todo caso, la colaboración de los jueces nacionales, quienes, como garantes del Derecho comunitario, no pueden obviar su aplicación preferente. El juez nacional ha de resolver el caso según las pautas que el TJCE proporciona, en respuesta a la cuestión prejudicial por él planteada (art. 234 TCE), pero esa misma interpretación es la que deberá ser tenida en cuenta por otros tribunales nacionales en el futuro (*Wünsche Handelsgesellschaft* [1986, 947]).

El *Casebook Europäisches Privatrecht*, coordinado por REINER SCHULZE, ARNO ENGEL y JACKIE JONES, y en cuya elaboración han participado, en calidad de corresponsales, juristas de varios países (entre ellos, BENOÎT DUMOLLARD y GAËLLE MEILHAC, de Lyon; ALBERTO ODDENINO, de Torino; HANS SCHULTE-NÖLKE, de Münster), presenta, agrupadas sistemáticamente, una recopilación

de 15-11-2001, sobre la unificación del Derecho Civil de los Estados miembros (<http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=CALEND&APP=PV2&LANGUAGE=ES&TPV=PROV&FILE=011115>). Sobre el particular, ESTHER ARROYO - ANTONI VAQUER, «Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo» 2002, en *La Ley*.

(2) Los diferentes significados de la expresión «Derecho privado europeo», en ULRICH DROBNIG, «Private Law in the European Union» 22 (1996), *Forum Internationale*, 3-23, esp. 20 y sigs.; KLAUS SCHURIG, «Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?», en Ulrich Hübner - F. Werner - F. Ebke (Hrgs.), *FS Bernhard Großfeld*, Heidelberg, 1999, 1089-1111; NICOLÒ LIPARI, «Diritto privato e diritto privato europeo» (2000), *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* [7-25], 7-9. Recientemente, un estado de la cuestión, ESTHER ARROYO I AMAYUELAS, «Estudio preliminar», en REINER SCHULZE - REINHARD ZIMMERMANN, *Textos básicos de Derecho europeo*, Madrid-Barcelona, 2002, 17-66.

(3) ULRICH EVERLING, «Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft» 50 (1986), *Rabels Zeitschrift* (= RabelsZ) [195-232], esp. 206 y sigs.; SJEF VAN ERP, «European Union Case Law as a source of European Private Law. A Comparison with American Federal Common Law» 5 (2001), *European Journal of Comparative Law*: <<http://law.kub.nl/ejcl/54/art.54-1.doc>>, con especial énfasis en la jurisprudencia relativa a la responsabilidad del Estado y al enriquecimiento injusto de los Estados miembros y de los ciudadanos, pero especialmente crítico con la unificación indiscriminada de cualquier materia.

de (extractos) de las sentencias del TJCE, que se pueden considerar básicas para la construcción y el desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario y, en especial, del Derecho privado europeo. Un total de 19. La pretensión de los autores ha sido, por supuesto, dar a conocer la solución concreta dada al litigio y las consecuencias que de la sentencia derivan pero, en no menor medida, también se ha querido familiarizar al lector con el estilo y la argumentación del TJCE. Además, al caso en estudio se acompaña un *rapport* de Derecho comparado, en el que los autores y/o corresponsales de diferentes países describen sumariamente cómo ha repercutido la doctrina del TJCE en los ordenamientos jurídicos respectivos. En concreto, se estudian el de Alemania, Italia, Francia, Inglaterra y Gales y, ocasionalmente, Austria. Desgraciadamente, y ese puede ser el mayor defecto del libro, no se analiza el Derecho español (4).

El *Casebook* constituye una de las muchas actividades realizadas en el seno del programa *Training and Mobility for Researchers*, dedicado a los «*Common Principles of European Law*» (5), dirigido y coordinado por el Profesor Doctor H. C. REINER SCHULZE, Catedrático de Historia del Derecho y de Derecho Civil de la Wilhems-Westfälische Münster Universität, que este año ha sido prorrogado, aunque ahora el título es «*Uniform Terminologie for European Private Law*» y es la Universidad de Torino y el Profesor GIANMARIA AJANI quien lo coordina. Un proyecto paralelo es el «*Harmonisation und Consumer Law*», financiado igualmente por una beca «Marie Curie» de la Unión Europea y del cual continúa siendo titular y coordinador el mismo profesor SCHULZE.

En las páginas siguientes abordaré el contenido del libro, no sin antes exponer brevemente las características del género al que pertenece y la finalidad que persigue.

(4) En general, en cuanto a la recepción del Derecho comunitario por parte del juez español, vid. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, «El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española», en GIL CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS – DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, 653-675; MURIEL LE BARBIER-LE BRIS, *Le juge espagnol face au Droit communautaire*, Université Rennes I, 1998; ENRIQUE MANUEL PUERTA DOMÍNGUEZ, *La directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho*, Granada, 1999, 325-344; MATILDE CUENA CASAS, «La primacía del Derecho comunitario: luces y sombras» (2000), en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 459-488. Además, vid. la crónica periódica de jurisprudencia a cargo de los profesores de Derecho comunitario de la Universidad de Granada, publicada en la *Revista Instituciones Europeas* (= RIE) en los números siguientes: 3 (1989) RIE 885-914; 3 (1991) RIE 989-1120; 1 (1994) RIE 221-263; 1 (1997) RIE 111-173. En la *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (= RDCE), que es la continuación, vid.: 2 (1997) RDCE 549-580; 5 (1999) RDCE 109-128; 6 (1999) RDCE 395-418; 8 (2000) RDCE 565-592.

(5) Para su funcionamiento, vid. Stephanie Cossmann 6 (1998), *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (=ZEuP) 379-380.

A) LOS CASEBOOKS DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

La libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento en cualquiera de los Estados miembros van a condicionar absolutamente el ejercicio de la profesión en Europa. Esto, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina reiteradamente (6), plantea el reto de formar juristas con conocimientos comunes. El método de enseñanza a partir de *casebooks* —método que tiende a generalizarse a juzgar por los numerosos ya publicados—, forma parte de ese proyecto de creación de una cultura jurídica y un Derecho común en Europa. Supone un nuevo reto para la enseñanza en las Universidades europeas que, al asumirlo, no hacen sino adaptar el modelo de los «*Cases and Materials*» de las Universidades y escuelas jurídicas americanas (7). De la misma manera, por cierto, que también de América se está tomando prestado el *restatement* como instrumento de elaboración y de aplicación del Derecho (privado europeo).

Dirigidos a un público no especializado sino, en general, a todos los juristas y, especialmente, a los profesores, abogados, jueces y estudiantes de Derecho, los *casebooks* permiten una exposición casuística, inductiva y orientada hacia el caso concreto, que ofrece más posibilidades de entender el Derecho y de adaptar las explicaciones dogmáticas teóricas a los problemas reales. Se parte de la consideración que el análisis de los asuntos cotidianos permite hacer más asequible los problemas y sus soluciones. El *casebook*, además, plantea la ventaja de presentar en un solo libro los materiales (jurisprudenciales, legislativos, doctrinales) que, en otro caso, quizá no estarían al alcance del estudioso o cuya recopilación le supondría un notable esfuerzo. Tal estructura ofrece una alternativa interesante —desde luego, no excluyente— a los manuales de texto al uso.

Tal y como se ha señalado, la opción metodológica del *casebook* descarta el método de elaboración de una monografía científica, con artículos doctrinales de análisis del estado de la cuestión, y con manifestaciones a favor y en contra de los argumentos utilizados en las respectivas sentencias (8). Los

(6) Como muestra, vid. las contribuciones publicadas en BRUNO DE WITTE – CAROLINE FORDER, *The Common Law of Europe and the future of Legal Education*, Deventer, 1992. Muy interesante la recensión que publica H. G. Schermers 30 (1993), *Common Market Law Review* (= CMLR) 861-880. Más bibliografía sobre este tema, ARROYO, en SCHULZE-ZIMMERMANN, *Textos básicos*...

(7) Reflexiones generales sobre estos extremos, que hago míos en las páginas que siguen, en la introducción de FILIPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht. Lehr- und Textbuch*, Wien, 1999, XVII-XXII; MAURO BUSSANI – UGO MATTEI, «Le fonds commun du droit privé européen» 1 (2000), *Revue Internationale de Droit Comparé* (= RIDC) [30-48], 32-34; OLE LANDO, «Teaching a European Code of Contracts», en BRUNO DE WITTE – CAROLINE FORDER, *The Common Law of Europe and the future of Legal Education*, Deventer, 1992, [223-237], 235-237.

(8) Para eso, vid. REINER SCHULZE, *Auslegung europäischen Privatrechts und angelegenen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

autores del *Casebook Europäisches Privatrecht* no incluyen los comentarios o tomas de posición doctrinales que las decisiones del TJCE han suscitado en cada país, sino que tan sólo presentan los *rapports* de Derecho nacional que muestran los resultados de esa jurisprudencia; dicho de otra forma, se explica cuál ha sido la repercusión, sobre la doctrina y la legislación de cada país, de las decisiones del TJCE. Todo ello, acompañado de una bibliografía seleccionada —de estudios dogmáticos, pero también de comentarios jurisprudenciales— que constituye una magnífica orientación para el lector que quiera profundizar en los temas que se plantean. En definitiva, se trata de proporcionar una serie de ejemplos que le permitan conocer de qué manera y sobre la base de qué criterios se lleva a cabo la europeización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Normalmente, además, la sentencia del TJCE elegida para formar parte de la recopilación, es comentada y concordada con otras decisiones anteriores o posteriores que corroboran o matizan los extremos discutidos.

Aún partiendo todos de la misma premisa y finalidad, esto es, la de presentar una oferta didáctica, alternativa, no sólo para la enseñanza, sino también para el estudio, cada *casebook* puede tener un contenido distinto: los que más abundan son los que toman en consideración el Derecho comparado, sobre la base de presentar la regulación (legislativa y jurisprudencial) de una determinada materia en cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el Derecho de obligaciones (9) o la responsabilidad civil (10). En este mismo ámbito merece destacarse la recopilación de casos de Derecho internacional privado sobre determinación de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual, realizado por el área de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona, en el seno del Proyecto *Common Principles of European Private Law* antes mencionado (11).

El *casebook* que ahora se presenta no aborda un ámbito jurídico concreto especializado, sino que, en general, recopila una serie de sentencias que han servido para precisar la manera como debe llevarse a cabo la integración entre

(9) INGBORG SCHWENZER y MARKUS MÜLLER-CHEN, *Rechtsvergleichung. Fälle und Materialien*, Tübingen, 1996. Vid. la recensión de D. EINSELE (1998) *RabelsZ* 521-523. Además, el ya citado *casebook* de RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*.

(10) WALTER VAN GERVEN, JEREMY LEVER, PIERRE LARROUCHE, CHRISTIAN VON BAR y GENEVIÈVE VINEY, *Tort Law. Scope of Protection*, Oxford, 1999. Presentación del proyecto «Casebooks for the common law of Europa» 4 (1996), *European Review of Private Law* (= ERPL) 67; id. PIERRE LARROUCHE, «Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress Rationale» 8 (2000) ERPL 101-109. Antes, A.M.C. 4 (1998), RIDC 1208-1209 y André Tunc 3 (1998) RIDC 991-992.

(11) «Case Book» sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Con notas introductorias de J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y C. PELLISÉ, con la colaboración de BEATRIZ AÑOVEROS, GEORGINA GARRIGA, RAQUEL ROBLES, MECHTELD ROUPE VAN DER VOORT y THOMAS KADNER, en <<http://orbita.bib.ub.es/dos.asp#psa>>.

los Derechos nacionales y el Derecho comunitario, que reflejan en qué medida los principios del Derecho comunitario (primacía, aplicabilidad y eficacia directa) están al servicio de la protección jurisdiccional de los Derechos que éste proporciona a los ciudadanos y, en definitiva, que demuestran cómo la construcción de un Derecho privado verdaderamente común es posible, también, a través de la jurisprudencia (12).

El TJCE ha desarrollado los principios básicos de la integración del Derecho comunitario (I) y ha garantizado las libertades que consagra el TCE. De entre todas ellas, el *Casebook* se ocupa de la circulación de mercancías, la prestación de servicios y la libertad de establecimiento (II y III). Baste recordar ahora que, en aplicación de la prohibición de normas que limiten su ejercicio, el TJCE proclamó en la sentencia *Cassis de Dijon* [= *Rewe-Zentral-AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*] (1979, 649) la doctrina del «reconocimiento recíproco» que hoy se presenta como un medio extralegislativo idóneo para conseguir la armonización (descentralizada) (13). Otras sentencias incluidas en el *Casebook* se refieren a la política social de la comunidad en materia de la protección a los trabajadores (IV) y al Derecho de la competencia (V) (14). En el epígrafe siguiente detallaremos el contenido de las sentencias recopiladas, atendiendo principalmente a los comentarios realizados por sus autores.

El *Casebook Europäisches Privatrecht* es parte de una colección. Antes que, firmado conjuntamente por REINER SCHULZE y HANS SCHULTE-NÖLKE, recopila los casos más significativos en materia de Derecho del consumo (15). Otros *casebooks* en curso de publicación, analizarán monográficamente temas específicos, como el Derecho de la competencia o el de sociedades, que son materias sobre las cuales adquiere especial importancia la jurisprudencia del TJCE en el desarrollo del Derecho privado.

(12) NICCOLA SCANNICCHIO, «Fonti del diritto comunitario europeo», en Niccolò Lipari (ed.), *Diritto Privato Europeo*, I, Milano, 1997, 56. En este sentido, ROBERTO CARANTA, «Judicial Protection against member States: a new *jus commune* takes shape» 32 (1995) CMLR 703-726.

(13) Es un tipo de armonización negativa. Sobre ésta y su escasa incidencia en el ámbito contractual, vid. THOMAS WILHELMSSON, *Social Contract Law and European Integration*, England-USA, 1995, 45-48.

(14) Básico, ANTHONY ARNULL, *European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999.

(15) *Casebook Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 1999. Vid. la reseña de Dirk Staudenmayer 1 (2001) ZEuP 192-193.

B) EL DESARROLLO DE UN DERECHO PRIVADO EUROPEO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

1. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO PRIVADO

En la introducción al *Casebook*, los autores hacen notar que, actualmente, el Derecho privado europeo incide en ámbitos muy específicos del Derecho, como el que regula la competencia, las sociedades, la banca o los seguros, pero que también impacta sobre el núcleo clásico del Derecho Civil. Añaden que la armonización afecta tanto a la responsabilidad civil como a las condiciones generales de la contratación o a las garantías sobre bienes de consumo, por citar sólo algunos ejemplos. De manera que conceptos jurídicos tradicionales como «buena fe» deben ser interpretados ya, tanto en el contexto de los contratos celebrados con consumidores como en el de los contratos mercantiles, de acuerdo con los parámetros que proporciona hoy el Derecho privado europeo (16).

Pues bien, en este contexto de producción legislativa comunitaria creciente crece también en importancia el papel del TJCE en la fijación de su alcance y contenido, aunque a decir verdad, las cuestiones de interpretación que se pueden plantear ante el TJCE afectan tanto al Derecho secundario como al primario. El TJCE trata de coadyuvar a la integración de los Derechos nacionales y comunitario a través de la cuestión prejudicial (art. 234 TCE), gracias a la cual aquél proporciona criterios interpretativos que operan de manera uniforme sobre las jurisdicciones nacionales. No puede pronunciarse sobre la validez del Derecho nacional que sea contrario al Derecho comunitario pero, en cambio, sí que puede proporcionar indicaciones sobre la manera como debe ser interpretado el propio Derecho interno. Y, de esta manera, la respuesta ya indica la posible contradicción (*Deutsche Gramophon* [1971, 487]) (17).

(16) En cuanto a la experiencia práctica de la europeización del Derecho privado, vid. SONJA FEIDEN – KRISTINA RIEDL, «Towards a Europeanised Judiciary? Practitioner's Experiences of National Judges with the Europeanisation of Private Law», EUI Working Papers, 2000/3. Es especialmente sugerente el libro de IRENE KLAUER, *Die Europaisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter*, Baden-Baden, 1998. No sólo porque analiza cuál es la situación actual del Derecho privado, según la jurisprudencia del TJCE, sino porque, además, aventura cuáles son sus perspectivas de desarrollo, a la vista de los casos ya resueltos y de los criterios interpretativos establecidos. De muy agradable lectura, vid. la reseña de Torsten Körber 4 (1998), *Europarecht*, 580-582.

(17) Sobre la estructura y funcionamiento del TJCE, en general, y entre otros muchos, GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en RODRÍGUEZ IGLESIAS – LINÁN NOGUERAS, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 373-402, esp. 393 y sigs.; en el mismo libro, PIERRE PESCATORE, «Las cuestiones prejudiciales. El artículo 177 del Tratado CEE», 527-571. Además, MANUEL CIENFUEGOS MATEO, *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros: estudio de la interpretación prejudicial y de su aplicación por los jueces y magistrados nacionales*, Barcelona, 1998.

En tanto que instrumento de armonización, la jurisprudencia proporciona principios generales, que el juez extrae, o bien recurriendo a los del Derecho interno de los Estados miembros (ex art. 288.2 TCE), o bien extrayéndolos del Derecho comunitario que ya exista (18). En este sentido, al TJCE se le reconoce la competencia para concretar las cláusulas generales, los conceptos «válvula» o, simplemente, el contenido de las directivas y el Derecho comunitario en general (19). En otro lugar me he ocupado del tema y a él me remito (20).

Se afirma que el rol del TJCE ha sido y es mucho más eficaz en la interpretación de las provisiones del TCE —puesto que éstas vinculan y se aplican uniformemente en todos los Estados miembros— que en el de la interpretación de los preceptos de las Directivas, puesto que éstas no aseguran la uniformidad más que en el resultado, pero no en cuanto a la forma y los métodos. Efectivamente, en este caso, el TJCE sólo puede aportar uniformidad en la precisión de determinados conceptos técnicos que, eventualmente, podrán ser tenidos en cuenta por el legislador; pero no puede asegurar la uniformidad en la interpretación de las normas nacionales implementadas, puesto que ésta depende, en todo caso, de los tribunales nacionales que, por lo demás, no siempre se ajustan al mandato de la «interpretación conforme» y frecuentemente se amparan en la doctrina del «acto claro» (21).

La interpretación de la norma comunitaria corresponde al TJCE, pero tanto la regla interpretada como los parámetros de interpretación reciben aplicación en el Derecho interno de cada país y, generalmente, en el contexto de una controversia entre particulares o entre particulares y el Estado. Desde este punto de vista, el recurso prejudicial (art. 234 TCE) puede representar un auténtico procedimiento para sancionar la infracción del Derecho comunitario en relación con una determinada situación jurídica subjetiva, individual.

(18) Caso *DEKA Getreideprodukte GmbH* (1983, I-421). Además, WERNER LORENZ, «General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities» (1964), *American Journal of Comparative Law*, 1. En lo que concierne al Derecho comparado, KAKOURIS, «L'utilisation de la Methode Comparative par la Cour de Justice des Communautés Européennes», en ULRICH DROBNIG – STEF VAN ERP (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, The Netherlands, 1999, 97-111. En general, sobre los métodos de interpretación del TJCE, J. MERTENS DE WILMARS, «Réflexions sur les méthodes d'interpretation de la Cour de Justice des Communautés Européennes» (1986), *Cahiers de Droit Européen*, 5; del mismo autor, «Die Grundsätze der Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts» (1994), *Jura*, 455.

(19) Sobre esto, WULF-HENNING ROTH, «Generalklauseln im Europäischen Privatrecht – Zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliedstaaten bei ihrer konkretisierung», en *FS Drobniq*, Tübingen, 1998, 135-153.

(20) ARROYO, en SCHULZE-ZIMMERMANN, *Textos básicos...*

(21) WALTER VAN GERVEN, «ECJ case-law as means of unification of private law?», 2 (1998) *ERPL* [293-307], 293-296. Sobre la doctrina del «acto claro», por primera vez, STJCE, *CILFIT* (1982, 3415).

Esto es así hasta el punto que aunque sólo el juez tiene potestad para plantear la cuestión prejudicial, también los particulares pueden conminarlo a que la presente (22).

2. EL NÚCLEO TEMÁTICO DE LOS CASOS RECOPIADOS

En el *Casebook*, la selección de la jurisprudencia y la bibliografía que la acompaña ha obedecido a criterios subjetivos. Las sentencias se presentan agrupadas en los cinco grandes bloques ya anunciados, que resumimos ahora de acuerdo con los comentarios que proporcionan sus autores. Salvo que sea imprescindible proceder de otra manera, en los resúmenes de los casos citaré los artículos del TCE de acuerdo con su numeración actual, aunque la sentencia hubiere tenido en cuenta la anterior a la reforma efectuada por el Tratado de Amsterdam. Creo que eso facilita el entendimiento. Además, las sentencias se citan de acuerdo con el sistema utilizado por los autores del *Casebook*, según el cual no aparece su fecha, sino sólo el año del repertorio y la página del *Recueil de Jurisprudencia* (23). El caso se identifica por el nombre de uno de los litigantes, según el uso convencionalmente admitido. Si existe alguna duda, puede consultarse el magnífico índice que los autores añaden al final del libro que ahora es objeto de comentario.

I. *La integración del Derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos nacionales*

Las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario se analizan a partir del estudio de cuatro sentencias que establecen el principio de primacía de este último, su aplicabilidad y eficacia directa, la responsabilidad del Estado por su no observancia y la suspensión de la aplicación de toda ley nacional que pueda resultar contraria. Son las siguientes: *Van Gend en Loos* (1963, 3); *Von Colson und Kamann* (1984, 1891); *Francovich* (1991, I-5357), *Factortame* (1990, I-2433).

a) La sentencia *Van Gend en Loos* (1963, 1) establece la eficacia directa de determinados preceptos del TCE o del Derecho secundario, de manera que siempre que se den determinados requisitos, los ciudadanos pueden reclamar su cumplimiento directamente ante los tribunales nacionales. Esta solución lle-

(22) SCANNICCHIO, «Fonti del diritto comunitario europeo», en Lipari (ed.), *Diritto Privato Europeo*, 55-56.

(23) Un listado completo de los asuntos del TJCE puede obtenerse en <<http://curia.eu.int/en/jurisp/index.htm>>.

va a considerar la preferencia del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional que se oponga (*Costa c. Enel* [1964, 1251] *Simmenthal* [1978, 629], *Internationale Handelsgesellschaft* [1970, 1125]), aunque no se cuestiona la validez de éste en la parte que no se vea afectada por aquél. La eficacia directa de las Directivas procede siempre que el Estado no efectúe la transposición en los plazos previstos o no lo haga correctamente. Se fundamenta en la teoría del efecto útil (*Ratti* [1979, 1629]). Otros supuestos, *Van Duyn* (1974, 1337), *Enka* (1977, 2203), *Becker* (1982, 53), *Marshall I* (1986, 723). La eficacia directa sólo puede invocarla el particular frente al Estado y no a la inversa (*Pretore di Salò* [1987, 2545]; *Kolpinghuis Nijmegen BV* [1987, 3969] y, para poder invocarla, es necesario que la Directiva tenga un contenido preciso y reconozca Derechos a los particulares incondicionalmente. Son los tribunales ordinarios quienes determinan si tales requisitos concurren (*Fratelli Costanzo* [1989, 1839]). Si la Directiva no es beneficiosa, sino que impone cargas, entonces no es nunca de inmediata aplicación (*Busseni*, 1990, I-495).

b) *Von Colson und Kamann* (1984, 1891). Establece la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico nacional de conformidad con el comunitario. El TJCE recurre a esta teoría ante la imposibilidad de aplicar el efecto horizontal de las Directivas —eficacia entre particulares de las Directivas no transpuestas o transpuestas incorrectamente—. Vid. *Harz* (1984, 1921); *Marshall I* (1986, 723); *Marleasing* (1990, I-4135); *Nijman* (1989, 3633); *Faccini-Dori* (1994, I-3325); *El Corte Inglés* (1996, I-1281). Es una doctrina que deriva directamente del hecho de que el ordenamiento jurídico comunitario es siempre preferente al Derecho nacional. Con todo, la misma sólo se aplica ante la falta o el defecto de transposición y no cuando la norma nacional es contraria a la comunitaria porque, si ello fuera así, se borraría cualquier diferencia entre «aplicación de la Directiva» e «interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva». Por tanto, sólo puede haber «interpretación conforme» cuando la *ratio legis* del Derecho nacional es la misma. Con todo, vid. recientemente, Ocemo 2000, 1-4941.

c) *Franovich* (1991, I-5357). Establece la responsabilidad del Estado por infracción del ordenamiento jurídico comunitario. En la misma línea, *Brasserie du Pêcheur* (1996, I-1029) y *Dillenkofer* (1996, I-4845). La indemnización no sólo se impone cuando fracasa la posibilidad de alegar la eficacia inmediata vertical de la Directiva, sino también cuando fracasa la posibilidad de alegar la eficacia horizontal y es inútil la interpretación del Derecho nacional conforme a la misma (porque es posible que la norma no exista o porque la norma nacional y la Directiva afirman cosas absolutamente diferentes y difícilmente conciliables). Vid. *Faccini-Dori* (1994, I-3325), *El Corte Inglés* (1996, I-1281), *Wagner Miret* (1993, I-6911).

Los requisitos (con carácter de máximo) para obtener una indemnización del Estado son: que la Directiva conceda derechos a los ciudadanos (frente al

Estado o frente a un particular); que sean unos derechos cuyo contenido regule la Directiva de manera precisa e incondicional, y que exista una relación de causalidad entre la no-transposición y el perjuicio causado. Además, debe tratarse de una infracción del Derecho comunitario de suficiente entidad. Lo es la no-transposición obligatoria en el término concedido al efecto, o la existencia de un comportamiento contrario al Derecho comunitario, que persiste aún a pesar de la existencia de jurisprudencia del TJCE que declare tal contravención (*Rechberger* [1999, I-3499]; *Dillenkofer* [1996, I-4845]). En estos casos, la existencia de una falta o negligencia está implícita en la calificación de la violación como «grave». Otros criterios de valoración para apreciar la existencia de violación del Derecho comunitario, en *British Telecommunications* (1996, I-1631); *Denkavit* (1996, I-5063); *Hedley Lomas* (1996, I-2553).

La cuantía de la indemnización ha de ser suficiente, proporcionada y adecuada para asegurar reparación del perjuicio causado y, aunque deberán fijarla los jueces nacionales, así como el procedimiento a seguir en su reclamación, el TJCE ha establecido determinados parámetros de comportamiento en *Francovich* (1991, I-5357), *Sutton* (1996, I-2163), *Factortame III* (1996, I-1029), *Hedley Lomas* (1996, I-2553). Entre los más significativos, que las condiciones de cobro y el monto de la indemnización no deben establecerse de acuerdo con criterios menos favorables de lo que permitirían otras reclamaciones análogas según el Derecho nacional.

El TJCE no ha aclarado todavía si también es posible reclamar indemnización contra los particulares que violan el Derecho comunitario primario (arts. 85, 86 TCE). Lo planteó el abogado general VAN GERVEN, en las conclusiones del caso *Banks* (1994, I-1209) (24).

Véase, además, *Comateb* (1997, I-165), *Maso* (1997, I-4051), *Palmisani* (1997, I-4025), *GT Link A/S* (1997, I-4449), *Petri* (1997, I-6527), *Daihat-su* (1997, I-6843), *Norbrook Laboratories* (1998, I-1431), *Brinkmann Tabakfabriken* (1998, I-5255), *Carbonari* (1999, I-1103), *Hospital Ingenieure Krankenhaus Technik Planungs-Gesellschaft* (1999, I-405), *Konle v. Austria* (1999, I-3099) (25).

d) *Factortame* (1990, I-2433). Supone la suspensión provisional de cualquier medida de los ordenamientos jurídicos nacionales que sea contraria al Derecho comunitario. La jurisdicción nacional debe desaplicar cualquier norma que impida a los justiciables gozar de sus derechos, aunque sólo sea

(24) WALTER VAN GERVEN, «Non contractual Liability of Member Stats, Community Institutions and Individuals for breaches of Community Law whith a View to a Common Law for Europe» (1994) 1, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 6.

(25) Vid. el dossier preparado por GERRIT BETLEM, «Francovich Follow-Up», en <<http://www.aser.nl/er/fran/fran1.htm>>.

provisionalmente, en espera de la decisión definitiva que confirme o desmienta la existencia de una violación del Derecho comunitario por parte del legislador nacional. Es una aplicación más de la eficacia directa que, en este caso, afecta al Derecho procesal. Esta doctrina se traduce igualmente en la posibilidad de que los jueces nacionales puedan suspender la ejecución de actos dictados en aplicación de normas secundarias del Derecho comunitario si albergan dudas sobre la validez del acto (comunitario) que les sirve de fundamento. Vid. *Zückerfabrick Süderdithmarschen* (1991, I-415), *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* (1995, I-3761), *Krüger GmbH* (1997, I-4517). En esencia, se requieren los siguientes requisitos: que el Derecho que se invoca aparezca como probable, que se tenga en cuenta suficientemente el interés general de la Comunidad (lo cual exige dar la posibilidad de audiencia a la institución de la cual deriva el acto comunitario en el que se basa la disposición nacional cuya aplicación se pretende evitar), y que la no-adopción de la medida haga temer por la eficacia de la resolución judicial que eventualmente acoja las pretensiones del demandado.

II. *Libre circulación de mercancías*

La doctrina destaca el rol precursor que ha tenido el principio de libre circulación de mercancías para hacer posible la remoción de obstáculos en las transacciones internacionales y la destacadísima labor del TJCE en el desarrollo de tal principio. En concreto, el *casebook* recoge las sentencias *Dassonville* (1974, I-837), *Cassis de Dijon = Rewe-Zentral-AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979, 649), *Ley de pureza de la cerveza* (1987, 1227), *Stoke on Trent* (1992, I-6635) y *Keck* (1993, I-6097).

a) *Dassonville* (1974, I-837). La sentencia determina por primera vez lo que debe entenderse por «medida de efecto equivalente» a las restricciones cuantitativas de la competencia, prohibidas por el artículo 28 TCE. La define como «toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario». El artículo 30 TCE prevé que las normativas que suponen un obstáculo para el libre comercio deban ser, no obstante, toleradas, si tal reglamentación responde a exigencias técnicas o a la protección de la salud de los consumidores o del medio ambiente. En el caso *Dassonville*, el TJCE concluyó que, efectivamente, constituía una medida de efecto equivalente y de discriminación arbitraria la exigencia, por un Estado miembro, de un certificado de autenticidad de un producto que, en cambio, no era exigido en su país de origen a los importadores del producto. El TJCE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la existencia de otras medidas de efecto equivalente contrarias al artículo 28 TCE: el control de plantas de importación

(*Rewe c. Landwirtschaftskammer* [1975, 843]); la exigencia de formalidades injustificadas que pueden ocasionar retrasos a la importación y/o exportación (*Comisión c. Francia* [1977, 515]); determinadas disposiciones sobre la composición o presentación de productos alimenticios (vgr. la cerveza no elaborada según los requisitos exigidos en Alemania (*Reinsgebot für Bier* o Ley de la pureza de la cerveza alemana [1987, 1227]); la margarina que sólo puede presentarse en forma de estructura cúbica, según la normativa belga (*Rau* [1982, 3961]), o un embotellado específico para determinados productos (*Bocksbeutelflaschen* [1984, 1299]; *Petillant de Raisin* [1986, 3879]).

b) *Cassis de Dijon = Rewe-Zentral-AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979, 649). La sentencia instauro el principio del reconocimiento mutuo, en virtud del cual las disposiciones de un Estado miembro deben ser reconocidas y respetadas en el resto, aún cuando supongan obstáculos al libre comercio, si responden a alguna exigencia imperativa necesaria para la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la lealtad de las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores (o, como posteriormente se ha afirmado, si se trata de proteger el medio ambiente, *Comisión c. Dinamarca* [1988, 4607], o la protección de especialidades sociales o culturales de carácter nacional o regional [*Stoche on Trent* (1992, I-6635)], así como la protección de la pluralidad de medios de comunicación [*Familiapress* (1997, I-3689)]) y, naturalmente, también si se ajustan a alguna de las previsiones del artículo 30 TCE que, en todo caso, son de interpretación restrictiva. En cuanto a la exigencia de excepciones basadas en la «salud pública», *Müller* (1986, 511), *Reinheitsgebot für Bier* (1987, 1227), *Aragonesa de Publicidad Exterior* (1991, I-4151).

El principio del reconocimiento mutuo ha dado lugar a toda una serie de sentencias posteriores que han contribuido a la obertura del mercado. Algunos ejemplos: el vinagre no elaborado a partir del vino en Italia, que no podía comercializarse en este país. La prohibición afectaba tanto a la producción nacional como a la de importación, de manera que no sólo no se podía fabricar vinagre a partir de frutas, sino que tampoco se podía comercializar el que de esta manera era fabricado en otros países. Otros ejemplos, *Gilli und Andres* (1980, 2071); *Rau* (1982, 3961); *Van der Laan* (1999, I-731).

c) *Reinheitsgebot für Bier* o Ley de pureza de la cerveza (1987, 1227). En este caso se cuestionó la validez de la ley alemana de fabricación de la cerveza, que sólo reconocía como tal el producto resultante de la combinación de cuatro ingredientes exclusivamente. En consecuencia, otro método de fabricación impedía la comercialización de la cerveza belga en territorio alemán. El TJCE decidió que el consumidor podía comprar cerveza belga en Alemania, sin que aquélla debiera someterse al sistema de depuración que regía en este país. En base a la sentencia recaída en el caso *Reinheitsgebot für Bier*, posteriormente la cervecería francesa *Brasserie du Pêcheur* demandó al

Gobierno alemán en reclamación de indemnización por no haberle permitido exportar cerveza —realizada según normas de fabricación distintas de las alemanas— en Alemania (1996, I-1029). El fundamento de la demanda era la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario, tal y como lo había declarado la sentencia *Francovich* (aunque, en el caso, se trataba de precisar el régimen de responsabilidad por violación de disposiciones del TCE). El principio reconocido en el caso *Reinheitsgebot* ha sido aplicado en otros supuestos de comercialización de productos alimenticios. Vgr. en relación con la pasta en Italia, la prohibición de vender en este país la que no sea elaborada con grano tierno (caso *Drei Glocken c. USL* [1988, 4233]). Además, *Comisión contra Alemania* (1989, 1021).

d) *Stoke on Trent* (1992, I-6635). Es una de las muchas sentencias en relación con las que el TJCE ha tenido que enfrentarse al tema de los horarios comerciales y a la prohibición de abrir los comercios en horas nocturnas y los domingos. A la pregunta de si ésta era una medida de efecto equivalente que podía afectar la competencia y el comercio interior, el TJCE ha dado varias respuestas. En la sentencia *Oebel* (1981, 1993) dijo que no. En la sentencia *Torfaen* (1989, 3851) dijo, por el contrario, que sí, que era susceptible de afectar el comercio interior, aunque debía averiguarse si, en todo caso, era una restricción justificada. Concluyó afirmando que la distribución del tiempo de trabajo y los festivos era una cuestión que debía ajustarse a las peculiaridades sociales y culturales de la nación. Consideró esto como una exigencia imperativa necesaria, en el sentido expresado en la sentencia *Cassis de Dijon*. Si, en concreto, la medida era o no proporcional, esta era una cuestión que debía quedar al arbitrio de los tribunales nacionales. En los casos *Conforama* (1991, I-997) y *Marchandise* (1991, I-1027), concluyó que el volumen de ventas que pueden verse afectadas por el cierre no es tan significativo como para apreciar la existencia de barreras en el comercio interior y límites a las importaciones. A la hora de considerar si la medida era justificada, el TJCE resolvió sobre su proporcionalidad en relación con la finalidad perseguida. En el caso *Stoke on Trent* (igual que en los casos *Anders* [1992, I-6457] y *Payless* [1992, I-6493]), el TJCE se pronunció a favor de considerar que la medida suponía una limitación a la libre circulación de mercancías. Se trataba de ver, pues, sobre la base del principio de proporcionalidad, si estaba justificada por exigencias imperativas derivadas de peculiaridades sociales o culturales. Concluyó que sí, siguiendo las indicaciones del abogado general VAN GERVEN. En *Keck* (1993, I-6097) se abandona esta jurisprudencia y, posteriormente, se señala en los casos *Tankstation* (1994, I-2199), *Punto Casa* (1994, I-2355) y *Semenaro Casa* (1996, I-2975), que el tema de la obertura de comercios ya no cae en la órbita del artículo 30 TCE.

e) *Keck* (1993, I-6097). En este caso, el TJCE entendió que la doctrina de la sentencia *Cassis de Dijon* no era aplicable, porque la aplicación de una

normativa nacional prohibiendo determinadas modalidades de venta, indistintamente a los productos nacionales e importados, no es un límite al comercio. No impide el acceso al mercado de los productos importados, ni lo limita en mayor medida que a los productos nacionales. Lo que deba entenderse por «modalidad de venta», en el sentido dado por la sentencia *Keck*, se define también en las sentencias *Hünemund* (1993, I-6787), sobre la prohibición de hacer publicidad de productos típicos farmacéuticos (no medicamentos) fuera de las farmacias; *Leclerc-Siplec* (1995, I-179), sobre prohibición de publicidad televisiva en el sector de la empresa; *Tankstation* (1994, I-2199), sobre horarios comerciales; *Punto Casa* (1994, I-2355), y *Semenaro Casa* (1996, I-2975), sobre la prohibición de ventas en domingo; *Säuglingsmilch* (1995, I-1621), sobre la prohibición de vender leche materna fuera de las farmacias; *Banchero* (1995, I-4663), sobre la prohibición de vender tabaco en otros establecimientos fuera de los expresamente autorizados.

No así, la sentencia *Mars* (1995, I-1923) o la sentencia *Clinique* (1994, I-317). En la primera, el vendedor cambiaba el rótulo del empaquetado del producto para ser vendido en el extranjero. Lo que en otros países hubiese sido legítimo, en Alemania chocaba contra el § 1 de la Ley reguladora de la competencia desleal. Por tanto, el producto debía comercializarse sin el citado rótulo y eso hubiera supuesto la producción de empaquetados distintos, con el consiguiente aumento de los costes. La prohibición del Derecho alemán era una medida de efecto equivalente y no una «modalidad de venta» en el sentido expresado en *Keck*.

Otras «modalidades de venta» caen bajo la órbita del artículo 30 TCE, y deben justificarse cuando no se aplican indiscriminadamente de la misma manera a los productos nacionales y a los de importación. Por ejemplo, en el caso de la prohibición de publicidad televisiva dirigida a menores de doce años, si se demuestra que la prohibición tiene un impacto mayor cuando se refiere a productos procedentes de otros países (caso *de Agostini*, 1997, I-3843).

III. *Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios*

El TCE no sólo protege la libre circulación de mercancías, sino también la libre circulación (art. 39-41 TCE) de los nacionales de los diferentes Estados miembros (trabajadores dependientes) y su Derecho a prestar servicios (actividades económicas remuneradas) en cualquiera de ellos (art. 49-55 TCE), sin discriminación por razón de nacionalidad, y a los cuales debe reconocer, en su caso (trabajadores autónomos), la libertad de establecimiento (art. 43-48 TCE). De todas maneras, esta última admite restricciones justificadas, que en todo caso deben ser de interpretación restrictiva. El *casebook* analiza las

sentencias *Van Binsbergen* (1974, 1299), *Vlassoupoulou* (1991, I-2357) y *Gebhard* (1995, I-4165).

a) *Van Binsbergen* (1974, 1299). El TJCE reconoció la eficacia directa de los artículos 49.1 y 50.3 TCE, en el sentido de impedir cualquier discriminación por razón de nacionalidad a los prestadores de servicios en un país distinto de su lugar de residencia. Es decir, no sólo en el caso apuntado en la sentencia, sino también en relación con la libre prestación de servicios «pasiva», esto es, la del destinatario de los mismos, que va a contratarlos en un país diferente de aquél en el que él tiene su residencia (*Luisi und Carbone* [1984, 377]; *Calfa* [1999, I-11]); o la que supone que tanto el que los presta como el que los encarga permanecen en su país de residencia pero, en cambio, el servicio es internacional, vgr. la emisión de programas televisivos (vgr. *Debauve* [1980, 833]; *Bond van Adveerterders* [1988, 2085]; *de Agostini* [1997, I-727]), e incluso la que supone que tanto el prestador de servicios como los usuarios tienen su residencia en países distintos a aquél en donde éste se presta y se recibe (es el ejemplo de los guías turísticos y, así, *Comisión c. Italia* [1991, I-709] y *Comisión c. Grecia* [1991, I-727]). Esta última interpretación ultrapasa el tenor literal de los artículos 49.1 y 50.3 TCE, pero sirve al TJCE para fundamentar la libertad (subsidiaria) de establecimiento sobre la base de la liberalización de cualquier actividad remunerada que no pueda reconducirse a otra libertad (*Luisi und Carbone* [1984, 377]). Por el contrario, el TJCE no incluyó las actividades de una asociación de estudiantes que difundía la dirección de una clínica abortiva, porque no existía ningún contrato de trabajo con la misma, ni se apreció la existencia de una actividad remunerada. La actividad de la asociación en cuestión no era posible reconducirla al ámbito de la libertad de prestación de servicios: la clínica no había encargado tal publicidad (*SPUC* [1991, I-4685]).

La sentencia *Van Binsbergen* estima que cualquier limitación que tenga por objeto prohibir o restringir las actividades del prestador de servicios debe ser analizada de acuerdo con el principio fundamental de la libertad de tal prestación. Y debe estar justificada, según *Säger* (1991, I-4221). La tendencia es eliminar cualquier obstáculo, incluso si no tiene carácter discriminatorio: *Gouda* (1991, I-4007), *Schidler* (1994, I-1039), *Vander Elst* (1994, I-3803), *Broede* (1996, I-6511), *SETTG* (1997, I-3091). No está claro todavía que existan determinadas modalidades —en el sentido utilizado en *Keck*— que no caigan dentro del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios. Lo negó la STJCE *Alpine Investments* (1995, I-1142).

La sentencia *Van Binsbergen* justifica las restricciones a la libre prestación de servicios en la necesaria aplicación de reglas profesionales que obedezcan al interés general —reglas de organización, calificación, deontología, control, responsabilidad—, pero sólo si la medida no es aplicada de manera discriminatoria (es decir, si no se aplica sólo a las personas que residan en un determinado

Estado). Análogamente, *Van Wasemael* (1979, 35), *Webb* (1981, 3305). Otras sentencias han añadido el principio de orden público, la seguridad o la sanidad y, naturalmente, mantienen la exigencia de no-aplicación discriminatoria de la medida (*Alpine Investments* [1995, I-1142], *Schindler* [1994, I-1039], *Broede* [1996, I-6511], *de Agostini* [1997, I-3843], *Coenen* [1975, 1547]). Numerosas sentencias se refieren a esta cuestión en el ámbito de la actividad aseguradora. Así, *Comisión c. Dinamarca* (1986, 3713), *Comisión c. Alemania* (1986, 3755) y *Comisión c. Irlanda* (1986, 3817). Además, todas las restricciones deben satisfacer el principio de proporcionalidad. Es decir, hará falta comprobar si el mismo objetivo no podría cumplirse con medidas menos penalizadoras para el prestador de servicios. Entre otras, *Cornelis van Schaick* (1994, I-4837), *Vander Elst* (1994, I-3803) y *Ramrath* (1992, I-3351).

b) *Vlassoupoulou* (1991, I-2357). El caso planteado por la señora Vlassoupoulou afectaba a la libertad de establecimiento y vino motivado por la negativa a reconocer en Alemania los estudios universitarios realizados en otro país. En relación con este mismo tema, el TJCE ya había exigido antes el reconocimiento de títulos o diplomas, en relación con otro tipo de profesiones distintas de las de abogado: primero, a propósito de las Directivas que exigen el reconocimiento (*Broekmeulen* [1981, 2311]; *Auer II* [1983, 2727]) y, después, cuando es el propio Derecho nacional el que permite la apreciación de equivalencia (*Thieffry* [1977, 765]; *Patrick* [1977, 1199]; además, *Heylens* [1987, 4097], en relación con la libertad de prestar servicios). El caso analizado no se reconduce a ninguno de estos supuestos.

Siguiendo las conclusiones del abogado general y la jurisprudencia por él citada, el TJCE consideró necesario establecer la regla según la cual los conocimientos adquiridos en un país para el ejercicio de una profesión —acreditados a través del correspondiente título—, han de poder ser valorados en un país miembro distinto en el que se quiera ejercer aquélla, a fin de poder apreciar la equivalencia. Además, si el Estado de acogida exige una determinada experiencia práctica, corresponde a sus autoridades comprobar si la experiencia profesional adquirida por el solicitante, ya sea en el país de origen, ya sea en el país de acogida, corresponde a la exigida en este último. La decisión tomada debe ser, además, susceptible de revisión judicial (confirmado en *Borell* [1992, I-3003]).

El recurso a la doctrina sentada en la sentencia *Vlassoupoulou*, sólo será necesaria en la medida que las Directivas o las leyes de transposición en cada Estado no reconozcan la equivalencia. Especialmente ineficaces (o limitadamente eficaces) son las Directivas cuando un nacional comunitario ha obtenido su calificación profesional en un tercer Estado no perteneciente a la UE (*Tawil-Albertini* [1994, I-451]). Existe al respecto una recomendación (no vinculante) del Consejo tendente a facilitar el reconocimiento (DOCE L 19, de 24-1-1989, 24).

c) *Gebhard* (1995, I-4165). La decisión *Gerbhard* es importante por dos razones: delimita la distinción entre libertad de establecimiento (es la que se reconoce en el caso concreto; vid. también *Kemmler* [1996, I-703]) y libertad de prestación de servicios y, por otra parte, establece una doctrina común para cualquier libertad de circulación de las que reconoce el TCE. La sentencia precisa el alcance de la libertad de establecimiento. Afirma que deben cumplirse las exigencias del Estado nacional, pero siempre que éstas reúnan las condiciones que exige el TJCE: que no se apliquen de manera discriminatoria, que se justifiquen en el interés general, que sean necesarias y proporcionadas a la finalidad perseguida (*Kraus* [1993, I-1663]). Además, el Estado debe tener en cuenta los conocimientos obtenidos por el afectado en su país de origen y, en su caso, proceden al reconocimiento de la equivalencia (*Vlas-soupoulou* [1991, I-2357]; *Thieffrey* [1977, 765]). La referencia a la «proporcionalidad» recuerda a *Cassis de Dijon* y, seguramente, deben admitirse las mismas limitaciones que ya establecía *Keck*. En este sentido, *Sodemare* (1997, I-3395). Otras sentencias, que aplican el principio de prohibición de limitaciones que no hacen atractiva o limitan la libertad de establecimiento, y en las que el TJCE ordena su justificación para poder admitirlas, son: *Centros* (1999, I-1459), *Pfeiffer* (1999, I-2835) y *Kraus* (1993, I-1663).

La sentencia no dice, empero, si a partir de la libertad de establecimiento, el señor Gerbhard podía deducir el Derecho de ejercer en Italia como abogado. Debían ser los tribunales italianos quienes lo apreciaran, a la vista de las cualificaciones y los títulos del señor Gerbhard.

En el ámbito legislativo, la Directiva 77/249, de 22-3 [DOCE L 78, de 26-3-1977, 17] tiende a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados; y la Directiva 89/48, de 21-12-1988 [DOCE L 19, de 24-1-1989, 16], regula el reconocimiento de títulos de enseñanza superior de formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. También debe tenerse en cuenta la Directiva 98/5, de 16-2 (DOCE L 77, de 14-3-1998, 36), destinada a facultar el ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto de aquel en el que se expidió el título, y la Directiva 92/51, de 18-6 [DOCE L 209, de 24-7-1992, 25; modificaciones sucesivas en DOCE L 217, de 23-8-1994, 8; DOCE L 184, de 3-8-1995, 21; DOCE L 184, de 12-7-1997, 31; DOCE L 54, de 26-2-2000, 42] relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales que complementa a la Directiva 89/48 antes mencionada. La Directiva 99/42, de 7-6 [DOCE L 201, de 31-7-1999, 77], establece también un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias. Recientemente, la Directiva 2001/19, de 14-5-2001 [DOCE L 206, de 7-2001, 1], modifica las Directivas 89/48 y 92/51.

IV. *Protección a los trabajadores*

Son muchas las disposiciones del TCE que se ocupan de los mismos. Los artículos 39-42 TCE se refieren a la libertad de circulación de los trabajadores autónomos. El ámbito de aplicación de estos preceptos ha sido delimitado en la sentencia *Levin* (1982, 1035), a partir de la definición del término «trabajador». Estas personas tienen los derechos que les reconoce el artículo 39.2 y 3 TCE, sin posibilidad de discriminación por razón de nacionalidad. De ahí, la STJCE *Bosman* (1995, I-4921) dedujo la existencia de prohibición de limitaciones a la libertad de circulación. Además, desde el punto de vista de la política social comunitaria, el artículo 141 TCE otorga el Derecho fundamental a obtener una retribución igualitaria hombres y mujeres si éstos realizan prestaciones equivalentes. Sobre ello, *Defrenne II* (1976, 455) y *Barber* (1990, I-1889). El derecho de los trabajadores y la política social a ellos referida se complementa y amplía con el derecho secundario. El caso *Directiva sobre organización del tiempo de trabajo* (1996, I-5755) se hace eco de la demanda de un Estado miembro contra el legislador comunitario pidiendo la nulidad de la disposición por falta de competencia para dictarla.

a) *Levin* (1982, 1035). La sentencia se pronuncia sobre el concepto «trabajador» y «actividad asalariada», considerando que estos términos tienen alcance comunitario y no puede dejarse su determinación a los Estados miembros si no se quiere correr el peligro de que tales conceptos varíen y, por ende, que acabe siendo ilusoria la protección al trabajador. El TJCE considera que el trabajo parcial, si bien proporciona unas rentas inferiores a lo que puede considerarse el salario mínimo, es en cambio un medio de vida para muchas personas —no importa si éstas tienen un complemento de salario derivado de otras fuentes—, de manera que el «efecto útil» del Derecho comunitario puede verse seriamente comprometido, y cuestionada la realización de las finalidades del TCE, si el goce de Derechos del Título relativo a la libre circulación de trabajadores estuviera reservado a los trabajadores a tiempo completo y con un salario al menos igual al mínimo interprofesional en el sector considerado. De todas maneras, debe tratarse de actividades reales y efectivas. Quedan excluidas las jornadas de trabajo tan reducidas que no pueden ser consideradas ejercicio de una «actividad económica» (no fue el caso en *Bettray* [1989, 1621]). Los motivos que un trabajador haya tenido para decidir buscar trabajo en otro país son irrelevantes a los efectos de reconocerle el Derecho de entrar y permanecer en el país en que desea ejercer el trabajo. Estos principios han sido posteriormente confirmados y ampliados en las sentencias *Kempf* (1986, 1741), *Lawrie-Blum* (1986, 2121), *Agagste* (1989, 4459), *Raulin* (1992, I-1027), *Steymann* (1988, 6159).

b) *Bosman* (1995, I-4921). Un juez belga elevó cuestión prejudicial preguntando si no era contrario al principio de libre circulación de trabajadores

y al Derecho de la competencia, el sistema de transferencia de jugadores en virtud del cual el nuevo club debía pagar una suma de dinero al club antiguo, y la imposición de una cláusula de nacionalidad, en virtud de la cual en campeonatos oficiales no se podía alinear a más de tres jugadores comunitarios, a lo que debían sumarse dos jugadores que hubiesen jugado ininterrumpidamente en el país de que se tratara durante cinco años consecutivos, de los cuales tres en equipos junior (regla «3+2»). El TJCE declaró que la práctica del deporte constituye una actividad económica, en el sentido del artículo 2 TCE, y, por lo tanto, el Derecho comunitario es aplicable. Los jugadores de fútbol profesionales o semiprofesionales ejercen una actividad por cuenta ajena o efectúan prestaciones de servicios retribuidas, según *Walrave* (1974, 1405) y *Donà* (1976, 1333). Las limitaciones que impone la regulación del Derecho comunitario tienen por objeto suprimir barreras de origen estatal, pero también se aplica a la regulación establecida por asociaciones que no se someten al Derecho público y cuya normativa viene impuesta por la autonomía privada (también, *Walrave* [1974, 1405]). El TJCE confirma que el pago de una cantidad entre clubes en concepto de transferencia, constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores. No se consigue demostrar que estén justificadas. La regla del «3+2» constituye igualmente un obstáculo, porque es discriminatoria. Nada tiene que ver que la regla sólo se aplique a la alineación de jugadores en partidos oficiales, precisamente porque la participación en tales encuentros constituye la actividad esencial de un jugador profesional. Son restricciones que no están justificadas, puesto que, a diferencia de lo que estableció la sentencia *Donà* (1976, 1333), no se trata de una exclusión que afecte a determinados encuentros y realizada por otros motivos diferentes de los económicos (vgr. mantener un cierto número de nacionales para hacer «cantera», tal y como se alegaba).

c) *Defrenne II* (1976, I-5755). En aplicación de la doctrina establecida en *Van Gend en Loos*, el TJCE estima que el artículo 141 TCE es de aplicación directa. En virtud de este artículo, los Estados miembros deben asegurar la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres en igualdad de condiciones. La medida obedece a dos consideraciones: por un lado, económicas, pues se trata de que empresas situadas en un país miembro en el que la igualdad es efectiva, no sufran perjuicios por la competencia de otras empresas situadas en otros países en los que la discriminación salarial en detrimento del sexo femenino aún existe. Por otro lado, sociales: el artículo 141 TCE es una medida de política social que ha de asegurar, mediante una acción común, el progreso social, que contribuye a perseguir la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos de Europa.

Literalmente, el artículo 141 TCE está dirigido sólo a los Estados miembros. Sin embargo, la señora Defrenne lo invocaba directamente frente a su empresario. En la decisión *Walrave* (1974, 1405), el TJCE reconoció por

primera vez que no sólo las actuaciones de las autoridades públicas, sino también determinadas disposiciones de regulación colectiva del trabajo están sujetas a las prescripciones de los artículos 48 y 59 TCE. Lo mismo, *Bosman* (1995, I-4921). En la sentencia *Defrenne II*, el TJCE va un poco más lejos: la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres por razón del salario afecta a todos los contratos celebrados entre particulares. La razón radica en el deseo de asegurar la plena eficacia del Derecho comunitario que, en relación con la prohibición de discriminación salarial, sólo puede asegurarse completamente a partir del reconocimiento de su eficacia horizontal. Tras *Defrenne II* (1976, I-5755), se promulgó la Directiva 75/117 sobre prohibición de discriminación salarial.

Con todo, la sentencia no contempla las consecuencias de la infracción del principio. En las posteriores *Kowalska* (1990, I-2591), *Nimz* (1991, I-297), *Beune* (1994, I-4471), se afirma ya que el discriminado tiene acción para exigir las mismas condiciones de trato que el que no lo está.

En *Defrenne II* (1976, I-5755), el TJCE diferencia entre lo que son discriminaciones directas y las que lo son indirectas. Las primeras son las determinaciones relativas al salario establecidas en prescripciones legales, convenios colectivos o acuerdos individuales que abiertamente establecen diferencias entre hombres y mujeres a partir de decisiones que sólo pueden vincularse al sexo, vgr. el embarazo (*Dekker* [1990, I-3941]; *Jiménez Melgar* [C-438/99, 4-10-2001]). Estas están en todo caso prohibidas. Tal tipo de discriminaciones se daban en el caso de la señora Defrenne, puesto que ésta, por el mismo trabajo, percibía menos dinero que sus colegas masculinos.

Es discriminación indirecta toda diferencia de salarios que, aún basada en un criterio que en sí mismo es neutro, en cambio conduce al resultado de perjudicar a las personas pertenecientes a un determinado sexo. Por ejemplo, la contratación de trabajadores en régimen de media jornada, que suele comportar siempre un salario más bajo y que, normalmente, afecta a las mujeres (*Jenkins* [1981, 911]; *Rinner-Kühn* [1989, 2743]; *Nimz* [1991, I-297]; *Bötel* [1992, I-3589]). Con todo, puede pasar que el tratamiento desigual entre diferentes grupos de trabajadores esté justificado y que esto no tenga nada que vez con la discriminación por razón de sexo (*Bilka* [1986, 1607]). La apreciación concreta de la medida discriminatoria corresponde a los tribunales nacionales.

La jurisprudencia estableció también que si bien la carga de la prueba de la existencia de una discriminación indirecta corresponde al que la sufre, si consigue demostrar, a partir de la existencia de estadísticas significativas, que una determinada remuneración corresponde siempre a un determinado sexo y que ésta es discriminatoria respecto de la remuneración que corresponde al otro, entonces es el empresario —o el legislador si es una norma la que establece tal diferencia— quien ha de justificar con base a razones objetivas

la diferencia (*Enderby* [1993, I-5535]; *Seymour-Smith* [1999, I-623]). La inversión de la carga de la prueba tiene lugar también cuando una empresa utiliza un sistema de remuneración ambiguo, opaco, que no permite saber qué factores han resultado decisivos para fijar el sueldo (*Specialarbejderforbundet* [1995, I-1275]). Vid., posteriormente, el artículo 4 de la Directiva 97/80, de 15-12-1997, *relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo* (DOCE L 14, de 20-1-1998, 6).

Naturalmente, es esencial para poder aplicar el artículo 141 TCE, que la discriminación opere sobre grupos de personas que realizan el mismo trabajo, lo cual, por supuesto, no justifica una diferente remuneración. Ahora bien, no es lo mismo el médico que ha estudiado medicina que la psicóloga que ha estudiado psicología, aunque los dos aparentemente hagan el mismo trabajo como «psicoterapeutas» porque, en definitiva, sus conocimientos son distintos (*Wiener Gebietskrankenkasse* [1999, I-2865]). Las diferencias de cualificación profesional pueden justificar una discriminación indirecta por razón de salario e incluso puede llevar a la conclusión de que no se está desarrollando un mismo trabajo, tal y como exige el artículo 141 TCE.

d) *Barber* (1990, I-1889). El TJCE fija el concepto de prestación salarial entendiéndola incluida la pensión por jubilación en el artículo 141 TCE. Antes, ya había interpretado ampliamente el concepto. Vid. *Rinner-Kühn* (1989, 2743), *Liefting* (1984, 3225), *Worringham* (1981, 767), *Garland* (1982, 359), *Bilka* (1986, 1607). En el caso analizado, el TJCE considera discriminatoria la diferencia de edad de cobro de la pensión entre los trabajadores de uno y otro sexo. Establece que, aunque la legislación nacional fija esa misma diferencia, en el caso en examen tal diferencia ha sido acordada voluntariamente o a partir de una decisión unilateral del empresario. Las prestaciones caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 141 TCE y la diferencia de edad en el cobro va contra el precepto. Comprende, en el concepto de salario, también las remuneraciones futuras e incluso cuando la relación laboral ya ha finalizado. Esto se repite en *Bötel* (1992, I-3589), *Neath* (1993, I-6935), *Lewark* (1996, I-243). De todas maneras, por razones de seguridad jurídica, el TJCE decide que el efecto directo del artículo 141 TCE no se puede alegar para pedir retroactivamente el Derecho a pensión, es decir, con fecha anterior a la sentencia, a no ser para los trabajadores o causahabientes que ya hubieren hecho valer sus reclamaciones ante los tribunales o hubieren reclamado de forma equivalente. En la práctica, sólo serían consideradas prestaciones salariales las posteriores al día 17-5-1990. Así, *Ten Oever* (1993, I-4879). De todas maneras, más adelante se señaló que tales limitaciones temporales no servían cuando se trataba de un sistema de seguridad privado establecido por la empresa (*Beaune* [1994, I-4471], *Vroege* [1994, I-4540], *Fisscher* [1994, I-4583]). En este sentido, la situación ya estaba clara desde *Defrenne II* (1976, 455) y *Bilka* (1986, 1607).

Como consecuencia de la sentencia *Barber*, se solicitó a las empresas que establecieran un sistema de pensiones único para hombres y mujeres. Desde luego, no se consiguió una igualación en el cobro al alza, sino a la baja, de forma que los hombres pasaron a cobrar lo mismo que las mujeres (prestaciones más bajas) y no a la inversa. Contra tal práctica, *Smith* (1994, I-4435) y *Van den Akker* (I-4527).

En *Neath* (1993, I-6935) y *Coloroll* (1994 I-4489), se establece que el artículo 141 TCE sólo se refiere al cobro de las pensiones y no al pago de las contribuciones, de manera que es lícito que la mujer pague unas cuotas más elevadas que las del hombre, teniendo en cuenta que su esperanza de vida es más larga y, por lo tanto, que la cotización que realiza la empresa es mayor.

En el ámbito legislativo, el artículo 7.1 de la Directiva 79/7, de 19-12-1978, *relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social* [DOCE L 6, de 10-1-1979, 24] y el artículo 9.a) de la Directiva 86/378, de 24-7-1986, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social* [DOCE L 225, de 12-8-86, 40], permitían mantener diferencias en el cobro de la renta. La última de las citadas fue modificada por Directiva 96/97, de 20-12-1996 [DOCE L 46, de 17-2-1997, 20; corrección de errores, DOCE L 151, 18-6-1999, 39], en armonía con lo dispuesto en la sentencia *Barber* y posteriores.

Entre las Directivas relativas a la prohibición de discriminación, vid. Directiva 76/207, de 9-2-1976, *relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo* (DOCE L 39/1976, de 14-2-1976, 40); Directiva 75/117, de 10-2-1975, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos* [DOCE L 45, de 19-2-1975, 19]; Directiva 86/613, de 11-12-1986, *relativa al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre protección de la maternidad* [DOCE L 359, de 19-12-1986, 56]; Directiva 92/85, de 19-10-1992, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en el período de lactancia* (Décima Directiva específica con arreglo al art. 16.1 de la Directiva marco 89/391/CEE) [DOCE L 348, de 28-11-1992, 1]; Directiva 96/34, de 3-6-1996, *relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental*, celebrado por UNICE, CEEP y CES (DOCE L 145, 19-6-1996, 4). Posteriormente ampliada al Reino Unido por Directiva 97/75, de 15-12-1997 (DOCE L 10, de 16-1-1998, 24).

La ya citada Directiva 97/80, de 15-12-1997, *relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo* (DOCE L 14, de 20-1-1998, 6) ha sido modificada por la Directiva 98/52, de 13-7-1998, *relativa a la ampliación de la Directiva 97/80, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* (DOCE L 205, de 22-7-1998, 66).

Contra el racismo y la xenofobia, vid. Directiva 2000/43, de 29-6-2000 (DOCE L 180, de 19-7-2000, 22-26), *relativa al principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico*. Posteriormente, vid. Directiva 2000/78, de 27-11-2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (DOCE L 303, de 2-12-2000, 16-22). Recientemente, en un contexto general de prohibición de discriminación entre personas, vid. Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4-11-2000.

e) Directiva sobre distribución del tiempo de trabajo (1996, I-5755). En fecha 23-11-1996, el Consejo promulgó la Directiva 93/104, sobre determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo (DOCE L 307, de 31-12-1993, 118). La Directiva se dictó al amparo del antiguo artículo 118 TCE (actual art. 137 TCE, que modifica aquél, ampliando la base de la competencia). El Reino Unido impugnó la norma por falta de competencia para promulgarla. La sentencia se pronuncia sobre cuáles deben ser los fundamentos de tal competencia y establece el principio de proporcionalidad en la armonización. En el caso concreto, el TJCE sólo da la razón al Gobierno del Reino Unido en cuanto a la impertinencia de considerar el domingo como día de descanso que mejor favorece la salud y la seguridad de los trabajadores.

V. *Derecho de la competencia*

La Unión Europea está orientada hacia el mercado y aspira a la libre competencia y, por tanto, sanciona las prácticas desleales (art. 3.1.g TCE). El TCE establece reglas sobre la competencia en los artículos 81 a 89: prohíbe los monopolios (art. 81), el abuso de posición dominante (art. 82) y las ayudas concedidas por los Estados o mediante fondos estatales que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo determinadas empresas o producciones (art. 87 TCE). Estas previsiones han sido complementadas con el Reglamento 4064/89, de 21-12-1989, sobre control de la fusión de empresas (DOCE L 395, de 30-12-1989, 1).

La ejecución de las reglas sobre competencia corresponde esencialmente a la Comisión. Los artículos 81 y 82 son, sin embargo, aplicables directamente y su eficacia se proyecta en las relaciones entre particulares. Los acuerdos contrarios a las prácticas monopolísticas (art. 81.2 TCE) son sancionados con la nulidad, aunque son los tribunales nacionales quienes deben determinar tales consecuencias jurídicas a base de apreciar primero si una práctica es contraria a tal prohibición. Es lo que sancionan las sentencias *Brasserie de Haecht II* (1973, 77) y *Delimitis* (1991, I-935).

C) CONSIDERACIONES FINALES

Para acabar quisiera tan sólo dejar apuntado —puesto que no es éste ni el lugar ni el momento para discutir sobre las insuficiencias del sistema— que existen propuestas de cambio de la estructura judicial comunitaria actual, en aras a facilitar una mayor productividad (26) y, sobre todo, después del Tratado de Niza (27). Otras reformas apuntan a la necesidad de cambios para asegurar, en el futuro, la aplicación uniforme de un Derecho privado de naturaleza vinculante para todos los Estados miembros de la UE, en consonancia con los renovados impulsos con los que se afronta el proceso de europeización del Derecho privado —lo demuestran las recientes *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo* (11-7-2001) y Resolución del Parlamento Europeo (15-11-2001) (28). Ello demostraría que la elaboración de un texto de Derecho privado vinculante, de aplicación general y directa, es una futura realidad —aunque no sea, por ahora, de inmediata realización— y en este contexto la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo (Lando) y el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo (von Bar) piensan, en lo tocante a la estructura judicial futura, que:

«A binding legal text unifying a substantial part of private law across the Union would raise the question of the appropriate judicial structure for disputes arising within its scope. The fundamental principle that Community law should have a consistent meaning applicable in all Member States must be honoured. That necessarily requires that final decisions on points of law relating to the text should be conclusively determined by a competent court at a European Level. However, the sheer volume of litigation arising in patrimonial private law means that the existing model whereby national courts refer questions to the EJC (a model already under strain, perhaps, in the related areas of the Brussels and Rome Conventions) would doubtless not be workable. Only when a draft binding text is under discussion will it be necessary to devise a suitable scheme, but even now various options are apparent. One would be the creation of a number of European Courts of Appeal, subordinate to the European Court of Justice, constituted on a regional or supra national basis. A possibly more efficient solution would be to invoke the existing national judicial structures, perhaps with the addition of “leap-frogging” procedures enabling cases to proceed more immediately from lower national courts to national supreme courts

(26) WALTER VAN GERVEN, «The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future» (1996), *European Law Review*, 211.

(27) Cambios en la estructura judicial que son importantes, pero todavía mínimos, según MANUEL LÓPEZ ESCUDERO, «Modificaciones al Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional comunitario», 7/8 (2001), Suplemento *Boletín Europeo Universidad de La Rioja*, 27-40.

(28) Comentada en ARROYO-VAQUER, *op. cit.*, nota 1.

or from higher (but not supreme) national courts to European Court. That would avoid the drawback of imposing a yet further rung on the ladder towards conclusive dispute resolution in the final court of appeal. This latter solution might have the advantage that the national courts would have an active function (susceptible to review at a European level) in interpreting and developing the common European patrimonial law. This would tap into existing judicial creativity in the Member States at all court levels and ensure that the European law continues to develop under the widest range of European judicial influence. Such an approach, of course, would necessarily require wide dissemination of reported judicial decisions at the superior national level in order that persuasive material can be put forward in argument before national courts in other Member States. That again points to the need for a central agency, such as a European Law Institute, which can ensure, or assist other in ensuring, a wide availability in the various European languages of publications (of commentaries and decisions) relevant to the European Patrimonial law» (29).

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS
Departamento de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

(29) Vid. núm. 97 y 98, págs. 47-48 de la respuesta a la consulta de la Comisión, en <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/index_en_html>). Debería añadirse todavía, GIUSEPPE GANDOLFI, en Académie des Privatistes Européens (ed.), *Code Européen des contrats*, Milano, 2001, 111: «il est souhaitable que les doctrines et les jurisprudences des différents pays ne tendent pas à faire revivre, sous l'effet de la force d'inertie, la disparité qui existe aujourd'hui: celle-ci pourrait vraisemblablement disparaître définitivement à travers la mise en place d'une seule et unique Cour Suprême européenne».

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Leyes nacionales

— Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

— Ley 12/2002, de 23 de mayo. Concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

B) Leyes Autonómicas

Cantabria.—Ley 1/2002, de 26-2-2002. Comercio de Cantabria.

Cataluña.—Ley 2/2002, de 14-3-2002. Urbanismo.

— Ley 5/2002, de 19-4-2002. Agencia Catalana de Protección de Datos.

— Ley 6/2002, de 25-4-2002. Medidas relativas a la conciliación del trabajo con la vida familiar del personal de las Administraciones Públicas catalanas y de modificación de los artículos 96 y 97 del Decreto Legislativo 1/1997.

Extremadura.—Ley 1/2002, de 28-2-2002. Del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Murcia.—Ley 1/2002, de 20-2-2002. Adecuación de los procedimientos de la Administración Regional de Murcia a la Ley 30/1992, de 26-11-92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Navarra.—Ley Foral 1/2002, de 7-3-2002. Infraestructuras agrícolas.

— Ley Foral 2/2002, de 14-3-2002. Modifica determinados preceptos de la Ley Foral 24/1996, de 30-12-96, del IS.

— Ley Foral 3/2002, de 14-3-2002. Modificación parcial de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Ley Foral 6/2002, de 27-3-2002. Modificación de la Ley Foral 4/1998, de 6-4-98, de la Cámara Agraria de Navarra.

Valencia.—Ley 1/2002, de 26-2-2002. Modificación de la Ley 5/1983, de 30-12-2001, del Gobierno valenciano.

II. Información de actividades

A) Colegio de Registradores

Durante los días 6 a 10 de mayo han tenido lugar unas Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, donde se han desarrollado las siguientes ponencias:

- *El problema de la evitación del concurso de acreedores*, por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil. Director del Servicio de Coordinación de Registros Mercantiles.
- *El problema de la apertura del concurso de acreedores*, por don ANGEL ROJO, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *El problema de la profesionalización de los órganos concursales: el juez*, por don IGNACIO DíEZ-PICAZO, Catedrático de Derecho Procesal.
- *El problema de la profesionalización de los órganos concursales: la sindicatura (o «administración judicial»)*, por don IGNACIO TIRADO, Profesor de Derecho Mercantil.
- *El problema de los privilegios en el concurso de acreedores (acreedores privilegiados, acreedores ordinarios y acreedores subordinados)*, por don JOSÉ MARÍA GARRIDO, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *El problema de la represión de la conducta del deudor común*, por don JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico*, por don EMILIO BELTRÁN, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *Los problemas básicos del derecho concursal en la reforma del Derecho italiano*, por don ALESSANDRO NIGRO, Ordinario di Diritto Fallimentare.

MESA REDONDA: *El tratamiento jurídico del crédito hipotecario en la reforma de la legislación concursal.*

Intervienen:

- Don JOSÉ MARÍA GARRIDO, Catedrático de Derecho Mercantil.
- Don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador Mercantil.
- Don HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador Mercantil.

B) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

1. Mesa redonda sobre *La libertad religiosa en el tercer milenio*.—Se celebró el día 23 de abril con las siguientes intervenciones:

- *La libertad religiosa después del 11-S*, por la Profesora Doctora doña EUGENIA RELANO PASTOR, de la Universidad Complutense de Madrid.
- *El Registro de entidades religiosas*, por la Profesora Doctora doña BEATRIZ SOUTO GALVÁN, del Instituto de Estudios Bursátiles.
- *El matrimonio religioso judío*, por la Profesora Doctora doña MONSERRAT PERALES AGUSTÍ, del Colegio Universitario Domingo de Soto de Segovia.
- *Conflictos jurídicos que plantea la aplicación de las técnicas de reproducción*, por la Profesora Doctora doña MARÍA DOMINGO, del Centro Universitario Villanueva.
- *La financiación de los grupos religiosos*, por la Profesora Doctora doña SILVIA MESEGUER, del Centro Universitario Villanueva.

Actuó de moderador el Profesor Doctor don ALBERTO PANIZO, de la Universidad Complutense de Madrid y Académico correspondiente.

2. *Jornadas sobre Derecho Premial Español*.—Se celebraron los días 7 y 8 de mayo con el siguiente programa:

- *Los honores y distinciones en España: vigencia y relevancia social de unas instituciones jurídicas centenarias*, por el Ilmo. señor Doctor don FERNANDO GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, Vicedirector del Gabinete de la Presidencia del Congreso de los Diputados, Teniente Coronel del Cuerpo Jurídico Militar, Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- *El Derecho Premial en la tradición histórica española*, por el Ilmo. señor Doctor don FÉLIX MARTÍNEZ LLORENTE, Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Valladolid.
- Mesa redonda.
- *El sistema premial español en la actualidad: una aproximación institucional y jurídica*. Ponente: Excmo. señor Doctor don ALFONSO DE CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, Marqués de la Floresta, Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Mesa redonda en la que participaron, junto a los Ponentes, los Excmos. e Ilmos. señores don JUAN MANUEL DE BARANDICA Y LUXÁN (introducción de embajadores del Ministerio de Asuntos Exteriores); don JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (Director General del Instituto Nacional de la Administración Pública); don JUAN SUNYÉ MENDÍA (Diplomá-

tico, destinado en la Presidencia del Gobierno), pudiendo intervenir también el público asistente.

3. *Recepción de nuevo Académico.*—El día 3 de junio tomó posesión de la plaza de Académico de Número, don MANUEL PIZARRO MORENO, quien leyó su discurso sobre «La regulación como garantía de la libertad: Algunas consideraciones sobre los mercados de valores», contestándole don SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER.

4. Jornadas sobre *La reforma del sistema español de Derecho Internacional Privado*. Ha tenido lugar en la Real Academia, el día 7 de junio, con arreglo al siguiente programa:

SESION DE MAÑANA:

Moderadora: Profesora doña ELISA PÉREZ VERA, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED, Magistrada del Tribunal Constitucional.

- *Introducción. La necesidad de una reforma*, por el Profesor don JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la UAM, Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional.
- *El ámbito de la reforma y la estructura general de la Ley de reforma*, por el Profesor don LUIS GARAU JUANEDA, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de las Islas Baleares.
- *Particularidades de la reforma en el ámbito del Derecho interregional*, por el Profesor don SANTIAGO ALVAREZ GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela.
- *Debate.*

SESION DE TARDE:

Moderador: Profesor don JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid.

- *Introducción. Experiencias legislativas y cautelas que suscita una reforma*, por el Profesor don JOSÉ MARÍA ESPINAR DE VICENTE, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alcalá de Henares.
- *Problemas de técnica jurídica en la Ley de reforma*, por el Profesor don FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- *La organización de la reforma y los métodos de trabajo*, por el Profesor don CARLOS ESPLUGUES MOTA, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia.

- *Debate.*
- *Conclusiones de los moderadores de la Jornada.*

C) Universidad de Salamanca

En los días 28 a 31 de mayo se ha celebrado el III Encuentro Interdisciplinar sobre *Historia de la propiedad. Patrimonio Cultural*, en colaboración con el Colegio de Registradores, con este programa:

- Inauguración por el Mgfco. y Excmo. señor Rector de la Universidad de Salamanca, don IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y por la Ilma. señora Decana de la Facultad de Derecho, doña CARMEN CALVO SÁNCHEZ. Presentación del encuentro.
- *Patrimonio y sostenibilidad: el espacio de las lenguas*, por el Profesor Doctor don SEBASTIÀ SERRANO FARRERA, Universidad de Barcelona.
- *La cultura jurídica en la España medieval: usos, costumbres y resoluciones judiciales*, por el Profesor Doctor don JAVIER ALVARADO PLANAS, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- *Derecho como cultura*, por el Profesor Doctor don JESÚS VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, Universidad de Sevilla.
- *El patrimonio doméstico y su simbología. La cultura popular castellana a través del ajuar mobiliario del hogar durante el antiguo régimen*, por el Profesor Doctor don MÁXIMO GARCÍA FERNÁNDEZ, Universidad de Valladolid.
- *La herencia ecológica y cultural de la ganadería trashumante: un valioso patrimonio que a todos nos conviene conservar*, por don JESÚS SANZ FERNÁNDEZ, Asesor en la Dirección Adjunta a la Presidencia y en la Dirección General de Infraestructuras y Servicios de RENFE.
- *La incidencia de la desamortización en el patrimonio artístico-cultural*, por el Profesor Doctor don JESÚS URREA, Director del Museo Nacional de Escultura de Valladolid.
- *La tutela dei beni culturali nell'Italia moderna: la tradizione degli stati preunitari, l'unità, la contemporaneità*, por el Profesor Arch. BERNARDO ROSSI-DORIA, Universidad de Palermo.
- *La construcción de un sistema nacional de archivos (1858-1936)*, por el Profesor Doctor don PEDRO LÓPEZ GÓMEZ, Universidad de La Coruña, Facultativo del Cuerpo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos.
- *El patrimonio arquitectónico industrial*, por la Profesora Doctora doña INMACULADA AGUILAR CIVERA, Universidad de Valencia.
- *Restauración y conservación en arquitectura*, por el Profesor Arch. GIUSEPPE CRISTINELLI, Universidad de Venecia.

- *La propiedad intelectual y las tecnologías de la información en la biblioteca*, por doña PILAR LLOPART, Biblioteca de la Universidad de Barcelona.
- *Hallazgos históricos culturales*, por el Profesor Doctor don JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA, Universidad de Zaragoza.
- *La protección jurisdiccional del patrimonio cultural*, por el Profesor Doctor don LORENZO BUJOSA VADELL, Universidad de Salamanca.
- *Régimen jurídico-administrativo de la propiedad histórica*, por el Profesor Doctor don JUAN MANUEL ALEGRE AVILA, Universidad de Cantabria.
- *Régimen jurídico de los bienes muebles protegidos*, por el Profesor Doctor don DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Universidad de Salamanca.
- *Régimen jurídico de los bienes inmuebles de interés cultural*, por la Profesora Doctora doña CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, Universidad de Sevilla.
- *Patrimonio cultural y patrimonio natural*, por el Profesor Doctor don FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, Universidad de Zaragoza.
- *La lucha del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario europeo contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, por el Profesor Doctor don INOCENCIO GARCÍA VELASCO, Universidad de Salamanca. Profesora Doctora doña PILAR MAESTRE CASAS, Universidad de Salamanca.
- *La protección del patrimonio cultural*, por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad.
- Clausura a cargo del Ilmo. señor don FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y del Ilmo. señor don VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Director del Centro de Estudios Registrales.

D) Seminario sobre Derecho europeo

En los días 11 y 12 de junio se ha celebrado en Valencia el Seminario Internacional sobre *La unificación del Derecho europeo* en la Universidad de aquella ciudad, con la colaboración del Colegio de Registradores y otras entidades, con el siguiente programa:

Primera mesa redonda

Título: *Presente y futuro de la unificación del Derecho contractual europeo: los «Principios del Derecho Contractual Europeo» (PECL) y la labor del «Study Group on a European Civil Code».*

Moderadora: Profesora Doctora doña ENCARNA ROCA I TRIAS, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Barcelona.

Participantes:

- Profesor Doctor don CH. VON BAR, Catedrático de la Universidad de Osnabrueck.
- Profesor Doctor don O. LANDO, Catedrático de la Universidad de Copenhague.
- Profesor Doctor don C. CASTRONOVO, Catedrático de la Universidad Católica de Milán.

Segunda mesa redonda

Título: *La unificación del Derecho contractual europeo desde la óptica española.*

Moderador: Don VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Registrador de la Propiedad/Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Mercantil y Bienes Muebles de España.

Participantes:

- Profesor Doctor don L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Catedrático de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid.
- Profesor Doctor don V. L. MONTÉS PENADÉS, Catedrático de Derecho Civil, Universitat de València/Socio Cuatrecasas Abogados.
- Profesora Doctora doña A. BORRÁS RODRÍGUEZ, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona.
- Profesor Doctor don F. MARTÍNEZ SANZ, Catedrático de Derecho Mercantil, Universitat Jaume I de Castelló.

Tercera mesa redonda

Título: *Otras perspectivas acerca de la unificación del Derecho contractual europeo.*

Moderador: Profesor Doctor don L. PRATS ALBENTOSA, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Cantabria.

Participantes:

- Profesor Doctor don F. VICENT CHULIÁ, Catedrático de Derecho Mercantil, Universitat de València/Socio Cuatrecasas Abogados.
- Profesor Doctor don C. VATTIER FUENZALIDA, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Burgos.
- Profesor Doctor don S. SÁNCHEZ LORENZO, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Granada.
- Profesor Doctor don M. MARTÍ CASALS, Catedrático de Derecho Civil, Universitat de Girona.

E) Conferencias del señor López Medel

El Registrador de la Propiedad y Académico de Doctores, don JESÚS LÓPEZ MEDEL, ha pronunciado dos conferencias:

- El día 14 de mayo, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sobre *Libertad religiosa y enseñanza de la religión*.
- Y el día 5 de junio, en la Real Academia de Doctores de España, sobre *El 11-S: Sus causas, efectos ético-sociales, jurídicos y políticos*.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 2 de julio de 2001.—TERCERIA DE DOMINIO.—Sentencia de casación civil distinta a la dictada en recurso idéntico de un mismo asunto litigioso.—Sala 1.^a—Ponente: Señor Cruz Villalón.

Antecedentes.—Los hechos en que se basan las dos demandas de amparo son, sucintamente relatados, los siguientes:

a) Por don Fernando Viguera Llarena y doña Rosa Iriarte Gómez se promovió la construcción de viviendas unifamiliares en la localidad de Ollauri. De esta promoción inmobiliaria resultan diversos contratos de compraventa, firmados entre 1985 y 1986. Los hoy recurrentes en amparo se cuentan entre los firmantes de aquellos contratos, algunos de los cuales —no todos— fueron visados por la Consejería de Urbanismo y Obras Públicas de La Rioja.

b) Con anterioridad al otorgamiento de escritura pública e inscripción de las viviendas en el Registro de la Propiedad, la compañía «Forjados Riojanos, S. A.», promovió ante el Juzgado de Primera Instancia de Haro, juicio declarativo de menor cuantía (autos núm. 258/87) contra los promotores de las viviendas, don Fernando Viguera Llarena y doña Rosa Iriarte Gómez. En este proceso se acordó, en fecha 11 de diciembre de 1988, trabar embargo sobre distintas fincas de la localidad de Ollauri de las que eran propietarios los promotores de viviendas y a cuya enajenación se habían obligado en los contratos privados reseñados anteriormente.

c) De la traba judicial derivaron dos tercerías de dominio que agrupan a los distintos adquirentes perjudicados que se tramitaron ante el Juzgado de Primera Instancia de Haro. La primera tercería de dominio fue promovida por los hoy demandantes de amparo (en los recursos núms. 3702/96 y 3789/96), dando lugar a juicio declarativo de mayor cuantía (autos núm. 269/89); la segunda tercería de dominio fue promovida por otros afectados (don Gerardo Teruelo de Luis, doña Eloísa de Luis Vizcaíno, don Valentín de la Fuente Marcos, doña Margarita Gauli Ayala, don Roberto Mardaras Zuazo y doña Begoña Basterreche Regalado). Las pretensiones de los distintos demandantes fueron desestimadas por dos sentencias de 23 de mayo de 1991, en las que el Juzgado, en fallos idénticos, acordó no haber lugar a acceder a las

tercerías de dominio y declaró la plena vigencia de la anotación preventiva de embargo a favor de la entidad «Forjados Riojanos, S. A.».

d) Formulados por los demandantes sendos recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de La Rioja (rollos núms. 517/91 y 624/91), la Audiencia Provincial dictó dos sentencias, de 7 de julio de 1992 y 31 de julio de 1992, en las que estimó los dos recursos de apelación ya reseñados, revocó las sentencias de primera instancia y declaró el dominio y propiedad de los recurrentes sobre las parcelas y las viviendas unifamiliares objeto del litigio, ordenando el levantamiento de los embargos trabados en el juicio declarativo de menor cuantía (auto núms. 258/87).

e) Frente a las dos sentencias de la Audiencia Provincial, la compañía «Forjados Riojanos, S. A.», interpuso sendos recursos de casación (núms. 2989/92 y 3336/92), de contenido idéntico (los escritos de formalización son iguales), y fundados en el siguiente y único motivo: «Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.692.4 LEC, por interpretación de la Audiencia Provincial, no ajustada a derecho, dicho sea con los debidos respetos, de los artículos 1.227, 609 y 1.462 del Código Civil, ya que entendemos que, por una parte, no se ha acreditado de modo alguno la fehaciencia de la fecha de los contratos privados suscritos por los terceristas, tal como exige el primero de los artículos mencionados, tampoco se acreditó la tradición exigida por el artículo 609 y 1.462 del Código Civil, para entender consumado el contrato de compraventa».

f) La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de septiembre de 1996 (recurso núm. 3336/92), confirmó la previa sentencia de la Audiencia Provincial de 31 de julio de 1992. La misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de septiembre de 1996 (recurso núm. 2989/92), por el contrario, casó y anuló la anterior sentencia de la Audiencia Provincial, de 7 de julio de 1992, confirmando la desestimatoria de primera instancia. El argumento central para dicha casación es, en síntesis, que si bien en el asunto enjuiciado hubo contratos privados de compra-venta (entre los hoy recurrentes y los promotores inmobiliarios), no hubo *traditio* de las cosas enajenadas (las viviendas), por lo que a la fecha del embargo no se había transmitido la propiedad a los hoy demandantes de amparo.

3. En el recurso de amparo número 3702/96 invocan los recurrentes los artículos 14 y 24.1 CE. La infracción del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley (art. 14 CE) se funda en el cambio de criterio de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sin motivación alguna que lo justificase, respecto de una sentencia dictada en la víspera (el 17 de septiembre de 1996). Exponen los recurrentes un análisis comparativo de las dos sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, dictadas los días 17 y 18 de septiembre de 1996. Y concluyen que, ante circunstancias de hecho iguales, la Sala de lo Civil ha interpretado y aplicado de forma diferenciada y no justificada el artículo 609 del Código Civil: en la sentencia de 17 de septiembre de 1996 se habría considerado que había tradición de la cosa vendida y por tanto, adquisición del dominio; en la sentencia de 18 de septiembre de 1996 se habría considerado (para situaciones de hecho idénticas) que no se había dado la *traditio*, por lo que no se habría transmitido la propiedad de los inmuebles. Esta diferencia de trato constituiría, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (se cita, entre otras, la STC 91/1990), una vulneración del ar-

título 14 CE. La infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) se evidenciaría, a juicio de los demandantes, en un tratamiento judicial arbitrariamente desigual.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española, ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Anular la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 1996, dictada en el recurso de casación número 2989/92.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, a fin de que se dicte nueva resolución conforme con el contenido declarado del derecho fundamental en los términos recogidos en el Fundamento Jurídico 5.

Fundamentos jurídicos.—1. Como se expone detalladamente en los antecedentes, los demandantes de los dos recursos de amparo aquí acumulados entienden, en los mismos términos, que la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 1996, ha vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): lo primero, como consecuencia de la diferencia entre la sentencia recurrida con otra dictada por la misma Sala el día anterior y referida a un supuesto de hecho idéntico; lo segundo, al producirse de este modo un tratamiento jurídico distinto.

Las dos sentencias del Tribunal Supremo que se contrastan parten, en efecto, de una situación fáctica inicial común: Las viviendas unifamiliares de una misma promoción inmobiliaria son vendidas a diferentes personas que abonan el precio convenido; antes de la entrega de llaves y elevación de los contratos a escritura pública se acuerda la traba judicial de las fincas a instancia de un tercero acreedor de los promotores. A partir de esta base fáctica común se forman, entre los compradores, dos grupos de demandantes terceristas que en sus respectivos procesos recibieron respuestas judiciales coincidentes (desestimación de las demandas en primera instancia y estimación de los dos recursos de apelación), hasta el momento en que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dicta dos sentencias dispares.

Así, en la sentencia de 18 de septiembre de 1996, los hechos considerados probados en primera instancia e irrefutados en apelación no son considerados como *traditio* de la cosa vendida; en consecuencia, y conforme a los artículos 609 y 1.462 del Código Civil, los compradores no habían adquirido el dominio de las viviendas unifamiliares. En cambio, la anterior sentencia de la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (fecha el día 17 de septiembre de 1996), había considerado que los hechos aceptados por la sentencia de apelación (y que no diferían de los del caso anterior, al tratarse de una única promoción inmobiliaria) son calificables jurídicamente como entrega de la cosa o *traditio*; en consecuencia, los compradores demandados en este proceso casacional vieron confirmada la adquisición de las viviendas unifamiliares.

El Ministerio Fiscal ha solicitado el otorgamiento del amparo por entender que la sentencia impugnada vulnera el derecho a la igualdad, porque resuelve el recurso de los recurrentes de forma diferente a lo resuelto en una sentencia

anterior en un supuesto sustancialmente idéntico, y también el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, pues, a su juicio, el contenido de este derecho cuando se aplica a la actividad judicial del Tribunal Supremo en su función de casación exige que la respuesta judicial garantice la igualdad en la interpretación de la norma. La representación procesal de la otra parte personada, «Forjados Riojanos, S. A.», pide la desestimación del recurso.

2. Planteada así la cuestión, es necesario delimitar tanto el objeto como las quejas a las que se contraen los recursos. En primer término, el objeto del recurso es única y exclusivamente la sentencia ahora impugnada, dictada el 18 de septiembre de 1996 por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el recurso de casación número 2989/92. Nuestro análisis, en cambio, no puede extenderse ni al contenido ni a los efectos de la sentencia dictada el 17 de septiembre de 1996 (recurso de casación núm. 3336/92), contra la que no dirige el recurso, ni desde luego es posible resolver la pretensión de algunos de los recurrentes de que este Tribunal disponga que la Sala de lo Civil del Tribunal dicte nueva sentencia conforme a los criterios adoptados en dicha resolución. Esta sentencia, por tanto, queda al margen del presente recurso, sin perjuicio de las referencias que a la misma se hagan en los fundamentos siguientes en cuanto la misma ha sido invocada como término de comparación para justificar la supuesta infracción del principio de igualdad.

En segundo término, por lo que se refiere a las vulneraciones constitucionales, aunque en la demanda se alega la violación del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, conviene advertir, desde el principio, que en realidad no estamos ante uno de los supuestos de trato desigual inmotivado en la aplicación judicial de la ley, puesto que del mismo planteamiento de la cuestión se comprueba que no podemos hablar en el presente asunto de un cambio de criterio injustificado y *ad casum* por parte del órgano judicial. En efecto, si bien es cierto que en las sentencias de 17 y 18 de septiembre de 1996 (deliberadas y votadas, sin embargo, el mismo y anterior día 3) se expresan dos calificaciones jurídicas distintas respecto de hechos sustancialmente coincidentes, el simple y obvio dato cronológico (la sentencia de 18 de septiembre sigue en el tiempo a la de la víspera) no supone necesariamente y sin más la quiebra de su criterio aplicativo por parte del órgano judicial. Los recurrentes sólo han traído a este proceso, como término de comparación, la sentencia de 17 de septiembre de 1996; de este modo, las demandas de amparo no reposan sobre la existencia de un previo criterio aplicativo consolidado quebrado en un caso concreto, sino sobre la simple existencia de una sentencia inmediatamente anterior (de 17 de septiembre) respecto de la que la posterior (de 18 de septiembre) sería discrepante.

Al respecto, hemos declarado en la STC 132/1997, de 15 de julio, FJ 7, que, desde la perspectiva del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley, los precedentes judiciales deben ser entendidos como línea jurisprudencial que constituye una doctrina ya consolidada y de la que puedan ser predicables las notas de generalidad y de continuidad. También hemos dicho en la STC 134/1991, de 17 de junio, FFJJ 3 y 4, que ante dos sentencias discrepantes es carga del demandante la acreditación de cuál fuera la aplicación de la ley hecha hasta entonces, pues a falta de aquella aclaración se estaría requiriendo de este Tribunal la opción por una de las dos sentencias contradictorias, tarea ésta ajena a la jurisdicción del Tribunal Constitucional. El problema que en este caso se nos plantea no es tanto el de una resolución

judicial que se aparta sin explicación alguna, explícita o implícita, del criterio mantenido por un mismo órgano judicial en supuestos anteriores sustancialmente iguales, cuanto de que, en un caso idéntico, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, y en el que por avatares procesales que ahora no importan se da lugar a una pluralidad de demandas que a partir de una determinada instancia dan lugar a soluciones contrapuestas, sin razón alguna aparente que las avale.

3. Acotado así el ámbito de nuestro análisis, la cuestión planteada se reduce a comprobar si la sentencia recurrida vulnera el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). El examen del supuesto ahora planteado nos lleva a constatar, en primer lugar, que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al resolver separadamente los dos recursos de casación (de contenido idéntico, según consta en los antecedentes) interpuestos por la entidad «Forjados Riojanos, S. A.», ha dado dos respuestas radicalmente distintas entre sí a los dos grupos ante ella demandados, todos ellos adquirentes de viviendas unifamiliares pertenecientes a una misma promoción inmobiliaria: Los que fueron demandados en el recurso de casación número 3336/92 (desestimado por sentencia de 17 de septiembre de 1996) vieron confirmada, como se ha expuesto, la adquisición del dominio declarada en la previa sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño; los demandados en el recurso número 2989/92 (estimado por sentencia de 18 de septiembre de 1996) perdieron la titularidad dominical que les había sido reconocida por la misma Audiencia Provincial de Logroño.

En segundo lugar, cabe igualmente constatar que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no menciona en su sentencia de 18 de septiembre de 1996, la existencia de una sentencia anterior con idéntico objeto (de 17 de septiembre) ni, lógicamente, justifica la divergencia de criterio. Tampoco se puede identificar en la sentencia impugnada la razón por la que los distintos compradores de una misma promoción inmobiliaria habían de ser tratados de forma tan dispar. Esa falta de justificación bien puede explicarse porque se trata de dos sentencias deliberadas y votadas el mismo día, aunque integrada la misma Sala de lo Civil por distintos Magistrados, y en tales circunstancias no era fácil la justificación, expresa o implícita, de la disparidad de criterios.

4. Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva supone el de obtener una decisión motivada sobre la pretensión deducida, pero que el artículo 24.1 CE no garantiza el acierto del órgano judicial en cuanto a la solución del caso concreto. También se ha afirmado con reiteración que los errores patentes o inexactitudes cometidos por los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (SSTC 172/1985, de 16 de diciembre; 190/1990, de 26 de noviembre, y 101/1992, de 25 de junio), a menos que aquéllos hubieran sido imputables a la negligencia de la parte, pues, de ser así, se estaría causando una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 190/1990, de 26 de noviembre y 107/1987, de 25 de junio). Por ello este tipo de situaciones, al no existir otro remedio jurisdiccional, han de ser corregidas por este Tribunal a través de la vía de amparo, puesto que dentro de este recurso tiene cabida la corrección de «cualquier interpretación arbitraria o totalmente infundada o que resulte de un error patente con relevancia constitucional» (STC 55/1993, de 15 de febrero, FJ 2).

Ahora bien, en el presente caso no se trata de revisar la interpretación y aplicación que de la legalidad ha hecho el Tribunal Supremo en la sentencia

recurrida, lo que no corresponde a este Tribunal, ni siquiera su comparación con la hecha en la sentencia que se aporta como término de comparación, puesto que es posible que ambas resoluciones, en sí mismas consideradas, sean correctas. Tampoco se trata de corregir algún tipo de error patente o de aplicar el canon de la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad de las resoluciones judiciales, ya que la sentencia contra la que se dirige el recurso de amparo es una resolución razonada, motivada y debidamente fundada.

El contenido del derecho a la tutela judicial, aquí en cuestión, se refiere al resultado finalmente producido, pues, sean cuales fueran las razones orgánicas y funcionales que lo puedan justificar, el mismo no puede considerarse conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. En el presente caso es claro que un mismo asunto litigioso, con independencia y más allá de la concreta fundamentación jurídica de las diversas sentencias cuestionadas, ha recibido del mismo órgano judicial, en sede casacional, dos respuestas diferentes y aparentemente contradictorias, lo que supone un resultado arbitrario en la medida en que los ciudadanos han obtenido distintas respuestas sin que medie un razonamiento que así lo justifique.

Este Tribunal tiene declarado que la interdicción de la arbitrariedad de los órganos (art. 9.3 CE) puede garantizarse a través del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 CE (SSTC 91/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 81/1995, de 5 de junio, FJ 4). El presente caso es uno de ellos y, al no existir otro remedio jurisdiccional, el resultado arbitrario producido debe ser eliminado a través de la vía de amparo para tutelar el mencionado derecho fundamental y evitar así que tengan que soportar una respuesta judicial diferente y no justificada, aunque ello sea fruto de la inadvertencia por el órgano judicial de que la solución ofrecida era distinta respecto de la solución dada anteriormente a casos idénticos o esencialmente similares.

5. A fin de restablecer a los demandantes en la plenitud de su derecho, basta con disponer la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, a fin de que por la propia Sala se dicte, con plenitud jurisdiccional, nueva resolución en el recurso de casación mediante la que se elimine el resultado disconforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de tal forma que la fundamentación de la nueva sentencia explicita las razones por las que se resuelve de modo diferente a como se hizo en la de 17 de septiembre anterior, a menos que decida de modo idéntico a esta última.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Registro de la Propiedad

Resolución de 3 de enero de 2002
(*BOE 4-3-2002*)

OBRA NUEVA. LICENCIA MUNICIPAL.

La consideración de urbana de una finca en una escritura de obra nueva, cuando en el Registro aparece como rústica, no obsta a la inscripción, pues también se admiten construcciones en suelo rústico si median los correspondientes requisitos legales. Además, en la certificación catastral aportada, que justifica su naturaleza urbana, hay coincidencias que permiten apreciar la identidad de la finca.

Resolución de 4 de enero de 2002
(*BOE 4-3-2002*)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DEL TRACTO.

No pueden inscribirse por este medio determinadas cuotas indivisas de un inmueble a favor de personas que las han adquirido por compra en documento privado de los herederos de los cónyuges que aparecen en el Registro como titulares, pues deben interpretarse restrictivamente las normas que definen la hipótesis de la interrupción del tracto.

Resolución de 5 de enero de 2002
(*BOE 4-3-2002*)

TRANSMISION DE FINCA POR SENTENCIA. ACTOS INTERMEDIOS.

Es inscribible la transmisión ordenada en sentencia firme en la cual se han recogido los particulares procedentes donde constan la transformación de la

sociedad que inicialmente vendió y las transmisiones intermedias realizadas en documento privado, constando además el allanamiento de todos los demandados. Si la finca es identificable por su descripción, no es defecto el cambio de número señalado en la calle, ni se precisa la aportación de la carta de pago del impuesto, si consta que se ha presentado a autoliquidación.

Resolución de 8 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

ANOTACION DE DERECHO HEREDITARIO. LIBRO DE INCAPACITADOS.

No procede la anotación de derecho hereditario que se solicita porque concurren varios defectos: Falta de pago del impuesto, pedirse en documento privado sin legitimación de firmas, aportarse el testamento y las certificaciones sólo en fotocopia y estar la finca inscrita a favor de persona distinta del causante. Respecto al libro de alteración de facultades, no se determina cuáles son las limitaciones que se pretenden, ni en qué título se funda lo solicitado.

Resolución de 9 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

HIPOTECA, NOVACION, INTERESES.

En una escritura de novación de un crédito hipotecario se rechaza la posibilidad de extender la garantía a los intereses de demora cuando del título ni de los antecedentes del Registro resulta que las cantidades impagadas por el deudor quedan sujetas al devengo de tales intereses. Aunque se haya reducido la obligación garantizada, la hipoteca primera subsiste íntegra en tanto no se cancele, y por tanto no puede utilizarse para garantizar otras responsabilidades distintas de las previstas en su constitución, como si se tratase de una hipoteca de propietario. Por ello, la suma garantizada no cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que éste se ha reducido.

Resolución de 12 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

TRACTO ABREVIADO, CANCELACION DE HIPOTECA POR ABSORBENTE.

Aunque no se haya inscrito la previa transmisión de la hipoteca, causada por la aportación en bloque del patrimonio del banco cedente, debe accederse a la cancelación solicitada por el absorbente si en la escritura se testimonian los extremos necesarios de dicha transmisión.

Resolución de 16 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

DIVISION HORIZONTAL, VIVIENDA UNIFAMILIAR.

Se deniega la inscripción de propiedad horizontal constituida por dos viviendas que se realizaba sobre un edificio destinado a vivienda unifamiliar,

según la licencia municipal, basándose en el artículo 53.a) del Real Decreto 1092/1997, de 4 de julio. Pero la Dirección General declara que la mera indicación de vivienda unifamiliar, contenida en la licencia, no debe implicar prohibición de que sobre dicha casa se configure un régimen jurídico adecuado para que pueda ser utilizada por más de una familia y debe accederse a la inscripción solicitada.

Resolución de 17 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

AMPLIACION HIPOTECA, MODIFICACION O NUEVA HIPOTECA.

Se amplía un crédito hipotecario de 9 millones de pesetas en dos más, dando a esta ampliación el carácter de primera hipoteca, por considerarla una mera novación modificadora de la existente. No se admite esta figura que podría equipararse a la hipoteca de propietario. Se puede inscribir la ampliación siempre que se determine con precisión cuáles son las nuevas responsabilidades objeto de la garantía, pero los efectos de tal inscripción son los que se deriven legalmente de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria y no por la voluntad de las partes.

Resolución de 18 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

PROPIEDAD HORIZONTAL. DIVISION DE ELEMENTOS.

En la escritura se pacta la facultad de dividir, segregar o agregar sus elementos sin precisar consentimiento de los demás comuneros. No es preciso dejar a salvo expresamente que esta facultad será sin menoscabo de la seguridad del edificio y sin dañar a los elementos comunes, ya que tales excepciones vienen señaladas por la Ley.

Resolución de 21 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

IMPUESTO DE SUCESIONES. NOTA DE AFECCION.

La compradora de una finca solicita que se cancele la nota extendida de afección del Impuesto de Sucesiones, alegando que es titular protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Se confirma la negación del Registrador. Para proceder a la cancelación será preciso que se acredite el pago del impuesto o que haya transcurrido el plazo de caducidad de dicha nota (art. 100 del Reglamento del Impuesto) o bien que medie el consentimiento de la Hacienda Pública o resolución «judicial» firme que ordene la cancelación.

Resolución de 22 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DEL TRACTO.

Está justificada plenamente la utilización del expediente de dominio cuando su promotor no adquirió del titular registral, sino que entre éste y aquél existen transmisiones intermedias que no tuvieron acceso al Registro.

Resolución de 23 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

CANCELACION. ANOTACION DE EMBARGO. PRORROGA.

No procede la cancelación de una anotación preventiva de embargo que reitera otra anterior y que además ha sido prorrogada, por lo que está vigente y no ha consentido el Ayuntamiento titular.

Resolución de 28 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

HIPOTECA EN GARANTIA DE TITULOS. CANCELACION PARCIAL.

No es admisible pretender la cancelación parcial sobre una de las fincas hipotecadas por ejecución de parte de los títulos emitidos. Debe mediar el consentimiento de todos los titulares de las obligaciones o resolución judicial en la que, con las garantías debidas, se acuerde tal cancelación, así como mediante la acreditación de haberse extinguido por pago las obligaciones, ya que el artículo 135 de la Ley Hipotecaria establece la subsistencia de la hipoteca mientras existan otros títulos con igual derecho a los que se han ejecutado.

Resolución de 19 de enero de 2002
(BOE 18-4-2002)

INMATRICULACION DEL ARTICULO 298 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. EDICTOS NOTARIALES.

El artículo 298 RH se remite al artículo 209 del Reglamento Notarial en cuanto a las actas para comprobar que el transmitente era dueño de la finca, y en este último precepto se deja a criterio del Notario el supuesto en que debe publicar edictos, punto este que no entra en la calificación del Registro.

Resolución de 26 de enero de 2002
(BOE 18-4-2002)

PROPIEDAD HORIZONTAL. SUBCOMUNIDAD.

Identificada la finca que se subdivide en trasteros y acreditada la terminación de la obra, no es obstáculo una pequeña diferencia de superficie que pue-

de corresponder al pasillo. No hay cambio de destino del local inicial a los traseros y no hay obstáculo para inscribir la constitución de la subcomunidad.

Resolución de 31 de enero de 2002
(BOE 17-4-2002)

ANOTACION POR QUERELLA CRIMINAL. TRACTO SUCESIVO.

No se puede tomar anotación preventiva de la querella interpuesta sobre una finca que aparece inscrita a nombre de una sociedad, cuando el querellado sea su gerente, pues se trata de personas distintas.

Resolución de 1 de febrero de 2002
(BOE 17-4-2002)

ANOTACION POR QUERELLA. TRACTO SUCESIVO.

No puede tomarse anotación preventiva por querella contra determinada persona física cuando los bienes sobre los que ordena tomarla están inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de una persona jurídica que no ha intervenido en el procedimiento.

Resolución de 4 de febrero de 2002
(BOE 17-4-2002)

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRAS SOBRE ELEMENTOS COMUNES.

No cabe admitir la facultad de cubrir un espacio común, aunque sea de uso privativo, si no se establece el cambio de naturaleza con la debida claridad, pues implicaría la posibilidad de retirar las obras al amparo del artículo 7.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal.

Resolución de 15 de febrero de 2002
(BOE 18-4-2002)

COMPRAVENTA. CONDICION SUSPENSIVA. INDETERMINACION DEL PLAZO.

De acuerdo con los artículos 1.256 y 1.115 del Código Civil habrá que considerar nula la condición cuyo cumplimiento dependa tan sólo del obligado. En el caso presentado, no se puede calificar de puramente potestativa la condición, pues su posible cumplimiento no depende sólo de la pura arbitrariedad del comprador, ya que se atribuye al vendedor la posibilidad de contribuir de forma determinante al cumplimiento de la misma. Sin embargo tiene el defecto de que no se fija el plazo, por lo que habrá que acudir a los artículos 1.117 y 1.118, al ser la condición incierta no sólo en el evento, sino en el momento en que haya de cumplirse, por lo que no es increíble.

Resolución de 18 de febrero de 2002
(BOE 18-4-2002)

ANOTACION DE EMBARGO SOBRE BIENES «EX-GANANCIALES». TRACTO SUCESIVO.

Ordenada la anotación sobre fincas que fueron gananciales, pero que ya aparecen inscritas en favor del cónyuge del demandado en virtud de liquidación de la sociedad conyugal antes de dictarse el mandamiento. Esta resolución confirma la negativa del Registro basada en los artículos 24 de la Constitución y 20 de la Ley Hipotecaria, sin que tampoco pueda aplicarse el artículo 144 del Reglamento Hipotecario porque el mandamiento no declara la responsabilidad del bien por la deuda que motiva la traba.

Resolución de 19 de febrero de 2002
(BOE 17-4-2002)

VENTA CON CONDICION RESOLUTORIA. INEXISTENCIA DE PACTO COMISORIO. DISTRIBUCION DEL PRECIO.

Se venden ocho parcelas con el pacto de que la sociedad vendedora podrá recuperarlas en el plazo que se fije, mediante el reembolso del precio y los gastos necesarios y útiles. La Dirección General considera que no se trata del prohibido pacto comisorio porque no hay datos que puedan revelarlo, ni debe presumirse el hecho aplicando extensivamente la norma prohibitiva. Tampoco se precisa la distribución del precio de cada parcela, pues no se expresa si el retracts se puede ejercitar en globo o por partes.

Resolución de 20 de febrero de 2002
(BOE 18-4-2002)

FINCA INSCRITA A TERCEROS. TRACTO SUCESIVO.

Otorgada escritura de venta de una finca en favor de un matrimonio, y antes de que estos inscribieran su adquisición, dicha finca fue embargada y enajenada judicialmente por un acreedor del vendedor. Tras esta ejecución, los esposos presentan el título de su compra, que no se puede despachar por impedirlo el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ya que la finca aparece en ese momento inscrita a favor de terceros.

Resolución de 21 de febrero de 2002
(BOE 18-4-2002)

DOMINIO PUBLICO MARITIMO-TERRESTRE. DEMARCACION DE COSTAS.

Se deniega la inscripción de la compra de una finca por existir comunicación de la Demarcación de Costas, denegando certificado de no invasión del dominio público marítimo-terrestre.

La Ley de Costas declara de forma expresa (art. 7) que los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre son inalienables, imprescriptibles e inembargables, por lo que en esa zona no pueden existir terrenos de propiedad distinta.

Registro Mercantil

Resolución de 2 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. RECTIFICACION DE APOR- TACIONES.

La escritura de subsanación puede ser otorgada por los mismos que lo hicieron en la de constitución que se rectifica. No es preciso que se cumplan los requisitos legales y reglamentarios necesarios para un aumento de capital, pues no se trata de un negocio autónomo, sino integrante con el inicial de una sola operación.

Resolución de 10 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

SOCIEDAD LIMITADA. CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL.

El plazo de quince días para los casos de convocatoria individual a cada socio se computará a partir de la fecha en que hubiese sido remitido el anuncio al último de ellos.

Resolución de 11 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

DISOLUCION DE SOCIEDAD LIMITADA. SEGUNDA CONVOCATORIA.

La Junta no puede celebrarse en segunda convocatoria por estar prohibido por el artículo 186 del Reglamento del Registro Mercantil. Ello supondría atribuir a los administradores unas facultades discrecionales, sin distinción del *quorum* que se requiere para cada una de ellas y en fechas a determinar libremente, con la consiguiente inseguridad jurídica.

Resolución de 24 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

JUNTA GENERAL. PLAZO DE CONVOCATORIA.

Judicialmente se convoca la celebración de una junta general, pero en los anuncios se omitió señalar la fecha. En anuncio posterior, pero publicado sólo tres días antes, se subsanó la omisión. El Registrador Mercantil no inscribe los

acuerdos tomados por no haber mediado el plazo de quince días que establece la Ley, y su decisión es confirmada con el objeto de no mermar las garantías.

Resolución de 25 de enero de 2002
(BOE 4-3-2002)

SOCIEDAD UNIPERSONAL. ACTA SUSCRITA POR OTRA SOCIEDAD.

En la sociedad unipersonal, el socio único ejercerá las competencias de la junta general y sus decisiones se consignarán en acta (art. 127 de la Ley de SRL). En el caso de que tal socio único sea, a su vez, una sociedad limitada, habrá de certificar el contenido del acta la persona facultada para hacerlo en esta sociedad y trasladar su contenido al libro correspondiente, debiendo comprobar, bajo su responsabilidad, que la decisión de la que certifica fue adoptada por persona legitimada para hacerlo en nombre del socio único.

Resolución de 14 de enero de 2002
(BOE 17-4-2002)

FUSION DE SOCIEDADES. PROPIEDAD DE LA ABSORBENTE DE TODAS LAS PARTICIPACIONES DE LA ABSORBIDA.

Se reprueba la nota de calificación que entendió no admisible esta declaración de propiedad de las participaciones porque no se había hecho constar en el Registro Mercantil la situación de unipersonal de la sociedad absorbida. Declara la Dirección General que exigir la previa inscripción de esta situación sería como reconocerle un carácter constitutivo, lo que no aparece establecido en precepto alguno y resulta contradicho en la propia Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 129).

Resolución de 15 de enero de 2002
(BOE 18-4-2002)

DIMISION DEL LIQUIDADOR UNICO DE UNA S.A. RENUNCIA DE ADMINISTRADORES.

La Dirección General declara que no es admisible la renuncia de los administradores que origine que la sociedad quede sin órgano de administración, sin que se justifique la convocatoria de la Junta General para que se sustituya a los dimisionarios. El mismo criterio ha de mantenerse respecto a la renuncia del liquidador.

Resolución de 29 de enero de 2002
(BOE 18-4-2002)

OBJETO SOCIAL. ACUERDO DE AMPLIACION.

Una sociedad de responsabilidad limitada puede tener por objeto la actividad de intermediación en la compra, venta y arrendamiento de terrenos o

determinados inmuebles, según criterios que ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General. Igualmente se acepta como objeto propio de estas sociedades, el cobro de impagados o deudas, pues sólo estaría limitada a entidades bancarias cuando estas operaciones impliquen financiación.

Resolución de 30 de enero de 2002
(BOE 17-4-2002)

**REDUCCION DE CAPITAL SOCIAL POR AMORTIZACION DE ACCIONES.
REQUISITOS DE LOS ANUNCIOS.**

La Ley de S.A. no exige que en los anuncios se haga advertencia alguna sobre la existencia del derecho de oposición de los acreedores cuando éste exista. La mención de la suma que haya de abonarse a los accionistas queda limitada al supuesto de que la reducción tenga por finalidad devolverles aportaciones; la exigencia podría ser difícil de cumplir cuando las acciones a amortizar hubieran sido adquiridas en momentos distintos y por precios diferentes.

F. C. D.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR SANTIAGO LAFARGA MORELL, MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

SEGREGACION. DIFERENCIAS DE SUPERFICIE EN LA MATRIZ. LICENCIA MUNICIPAL: IDENTIFICACION DE LA PARCELA SEGREGADA.—EXTRANJEROS. REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL. CERTIFICACION BANCARIA: LEGITIMACION, CUENTA CORRIENTE.—LA FALTA DE COINCIDENCIA ENTRE EL TITULO Y EL REGISTRO EN CUANTO A LA SUPERFICIE DE LA FINCA MATRIZ NO ES, POR SI SOLA, OBSTACULO PARA LA INSCRIPCION DE UNA NUEVA SEGREGACION, SIEMPRE QUE ESTA SEA POSIBLE DE ACUERDO CON LA SUPERFICIE REGISTRAL DE LA MATRIZ, ACOMPAÑÁNDOSE LA LICENCIA MUNICIPAL CON UN PLANO DEL QUE RESULTA IDENTIFICADA LA PARCELA SEGREGADA Y SU SUPERFICIE, RESULTA INNECESARIO EXIGIR QUE LA PROPIA LICENCIA HAGA CONSTAR LA SUPERFICIE DE LA PARCELA CUYA SEGREGACION SE AUTORIZA.—LA FALTA DE ACREDITACION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL DE LA COMPRADORA, EXTRANJERA, NO IMPIDE LA INSCRIPCION, YA QUE EL ARTICULO 92 RH PERMITE PRACTICARLA CON SUJECCION AL REGIMEN QUE RESULTE APLICABLE, SIN QUE SEA NECESARIA SU ACREDITACION.—TRATÁNDOSE DE UNA COMPRA POR PRECIO INFERIOR A UN MILLON DE PESETAS, NO RESULTA NECESARIO LEGITIMAR LA FIRMA DEL REPRESENTANTE DE LA ENTIDAD DE CREDITO, NI ACREDITAR SU REPRESENTACION, NI

IDENTIFICAR LA CUENTA DE LA QUE LA COMPRADORA ES TITULAR.
(RESOLUCIÓN DE 22 DE OCTUBRE DE 2001. BOE DE 10 DE DICIEMBRE DE 2001.)

RESOLUCION de 22 de octubre de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Alicante, don Francisco Javier Teijeiro Vidal, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante, don Fernando Trigo Portela, a inscribir una escritura de compraventa previa segregación de una finca, en virtud de apelación del Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Alicante, don Francisco Javier Teijeiro Vidal, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante, don Fernando Trigo Portela, a inscribir una escritura de compraventa previa segregación de una finca, en virtud de apelación del Registrador.

Hechos.—I. En escritura otorgada ante el Notario de Alicante, don Francisco Javier Teijeiro Vidal, el 5 de mayo de 1998, doña M.^a Dolores L. N., representada por don Jaime S. R., segrega de una finca urbana de su propiedad (la registral 30.917), de una hectárea, 67 áreas, 74 centiáreas y 93 decímetros cuadrados de superficie, una porción de terreno de 2.492 metros cuadrados y vende ésta por el precio de 100.000 pesetas, a doña F. Q., casada, de nacionalidad y vecindad argelina, que actúa representada por Mohamed L. J., en virtud de poder otorgado ante Notario argelino el 10 de agosto de 1994, el cual se acompaña con su traducción cuya firma está legalizada por el Cónsul General de España en Orán.

Constan asimismo incorporados a la escritura: licencia de parcelación otorgada por el Ayuntamiento de Alicante para las parcelas 1, 2, 4, 5 y 6 del proyecto presentado que proceden de la registral número 30.917 y plano en el que se identifican dichas parcelas con expresión de su superficie; fotocopia del cheque en el que figura la expresión «cuenta en pesetas de no residentes» y el nombre de Fátima Q., y certificación expedida por el director de una sucursal bancaria de haber abonado el importe del mismo al apoderado de la vendedora para la compra de la finca.

II. Presentada la anterior en el Registro de la Propiedad, número 3 de Alicante, fue calificada con la siguiente nota: «No se practica operación alguna en virtud del precedente documento por los siguientes defectos: La finca matriz tiene distinta superficie según el Registro. Falta el poder de la parte compradora, debidamente identificado, traducido y apostillado. Falta acreditar si el dinero es privativo o no de la compradora, y el carácter de la adquisición efectuada según la procedencia del precio, y en su caso, el nombre del cónyuge y su régimen económico-matrimonial. Falta de acreditar la representación y la legitimación de la firma del director de la Caja. No consta que la compradora sea la titular de la cuenta de la que se dice se hizo el pago. La licencia de parcelación que se acompaña viene de forma incompleta, pues no especifica la superficie de las parcelas, por lo que no es posible comprobar si la segregación se adecúa a la misma. Contra la precedente nota y en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la forma a que se refieren los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Alicante, a 7 de julio de 1998. El Registrador». Sigue la firma.

III. El Notario autorizante de la escritura, don Francisco Javier Tejeiro Vidal, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que respecto al primer defecto no se ve el alcance de la objeción, siempre que haya cabida disponible y la finca esté perfectamente identificada, sin que los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario exijan como requisito, en cuanto a la finca matriz, una concordancia entre registro y escritura (entre otras, Resolución de 22 de marzo de 1973). Que en cuanto al segundo defecto se adjunta un poder del Notario argelino, en caracteres árabes pero traducido por el «Servicio de Traducción del Centro de Investigación y Estudio de Información Científico y Técnica de la Universidad de Orán», con el sello del mismo y la firma del traductor legalizada por el Cónsul General de España en Orán, debiendo rechazarse la exigencia de «apostilla», dada la reforma introducida por el Real Decreto 510/85, de 6 de marzo, que suprime para los documentos autorizados por el Cónsul español la necesidad de legalización por el Ministerio de Exteriores, siendo por sí válidos en todo el territorio nacional (art. 17, anexo III del Reglamento Notarial), entendiéndose que es indiferente que la legalización sea del poder original, de la traducción o de ambos, siendo incluso más operativa en la traducción. Que no es necesario acreditar (defecto tercero) si el dinero es privativo o el carácter de la contraprestación, ya que parece estar pensándose en el sistema de gananciales, ni tampoco es necesario la mención del cónyuge de la adquirente, ya que el artículo 92 del Reglamento Hipotecario es especial respecto a la regla general del artículo 51 y en cuanto a su régimen económico-matrimonial, y quedando claro que la adquirente es argelina, se aplicará el artículo 92 del Reglamento Hipotecario, practicándose la inscripción a favor de aquella y haciéndose constar que se verifica con sujeción a su régimen económico-matrimonial, sin más, ya que no consta éste, quedando diferido el problema de su determinación al momento de la venta. Que conforme a la doctrina de la Resolución de 4 de mayo de 1981, no es necesario acreditar las facultades del representante bancario ni legitimación de firma en los cheques o documentos bancarios que acrediten la aportación dineraria exterior. Que el quinto defecto debe ser rechazado al figurar en el cheque que la cuenta es de la compradora, y en certificación aneja haberse hecho el pago en ventanilla a la misma, aparte de no hacer falta la acreditación de estos extremos al ser la inversión inferior a un millón de pesetas (art. 4 del Real Decreto 1816/91, de 20 de diciembre, art. 7 de la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1991, Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores, de 7 de enero de 1992). Que respecto al sexto defecto, el Ayuntamiento identifica la parcela a segregar por una referencia numérica en un plano (finca «4» del plano), y cuya superficie coincide con la finca que se segrega en la escritura.

IV. El Registrador de la Propiedad, número 3 de Alicante, en defensa de la nota y en relación con cada uno de los defectos, informó: 1.º) Que la parte vendedora no es dueña de 16.774 m² y 93 dm², sino de 11.639 m² y 93 dm², y por tanto no queda un resto de 14.282 m² y 93 dm², sino 9.147 m² y 93 dm², y por imperativo del principio de legalidad el Registrador deberá calificar no sólo atendiendo a la capacidad de los otorgantes, legalidad de las formas extrínsecas del documento sometido a inscripción y validez de los actos dispositivos, según el tenor del título, sino también a los asientos del Registro, porque la conjunción de todos estos elementos permitirá apreciar la procedencia del asiento solicitado (Resolución de 5 de junio de 1962), y por otro lado, el principio de especialidad impone que las fincas sean descritas

con arreglo a los preceptos legales para que no existan dudas sobre su identidad, y en los casos de segregación los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario exigen describir la porción restante, cuando fuese posible, y como el Notario autorizante debe identificar la finca, consignará con claridad y precisión los datos que permitan identificar tanto la finca matriz como la porción segregada, tomándolos de las declaraciones de las partes o de los documentos presentados (arts. 170 y 171 del Reglamento Notarial y Resolución de 14 de junio de 1963). 2.º) Que el documento que contiene la legalización de firma del traductor por el Cónsul español, no es una traducción del documento original, sino de una traducción al francés de un documento en árabe, por lo que no es posible averiguar a qué documento original se refiere, y una vez que se sepa cuál es éste, tendrá que ser legalizado o apostillado, ya que el requisito de la legalización de los documentos extranjeros cumple la finalidad de aseverar su autenticidad al efecto que puedan tener eficacia en España y puedan ser admitidos por la autoridad y oficinas públicas españolas (Resolución de 6 de abril de 1976). 3.º) Que no es lo mismo adquirir con dinero propio de un cónyuge, con dinero privativo de ambos o con dinero de un régimen de comunidad, ya que la adquisición se inscribirá en el Registro en función de la procedencia del precio y del régimen económico matrimonial. Pero es más, al dar las circunstancias del marido habrá que apreciar al mismo tiempo su nacionalidad y solicitar que se determine con arreglo a las normas de Derecho Internacional Privado qué ley rige el régimen económico de ese matrimonio, ya que no hay razón para que los extranjeros tengan un sistema privilegiado que les permita acceder al Registro en condiciones distintas que los españoles, y ello en base a la regla 9.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, precepto aplicable a los españoles y extranjeros, reformado en 1982 y posterior en el tiempo al artículo 92 citado por el Notario. 4.º) Que conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores han de calificar la forma de los documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos, lo que en materia de poder los requisitos de capacidad, forma, suficiencia y subsistencia, y con el documento presentado aparece un escrito firmado por una persona en nombre de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, pero no se ha acreditado el poder en virtud del cual actúa, su vigencia, la suficiencia de las facultades conferidas y su inscripción en el Registro Mercantil, y el Registrador, para cumplir su deber, debe exigir la presentación de documentos complementarios, siempre que éstos no hayan sido insertados literalmente bajo fe de Notario autorizante (Resolución de 14 de febrero de 1916). Una vez vista la necesidad de un apoderamiento concreto para actuar en nombre de la entidad, se debe saber que quien actúa es realmente la persona apoderada y para ello es necesario legitimar su firma, sin que tal requisito quede suplido por la incorporación de un documento a una escritura pública, ya que con ello su firma no queda notarialmente legitimada, pues nada afirma el Notario al respecto (Resolución de 18 de octubre de 1989), siendo numerosos los preceptos de la Ley Hipotecaria y su Reglamento que al tratar del acceso al Registro de documentos privados hablan siempre de firmas legitimadas, autenticadas por el Registrador o ratificados ante el mismo. 5.º) No se está planteando, ni con este defecto ni con el anterior, un problema de control de cambios, sino de inversiones extranjeras: la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores, de 6 de julio de 1992, exige a las personas físicas extranjeras de presentar certificación negativa de residencia cuando, no tratándose de inversiones en sectores específicos

regulados en el artículo 26 del Real Decreto 671/1992, exhiban ante fedatario público certificación o escrito bancario que acredite que los importes destinados al pago de la inversión procedan de una cuenta de no residentes abierta en una oficina operante en España y a nombre del titular de la inversión, y en el presente caso, ni el certificado expedido por la entidad bancaria ni la fotocopia del cheque acreditan que la cuenta de la compradora sea de pesetas de no residentes. 6.º) En la fecha en que se expidió la licencia, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, la misma debería ser presentada en unión del proyecto técnico, pues en la licencia no se expresaban todos los datos, acompañándose copias de planos y expresar gráficamente la situación inicial y resultante de las fincas objeto de parcelación, y el plano que se acompaña en este caso no sólo no está sellado por el Ayuntamiento, sino que tampoco refleja la superficie del conjunto ni la de sus elementos. Además, con el proyecto técnico a la vista, el Ayuntamiento parte de una superficie mayor a la registrada, por tanto, y con carácter previo a la parcelación, debería inscribirse el correspondiente exceso de cabida.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador en cuanto al segundo defecto, fundándose en las alegaciones de su informe, y la revocó en cuanto a los restantes, fundándose en las alegaciones del Notario en el escrito de interposición del recurso.

VI. El Registrador apeló el auto presidencial en cuanto a los defectos revocados por aquél, manteniéndose en las alegaciones contenidas en su informe.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 47, 51.9.ª y 92 del Reglamento Hipotecario, y los Reales Decretos 1816/91, de 20 de diciembre y 1638/96, de 5 de julio, sobre inversiones extranjeras.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes: Se presenta en el Registro escritura por la que el propietario de una finca urbana segrega de ella una parcela y la vende a una súbdita argelina, casada y residente en Argelia. El Registrador no practica operación alguna por los siguientes defectos, además de por otro no recurrido. «La finca matriz tiene distinta superficie según el Registro. Falta acreditar si el dinero es privativo o no de la compradora, y el carácter de la adquisición efectuada, según procedencia del precio, y en su caso el nombre del cónyuge y su régimen económico-matrimonial. Falta acreditar la representación y la legitimación de firma del director de la Caja. No consta que la compradora sea la titular de la cuenta de la que se dice se hizo el pago. La licencia de parcelación que se acompaña viene de forma incompleta, pues no especifica la superficie de las parcelas, por lo que no es posible comprobar si la segregación se adecúa a la misma».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, el Presidente del Tribunal Superior estima el recurso revocando la nota en lo que se refiere a los defectos transcritos. El Registrador apela el auto presidencial.

2. En cuanto al primero de los defectos, el que se refiere a que la finca matriz no tiene la misma superficie en el Registro, ha de ser revocado, pues el único obstáculo que, respecto de la superficie, puede existir en una segregación, sería que no existiera en el Registro superficie suficiente para segregar, y tal superficie existe, según dice el Registrador en su informe.

3. En cuanto a la acreditación del régimen económico-matrimonial de la compradora, es un defecto que igualmente ha de ser revocado. En efecto, el

artículo 92 del Reglamento Hipotecario establece que, en el caso de extranjeros, la inscripción se verificará a favor del adquirente, haciendo constar que el bien se registrará por el régimen que resulte aplicable, sin que, en consecuencia, sea necesario acreditar éste.

4. En cuanto a la acreditación de la representación y legitimación de firma del Director de la Caja, se refiere el Registrador al documento bancario que acredita el pago del dinero por la compradora. Tal defecto también debe revocarse pues, por una parte, no existe ningún precepto en la legislación de inversiones extranjeras que exija tales requisitos, y, además, como afirma el Notario recurrente, cuando la cantidad invertida es inferior a un millón de pesetas, no es necesaria acreditación alguna.

5. En cuanto a que no se acredita que la compradora sea la titular de la cuenta con la que se hizo el pago, no es cierto, pues en nombre del titular de la cuenta, coincidente con el de la compradora, figura en el cheque correspondiente, además de que, como se ha dicho anteriormente, no hace falta acreditación alguna en inversiones inferiores al millón de pesetas.

6. En cuanto a que la licencia de parcelación no expresa la superficie de las parcelas, no es cierto, pues expresa dicha superficie en el plano de dichas parcelas que se contiene en el certificado del Ayuntamiento, siendo perfectamente identificable la parcela cuya segregación se autoriza con la segregada en la escritura.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial.

Madrid, 22 de octubre de 2001.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

COMENTARIO

El **artículo 92 del Reglamento Hipotecario** establece: «Cuando el régimen económico-matrimonial del *adquirente o adquirentes* casados estuviere sometido a la legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos, haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare».

Artículo situado dentro del Título II, De la forma y efectos de la inscripción, en el apartado relativo a la Inscripción de Bienes de Ausentes, De los Cónyuges y De la Sociedad Conyugal, dentro del cual encontramos además **artículos** como el **90**, que nos indica cómo debe practicarse la inscripción de los bienes que con arreglo al Derecho Foral o especial *correspondan* a una comunidad matrimonial o que *estén sujetos* a un régimen de participación o de separación; o los **artículos 93 y siguientes** de cómo debe practicarse la inscripción de los bienes adquiridos y que *tengan carácter ganancial*, distinguiendo si la adquisición la realiza uno de los cónyuges o ambos.

En todos estos artículos observamos que, sea cual sea el régimen matrimonial, la inscripción debe practicarse a favor del cónyuge o cónyuges adquirentes; la diferencia está en que, cuando los bienes se hallen sujetos a un régimen

económico-matrimonial regulado por la legislación extranjera, el reglamento permite practicar la inscripción a favor del cónyuge o cónyuges adquirentes sin la denominación del régimen económico-matrimonial.

Siempre había pensado que la finalidad de este artículo era la de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad a las adquisiciones realizadas por los extranjeros casados, ante la inicial dificultad que puede plantear el conocimiento de las leyes extranjeras y en concreto de las que regulan los efectos del matrimonio, que pudiera retrasar su inscripción, pero sin olvidar que dentro del estatuto personal de las personas físicas la ley que regula los efectos del matrimonio puede o no coincidir con las otras leyes que regulan otras materias que forman parte del estatuto personal, como el de la capacidad (art. 9.1 y 2 del Código Civil).

En realidad, lo que permite el **artículo 92 del RH**, cuando el régimen matrimonial se halle sometido a la legislación extranjera, es practicar la inscripción sin determinación de éste. Es decir, redactar el Acta de Inscripción en los términos permitidos. Pero esto no hay que confundirlo con el contenido del **artículo 9 de la Ley Hipotecaria** y en especial con su **número 4**, donde establece que: «Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: La persona natural o jurídica a cuyo favor se *haga* la inscripción».

Este artículo legal aparece desarrollado en el Reglamento, que señala en su artículo 51: *Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo 9 de la Ley contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes (...) 9.ª a) Si se trata de personas físicas, se expresará (...) y, de ser (que no estar) casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico-matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge (...).*

Este artículo reglamentario establece todos los requisitos de la inscripción extensa, desde el inicio, generalmente con la mención de finca urbana o rústica, según, hasta el final que termina con la firma por parte del Registrador del acta de inscripción. Siendo uno de los requisitos del cuerpo del asiento de inscripción, no del acta de inscripción, la expresión del nombre, apellidos y domicilio del cónyuge no compareciente en caso de que el acto o contrato pueda afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal.

De este artículo destacaría lo siguiente:

1.º Que reconoce supuestos especiales de inscripciones extensas; especialidades que en materia de regímenes matrimoniales extranjeros afectan al acta de inscripción.

2.º Que utiliza el término genérico «sociedad conyugal», sin especificar.

3.º Que el concepto de nacionalidad solamente aparece mencionado en el artículo 51 del RH, 9.ª, como una circunstancia de la inscripción «si se acredita o manifiesta», y

4.º Que el artículo habla de ser casado y no de estar casado. Da la impresión que al legislador le interesa lo que una persona es y no cómo está; un casado/a, aunque en determinadas circunstancias pueda manifestar que es soltero/a, en realidad continúa estando casado/a. Pero eso es otro tema, en mi opinión todavía más importante, que pasaría por revisar el criterio mantenido hasta ahora por la DGRN sobre la acreditación o no del estado civil. A nadie se le escapa que se vería fortalecida la seguridad jurídica preventiva evitando posibles causas de impugnación —y la estabilidad familiar—.

Centrándome en los supuestos 1.º, 2.º y 3.º anteriores, los mismos me llevan a la conclusión, creo que dentro del marco legal actual, que realmente lo que le interesa al legislador a la hora de practicar la inscripción —el acta—, en un sentido o en otro, es determinar si el régimen económico del adquirente se halla sujeto o no a la ley extranjera, con independencia de su nacionalidad, pero sin omitir en otros lugares del asiento los datos citados del cónyuge del adquirente no compareciente, salvo en el caso de estar en la certeza de que la adquisición no va a afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal.

La **Resolución de la DGRN, de 22 de octubre de 2001 (BOE 10-12-2001)**, entre otras cuestiones, aborda el problema del **artículo 92 del RH**. Ante una adquisición realizada por una persona de nacionalidad y vecindad argelina, el registrador, en su nota de calificación, solicita el carácter de la adquisición efectuada según la procedencia del dinero y, en su caso, el nombre del cónyuge y su régimen económico-matrimonial. Respondiendo el notario que ello no es necesario, ya que el **artículo 92 del RH es especial respecto a la regla general del artículo 51**, y en cuanto al régimen económico-matrimonial, y quedando claro que la adquirente es argelina, se aplicará el artículo 92 del RH (...), quedando diferido el problema de su determinación al momento de su venta. El Registrador, en su nota de defensa para el caso que nos ocupa, alega que la adquisición se inscribirá en función de la procedencia del precio y del régimen económico-matrimonial (...), al dar las circunstancias del marido habrá de apreciarse al mismo tiempo su nacionalidad y solicitar que se determine, con arreglo a las normas de Derecho Internacional Privado, qué ley rige el régimen económico de este matrimonio, ya que no hay razón para que los extranjeros tengan un sistema privilegiado que les permita acceder al Registro en condiciones distintas que los españoles (...).

La **DGRN** resuelve el problema argumentando que: «En efecto, el artículo 92 del Reglamento Hipotecario establece que, en el caso de extranjeros, la inscripción se verificará a favor del adquirente, haciendo constar que el bien se registrará por el régimen que resulte aplicable, sin que, en consecuencia, sea necesario acreditar éste».

Y tanto efecto da la DGRN al artículo, que le hace decir lo que realmente no dice. En ningún momento habla dicho artículo de nacionales o de extranjeros, sino si su régimen matrimonial se halla sometido a la legislación extranjera. Para resolver el problema tendremos que acudir a la normativa conflictual de nuestro **Código Civil**, tal como establece su **artículo 12**, que *obliga a los Tribunales y autoridades a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español*, artículo que en los Fundamentos de Derecho de la Resolución ni se cita.

El punto de conexión para determinar qué ley va a regular los efectos del matrimonio con arreglo a la ley española, nos lo da el **artículo 92 del Código Civil**, que, por cierto, lo facilita bastante al fijar puntos de conexión fijos, como la ley personal común al tiempo de contraerlo, la residencia habitual común, inmediatamente posterior a la celebración, ley del lugar de celebración del matrimonio.

Hay que tener en cuenta que la Ley Hipotecaria es una ley de alcance territorial aplicable tanto a los nacionales como a los extranjeros (art. 9.3 de la Constitución Española; art. 10.1 del Código Civil), y no se puede hacer discriminaciones por razones de nacionalidad, y menos cuando la ley no lo dice, y si la ley no lo dice, menos puede decirlo un reglamento.

El artículo 92 RH, en su redacción, es aplicable tanto a los nacionales como a los extranjeros, siempre y cuando su régimen matrimonial se regule por la ley extranjera, y se regulará por la ley extranjera cuando la norma de conflicto nos remita a la ley extranjera; la DGRN no puede olvidar, por citar algún ejemplo, de la existencia de matrimonios mixtos, cada vez más frecuentes.

En consecuencia, no creo que exista un privilegio para los extranjeros en relación con los nacionales, sino el deseo de facilitar el acceso al Registro de supuestos que, en un primer momento, puedan resultar dificultosos a la hora de determinar la legislación extranjera aplicable o su contenido al régimen económico-matrimonial del adquirente, nacional o extranjero.

La DGRN podría haber presumido, como ya lo hizo en las Resoluciones de 20, 26, 27, 28 y 29 de junio de 2000, que, al ser la adquirente de nacionalidad y vecindad extranjera, su régimen económico, en principio, debería estar sujeto a la ley extranjera, aunque esto sería mucho presumir, pues la ley nacional y la que regula los efectos del matrimonio no siempre pueden ser las mismas. Pero lo que no puede decir es que en el caso de extranjeros la inscripción se verificará (...) conforme al artículo 92 del Reglamento, sin ninguna mención del cónyuge del adquirente, porque, repito, el artículo no lo dice tal como lo interpreta la DGRN sin ninguna conexión con el artículo 51 del RH. La excepción del artículo 92 frente al general de las circunstancias de las inscripciones extensas, desarrollado por el artículo 51 del RH, es que en el primero, cuando el régimen matrimonial se halle sujeto a la ley extranjera, no es necesario identificarlo si no se conoce, permitiendo practicar el acta de inscripción en una forma determinada pero ninguna más, el contenido del resto del asiento debe ser el del artículo 51 del RH.

La respuesta dada por la DGRN da a entender que para «los extranjeros» el artículo 92 del RH constituye una excepción al régimen general del artículo 51 del RH.

El artículo 92, según la interpretación dada, no solamente vulnera el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, desarrollado en el Reglamento, sino que implicaría que una inscripción practicada, conforme a las directrices de la Resolución, podría dar lugar a una impugnación del asiento de conformidad con el artículo 30 de la LH en relación con el artículo 21 de la misma, además de obstaculizar el normal desarrollo de artículos. Como el 38 de la Ley Hipotecaria o del mismo artículo 34 al propiciar una titularidad indeterminada que necesitará de la colaboración del titular registral, colaboración que en ocasiones no será fácil de obtener, perjudicando a todos, nacionales y extranjeros.

La expresión del cónyuge del adquirente, aunque no figure en el acta, y aunque el régimen matrimonial sujeto a la ley extranjera no se identifique, siempre facilitará la identificación del titular o titulares adquirentes, pues si el régimen matrimonial es de comunidad, el bien ingresa en este patrimonio.

Finalmente, me gustaría recordar lo dicho por la **STS de 15 de octubre de 1981** sobre la motivación: *La motivación es la exigencia formal de que se expresen las razones que sirven de fundamento a la decisión jurídica contenida en el acto, necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto a la defensa del particular, que por omitirse las razones se verá privado, o al menos restringido en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al control jurisdiccional si se recurriere contra el acto, siendo suficiente para el*

cumplimiento del requisito de la motivación que sea racional y que contenga una referencia de hechos y de fundamentos de derecho.

SANTIAGO LAFARGA MORELL
Registrador de la Propiedad de Rosas

HIPOTECA. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. PROHIBICION ESPECIAL (ART. 40.5 LSRL).—EL ARTICULO 40.5 LSRL, AL PROHIBIR A LA SOCIEDAD CONSTITUIR GARANTIAS PARA FACILITAR LA ADQUISICION DE SUS PROPIAS PARTICIPACIONES IMPIDE DAR VALIDEZ E INSCRIBIR LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR UNA SOCIEDAD EN GARANTIA DEL PRECIO APLAZADO EN LA COMPRAVENTA DE PARTICIPACIONES DE LA PROPIA SOCIEDAD REALIZADA ENTRE SOCIOS. (RESOLUCIÓN DE 1 DE DICIEMBRE DE 2000. BOE DE 24 DE ENERO DE 2001.)

RESOLUCION de 1 de diciembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Abogado don Juan Puig Fontanals, en representación de doña María Victoria Aguilera García, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad, número 21 de Barcelona, don José María Alfn Massot, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Abogado don Juan Puig Fontanals, en representación de doña María Victoria Aguilera García, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad, número 21 de Barcelona, don José María Alfn Massot, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por escritura que autorizó el Notario de Barcelona, don Gabriel Suau Rosselló, el 13 de marzo de 1997, doña María Victoria Aguilera García vendió a doña Inmaculada Cuesta More y doña Luisa Fernández Rue, seiscientos sesenta y seis participaciones sociales de la sociedad «Industrial Cocktelera, Sociedad Limitada» por precio de 22.779.080 pesetas. De dicho precio se entregó en el acto la suma de un millón de pesetas, quedando aplazado el resto para ser pagado en diversos plazos. En la propia escritura, la sociedad «Industrial Cocktelera, Sociedad Limitada», representada por las compradoras en su condición de administradoras mancomunadas de la misma, y previa autorización de su Junta General, constituyó sobre una finca de la que era titular, hipoteca a favor de la vendedora en garantía del precio aplazado y otras responsabilidades accesorias por razón de intereses, costas y gastos.

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, número 21 de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción de la hipoteca constituida por la representación orgánica de la sociedad “Industrial Cocktelera, Sociedad Limitada”, en garantía del precio aplazado de la compraventa de sus propias participaciones sociales por parte de sus administradoras mancomunadas, doña Inmaculada Cuesta More y doña Luisa Fenández Rue, único acto de trascendencia jurídico-real inmobiliaria contenido en la escritura calificada, por oponerse frontalmente a la “prohibición de prestar garantía... para la adquisición de sus propias participacio-

nes...”, que a las sociedades de responsabilidad limitada impone el artículo 40.5 de su Ley especial de fecha 23 de mayo de 1955 —sic—. El defecto se califica de insubsanable. Contra la precedente calificación podrá interponerse recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, sin perjuicio de la facultad que les asiste de acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad del título (art. 66 de la Ley Hipotecaria). Barcelona, 30 de septiembre de 1997. El Registrador. Sigue la firma».

III. Por el Letrado don Juan Puig Fontanals, en nombre y representación de doña María Victoria Aguilera García, se interpuso recurso gubernativo frente a la calificación registral, con base en los siguientes argumentos: Que la calificación se queda a medio camino, pues si bien señala la existencia de una prohibición legal, no concreta las consecuencias de su infracción; que hay que intuir que la supuesta invalidez del negocio derivaría de la sanción prevista en el artículo 6.3.º del Código Civil, pero ha de tenerse en cuenta que en esta norma se exceptiona de la nulidad de los actos contrarios a normas prohibitivas el supuesto de que éstas establezcan otra sanción para el caso de infringirse, y es lo que acontece en este supuesto en que el artículo 42 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece un régimen sancionador específico, invocando como doctrina jurisprudencial al respecto la STS de 30 de enero de 1995; que en una interpretación sistemática de la misma Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada nos encontramos con que de la vulneración de la lista de prohibiciones comprendidas en su sección 4.ª no siempre va acompañada de la sanción de nulidad, y así la prohibición de asunción de participaciones propias del artículo 39 tiene como sanción la obligación de los fundadores o administradores de desembolsar su importe, lo que implica que la adquisición, pese a estar prohibida, es válida; e igualmente, en el caso de adquisición derivativa, la conclusión ha de ser la misma, pues su infracción no implica la nulidad de la adquisición sino la obligación de amortizar las participaciones adquiridas; que cuando el legislador pretende sancionar en esta materia, con nulidad absoluta, lo hace de forma expresa, como ocurre con el supuesto previsto en el artículo 75.4.º de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que ha de concluirse en lo erróneo de la calificación.

IV. El Registrador emitió su informe reglamentario en el siguiente sentido: Partiendo de la base de que las garantías prestadas por una sociedad de responsabilidad limitada para la adquisición por un tercero de sus propias participaciones es uno de los supuestos claramente tipificados por el artículo 40.5 de su Ley reguladora dentro de la prohibición de prestar asistencia financiera con tal fin y que en este caso existe una evidente relación entre la garantía prestada y el negocio de adquisición que se garantiza, lo que ha de plantearse son los efectos de la inobservancia de tal prohibición y en este punto toda la doctrina es coincidente en su nulidad de pleno derecho como consecuencia de su ilicitud por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil; que ningún precepto de nuestro ordenamiento prevé para tal caso una sanción distinta, a diferencia de lo que ocurre con otros como los que cita el recurrente de infracción del régimen de participaciones propias; que a mayor abundamiento debe traerse a colación la distinta solución legal al caso de garantías prestadas por la sociedad a sus socios o administradores en general, en que la prohibición del artículo 10 de la Ley deja abierta la posibilidad de que tales actos sean autorizados por la Junta General, por lo

que nos movemos en el terreno de las limitaciones legales a las facultades de los administradores, en tanto que el artículo 40.5 va más allá cuando tal garantía tenga por objeto un negocio de adquisición de participaciones propias en que ni tan siquiera la autorización de la Junta General salvaría el negocio de la nulidad radical que la ley le impone; y que en el caso objeto de recurso se dan todos los presupuestos legales para aplicar tal sanción: el subjetivo, pues estamos en presencia de una sociedad de responsabilidad limitada que presta la garantía y un tercero adquirente de participaciones de la misma que es el garantizado; y el objetivo, ya que nos encontramos con un negocio de asistencia financiera como es la prestación de garantía, otro negocio de adquisición de participaciones de la sociedad garante y el teleológico de la finalidad de aquella garantía, que no es otro que ofrecer al vendedor la del cobro del precio de las participaciones sociales que vende.

V. Solicitado informe al Notario autorizante de la escritura, lo emitió en el siguiente sentido: Que la interpretación del artículo 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha de hacerse en el contexto global de las prohibiciones impuestas por dicha norma, cuyo apartado 5.º ha de entenderse complementario del 1.º, por lo que su interpretación no puede suponer ni una ampliación de los límites de este último ni hacerse con exclusión de las excepciones en él previstas; que la prohibición de asistencia financiera tiene dos objetivos: Por un lado, asegurar que el capital social se financie con aportaciones externas y no con el propio patrimonio social, y por otro, eliminar la posibilidad de que los administradores utilicen los recursos de la compañía para financiar a socios o terceros determinados con objeto de ganarse su favor; que en consecuencia ha de afirmarse que no cabe admitir la asistencia financiera cuando su objeto responda a la finalidad dicha de que los administradores traten de beneficiar a algún socio o tercero, pero la duda es si con aprobación de la Junta no puede disponerse de los recursos sociales libres para la asistencia financiera cuando concurran las mismas circunstancias que excepcionalmente permiten la adquisición de participaciones propias y entre estos casos es singularmente destacable el previsto en el artículo 40.1.c) de la Ley cuyo objeto es evitar la entrada de extraños en la sociedad, dado su carácter cerrado, supuesto en el que debe entenderse admisible la actividad complementaria de prestación de asistencia financiera, y ello por las siguientes razones: La coherencia legislativa, pues la excepción del artículo 40.1.c) subyace implícita en el apartado 5.º de la norma; la interpretación positiva del Derecho Privado que debe permitir todo aquello que no sea imprescindible prohibir; el interés de la propia sociedad y de la economía, pues frente a la amortización forzosa impuesta por el citado artículo 40.1.c) es preferible la constitución de una garantía que si no llega a ejecutarse evitará los costes de una reducción y, en su caso, aumento de capital; en conclusión, que si la prohibición de prestar garantías para la adquisición de las propias acciones o participaciones sociales tiene excepciones, ha de admitirse en un caso como el presente en cuanto supone un acto accesorio de la actividad principal, no impide una efectiva disposición de recursos, sino una sujeción de los mismos a las consecuencias potenciales de su ejecución, que esa posibilidad permite la aplicación del artículo 10 de la misma Ley, cual en este caso ha ocurrido.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resolvió desestimar el recurso, confirmando en consecuencia la nota recurrida, con base en los siguientes fundamentos: Que la sanción prevista en el artículo 42 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no elimina la compati-

bilidad entre la sanción civil y la administrativa; que el argumento de tipo sistemático a que acude el Notario desconoce la distinta finalidad que persiguen los preceptos que trata de identificar en su intención; en cuanto al finalista olvida los propios del precepto vulnerado que según la doctrina es evitar que la sociedad se valga de terceros para adquirir indirectamente acciones o participaciones propias o de una sociedad del grupo; y en cuanto a la existencia de autorización de la Junta General, peca de artificiosidad al encuadrar los actos en los extra-objeto, con todos los riesgos que ello comporta.

VII. El recurrente apeló el auto desestimatorio de su recurso reiterando en esencia sus argumentos iniciales.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 39.2, 40.1.c), 2 y 5, 41 y 42 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 76.2 y 89 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 6.3 del Código Civil.

1. Constituida por una sociedad de responsabilidad limitada, hipoteca en garantía del precio aplazado de la compraventa de participaciones de su propio capital realizada entre socios, deniega el Registrador su inscripción al considerar que contraviene la prohibición contenida en el artículo 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada cuando dispone que dichas sociedades «no podrán anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las acciones o participaciones emitidas por sociedad del grupo al que la sociedad pertenezca». Ninguna duda suscita, en este caso, la existencia, tan difícil de apreciar en otras ocasiones, de la relación entre el negocio de constitución de la garantía y el de adquisición, desde el momento en que es el precio aplazado de la compraventa de las participaciones de su propio capital lo que la sociedad garantiza con la hipoteca.

2. Entiende el Registrador, y así ha de confirmarse, que tal negocio de garantía es nulo por cuanto al contravenir una prohibición legal queda incurso en la sanción prevista para tales supuestos por el artículo 6.3 del Código Civil, la nulidad absoluta. Frente a tal conclusión no cabe aceptar el argumento del recurrente en el sentido de que tan radical sanción tiene una excepción en el mismo precepto para el caso de que la norma prohibitiva infringida haya establecido un efecto distinto, que en este caso sería la sanción pecuniaria prevista en el artículo 42 de la misma Ley reguladora del tipo social. Esta sanción, establecida en términos generales para toda infracción de las prohibiciones contenidas en la misma sección de la Ley, relativa a la adquisición de las propias participaciones, es de carácter jurídico-administrativo y ha de entenderse complementaria, independiente y compatible por tanto con las restantes sanciones de carácter jurídico-privado que la propia Ley establece. Lo contrario sería tanto como entender que la responsabilidad prevista por la propia Ley en su artículo 39.2 para el caso de infringir la prohibición de adquisición originaria de participaciones, o la obligación de amortizar las adquiridas derivativamente en los casos que la impone el artículo 40.2 o la de enajenar las participaciones o acciones de la sociedad dominante previstas en el artículo 40.3, al igual que la de reducir el porcentaje de participaciones recíprocas que fuera obligatoria por la remisión del artículo 41 al 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, quedarían sin efecto a la vista de ese especial régimen sancionador que establece el citado artículo 42. Incluso en el supuesto en que el legislador ha previsto la nulidad radical del negocio de adquisición a que alude el recurrente, el del artículo 76.2 de la Ley de Sociedades

Anónimas, no cabe entender que esa ineficacia absoluta excluya las sanciones, también de tipo administrativo, que con el mismo carácter general establece el artículo 89 de dicha Ley.

3. Tampoco los argumentos de tipo sistemático y finalistas, a que acude el Notario en su informe, desvirtúan la anterior conclusión. La pretendida conexión entre el régimen prohibitivo de la asistencia financiera para adquirir participaciones propias y el general sobre la adquisición directa de las mismas que exonerase aquella en los supuestos en que tal adquisición es posible, tendría mayores posibilidades de defensa en sede de Sociedades Anónimas donde el régimen prohibitivo de la adquisición derivativa de acciones propias se ve mitigado por el limitado margen con que las permite el artículo 75 de su Ley particular, pero no así respecto de las sociedades de responsabilidad limitada en que aquella posibilidad no existe; los argumentos de tipo teleológico sobre la finalidad de tal prohibición más parecen discurrir por la vía de *lege ferenda*, con evidentes influencias del sistema anglosajón, proclive a admitir la asistencia financiera siempre que se haga con cargo a recursos libres y se adopten las necesarias garantías para los acreedores sociales; y por último, la conexión que pretende establecer entre la posible exclusión de la prohibición contenida en el citado artículo 40.5 para el singular supuesto de adquisición de participaciones propias que admite la regla 1.c) del mismo artículo, sin necesidad de analizar ahora la posibilidad o conveniencia de admitir tal exclusión, lo cierto es que plantea un supuesto totalmente ajeno al que ahora se examina, que es la garantía del precio en una compraventa voluntaria de participaciones sociales, totalmente ajeno al de venta forzosa, previo embargo en procedimiento de ejecución, en que la adquisición por la sociedad de las participaciones con la consiguiente obligación de amortizarlas no sólo es subsidiaria respecto de los socios, sino que requiere previsión estatutaria que la admita y así todo siempre sería facultativa.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso confirmando el auto apelado.

Madrid, 1 de diciembre de 2000.—La Directora General, Ana López-Montís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

COMENTARIO

El motivo que ocasiona la presente resolución es la pretensión de inscripción de una hipoteca en garantía de la adquisición de participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, con la peculiaridad de que es la propia sociedad quien compra y garantiza con una finca de su propiedad dicha operación.

El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción solicitada al considerar nula de pleno derecho esa hipoteca, ya que el artículo 40.5 LSRL prohíbe expresamente a las sociedades de responsabilidad limitada anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía y facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones.

Conviene detenernos a analizar dicho precepto con el fin de ver cuál es su fundamento y finalidad, y poder determinar, entonces, cuál es el alcance que dicha norma pretende tener, y qué eficacia se le debe atribuir a dicha prohibición. Según cuál sea la eficacia que produzca la vulneración de la prohibición señalada y la sanción que le corresponda, podremos analizar si la hipoteca puede inscribirse o no.

La prohibición de prestar garantía para adquirir las propias acciones se encuadra dentro de la prohibición de asistencia financiera de las sociedades de responsabilidad limitada, y a su vez, y sistemáticamente (aunque probablemente no sea lo más adecuado), dentro del artículo 40 LSRL, que recoge la prohibición general de adquisición derivativa de propias participaciones por la sociedad limitada.

Esta prohibición del artículo 40.5 LSRL tiene como fundamento, y así lo ha entendido de manera prácticamente unánime la doctrina (1), la necesidad de conservar el capital social (principio de defensa del capital), evitando que éste se financie con cargo al patrimonio de la propia sociedad, e igualmente, las confabulaciones o abusos que pudieran llevar a cabo los administradores, aprobando determinadas operaciones respaldadas por la sociedad, pero que pudieran resultar perjudiciales para la misma.

Asimismo, la Exposición de Motivos de la LSRL establece que el fundamento de las prohibiciones del artículo 40 no es otro que el carácter cerrado de las compañías de esta clase, que conduce a la imposibilidad de aumentar su capital social mediante la apelación del ahorro colectivo o a todo tipo de negociaciones sobre sus participaciones.

La idea que subyace en este precepto es salvaguardar el capital social de la sociedad, y se pretende con el mismo la prohibición de cualquier tipo de operación de asistencia financiera a las sociedades limitadas, incluso las de carácter gratuito. Por eso, la regulación de las sociedades limitadas difiere en este punto de la de las sociedades anónimas, ya que éstas, debido a sus propios mecanismos de defensa del capital, prevén otras garantías financieras que aseguran su capital social, dentro de una regulación mucho más compleja y completa que la de las limitadas.

Y así, por ejemplo, el artículo 81.3 LSA permite la asistencia financiera para la adquisición de acciones propias a las anónimas, cuándo ésta consista en «operaciones efectuadas por bancos u otras entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad», siempre que se establezca en el pasivo del balance «una reserva equivalente al importe de los créditos anotados en el activo», garantizando de este modo el capital social.

(1) Véase: PANTALEÓN F., y PORTELLANO, P., en AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 479; ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 226; MEJÍAS GÓMEZ, J., «El régimen de participaciones propias. La modificación de la disciplina sobre acciones propias», en AA.VV. (COORD. NIETO CARO, U.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 506; PAZ-ARES, «Negocios sobre las propias acciones», en AA.VV. (COORD. ALONSO UREBA/CHICO/LUCAS): *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Colegio Notarial y de Registradores, Madrid, 1987, págs. 599 y 600; VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de la autocartera*, Madrid, 1995, págs. 481-483.

Luego, en este tema no puede aplicarse extensivamente la regulación de anónimas a las limitadas, pues ya se ha dicho que la necesidad de proteger el capital social en las limitadas es mucho mayor (por no prever otras garantías financieras la ley), que en las anónimas, donde queda salvaguardado el principio de defensa del capital con las propias medidas establecidas en la LSA.

Por otra parte, tampoco cabe aplicar aquí la salvedad establecida en el artículo 10 LSRL, es decir, no cabe tratar de admitir la posibilidad de garantizar la adquisición de participaciones, si así lo hubiera aprobado la Junta General como excepción a la prohibición general establecida en dicho artículo. En efecto, este artículo 10 admite la excepción, previa aprobación de la junta, de operaciones de asistencia financiera de la sociedad (concesión de créditos o préstamos, o de garantías), pero si la finalidad de dichas operaciones es la adquisición de propias participaciones, debe aplicarse el artículo 40.5 LSRL, que lo prohíbe expresamente. Luego, sí que puede caber que la sociedad lleve a cabo operaciones de este tipo (previa aprobación de la Junta), pero nunca podrá hacerlo si con ellas se pretende la adquisición de participaciones. Los artículos 10 y 40.5 contemplan situaciones distintas a las que se ofrecen soluciones diferentes y, por tanto, no puede traspasarse la letra del artículo 10 a este supuesto. Así lo dicen FERNANDO PANTALEÓN y PEDRO PORTELLANO (2), al considerar como esencial del artículo 40.5, lo que denominan su «elemento subjetivo», que no es otro que dicha finalidad de adquisición de participaciones propias. Precisamente, esta finalidad distingue el supuesto de hecho al que corresponde aplicarse este precepto, de otros distintos, a los que correspondería, por ejemplo, el artículo 10 (3). El elemento subjetivo o finalidad, como dice el autor citado, «debe aparecer expresamente mencionada en el negocio o deducirse de indicios objetivos anteriores, contemporáneos o posteriores a la operación de asistencia financiera». En el caso que se examina está clara la finalidad de la concesión de la garantía, ya que se establece dicha garantía en la misma escritura de compraventa de participaciones y con el fin claro de garantizar la misma, ya que es el precio aplazado de la compraventa de sus propias participaciones lo que la sociedad asegura con la hipoteca sobre su finca. Por lo tanto, no es relevante el hecho de que la Junta hubiera aprobado dicha operación, ya que no estamos ante un caso previsto en el artículo 10, sino como se demuestra por su finalidad, en un caso claro de la prohibición prevista en el artículo 40.5 LSRL.

Teniendo en cuenta la razón de ser de esta prohibición, se entiende que la misma debe ser firme y sin excepciones. Cosa distinta es qué efectos puede tener la contravención de esta prohibición legal. Es decir, hay que plantearse si la constitución de la garantía hipotecaria, para asegurar la compra de propias participaciones, debe ser nula de pleno derecho conforme al artículo 6.3 del Código Civil por infringir una prohibición legal, o, por el contrario, si debe aplicársele el régimen sancionador del artículo 42 LSRL, que establece una sanción administrativa (multa) en caso de transgredir dicha prohibición.

La mayoría de la doctrina (4) coincide en considerar que el incumplimiento de esta prohibición lleva consigo la nulidad, conforme a lo preceptuado en

(2) PANTALEÓN F., y PORTELLANO, P., en AA.VV., «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles», tomo XIV, *ob. cit.*, págs. 483-484.

(3) En este sentido, véase también la opinión de ESTURILLO LÓPEZ, A., «Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada», *ob. cit.*, pág. 227.

el artículo 6.3 del Código Civil: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Sin embargo, no faltan voces entre los autores (5), que amparándose en la salvedad del propio artículo 6.3, al igual que hace el recurrente en este caso, pretenden sostener que, como en el artículo 42 LSRL, se establecen consecuencias distintas a la infracción de las prohibiciones contenidas en esa sección —entre las que se encuentra la del art. 40.5—, no debe aplicarse aquí la consecuencia de la nulidad, sino la determinada en ese artículo 42, es decir, simplemente una sanción administrativa, consistente en una multa.

Creo, al igual que la mayor parte de la doctrina, que la consecuencia de infringir la prohibición estudiada debe ser la nulidad absoluta, y por tanto aplicarse el artículo 6.3 con toda su eficacia. La prohibición del artículo 40.5 es una prohibición legal e imperativa expresa, con un fundamento esencial, que es la protección del capital social de las limitadas (más vulnerable que el de las anónimas). El legislador lo ha establecido expresamente, separándose del régimen de las anónimas, para resaltar, de este modo, su importancia. Luego, creo que los efectos de su contravención deben ser los máximos, y por otra parte generales; pues si el legislador hubiese querido darle otros efectos, lo habría dicho expresamente, como hace en otros casos. La sanción impuesta en el artículo 42 LSRL debe sumarse a la nulidad de pleno derecho de dichas operaciones (consecuencia de la infracción derivada del Derecho Privado), para castigar a los administradores que autorizaron las mismas. Por lo tanto, no creo que sea una disyuntiva lo que se plantea: o nulidad (6.3 del Código Civil), o sanción administrativa (42 LSRL), sino más bien una suma: debe ser nulo y además establecerse la multa referida. En este mismo sentido se manifiestan FERNANDO PANTALEÓN y PEDRO PORTELLANO (6), ya que mantienen que «la función perseguida por el artículo 42 LSRL, de la misma manera que la buscada por el artículo 89 LSA, es complementaria y reforzar —nunca sustituir— los mecanismos de protección del Derecho Privado, que desde el punto de vista práctico apenas tienen eficacia preventiva y que desde la perspectiva normativa carecen de ella». Y continúan estos autores manteniendo que los bienes jurídicos tutelados son la integridad del capital y el orden de competencias entre órganos, y que lo que se pretende castigar no es tanto una lesión

(4) PANTALEÓN F., y PORTELLANO, P., en AA.VV., «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles», tomo XIV, *ob. cit.*, págs. 484-485; FLORES, «Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias», en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas*, II-2, Madrid, 1994, pág. 1417; VELASCO SAN PEDRO, «Comentario a los artículos 39-42 LSRL», en AA.VV. (dirs.: ARROYO/EMBED), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997, pág. 506; PAZ-ARES, «Negocios sobre las propias acciones», *ob. cit.*, pág. 603; VÁZQUEZ, «Régimen jurídico de la autocartera», *ob. cit.*, págs. 496-497.

(5) Véase: MEJÍAS GONZÁLEZ, «El régimen de participaciones propias. La modificación de la disciplina sobre acciones propias», *ob. cit.*, págs. 518 y 519; SOTO VÁZQUEZ y SOTO FERNÁNDEZ, *Tratado práctico de la sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Comares, Granada, 1996, pág. 248; ESTURILLO LÓPEZ, A., «Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada», *ob. cit.*, págs. 229 y 230; AA.VV. (coord. CABANAS TREJO y CALAVIA MOLINERO), *Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Praxis, Barcelona, 1995, pág. 184.

(6) PANTALEÓN F., y PORTELLANO, P., en AA.VV., «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles», tomo XIV, *ob. cit.*, pág. 495.

efectiva y concreta de los mismos, sino el incumplimiento de un mandato legal.

El específico régimen de autocartera de las limitadas exige que las consecuencias de la infracción de la prohibición del artículo 40.5 no se limiten, pues, a una sanción administrativa, sino que las consecuencias de dicha contravención se rijan por las consecuencias que el Derecho Privado concede al incumplimiento de un mandato legal, que no es otro que la nulidad absoluta.

Si la constitución de hipoteca en garantía de adquisición de participaciones es nula, nunca podrá inscribirse, ya que el Registrador rechazará la misma en su calificación. Pero es que aunque la constitución de la garantía no estuviera expresamente prohibida por el 40.5 LSRL, o se le otorgaran a su contravención menores efectos que la nulidad (art. 42 LSRL), al estarlo, sin duda alguna, la adquisición de participaciones (arts. 39 y 40 LSRL), y ser nula tal operación (obligación principal garantizada), por el principio de accesoriedad de la hipoteca, ésta sería también nula. Luego, tampoco podría ésta inscribirse, ya que la nulidad de la obligación principal asegurada lleva consigo la de la garantía accesoría, que sigue en sus vicisitudes a la obligación que garantiza.

Coincido con la opinión sostenida por la DGRN, y considero que no procede la inscripción de la hipoteca solicitada por tratarse de un acto nulo de pleno derecho al contradecir un imperativo legal, y así debe especificarse.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. INTERESES: LIMITE DE RESPONSABILIDAD.—NO HAY INCONVENIENTE EN EXTENDER LA GARANTIA HIPOTECARIA A LOS INTERESES ORDINARIOS DE LOS CINCO ULTIMOS AÑOS Y A LOS DE DEMORA, TAMBIEN DE LOS ULTIMOS CINCO AÑOS, SI ASI PROCEDIERA, POR SER DISTINTAS Y DE VENCIMIENTO DIFERENTE LAS CANTIDADES QUE DEVENGAN UNOS Y OTROS. (RESOLUCIONES DE 20 Y 22 DE NOVIEMBRE DE 2000. BOE DE 9 DE ENERO DE 2001.)

RESOLUCION de 20 de noviembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don Francisco Angel Rodríguez-Gigirey Pérez, en nombre y representación de «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Vivero, don Juan Bris Montes, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación de dicho Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don Francisco Angel Rodríguez-Gigirey Pérez, en nombre y representación de «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Vivero, don Juan Bris Montes, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación de dicho Registrador.

Hechos.—I. Por escritura que autorizó el Notario de Vivero don Luis Muíño Fidalgo, el 26 de noviembre de 1997, el «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», concedió a los cónyuges E. F. R. y E. C. V., un préstamo de 4.000.000 de pesetas, con un plazo de amortización de doce años, al interés inicial del 6,5 por 100 anual, variable a partir del primer año, por periodos anuales, en función de añadir un punto diferencial al tipo de referencia constituido por el interbancario a un año —Mibor a un año—, u otro

previsto en defecto de éste, pactándose intereses de demora al tipo resultante de añadir cinco puntos al tipo de interés vigente al tiempo de producirse la demora. En garantía del capital prestado, de sus intereses de un año hasta un máximo del 11,50 por 100 anual, que ascienden a 470.000 pesetas, tres años de intereses moratorios hasta un máximo de 16,5 por 100 anual, que ascienden a 1.980.000 pesetas, más una cantidad fijada para costas y gastos, la parte prestataria constituyó hipoteca sobre una finca de su propiedad.

II. Presentada copia de la escritura en el Registro de la Propiedad de Vivero, fue calificada con la siguiente nota: «Calificado el precedente documento por el Registrador que suscribe, se suspende la inscripción del mismo por el defecto subsanable de que la responsabilidad por intereses (ordinarios y de demora), excede de cinco anualidades de intereses ordinarios, conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, artículo que sólo se refiere a dichos intereses ordinarios como se deduce de su propia redacción ("la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses...") y del primer párrafo del artículo 115 de la misma Ley. No se toma anotación de suspensión que no ha sido solicitada. Vivero, a 28 de mayo de 1998. El Registrador». Sigue la firma.

III. Don Francisco Angel Rodríguez-Gigirey Pérez, Abogado, en representación de «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación, alegando: Que los intereses moratorios derivan del incumplimiento por mora y, en consecuencia, por su carácter penalizador, deben ser calculados a un tipo superior a los remuneratorios, que el artículo 114 de la Ley Hipotecaria fija un límite máximo al pacto sobre responsabilidad hipotecaria por intereses frente a terceros, libertad de pacto que puede ejercitarse bien fijando el número de años dentro del máximo permitido, bien fijando simplemente una cantidad máxima según Resoluciones de esta Dirección General, de 19 de enero y 13 de marzo de 1996; que la hipoteca, en este caso, no sólo respeta dicho límite sino que no lo alcanza al garantizarse intereses ordinarios de un año y moratorios de tres; que en la constitución de hipoteca la garantía de los intereses aparece configurada como una hipoteca de máximo, con fijación de plazo y tipo máximo de interés, acorde con las exigencias de la Resolución de 16 de diciembre de 1996, por lo que ha de concluirse que la calificación no resulta ajustada a derecho.

IV. El Registrador informó en defensa de su nota: Que no comprende cuál sea la razón o deber por el que los intereses de demora hayan de ser superiores a los ordinarios, tal como aduce el recurrente; que las resoluciones invocadas por el mismo no resuelven la cuestión, pues en unas la cantidad garantizada por intereses no rebasaba el límite de los correspondientes a cinco anualidades al tipo de los ordinarios, y en otras la garantía de los mismos era conjunta; que el artículo 114 de la Ley Hipotecaria claramente se refiere a los intereses ordinarios, como resulta de su redacción, referida a un «crédito» que devengue intereses, no a la conducta posterior del deudor incumplidor, o los intereses «vencidos», que han de considerarse como los ordinarios o remuneratorios; que las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 distinguen claramente ambos tipos de intereses por su distinta naturaleza, y si bien admite la garantía de los mortuorios, exige que se computen conjuntamente a los solos efectos del límite establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, límite este que habrá de respetarse no solo formalmente, en cuanto al número de anualidades, sino cuantitativamente por referencia a los intereses ordinarios que son los únicos que el precepto contempla.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia resolvió admitir el recurso, revocando la nota de calificación, fundándose en que, si bien frente a terceros no cabe repetir contra la finca hipotecada por cantidad superior a la legalmente prevista, incluso en caso de pacto, tal límite no juega entre las partes, de suerte que cualquiera que sea el sistema que se siga para el cómputo de los intereses garantizados, su trascendencia es meramente procesal y limitada a personas muy concretas, lo que no puede constituir motivo para rechazar su inscripción.

VI. El Registrador apeló la anterior decisión reiterando los argumentos de su informe.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria; 220 de su Reglamento y las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, 18 de diciembre de 1999 y 14 y 17 de marzo de 2000.

1. Se recurre la negativa del Registrador a inscribir la garantía hipotecaria de un préstamo que se basa en que los intereses que se garantizan, una anualidad de los ordinarios hasta una suma máxima, y tres de los moratorios, igualmente hasta una cantidad máxima, ambas resultado de aplicar al capital prestado un tipo máximo dentro de la variabilidad prevista para los mismos, excede del máximo permitido por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria que, a su entender, es el de cinco anualidades de intereses ordinarios.

2. El defecto no puede confirmarse. La doctrina de esta Dirección General, contenida en Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996, entre otras, una vez sentada la distinta naturaleza y régimen de los intereses remuneratorios y moratorios, diverso origen y título para lograr su efectividad, ha admitido la posibilidad de extender la garantía hipotecaria a los segundos siempre que, por exigencias del principio de especialidad (cfr. art. 12 de la Ley Hipotecaria), se precise claramente en qué medida lo están, con independencia de la garantía prevista para los primeros, de suerte que no pueda aplicarse la cobertura establecida para unos a los otros. Por lo demás, el argumento de que han de computarse conjuntamente uno y otro tipo de intereses no pretende otra cosa, tal como precisara la Resolución de 18 de diciembre de 1999 —y que han ratificado las de 14 y 17 de marzo del corriente año— sino afirmar que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, mas, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o de demora, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria —dentro de los máximos legales— aun cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios, también de los cinco últimos años, si así procediera, por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de dichos límites.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso confirmando el auto apelado.

Madrid, 20 de noviembre de 2000.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

COMENTARIO

El problema que se plantea es, una vez más, el cómputo de los intereses ordinarios y de demora a efectos del límite máximo de cinco anualidades que establece el artículo 114 LH.

Se trata del mismo problema resuelto en otras Resoluciones anteriores, entre ellas las Resoluciones de 14 y 17 de marzo de 2000, que recogían, a su vez, la doctrina establecida en la Resolución de 18 diciembre de 1999, en la que se afirmaba que ese límite de cinco años que establece el citado artículo, es propio o específico de cada tipo de intereses (ordinarios y de demora); ya que por su distinta naturaleza y finalidad no pueden englobarse bajo el mismo concepto. Y este artículo debe interpretarse en el sentido de que no pueden unas mismas cantidades devengar simultáneamente intereses de demora y ordinarios, pero no hay inconveniente en extender la garantía hipotecaria a los intereses ordinarios de los últimos cinco años y a los de demora, también de los últimos cinco años, si es preciso, por ser cantidades distintas las devengadas por uno y otro concepto.

Se transcribe, a continuación, el comentario que ya se hizo a la Resolución de 18 de diciembre de 1999, pues en el mismo se analiza la misma cuestión planteada.

Presentada una escritura de constitución de hipoteca, el Registrador suspende su inscripción por entender que la responsabilidad hipotecaria por intereses de demora y ordinarios excede del límite de cinco años establecido por la Ley.

El Registrador de la Propiedad entiende que la cantidad máxima por la que responde la finca hipotecada en concepto de intereses (en general) debe calcularse aplicando el tipo fijo inicial pactado para el primer año, a los cinco años que como máximo establece el artículo 114 LH, entendiendo que a los efectos de este artículo debe englobarse tanto los intereses moratorios como los de demora.

La cuestión que se plantea en esta Resolución y sobre la que ya resolvieron las Resoluciones anteriormente citadas es:

D) Si el límite del artículo 114 LH debe entenderse para el conjunto de los intereses moratorios y remuneratorios, o, si por el contrario, debe aplicarse de forma separada e independiente a cada uno de ellos.

Esta cuestión que aborda la DGRN es si el límite que se establece a la responsabilidad hipotecaria de cinco anualidades recogido en el artículo 114 LH debe aplicarse sólo a los intereses remuneratorios, o, por el contrario, también a los moratorios, y en este caso, si debe hacerse conjunta o separadamente respecto a aquéllos.

Conviene pararse en este punto y analizar la evolución doctrinal y jurisprudencial en torno a este artículo 114 LH.

Los límites a la responsabilidad hipotecaria por intereses frente a terceros (cuestión que también me ofrece dudas, pues no entiendo por qué no rige también entre las partes, pero éste sería otro tema), está recogida en el artículo 114 LH, que establece que «salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años».

No hay duda de que estos límites rigen y son efectivos con respecto a los intereses remuneratorios u ordinarios, y se han establecido para evitar que cuando la finca hipotecada hubiera pasado a manos de un tercer poseedor, ese tercero, ajeno al crédito garantizado, se vea demasiado perjudicado por este concepto y se eviten préstamos usurarios.

Tradicionalmente, la DGRN ha entendido que el límite establecido en el artículo 114 LH debe aplicarse conjuntamente a la responsabilidad hipotecaria por intereses tanto ordinarios como moratorios. En efecto, a pesar de mantener en repetidas ocasiones la distinta naturaleza de unos y otros, lo cual conduce a rechazar taxativamente que puedan agruparse bajo una misma cifra de responsabilidad hipotecaria (Resoluciones de 20 de mayo de 1987, 23 y 26 de octubre de 1987, 22 de julio de 1996), reconoce que, de manera excepcional, rige para uno y otro tipo de intereses el límite máximo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 LH, que «a esos solos efectos» pueden computarse conjuntamente.

Por tanto, la DGRN mantiene: a) que los intereses moratorios y remuneratorios deben garantizarse separadamente y no bajo una misma cifra de responsabilidad hipotecaria, debido a su distinta naturaleza; b) y que, excepcionalmente, el límite máximo imperativo del artículo 114 LH debe aplicarse al conjunto de los intereses moratorios y remuneratorios. Las razones que justifican esta excepción pueden ser, como recoge GARCÍA DURANGO (1), que esta solución es la más consecuente con nuestro sistema legal, basado en el tope de intereses más ampliación de hipoteca, y que de esta manera se pueden evitar posibles fraudes, o la acumulación de intereses ocultos impagados, o manipulaciones y abusos con respecto a los intereses moratorios.

Parte de la doctrina (2) sigue la misma línea de la DGRN, y considera que los intereses de demora deben ser computados conjuntamente con los remuneratorios, a los efectos del límite establecido en el artículo 114 LH. Otros autores (3), por el contrario, rechazan esta postura doctrinal y, basándose en la distinta naturaleza de unos y otros intereses, consideran que el límite del 114 debe aplicarse también a los moratorios, pero de forma autónoma y no conjunta a los remuneratorios.

(1) GARCÍA DURANGO, C., «Comentario a la Resolución de 23 de octubre de 1987», en *RCDI*, 1988, pág. 497.

(2) En este sentido, CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 1431; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 162 y sigs.

(3) AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 122, y en *Comentario a la Resolución de 16 de febrero de 1990*.

Esta postura también fue defendida por la Comisión de Registradores, Notarios y Letrados de Entidades de Crédito del año 1989, que afirmaron que el artículo 114 LH no impone, a efectos del cómputo, que deban computarse conjunta y totalmente las responsabilidades por intereses remuneratorios y moratorios.

Y aunque se muestren más partidarios de la tesis de la DGRN, también ponen de relieve que el computar conjuntamente los intereses moratorios y ordinarios, a los efectos del 114 LH, no resulta congruente con la distinta naturaleza de un tipo y otro de intereses: GARCÍA DURANGO, C., «Comentario a la Resolución de 23 de octubre de 1987», *ob. cit.*, págs. 497 y sigs., y ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *ob. cit.*, pág. 166 y sigs.

Considero más acertada esta segunda idea. En efecto, los intereses remuneratorios u ordinarios son «los que se producen por el transcurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución», o más gráficamente, podemos decir que son «el precio del préstamo». Asimismo, las Resoluciones de 23 y 26 octubre de 1987 añaden que «nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados» y «el nacimiento del crédito principal, unido al transcurso del tiempo, va determinando inexorablemente la obligación de su abono» (Resolución de 20 de mayo de 1987). Los intereses de demora, sin embargo, se devengan desde el momento del incumplimiento de la obligación, como sanción a esa falta de cumplimiento, siendo ésta su verdadera naturaleza, admitida, asimismo, por las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987; y, como dice YSAS SOLANES (4), su estipulación actúa como una cláusula penal, lo que justifica que su tipo sea superior al de los remuneratorios, pues así la pena sustituirá la indemnización de daños y el abono de los intereses en caso de incumplimiento. Por lo tanto, no existen a la constitución de hipoteca, sólo nacen si se incumple la obligación y, en consecuencia, su existencia y cuantía resultan indeterminadas. Por eso, su distinta naturaleza da lugar a que uno y otro tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria, ya que estarán garantizados por hipotecas muy diferentes: ordinaria o de tráfico para los remuneratorios (la obligación ya ha nacido y está determinada), e hipoteca de seguridad con fijación de un tipo máximo para los remuneratorios (pues se desconoce si la obligación llegará a nacer y la cuantía). Luego, por el mismo principio de especialidad, no puede entenderse incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora y a los ordinarios conjuntamente. Pero, además, creo que por estas mismas razones, tampoco puede aplicarse globalmente el límite que establece el artículo 114 LH, al conjunto de ambos intereses, ya que esto no sería congruente con naturaleza y regímenes tan distintos. Ya que si por su distinta naturaleza deben garantizarse de forma separada y deben estar perfectamente diferenciadas las responsabilidades hipotecarias correspondientes, no se entiende que luego hayan de computarse conjuntamente a los efectos del límite del artículo 114 LH.

El límite que establece el artículo 114 LH se aplica propiamente a los intereses ordinarios (o verdaderos intereses, pues los remuneratorios no se asimilan exactamente con esta figura). No obstante, y por analogía, debe aplicarse, también, a los moratorios, si bien, ha de hacerse de forma autónoma para cada uno de ellos, y no pueden ser computados conjuntamente, ni para «esos solos efectos».

Esta tesis es la que se defiende por la DGRN en esta Resolución, y que copia de la Resolución de 18 de diciembre de 1999, donde cambió, afortunadamente, el criterio mantenido hasta entonces. El interés de esa Resolución radicó, precisamente, en ese cambio de línea jurisprudencial. Como era de esperar, se ha confirmado este nuevo criterio doctrinal en otras Resoluciones posteriores, tal y como ya lo ha hecho la Resolución de 17 marzo de 2000, para la que «la computación conjunta de uno y otro tipo de interés no es argumento para rechazar la inscripción pretendida, pues tal doctrina no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar

(4) YSAS SOLANES, M., «Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo», en *DN*, 1993, núm. 34/35, pág. 3.

simultáneamente intereses ordinarios y de demora, mas respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria —dentro de los máximos legales—, aun cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios también de los cinco últimos años, si así procediera por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de los límites dichos», y ha ratificado la presente Resolución de 20 de noviembre de 2000 en su Fundamento segundo de Derecho.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

GANANCIALES. APORTACION CON DERECHO A REEMBOLSO: CAUSA.— DEBE ESTIMARSE BASTANTE A EFECTOS DE LA INSCRIPCION DE LA APORTACION DE UN BIEN PRIVATIVO A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN RELACION CON LA NECESIDAD DE CAUSA DEL NEGOCIO LA EXPRESION DE QUE LA APORTACION SE REALIZA CON DERECHO A SU REEMBOLSO ECONOMICO. (RESOLUCIÓN DE 21 DE JULIO DE 2001. BOE DE 21 DE AGOSTO DE 2001.)

RESOLUCION de 21 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Alcantarilla, don Juan Gómez Martínez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Murcia, número 6, don Rafael A. Rivas Torralba, a inscribir una escritura de aportación de bienes a la sociedad de gananciales en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Alcantarilla, don Juan Gómez Martínez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Murcia, número 6, don Rafael A. Rivas Torralba, a inscribir una escritura de aportación de bienes a la sociedad de gananciales en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por escritura otorgada el 19 de octubre de 1996, ante el Notario de Alcantarilla, don Juan Gómez Martínez, don F. H. M. aportó a su sociedad de gananciales existente con su esposa doña A. L. L., una finca rústica (registral 77.477 del Registro de la Propiedad de Murcia, núm. 6) privativa del marido por haberla adquirido éste por legado de su padre don J. H. A.

En dicha escritura se estipuló, entre otras, lo siguiente: «don F. H. M. aporta a su sociedad de gananciales el pleno dominio de la finca descrita anteriormente en esta escritura con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número 6 de Murcia, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento el 12 del corriente mes bajo el asiento número 234 del Diario 19, y solicitado por la presentante que se extienda nota de calificación, se deniega la inscripción solicitada, por cuanto: Para que se produzca transferencia de bienes desde el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges al patrimonio ganancial, se requiere la existencia de un negocio cuya causa y régimen

jurídico resulte con precisión y claridad del documento presentado a inscripción (Resolución de 25 de septiembre de 1990), expresando debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación y, especialmente, su causa (Resolución de 28 de mayo de 1996), exigencia ésta imprescindible, tanto para el adecuado cumplimiento de la función calificadora, como para la expresión de las circunstancias de aquél en el Registro (Resolución de 7 de octubre de 1992) y para la debida determinación de la protección que el sistema dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa (Resolución de 11 de junio de 1993 y 28 de mayo de 1996). Tal exigencia no puede considerarse cumplida con las manifestaciones contenidas en el documento calificado. No procede extender anotación de suspensión. Contra la anterior calificación puede interponerse recurso gubernativo, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con apelación, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los términos previstos en los artículos 113 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Murcia, a 18 de noviembre de 1996. El Registrador». Firma ilegible.

Presentada de nuevo la misma escritura, por haber transcurrido el plazo para recurrir, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado de nuevo el precedente documento el 2 de julio último, bajo el asiento 501 del Diario por la presentante e interesada, doña Antonia L. L., que se extienda nota de calificación, se deniega nuevamente la inscripción interesada por los motivos que constan en la precedente nota que se da aquí por reproducida. Contra la presente nota puede interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con apelación, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, por los trámites previstos en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Murcia, a 6 de agosto de 1997. El Registrador». Firma ilegible.

III. El Notario autorizante de dicha escritura interpuso, contra la nota de calificación, recurso gubernativo y alegó: Que parece que el Registrador exige que la traslación tenga lugar en un negocio cuyo régimen resulte con claridad, siendo innecesario, primero, porque los negocios jurídicos atípicos están reconocidos en nuestro Derecho (arts. 1.254 y 1.255 del Código Civil), y segundo porque el contrato de aportación a la sociedad conyugal no es atípico porque a él se refiere indirectamente el artículo 1.323 del Código Civil y el artículo 45 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y Resolución de 11 de junio de 1993. Que parece que el Registrador cree que no se han expresado los elementos constitutivos del negocio jurídico (art. 1.261 del Código Civil) cuando figuran perfectamente señalados en la escritura. Que parece que el Registrador no ha podido apreciar la onerosidad o gratuidad de la causa, habiéndose expresado que el negocio es oneroso, pues la aportación se hace contra un derecho de reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución de su sociedad de gananciales. Que parece que el Registrador dice que el negocio no tiene causa, cuando la existencia de la causa de un negocio, en nuestro Derecho, no debe expresarse, y se presume que es lícita y existe (art. 1.277 del Código Civil), no obstante, siguiendo la doctrina de la Dirección General, se ha plasmado en la escritura que la existencia de contraprestaciones recíprocas es la causa de este negocio jurídico oneroso (Resoluciones de fecha 25 de septiembre de 1990, 7 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, en la que se citan otras Resoluciones, y 28 de mayo de 1996).

IV. El Registrador, en un extenso informe de defensa de la nota, argumentó lo siguiente: Que como punto de partida se señala el contenido de las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993 y 28 de mayo de 1996, en las que se establecen unas premisas de carácter general de modo que la cuestión no queda resuelta por aplicación automática de estas ideas generales. Que el defecto apreciado es único, falta de precisión y claridad en cuanto a la causa y régimen jurídico del negocio celebrado. Que parece que estamos ante «un negocio de aportación», y si éste es el negocio jurídico, ¿es su régimen y su naturaleza jurídica? Que en cuanto a la causa la obligación de reembolso es una obligación impuesta por la ley, no una obligación contractual. No estamos ante la obligación de reembolsar establecida en el artículo 1.358 del Código Civil, pues esta norma contempla la posibilidad de que un bien determinado tenga carácter privativo a pesar de que la contraprestación satisfecha tenga carácter ganancial o viceversa. Que estamos ante un contrato bilateral con contraprestaciones recíprocas en el que la obligación de reembolsar es renunciable (art. 1.358 del Código Civil). Que si se trata de un contrato de cambio de una cosa por una cantidad de dinero estaríamos ante un contrato de compraventa y si se pacta que la suma de dinero será entregada en un momento posterior a la celebración estaremos ante una compraventa con precio aplazado. Que resulta incongruente, por exigencia del principio de determinación, permitir el acceso al Registro de un negocio cuyo régimen jurídico resulta desconocido no sólo para los terceros sino incluso por los propios contratantes.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia confirmó la nota del Registrador, fundándose en sus alegaciones.

VI. El Notario autorizante de la escritura apeló el auto presidencial manteniéndose, en esencia, en un amplio informe en sus alegaciones iniciales.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 609, 1.255, 1.261, 1.274, 1.323 y 1.358 del Código Civil; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de junio de 1993, 10 de mayo de 1989, 14 de abril de 1989, 7 y 2 de octubre de 1992, 30 de diciembre de 1999 y 8 de mayo de 2000:

1. En escritura pública otorgada por ambos cónyuges, el marido aporta a su sociedad de gananciales una finca que había adquirido por legado en la herencia de su padre, llevándolo a efecto mediante la siguiente estipulación: «Don... aporta a su sociedad de gananciales el pleno dominio de la finca descrita anteriormente en esta escritura con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución». El Registrador deniega la inscripción de la escritura porque, a su juicio, no se está ante un negocio cuya causa y régimen jurídico resulte con precisión y claridad, ni se expresan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación y especialmente su causa, exigencia imprescindible.

2. El defecto debe ser revocado. Es doctrina ya reiterada de este Centro Directivo que en nuestro Derecho son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre cónyuges —por ende entre sus patrimonios privativos y consorciales— siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como

categoría autónoma con sus propios elementos y características regido por las estipulaciones de los contratantes dentro de los límites legales, siempre que se precisen debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación realizado, lo que se cumple plenamente en este supuesto: Se da el consentimiento de ambas partes, se delimita el objeto, pleno dominio sobre la finca y la onerosidad de la causa que lo impulsa, pues la sociedad de gananciales adquiere contra el reembolso del valor actualizado del bien al tiempo de su disolución, mención suficiente para que pueda cumplir esta última exigencia y para que el negocio pueda ser inscrito.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado y la nota de calificación.

Madrid, 21 de julio de 2001.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto de comentario proclama que *«es doctrina reiterada de este Centro Directivo que en nuestro Derecho son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre cónyuges —por ende entre sus patrimonios privativos y consorciales— siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente, o de comunicación de bienes como categoría autónoma con sus propios elementos y características regido por las estipulaciones de los contratantes dentro de los límites legales, siempre que se precisen debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación realizado, lo que se cumple plenamente en este supuesto: se da el consentimiento de ambas partes, se delimita el objeto, pleno dominio sobre la finca y la onerosidad de la causa que lo impulsa, pues la sociedad de gananciales adquiere contra el reembolso del valor actualizado del bien al tiempo de su disolución, mención suficiente para que pueda cumplir esta última exigencia y para que el negocio pueda ser inscrito»*.

La Resolución objeto de comentario se inicia por la aportación del esposo a la sociedad de gananciales de un bien (finca rústica) de carácter privativo adquirida por legado de su padre. Aportación que se realizó con la siguiente cláusula «...con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución».

El Registrador, tras su calificación, se niega a su inscripción por los siguientes motivos: «para que se produzca transferencia de bienes desde el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges al patrimonio ganancial, se requiere la existencia de un negocio cuya causa y régimen jurídico resulte con precisión y claridad del documento presentado a inscripción, expresando debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación y especialmente su causa, exigencia ésta imprescindible, tanto para el adecuado cumplimiento de la función calificadora como para la expresión de las circunstan-

cias de aquél en el Registro y para la debida determinación de la protección que el sistema dispensa en función de la onerosidad y gratuidad de la misma».

El Notario, a quien la Dirección General otorga razón en la presente Resolución, alegó que se trata de *un contrato de aportación a la sociedad conyugal*, que no es atípico porque a él se refiere indirectamente el artículo 1.323 del Código Civil y el artículo 45 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Negocio oneroso porque la aportación se hace contra un derecho de reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución de su sociedad de gananciales. Causa, la del negocio, que en nuestro Derecho no cabe expresarse porque se presume lícita y existe, aunque en la escritura consta que la existencia de contraprestaciones recíprocas es la causa de este negocio jurídico oneroso.

La Dirección General (1) entiende que cabe la inscripción del negocio de aportación porque constan los requisitos constitutivos del negocio: *consentimiento* de las partes, *objeto*: pleno dominio de la finca, y *causa* (onerosidad que lo impulsa) (2).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

PROPIEDAD HORIZONTAL. REGLAMENTO DE REGIMEN INTERNO. INSCRIBIBILIDAD.—EL REGLAMENTO DE REGIMEN INTERIOR NO ES SUSCEPTIBLE DE INSCRIPCION. SI TUVIERA CARACTER ESTATUTARIO DEBE APROBARSE POR UNANIMIDAD. (RESOLUCIÓN DE 23 DE JULIO DE 2001. BOE DE 21 DE AGOSTO DE 2001.)

RESOLUCION de 23 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la comunidad de propietarios del edificio de Vía Augusta, número 185, y calle Amigo, 78-80, de

(1) Entre las Resoluciones tenidas en cuenta por la Dirección General, se encuentran las siguientes:

RDGRN de 8 de mayo de 2000: La aportación de bienes que ambos cónyuges realizan al patrimonio común con ocasión del cambio de régimen (de separación de bienes a gananciales es inscribible sin necesidad de que se exprese otra causa que el propio cambio de régimen).

RDGRN de 30 de diciembre de 1999: Se mantiene la reiterada doctrina de que en la liquidación de gananciales no se puede cambiar el carácter de los bienes si no hay un título que lo justifique.

RDGRN de 14 de abril de 1989: La nueva planta sobre un edificio privativo sigue siendo privativa, si bien puede originar un crédito a favor de la sociedad ganancial si se financió con dinero de ésta. Los cónyuges pueden atribuir con entera libertad de carácter privativo o ganancial en las escrituras de disolución de sociedad conyugal durante el matrimonio, aunque encubran una donación que, además, por la modificación del artículo 1.334 del Código Civil hoy están permitidas entre cónyuges.

(2) En relación con la causa, la *RDGRN de 8 de mayo de 2000 (RJ 5831)* considera que «el defecto atribuido (denegación de la inscripción por no expresarse la causa de la aportación en unas capitulaciones matrimoniales de régimen de gananciales) no puede mantenerse, pues centrándonos en el supuesto concreto, un negocio jurídico de comunicación de bienes como el contemplado, en el que se aportan por ambos cónyuges bienes a la nueva sociedad de gananciales que se constituye, estimando los otorgantes de igual valor los aportados por cada uno de ellos, no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa».

Barcelona, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número 6, don Pedro Avila Navarro, a inscribir una escritura de protocolización del Reglamento Interno de funcionamiento de Comunidad de propietarios, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Alfonso Monne Delhougne, como presidente de la Comunidad de propietarios del edificio de Vía Augusta, número 185, y calle Amigo, 78-80, de Barcelona, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número 6, don Pedro Avila Navarro, a inscribir una escritura de protocolización del Reglamento Interno de funcionamiento de Comunidad de propietarios, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Mediante escritura pública de fecha 1 de marzo de 1999, autorizada por el Notario de Barcelona, don Luis Sampietro Villacampa, se protocolizó el Reglamento Interno de funcionamiento del inmueble en régimen de propiedad horizontal del edificio sito en Vía Augusta, número 185, y calle Amigo, 78-80, el cual fue aprobado por mayoría en la Junta de Propietarios del citado inmueble, celebrada el 10 de marzo de 1998.

II. Presentada copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Barcelona, número 6, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento (escritura autorizada por el Notario de Barcelona, don Luis Sampietro Villacampa, el 1 de marzo de 1999, núm. 618 de su protocolo) por apreciarse los siguientes defectos: 1. No se justifica el pago, exención o no sujeción del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 2. No se estima inscribible en Registro de la Propiedad el título presentado: Las normas de régimen interior no son objeto de inscripción, según los artículos 2 y 8.3.4 de la Ley Hipotecaria, y 5 y 6 de la Ley de Propiedad Horizontal. Aunque lo fueran, no podría alterarse el régimen legal y estatutario de una finca en virtud de un acuerdo que no está tomado por unanimidad de los propietarios (art. 20 de la Ley Hipotecaria). Y aunque pudiera hacerse e inscribirse, en el caso concreto hay normas (1, 2, 3 y 4) que, por su contenido estatutario (ver art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal) exigirían la unanimidad (art. 16.1 de la Ley Hipotecaria). La norma 2, además, regula una materia (convocatoria y aprobación de la junta) que está ya regulada por la Ley con carácter imperativo. El segundo defecto se considera insubsanable sin nuevos acuerdos y otorgamiento sustancial. Por tanto, no se ha tomado anotación preventiva de suspensión, que tampoco se ha solicitado. Contra la presente nota podrá interponerse recurso gubernativo en el plazo de tres meses ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la forma que disponen los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Barcelona, 12 de marzo de 1999. El Registrador. Fdo.: Pedro Avila Navarro».

III. Don Alfonso Monne Delhougne, como presidente de la Comunidad de propietarios del edificio sito en Vía Augusta, número 185, y calle Amigo, número 78-80, de Barcelona, interpuso recurso gubernativo contra el punto segundo de la anterior calificación, y alegó: 1.º Que el punto primero de la nota de defectos aduce el defecto insubsanable de no inscribibilidad del Reglamento. Que el Reglamento de Régimen Interior obliga a todos los vecinos, ejercieran o no su voto y su derecho de asistencia a la Junta. Que supuesta la eficacia *erga omnes* que el Reglamento pretende conforme a su naturaleza,

hay que atender al presunto problema de la atipicidad. Que en ningún precepto legal se prohíbe la inscripción del Reglamento de Régimen Interno en el Registro de la Propiedad. Tan sólo se contempla la inscripción de los estatutos. Que existe una laguna legal. En este punto son relevantes los cánones interpretativos usuales y en particular el histórico, el sistemático y el de la realidad social en que las normas deben aplicarse (art. 3 del Código Civil). Que los antecedentes normativos inducen a pensar que el legislador no quiso prohibir la inscripción del Reglamento de Régimen Interior. Que no puede ignorarse en el Proyecto de la Ley de Propiedad Horizontal de 1962, lo que decía la norma que figuraba como artículo 4. Que si el Reglamento de Régimen Interior pretende obligar a un tercer adquirente y subadquirente de derechos sobre el inmueble, parece contrario a la realidad social un sistema de subrogación real sin publicidad. Que permitir la subrogación sin inscripción es tolerar un sistema de cargas ocultas. 2.º Que el apartado segundo del punto segundo de la nota exige la unanimidad para alterar el régimen legal o estatutario de una finca, lo cual es obvio. Como es obvio que para la aprobación y modificación o supresión de un Reglamento de Régimen Interior basta la mayoría. Que es antisocial y poco conforme con los tiempos exigir unanimidad para adoptar todo tipo de acuerdos en situaciones de pluralidad asociativa. 3.º Que los apartados siguientes del punto segundo de la nota insisten en lo anterior y exigen, en definitiva, la unanimidad para adoptar los acuerdos con los números 1, 2, 3 y 4 del Reglamento de Régimen Interior. Que aunque de la nota tampoco se aclaran las razones para exigir la unanimidad, es fácil entender que el Registrador incurre en un error de sostener que toda la materia objeto de regulación en el Reglamento de Régimen Interior es propia en exclusividad de los estatutos y sólo así se explica la insistencia en la unanimidad. Que no puede pretenderse que todo desarrollo de Ley y de los Estatutos exija acuerdo por unanimidad porque el Reglamento de Régimen Interior no existiría. Que el legislador no prohíbe la autonormación que complete la Ley y los Estatutos y que la mera regulación imperativa de la ley o de los estatutos no es síntoma de prohibición de norma reglamentaria. Que el legislador quiere que la autonormación se produzca dentro de los cauces legales que nacen de los principios de reserva material de objeto y jerarquía normativa. Que el Registrador debe determinar qué pactos y por qué motivos impone la reserva estatutaria o jerarquía normativa. Que por ello pueda reprocharse a la calificación de incompleta. Que el Reglamento de Régimen Interior consiste en meras reglas de detalle de convivencia, pues no contiene precepto sustancial alguno relativo al título constitutivo ni se refieren a la determinación de coeficientes y cuotas.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: I. a) Que las normas de régimen interior no son objeto de inscripción ha sido una afirmación indiscutida por: 1) La Ley, artículos 2 y 8.3.4 de la Ley Hipotecaria y 5 y 6 de la Ley de Propiedad Horizontal. 2) La doctrina, y 3) La jurisprudencia. Que ni en la del Tribunal Supremo ni en la de la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha planteado tal cuestión; b) Las razones de la no inscripción. Que la razón fundamental de la calificación negativa es que quebranta los principios más esenciales de eficacia del Registro. 1. El de fe pública del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Con la inscripción de las normas de régimen interno se estaría publicando una situación registral modificable por simple mayoría. 2. El de publicidad y seguridad jurídica. Que la inscripción en el Registro de la Propiedad de

las normas de régimen interior informaría de unas normas que, no sólo no se mantienen en beneficio de tercero, sino que en el momento en que se publican ya pueden haber cambiado, por simple mayoría. II. Que no podrá alterarse el régimen legal y estatutario de una finca en virtud de un acuerdo que no está tomado por unanimidad de los propietarios (art. 20 de la Ley Hipotecaria). Que el artículo 20 citado establece el principio de tracto sucesivo, por el que los actos inscribibles deben emanar, voluntaria o forzosamente, del titular registral o de todos los titulares registrales. Que ante este principio resulta engañoso referirse a la distinción entre actos dispositivos y actos de administración, pues el artículo 20 no distingue, pues el consentimiento unánime de los titulares se exige para cualquier acto inscribible. III. Que hay normas, en este caso concreto, que por su contenido estatutario (art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal) exigirían la unanimidad (art. 16 de la citada Ley, hoy 17 de la misma). Que en este caso se da la pretensión de inscribir cláusulas estatutarias, ya que la 1.^a contiene normas que son reglas en orden al uso o destino de los diferentes pisos o locales; la 2.^a forma parte de las disposiciones sobre administración y gobierno; la 3.^a forma parte de las disposiciones sobre conservación y reparaciones, y la 4.^a contiene una regulación exhaustiva de los servicios e instalaciones comunes. Que para todos estos casos podría recordarse la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de julio de 1978. IV. Que la norma 2.^a además regula una materia que ya está regulada en la Ley con carácter imperativo.

V. El Notario autorizante de la escritura informó: Que la Ley de Propiedad Horizontal permite que los estatutos de la comunidad puedan desarrollarse para regular los detalles de convivencia y adecuada utilización de los servicios y cosas comunes mediante las correspondientes normas de régimen interior, las cuales, a diferencia de los estatutos, pueden adoptarse por mayoría (art. 6 de la Ley de Propiedad Horizontal). Que no existe una norma positiva expresa y clara que prohíba la inscripción de los Reglamentos de Régimen Interior en el Registro, estando ante una laguna legal. Que sería conveniente abrir el Registro de la Propiedad a los Reglamentos de Régimen Interior, de suerte que los ulteriores adquirentes, al menos, tengan una posibilidad de conocer una norma que afecta a la convivencia cuando adquieren derechos sobre el inmueble. Que, por lo demás, si se estima que el Reglamento de Régimen Interior objeto del presente recurso contiene normas propias de ordenación estatutaria, debería exigirse unanimidad para poder ser adoptadas e inscritas.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en la comparación entre lo que dispone el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y 6 de la Ley de Propiedad Horizontal.

En conclusión, debe entenderse que las normas de régimen interior, tal como las contempla el citado artículo 6, no son susceptibles de inscripción y obligan a terceros sin necesidad de tal inscripción.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió la doctrina de distintos autores, referencias al Derecho comparado (francés e italiano), una exposición histórica sobre la publicidad de las normas de régimen interior y un repaso a las tesis tradicionales sobre la vinculación de los terceros por el contenido de las normas de régimen interior no inscritas.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 348 y 396 del Código Civil; 5, 6, 13 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, y 8, 4 y 32 de la Ley Hipotecaria.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes:

Se presenta en el Registro para su inscripción, una escritura por la que se protocoliza un acuerdo de una Comunidad de propietarios en régimen de Propiedad Horizontal, estableciendo el Reglamento de Régimen Interior de un edificio; el acuerdo expresado está tomado por mayoría de los propietarios.

El Registrador deniega la inscripción, aparte de por otro defecto no recurrido, por los siguientes defectos:

No ser inscribibles los Reglamentos de Régimen Interior.

Aunque lo fueran, no poderse alterar el régimen legal y estatutario en virtud de acuerdo no unánime.

Existir en dicho Reglamento normas que, por su contenido estatutario, deberían acordarse por unanimidad.

Establecerse una norma que regula la convocatoria de la Junta General que está regulada por la Ley con carácter imperativo.

Los interesados recurren la calificación. El Presidente del Tribunal Superior desestima el recurso. Se apela el Auto Presidencial.

2. Los tres primeros defectos han de ser confirmados. Los artículos 5, párrafos 3 y 4, y 6 de la Ley de Propiedad Horizontal regulan, respectivamente, los Estatutos y el Reglamento de Régimen Interior. Cualquiera que sea el contenido de uno y otros, el acuerdo, cuya inscripción se solicita, no es inscribible, pues, si es un Reglamento de Régimen Interior, el mismo no tiene acceso al Registro, y si se trata de Estatutos, su redacción no ha sido acordada por unanimidad de los propietarios.

3. Estimados correctos, en consecuencia, los tres primeros defectos, es innecesario entrar en el examen del cuarto.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el Auto Presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 23 de julio de 2001.—La Directora General, *Ana López-Montís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto de comentario se centra «en que el Reglamento de Régimen Interior no es inscribible, pues, si es un Reglamento de Régimen Interior, el mismo no tiene acceso al Registro, y si se trata de Estatutos, su redacción no ha sido acordada por unanimidad de los propietarios».

La Resolución objeto de comentario resulta muy interesante puesto que el punto central a analizar, en lo tocante a la inscripción del Reglamento de Régimen Interior, no ha sido objeto de examen previo en ningún otro supues-

to ni por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni por la propia Dirección General de los Registros.

Los Antecedentes de Hecho a destacar se centran en la presentación del Reglamento Interno de funcionamiento del inmueble sito en Vía Augusta, número 185, y calle Amigo, número 78-80, de Barcelona, aprobado por mayoría de la Junta de Propietarios para su inscripción registral y que fue presentada por don Alfonso Monne Delhougne como presidente de dicha Comunidad de propietarios.

El Registrador de la Propiedad, don Pedro Avila Navarro, denegó la inscripción de la citada escritura por diversos defectos, unos de carácter *formal* y subsanable, como la no justificación del pago, exención o no sujeción del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y otros de *fondo* o de carácter *material*, y además insubsanables, sin duda de más importancia jurídica a efectos de comentario, como son: la no inscripción de las normas de régimen interior, y ello no sólo porque así lo declaran las normas de la Ley Hipotecaria (arts. 2 y 8.3.4) y de la propia Ley de Propiedad Horizontal (arts. 5 y 6), sino también porque el régimen legal y estatutario de una finca no está tomado por unanimidad de los propietarios (art. 20 de la Ley Hipotecaria), donde se contienen normas que deberían ser adoptadas por unanimidad (arts. 16-1.º de la Ley Hipotecaria), y otras que previamente han sido reguladas por la propia Ley de Propiedad Horizontal con carácter imperativo (como son las referentes a la convocatoria y aprobación de la Junta).

El Presidente de la Comunidad de propietarios en su recurso gubernativo mantuvo fundamentalmente como argumento contrario al Registrador que «el Reglamento de Régimen Interior obliga a todos los vecinos, ejercieran o no su voto y su derecho de asistencia a la Junta. Que supuesta la eficacia *erga omnes* que el Reglamento pretende conforme a su naturaleza, hay que atender al presunto problema de la atipicidad. Que en ningún precepto legal se prohíbe la inscripción del Reglamento de Régimen Interno en el Registro de la Propiedad. Tan sólo se contempla la inscripción de los estatutos. Que existe una laguna legal y en este punto son relevantes los cánones interpretativos usuales y en particular el histórico, el sistemático y el de la realidad social en que las normas deben aplicarse, y además se basa en los antecedentes legislativos históricos (el proyecto de la Ley de Propiedad Horizontal) induce a pensar que el legislador no quiso prohibir la inscripción del Reglamento de Régimen Interior...»

Así pues, cabe estudiar porqué no debe inscribirse las normas incluidas y conformadoras del Reglamento de Régimen Interior, tal y como mantuvo el Registrador desde un principio y posteriormente la Dirección General de los Registros.

Comencemos señalando que los Reglamentos de orden interno son aquella *colección de reglas o preceptos de régimen interior dados por los propietarios de un edificio sujeto al régimen de Propiedad Horizontal para regular exclusivamente, y dentro de los límites establecidos por Ley y Estatutos, los detalles de convivencia y más adecuada utilización de los elementos y servicios comunes* (art. 6 LPH) (1).

(1) La STS de 6 de julio de 1978, en su Considerando 2.º establece que «...los Reglamentos de régimen interior, que regulan los artículos 6 y 13 de la Ley, son unas ordenanzas de tipo interno que regulan los detalles de convivencia y adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, pero que no norman derechos ni crean limitaciones a tales derechos, pues para esto se requiere el consenso de todos los copropietarios crean-

Ya hemos señalado cómo son las propias *leyes* las que afirman de manera indiscutida la no inscribibilidad de las normas de régimen interior. Recordemos cómo el artículo 2 y el artículo 8.3.4. de la Ley Hipotecaria así lo disponen, y cómo la misma Ley de Propiedad Horizontal igualmente lo mantiene.

La propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido idéntica afirmación (2). E incluso la denominada jurisprudencia menor, donde incluimos la doctrina de la Dirección General de los Registros lo ha mantenido igualmente (3). Sin olvidarnos, por último, de la doctrina científica que, al efecto, también ha estudiado el tema (4).

Alega el Registrador en su informe una verdad básica, como es que la calificación negativa se centra en el quebrantamiento de los principios más esenciales del Registro:

— El de la fe pública del artículo 34 LH (5). Con la inscripción de las normas de régimen interno se estaría publicando una situación registral modificable por simple mayoría.

do las normas estatutarias correspondientes que, por tanto, a través de un Reglamento de régimen interior, creado conforme a los citados preceptos, no se puede privar o modificar el derecho de todo copropietario sobre el bien singular y el bien comunero, y, por ello, no se le puede impedir que en una parte de su vivienda pueda tener e instalar un despacho profesional, ya que si bien tal limitación al derecho del propietario puede establecerse conforme a las normas estatutarias a que se contrae el artículo 5 de la Ley, no puede, en cambio, imponerse al amparo de los preceptos 6 y 13 de la Ley especial, que no son aplicables a tal supuesto».

(2) La *STS de 26 de julio de 1995 (RJ 5115)* afirma que «pueden existir en las comunidades de propietarios normas de distinto rango y denominación. Las contenidas en el título constitutivo de la propiedad y en los estatutos requieren la unanimidad para su aprobación o modificación. Para aprobar o modificar las integradas en el reglamento de régimen interior y para la validez de los demás acuerdos se exige únicamente el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, represente la mayoría de las cuotas de participación».

(3) *RDGRN de 5 de septiembre de 1988*: Para la inscripción de los Estatutos y su modificación se requiere el consentimiento unánime de los copropietarios.

(4) El profesor LASARTE ALVAREZ (*Principios de Derecho Civil*. T. 4.º: Propiedad y Derechos reales. 1.ª parte. Trivium, Madrid, 2000, pág. 211) escribe que «junto a la Ley, y siempre que no contradigan el contenido preceptivo de la misma, cada comunidad de propietarios podrá autoimponerse unos estatutos a los que, parcamente, se refiere el artículo 5.3 LPH. En la práctica, los estatutos no suelen tener demasiada importancia, y, cuando existen, son frecuentemente inobservados. Interesa retener, no obstante, que cuando forman parte del título constitutivo, su modificación requiere la unanimidad de los propietarios, y que si han sido inscritos en el Registro de la Propiedad, sus normas vinculan y perjudican incluso a terceros... Como complemento de los Estatutos, en algunas comunidades de propietarios existen unas normas de régimen interior u ordenanzas, cuyo objeto fundamental radica en regular los detalles de la convivencia y de la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes. Las Ordenanzas no requieren unanimidad para su aprobación o modificación, que puede llevarse a cabo por simple mayoría».

(5) Este principio se presenta ante supuestos de inexactitud del Registro y de adquisiciones a *non domino*. Se trata de un principio fundamental dentro de un sistema hipotecario, pues aunque se produce ante situaciones patológicas, el tercero de buena fe necesita que la Ley considere inatacable su adquisición apoyada en lo que consta en los libros del Registro, pues en otro caso, se daría al traste con los más elementales principios de seguridad jurídica. La protección que ofrece el principio de fe pública registral requiere que se den unos requisitos en el tercero, cuya adquisición se protege.

— El de publicidad y seguridad jurídica. Que la inscripción en el Registro de la Propiedad de las normas de régimen interior informaría de unas normas que, no sólo no se mantienen en beneficio de tercero, sino que en el momento en que se publican ya pueden haber cambiado por simple mayoría (6).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(6) Reiteremos que la *finalidad* de los reglamentos es regular el régimen interior del inmueble sujeto a la LPH, viniendo por tanto a merecer, en realidad, la cualidad o condición de *simples ordenanzas de casa*. En orden a su *obligatoriedad*, el problema radica en determinar qué alcance puede tener el término *titular* empleado en el artículo 6 LPH, entendiéndolo por tal a los propietarios de pisos y locales, sino también a los ocupantes de los mismos por cualquier otro título (usufructuarios, arrendatarios, etc...).

En cuanto a su *establecimiento y modificación*, podrán operarse por simple mayoría a diferencia de lo que acontece con el título constitutivo y los estatutos.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA
e ISABEL MORATILLA GALÁN

ARBITRAJE: LA FRASE «OBLIGACION DE CUMPLIR LA DECISION» NO ES SACRAMENTAL, Y VA IMPLICITA EN EL CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La interpretación flexible (no formalista) en la materia es la que prevalece en la doctrina, en la que se sostiene que basta que el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros, sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que deba incluirse expresamente en el convenio, sino que se entiende implícita en el concepto del arbitraje. La sentencia de esta Sala, de 1 de junio de 1999, señala que el contrato de compromiso o convenio arbitral, como lo llama la ley, debe contener el consentimiento, declaraciones de voluntad concordes de las partes, cual especifica el artículo 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; y al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral), no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes, es decir, esta frase «obligación de cumplir la decisión» no es una frase sacramental que deba constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento, y es la interpretación que más se ajusta al espíritu de la Ley 36/88.

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR OMISION DE CUIDADO. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Resulta esclarecedor el terminante precepto contenido en el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la

jurisdicción contencioso-administrativa que, rompiendo con la situación anterior y para el futuro, atribuye de modo absoluto a la jurisdicción especial cuanto se refiera a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, al tiempo que expresamente prohíbe toda demanda de este tipo ante la jurisdicción civil.

La jurisprudencia, ante las evidentes dificultades que surgían de aquel panorama jurídico, ha venido perpetuando la procedencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de los supuestos de responsabilidad patrimonial, restringiendo el concepto de servicio público al ámbito de la actividad propiamente administrativa, y así lo distingue la sentencia de 9-3-1983 —la omisión de la necesaria diligencia que no origina anormal funcionamiento del servicio público para causar con ello daño que proviene del descuido en la conservación de sus elementos para prevenir resultados civiles de perjuicios—, y la sentencia de 8-6-1994, persistiendo en la distinción de la conducta extra-administrativa creadora de una situación de riesgo por omisión de cuidado.

APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO: DEBE SER ALEGADO Y PROBADO POR LA PARTE QUE LO INVOQUE. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala tiene reiteradamente declarado que cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio (sentencias de 11-5-1989, 16-7-1991 y 23-3-1994), lo que es consecuencia de la doctrina jurisprudencial relativa a que la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (sentencias de 4-10-1982 y 12-1-1989).

SI LA VERDADERA FINALIDAD DE UN CONTRATO TRASLATIVO ES GARANTIZAR UNA DEUDA, NO SE TRASMITE LA PROPIEDAD REAL. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La aparente transmisión de la propiedad respondió únicamente a una finalidad de garantía, es decir, a garantizar la devolución de la deuda derivada del préstamo, que fue el verdadero contrato celebrado por las partes. Por consiguiente operó prácticamente con una función fiduciaria *fiducia cum creditore*. Al acuerdo simulatorio, en el que se aparenta una operación jurídica inválida por no querida, que oculta otra figura jurídica con función económico-social distinta —existente por ser la verdaderamente querida, y eficaz si es válida y lícita por adecuación al ordenamiento jurídico— (simulación relativa), se le injerta la operación indirecta del efecto fiduciario, función esta, con finalidad de garantía, cuyas líneas maestras se recogen en la sentencia de 26-4-2001, de cuya resolución se deduce, en lo que aquí interesa, que el fiduciante sólo transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien, por lo que el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido.

DAÑOS CONTINUADOS: PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Ya la sentencia de 12 de febrero de 1981 entendió que cuando los daños producidos son consecuencia de varios hechos continuados que iban ocasionando daños en inmuebles, el cómputo inicial del plazo prescriptivo ha de situarse en el último estadio del total resultado. En igual sentido se manifiesta la sentencia de 24 de mayo de 1993, cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas o hechos diferenciados la serie proseguida.

Los daños cuya reparación se solicita en la demanda fueron producidos a consecuencia de las obras de demolición y excavación ejecutadas en el inmueble colindante, apareciendo los daños en la casa de la actora inmediatamente después, por lo que no puede hablarse de daños continuados en el sentido a que se refieren las sentencias citadas que exigen que la causa originadora de los daños persista durante un mayor o menor lapso de tiempo en su eficacia lesiva de los bienes ajenos. El agravamiento de los daños por su falta de pronta reparación, habiendo cesado la causa productora de los mismos, no puede dar lugar a la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial.

APODERAMIENTO TAURINO: REVOCACION. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato que relaciona a las partes se encuadra en apoderamiento taurino, que como negocio de representación voluntaria no está sujeto a forma *ad solemnitatem*, tal como autoriza el artículo 1.710 del Código Civil.

Sostiene el recurrente que por el contrato de apoderamiento taurino, el actor asumió la obligación de pago de las deudas tributarias, sociales y laborales del matador de toros, así como de su cuadrilla.

El contrato no incluye de modo expreso la satisfacción por el apoderado de las deudas tributarias del matador, como tampoco las correspondientes a la Seguridad Social y Montepío, ni el pago de los salarios de la cuadrilla. Respecto a las fiscales y contributivas, son débitos del propio interesado, por ser el titular oficial obligado, y de este modo, ante la ausencia de pacto expreso, se integran en obligación necesaria a cargo del representado.

En cuanto a los gastos de la cuadrilla, al ostentar el apoderado amplias facultades para celebrar contratos laborales y abonar los gastos de organización de los festejos, sí resulta lógico, en el ámbito de una racionalidad media, como lo más acomodado a los usos taurinos, que el pago de los salarios con dinero del poderdante, sea normalmente tarea del apoderado.

El apoderamiento en general (concepto formal) tiene naturaleza atípica y participa del mandato y representación voluntaria, con más afinidades a esta figura jurídica, conformando acto jurídico por medio del cual el principal concede voluntariamente al apoderado poder y facultades de representación para llevar a cabo las funciones y actividades que constituyen el objeto del encargo, proyectándose en lo externo en cuanto relaciona y liga al representado con los terceros, siempre que el apoderado-representante actúe dentro de los límites del poder.

La cláusula resolutoria resulta válida por conformar pacto enmarcado en la libertad contractual que asiste a las partes y no conculcar el artículo 1.255 del Código Civil, residiendo el fundamento de la revocabilidad, aparte de la confianza e *intuitu personae* concurrente en el apoderamiento, en la autonomía privada. La revocación se presenta como acto unilateral recepticio, siendo su destinatario el apoderado, el que no queda desprotegido al haberse previsto en la relación contractual la indemnización.

ACCION REVOCATORIA O PAULIANA: PRESUNCION DE FRAUDE DE ACREEDORES. (SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.292 del Código Civil, con respecto a las enajenaciones a título gratuito, establece una presunción de fraude, cuando el deudor-donante no se ha reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a la donación.

Como enseña la doctrina, la subsidiariedad debe entenderse referida a la posibilidad de pago, y por tanto a la existencia de bienes en poder del deudor suficientes, desde luego, para la satisfacción de lo reclamado. En este sentido, el deudor ha de precisar y señalar estos bienes para excluir la legitimidad de la acción revocatoria. Explica la jurisprudencia, finalmente, que para el éxito de la acción pauliana no es indispensable que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, basta con que sus bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores (sentencias de 31-10-1994 y 20-2-2001).

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: NATURALEZA. (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—A efectos de tercería de dominio a lo que ha de atenderse es a la fecha en la que los embargos tuvieron lugar, conforme a la doctrina reiterada de esta Sala, al actuar el embargo como medida cautelar para asegurar la efectividad del crédito en su día, es decir, el buen fin de la ejecución promovida, pero no altera la naturaleza de éste (sentencias de 23-4-1992 y 22-12-1998), y lo que viene a determinar la preferencia entre derechos concurrentes (sentencia de 27-1-1991), por lo que corresponde al tercerista la carga de demostrar su titularidad a la fecha de la traba, resultando irrelevante la adquisición llevada a cabo en momento posterior o en fecha que sólo gana eficacia después del embargo.

La anotación preventiva del embargo no modifica la naturaleza jurídica del crédito anotado y menos lo convierte en real o hipotecario, la acción no tiene tal condición, ni tampoco atribuye al anotante la consideración de tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Tampoco tiene la anotación registral de embargo valor ni eficacia constitutiva, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca, por lo que su incidencia en la tercería de dominio se remite al tiempo del embargo.

La anotación preventiva del embargo traslada la carga de la prueba al nuevo adquirente cuando el deudor embargado le ha transmitido los bienes.

LAS SOCIEDADES CON SOCIO UNICO NO ESTAN DISPENSADAS DE LA OBSERVANCIA DE LAS REGLAS. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La reunión de todas las acciones en una sola mano no dispensa de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad, no sólo de las que primordialmente atañen a intereses de terceros (publicidad, contabilidad, aportaciones, autocartera, distribución de dividendos, etc.), sino también de las que disciplinan la organización interna, razón por la cual la sociedad unipersonal ha de contar con órganos legales y observar los preceptos procedimentales y formales relativos a la toma de decisiones.

PARA LA VALIDEZ DE LA COMPRAVENTA NO ES NECESARIO QUE EL PRECIO SEA JUSTO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien esta Sala tiene reiteradamente sentado que la concurrencia de precio en las compraventas civiles es elemento esencial para su plena validez, conforme a los artículos 1.445, 1.447, 1.448 y 1.449 del Código Civil, sin que sea necesario, como esencialidad contractual, que dicho precio tenga que ser justo y por lo tanto opera como eficaz y suficientemente determinado si es inferior al real, pero con existencia constatada e incluso aunque sea desproporcionado al normal resulta intrascendente, pues en nuestro Derecho el *pretio vilari facti* no genera invalidez radical del contrato, al no conformar esta sola circunstancia prueba plena para destruir la presunción de la existencia y licitud de la causa del negocio, toda vez que no depende su eficacia exclusivamente del adecuado precio o el más acomodado al mercado en relación al fijado por las partes.

CONTRATO DE AGENCIA.—CONTRATO DE DISTRIBUCION. CONCEPTOS. DIFERENCIAS. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La definición legal del *contrato de agencia* se halla en el artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de régimen jurídico del contrato de agencia, del que se desprende el concepto de agente: actividad de promoción y, en su caso, conclusión de actos y operaciones de comercio, por cuenta ajena, como intermediario independiente, estable y remunerado. Por el contrario, en el contrato de distribución, el distribuidor asegura la colocación en el mercado de los productos del concedente, por cuenta propia.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la distinción entre el contrato de agencia y el de distribución o concesión, en la sentencia de 8 de noviembre de 1995: el primero tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio, y es básica la independencia del agente; en el segundo, que se encuadra en la categoría jurídica de los contratos de colaboración, el concesionario o distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia.

En el presente caso, la sentencia de instancia ha calificado el contrato como de distribución. La sociedad demandante no es un agente sino un distribuidor; no promueve actos u operaciones por cuenta ajena, propio de un

agente, sino que como distribuidor, compra y revende, y en el sobreprecio está la remuneración; no promueve o contrata por cuenta ajena, propio del contrato de agencia, sino que contrata con los terceros en nombre y por cuenta propia, bajo su propio riesgo y en su propio nombre.

EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL ESTABLECE UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN CASO DE RUINA. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.591 del Código Civil impone una responsabilidad objetiva, en el sentido de que establece una responsabilidad a cargo de las personas que han intervenido en el proceso constructivo, siempre que la ruina se haya producido en el plazo de garantía de diez años. Tal responsabilidad se imputa a la persona que haya intervenido, con nexo causal en la producción de la ruina y si no puede determinarse el nexo concreto en el que participa cada uno, la responsabilidad es solidaria de todos ellos. La sentencia de 9 de marzo de 2000 dice que la condena solidaria se presenta como último remedio cuando no se ha podido determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de los intervinientes en el hacer constructivo y, por ello, cuotas responsables en atención a las causas concurrentes generadoras de los vicios ruinosos.

Las personas que, como el arquitecto, han intervenido en el proceso constructivo, son quienes debían probar, y sufren las consecuencias de la efectiva falta de prueba, que los vicios ruinosos nada tuvieron que ver con su actuación profesional.

ARRENDAMIENTO DE OBRAS: OBLIGACION DE ENTREGA DE LA OBRA COMPLETA Y SIN DEFECTOS. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—El arrendamiento de obras descrito en el artículo 1.544 del Código Civil es un contrato bilateral de obligaciones recíprocas, en el que el crédito del contratista no se dirige escuetamente a la prestación del pago del precio por parte del comitente, sino a una contraprestación, esto es, a la prestación del cobro del precio a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada, por lo cual dicho comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*), como si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*), porque la característica de este contrato es que la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino en una realización que reúna las cualidades prometidas y que además no adolezca de vicios o defectos que disminuyan el valor o utilidad previstos en el contrato.

TARJETAS DE CREDITO: LA RECLAMACION DE CANTIDADES POR LA UTILIZACION DE LAS MISMAS REQUIERE LA APORTACION DE LOS DATOS EMITIDOS POR LOS ESTABLECIMIENTOS. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Careciendo las tarjetas de crédito de la deseable regulación positiva en nuestro Ordenamiento Jurídico, existen ciertas recomendaciones en cuanto a buenas prácticas acerca de la utilización de las mismas que, en lo que a la entidad emisora se refiere, le aconsejaba llevar registros internos suficientemente detallados en los que quedase debida constancia de las operaciones realizadas a través de dichos documentos.

Estos justificantes podrían ser de distinta naturaleza, según el grado de rigor que se exigiese respecto a la utilización de cada clase de tarjetas. En unos casos, la autorización para el uso requerirá la identificación del titular y la estampación de su firma en el documento en que conste la operación, copia del cual será enviado al emisor. En el otro extremo, para operaciones de reducida importancia económica, bastará la inserción de la tarjeta en la máquina dispensadora del servicio, sin exigencia alguna de identificación.

En un término medio se halla el supuesto de autos, en que además de la presentación o inserción de la tarjeta se hace preciso el marcado del número de identificación personal, número secreto o clave, que suple a la exhibición del D.N.I. y a la firma del titular.

La Recomendación de la Unión Europea de 17 de noviembre de 1988, a efectos de la debida protección e información de los consumidores, dispuso que en el plazo de doce meses los emisores de tarjetas de crédito procurarían llevar registros internos suficientemente detallados en los que quedara constancia de las operaciones realizadas a través de las mismas, a cuyo fin deberían concertarse con los suministradores de sistemas sobre las medidas necesarias al respecto. Se añadía que en cualquier controversia con los titulares de las tarjetas correspondería al emisor la demostración de que la operación discutida había sido correctamente registrada y contabilizada, no resultando afectada por alguna avería técnica.

Aun sin tener en cuenta esta Recomendación, resulta evidente que la norma sobre carga de la prueba, contenida en el artículo 1.214 del Código Civil, imponía que la demandante se procurase y aportase con su demanda aquellos documentos emitidos por las estaciones de servicio adheridas a su sistema de tarjetas que han de calificarse como imprescindible soporte de sus propias facturas.

DOLO: ACTUAR MALICIOSO DE UNA PARTE PARA ENGAÑAR A LA OTRA.
(SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Se reputa conducta dolosa inicial grave aquellos actos precedentes o concurrentes con la perfección del contrato que responden a un actuar malicioso, deliberado y voluntario de una parte que engaña a la otra y la motiva a celebrar la relación, a lo que de conocer la verdad no hubiera accedido. Lo que se vino a generar fue, efectivamente, vicio de consentimiento, al darse error decisivo en la contratación, provocado por quien pretendía beneficiarse de la actuación y trata de buscar cobijo en la buena fe de quien resulta perjudicado (sentencias de 1-10-1986, 29-3-1994 y 26-6-1995).

LA NIMIEDAD DEL VALOR RESIDUAL NO ES BASTANTE PARA NEGAR LA CALIFICACION DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO AL CONTRATO. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Ha de estarse a la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 7 de marzo y 22 de junio de 2001, debiendo señalarse asimismo que la interpretación y calificación del contrato es función reservada a la instancia, que sólo pudiera ser eventualmente revisada en casación si incurriera en absurdo o falta de lógica.

Por último, y dada la insistencia de la recurrente en que la escasa entidad económica del valor residual en el leasing conduce a otras distintas calificaciones del contrato, debe advertirse que, ya desde la sentencia de 28 de noviembre de 1997, viene declarando esta Sala que la nimiedad del valor residual no es bastante para negar la calificación de arrendamiento financiero al contrato.

LA PROHIBICION DE PRACTICAS ILICITAS NO CONCULCA LA LIBRE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La prohibición de determinadas prácticas ilícitas no vulnera el principio de libertad de empresa, puesto que se defiende la competencia y lo que se hace únicamente es perseguir las actuaciones torticeras en este campo, como la inducción a incumplir contratos vigentes.

No se conculca la libre competencia con la prohibición de las conductas recogidas en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, pues no se concreta a la libre competencia, pues lo que se prohíbe es la inducción a trabajadores, proveedores o clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

LA LIBERTAD DE INFORMACION Y DERECHO AL HONOR. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La libertad de información descansa en la publicación de hechos noticiables y veraces, además de ser públicamente relevantes y de interés general, como ya estableció también esta Sala en sentencias de 30 de julio y 13 de octubre de 1998, y cuando este derecho puede llegar a pugnar con el derecho de las personas a su honor —ese bien de mayor estima desde la valoración de la propia persona y desde la consideración mostrada por los demás en orden a la dignidad ganada por aquélla— este derecho ha de primar sobre aquel otro cuando a ese otro le falten sus requisitos o se le incorporen subjetivamente datos que lo transformen en una expresión o en una opinión sin base. Así, el Tribunal Constitucional señaló en sus sentencias 6/1988 y 105/1990, que la información decae en la protección que como derecho le está constitucionalmente reconocida cuando se presentan como hechos lo que son simples rumores o meras insinuaciones.

PRIVACION ILEGAL: PROTECCION AL TERCERO QUE ACTUA EN EL TRAFICO MERCANTIL. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2002.)

Hechos.—El dueño de un cuadro del pintor Sorolla encargó a una galería de arte su venta. Esta al fin se consiguió, vendiéndose el cuadro por trece millones de pesetas, pero la dueña de la galería no le entregó el precio al vendedor, por lo que fue procesada y condenada por apropiación indebida. Como dicha condenada resultó insolvente, el vendedor demanda al comprador del cuadro, solicitando su restitución, pero la demanda no se acoge.

Doctrina de la Sentencia.—Aun admitiendo que el contenido de la expresión «privación ilegal» es más amplio que el de su precedente legal, el término «vol» del Código francés, y, por tanto, que no comprende sólo el hurto y el robo, sino que se extiende a figuras propias del «abuso de confianza», lo que no es posible es apoyarse en una simplificación mutilada de los hechos. En efecto, el recurrente pretende calificar el documento en que sostiene su tesis como contrato de depósito, pero no hay la menor duda de que la entrega de la obra fue para gestionar su venta.

En la práctica comercial las galerías de arte actúan como intermediarios en la venta de obras de arte, estando plenamente legitimadas para la expedición de los títulos que justifican la adquisición de las obras. El artículo 2 del Código de Comercio remite a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza para regular los actos de comercio, y del conjunto del material probatorio inequívocamente se desprende que la galería de arte desarrolla esta actividad.

El motivo tercero considera infringido el artículo 33 de la Constitución Española en relación con el artículo 24 del mismo texto fundamental, y decae, pues, pese a los razonamientos de orden ético y lamentables circunstancias que concurren en el caso, dada la insolvencia declarada de la persona que fue condenada por apropiación indebida, los principios de protección al tercero que actúa en el tráfico mercantil forman parte, también, del ordenamiento jurídico, de manera que si no se adoptaron las prevenciones necesarias de aseguramiento, no cabe inferir por ello una violación de reglas constitucionales que deben interpretarse en el contexto del referido ordenamiento jurídico.

PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO: SOLO ES APLICABLE CUANDO EXISTA DUDA EN CUANTO A LA INTERPRETACION. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

Hechos.—La Caja de M. concedió un préstamo hipotecario a un empleado. Entre las causas de resolución del préstamo se establecía el cese de la relación laboral. Cuando dicha relación efectivamente cesó, la Caja ejecutó la hipoteca. El ex-empleado demanda a la entidad, pero el Supremo rechaza sus argumentos.

Doctrina de la Sentencia.—El principio *in dubio pro operario* sólo es aplicable en materia de interpretación del derecho cuando la norma laboral adolezca de oscuridad y tenga varias interpretaciones, es decir, una vez apurados otros criterios hermenéuticos, y en el caso no existe duda racional en la interpretación normativa; todo ello, aparte de que dicho principio, como subsidiario de la ley y la costumbre, debe ser invocado en casación con el apoyo jurisprudencial correspondiente, lo que no se hizo.

El artículo 1.255 del Código Civil no contempla lo que es más beneficioso o perjudicial para los contratantes, sino únicamente limita el principio de autonomía de la voluntad, vedando las cláusulas contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, sin que la estipulación litigiosa esté afectada por ninguna de dichas prohibiciones.

J. Q. S.

COMPRAVENTA SIMULADA. SIMULACION RELATIVA QUE DISIMULA DONACION. (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Los recursos de casación interpuestos prosperan.

Objeto de la litis.—Validez de donación disimulada bajo la apariencia de una compraventa simulada con simulación relativa. En el presente caso hubo una verdadera y válida donación y en la misma se constituyó un usufructo vitalicio.

Doctrina de la Sentencia.—La aparente vendedora tenía un completo *animus donandi*, por lo que adolecía de simulación relativa, disimulando una verdadera donación, válida, aplicando el artículo 1.276 del Código Civil. La jurisprudencia de esta Sala ha sido vacilante en orden a admitir la validez de la donación bajo apariencia —desde luego, en escritura pública, cumpliendo el imperativo de forma *ad substantiam* que impone el art. 633 del Código Civil— de compraventa simulada. Además, si ésta, carente de precio, cumple la forma de escritura pública, es válida la donación disimulada, siempre que no se haga en perjuicio de terceros, como fraude de ley, proscrito por el artículo 6.4 del Código Civil. No se prueba la inexistencia o insuficiencia de bienes para que la donante —aparente vendedora, demandante en la instancia—, pudiera seguir viviendo en un estado correspondiente a sus circunstancias, tal como exige el artículo 634 del Código Civil, y tampoco se ha acreditado como hecho ni puede estimarse jurídicamente a la vista de lo que dispone el artículo 620, que la donación disimulada sea una donación *mortis causa*. Pero el extremo más conflictivo que aplica la sentencia de instancia y que la Sala no acepta es de revocación de la donación, por incumplimiento de cargas, que prevé el artículo 647 cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las «condiciones» que aquél —la donante— le impuso. En la compraventa simulada —verdadera y válida donación disimulada—, la donante se reservó el usufructo constituyéndose así. Tal constitución no puede ser considerada como una «condición», según terminología de este artículo 647, ni como una carga o modo, que es realmente el sentido de aquella norma que contempla la donación modal del último inciso del artículo 619. Se constituyó un usufructo, no se impuso un modo. La donataria —parte codemandada y recurrente en casación— no incumplió modo ni carga, sino que simplemente ignoró un usufructo que existía y sigue existiendo. Por tanto, se mantiene el usufructo, pero no se revoca la donación.

No es aplicable la doctrina de los actos propios al caso presente, partiendo de los hechos que han sido declarados probados, ni se han aplicado ni son aplicables los artículos 1.124 y 1.295 del Código Civil al mismo.

Paralelamente decir que se ha quebrantado la norma sobre revocación de la donación por incumplimiento de cargas o modo, puesto que —como se ha dicho ya—, no se ha impuesto carga o modo alguno. Se celebró una compraventa simulada, con simulación relativa, que disimuló una donación, verdadera y válida, y se constituyó un usufructo; no se impuso el usufructo como carga o modo, sino simplemente como derecho real vitalicio —*ius in re aliena*— sobre la cosa —el piso— que había sido donado. Debe respetarse el usufructo, pero no cabe revocación de la donación, como ha hecho equivocadamente la sentencia de instancia.

EL PACTO DE EXPROMISION DEL ARTICULO 1.205 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

No triunfa el recurso de casación.

En nuestra litis se incumplen: por un lado, los requisitos que establecen los apartados 2 y 3 del artículo 372 de la Ley Procesal en relación al artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, por otro, se infringe el artículo 359 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil. En realidad, una simple lectura de la sentencia recurrida indica que los hechos probados y los fundamentos de derechos se integran en párrafos separados y numerados y en ellos se determinan las conclusiones conseguidas por su actividad hermenéutica. A esto se añade la premisa y necesidad de que las sentencias sean congruentes, entendiéndose este requisito esencial como la adecuación entre el *petitum* iniciador de la contienda judicial y el fallo de la resolución que la termina. Y en el presente caso, si se examina la sentencia recurrida, se ve nítidamente que la parte demandante inicial solicita una determinada reclamación de cantidad contra la parte recurrente, y se le otorga en la sentencia recurrida, concreción que no realiza con respecto a la demanda reconventional formulada por ésta, de la que se absuelve a la parte afectada, lo que excluye tal posibilidad de incongruencia. Además, se afirma por dicha parte recurrente que en la sentencia recurrida se ha infringido el artículo 1.205 del Código Civil por aplicación indebida del mismo, y es que, efectivamente, en la sentencia recurrida únicamente se realiza una muy correcta interpretación de los datos probatorios obrantes en autos, construyendo, con ello, la *ratio decidendi* del fallo cuestionado. Tal es así que la sentencia recurrida **no extiende el pacto expromisorio** de la primera partida a la segunda, sino que afirma que lo que realmente existió fue una segunda fase negocial derivada de un nuevo contrato efectuado por la parte recurrida y la recurrente, existiendo como consecuencia de lo anterior un subcontrato con la actora del actual procedimiento.

CONTRATO DE OBRA. INCONGRUENCIA. NO LA HAY CUANDO SE DESESTIMA UNA PRETENSION. NI EN LA CONDENA A LOS INTERESES «CO-

RRESPONDIENTES» QUE SERAN LOS DEL ARTICULO 921 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, NI CUANDO SE DISCUTE LA VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El recurso de casación no prospera.

Base fáctica.—La cuestión jurídica, que es la base del presente proceso, se centra en un contrato de obra en que ambas partes han incumplido sus respectivas obligaciones esenciales. El dueño de la obra —demandantes en la instancia, demandados en reconvencción y recurrente en casación— no han cumplido de una forma absolutamente rigurosa su obligación de pago, y el contratista —sociedad demandada en la instancia, demandante reconvenccional y parte recurrida en casación— tampoco ha cumplido con total integridad la obligación de entrega de la obra en el plazo que se había pactado, tal como se declara acreditado en la sentencia de instancia. Ambas partes son contestes en sus respectivos escritos de demanda principal y de demanda reconvenccional, en su decisión y petición de resolución del contrato de obra, pero, tal como afirma la sentencia de instancia, tras exponer los hechos acreditados, relativos al incumplimiento recíproco, queda «eliminada la posibilidad de atribuir a una de las partes las consecuencias patrimoniales de una resolución».

Doctrina de la Sentencia.—Se alega infracción del artículo 1.593 del Código Civil en relación con los artículos 1.255 y 1.282 del mismo cuerpo legal, de la jurisprudencia y del principio de la fuerza jurídica de los actos propios. El dueño de la obra es condenado a pagar el resto del precio, como ordena el artículo 1.544 del Código Civil, obra que ha sido modificada produciendo aumento de la misma y, por ello, aumento del precio, como contempla el artículo 1.593 del Código Civil. Tales normas no han sido infringidas, ni los artículos 1.255 y 1.282 del Código Civil ni jurisprudencia, que no se cita en el recurso, ni la doctrina de los actos propios, que nada tiene que ver. La sentencia de instancia toma en cuenta el valor de la obra, con las modificaciones sufridas, la cantidad satisfecha, y condena al pago del resto, lo cual es correcto y no infringe norma alguna. También se alega infracción del artículo 1.124, en relación con los artículos 1.255, 1.232 y 1.282 del Código Civil y jurisprudencia y principio de la fuerza jurídica de los actos propios. En el desarrollo de dicho motivo se incurre en el mismo error que lo anteriormente mencionado, pues se hace supuesto de la cuestión en el sentido de darse una versión de los hechos distinta a la que dan las sentencias de instancia sin combatir la base fáctica con alegación de normas que puedan discutir la valoración de la prueba de aquellos hechos, así, sobre la proscripción de hacer supuesto de la cuestión en el recurso de casación que se citan sentencias de fechas 20 de mayo de 1998, 1 de junio de 1998, 19 de octubre de 1998, 29 de diciembre de 1998 y 18 de octubre de 1999.

INFRACCION A LAS NORMAS LEGALES Y A LA JURISPRUDENCIA POR FALTA DE APLICACION DE LOS ARTICULOS 1.100, 1.101 Y 1.124 DEL CODIGO CIVIL Y APLICACION INDEBIDA DE LOS ARTICULOS 336 Y 342 DEL CODIGO DE COMERCIO. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

El recurso de casación no triunfa.

Doctrina de la Sentencia.—No hay duda sobre la calificación mercantil de la compraventa realizada por las entidades que ahora son partes en el presente recurso, y ese carácter de —mercantil— marca el que tengamos que acudir a la aplicación de las reglas de saneamiento del Código de Comercio sin que pueda utilizarse las reglas generales del derecho común, estimándose la acción de reclamación del precio porque en el supuesto que se dieran en las cosas vendidas, esos vicios, habría caducado la acción para hacer efectiva la referida a los vicios o defectos en la calidad o cantidad de las mercaderías servidas, pero en la contestación a la demanda se invoca un incumplimiento total de la vendedora por haber entregado a la mercantil compradora, mercaderías no aptas para el destino que había de darse a la mercancía comprada, por lo que nos encontramos ante la prestación de un objeto distinto, y no ante simples vicios o defectos a los que se refiere el artículo 336 del Código de Comercio, por lo que en este acto se estaría en el supuesto que la jurisprudencia ha estimado como entrega de cosa distinta de la contratada o el *aliud pro alio*, ya que existe pleno incumplimiento del contrato de venta por inhabilidad del objeto. De tal forma que esta circunstancia de la completa inhabilidad del objeto ha de ser demostrada por la parte que la invoca, en nuestro caso la entidad demandada, sobre la que recae la carga de la prueba a tenor del artículo 1.214 del Código Civil, en cuanto está invocando un hecho impeditivo, y de la apreciación de la prueba hecha en la sentencia de la Audiencia Provincial, estimando que en los autos no se ha acreditado que las mercaderías defectuosas procedan, precisamente, de los suministros realizados por la demandante.

PRENDA IRREGULAR: ES UNA PRENDA DE CREDITOS. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1999.).

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—«Maderas Erquicia, S. L.», demanda a «Banco de Madrid, S. A.», solicitando se le condene al pago a la actora de la suma de determinada cantidad de dinero más intereses legales. Funda su acción en que en la ejecución de sentencia que había obtenido la actora frente a «Envases Medrano, S. L.», se había embargado una imposición a plazo fijo, que esta última sociedad había depositado en «Banco de Madrid, S. A.», y como consecuencia del mismo se le había ordenado judicialmente la retención de parte de aquella imposición a plazo fijo, que el Banco demandado manifestó haber efectuado. Posteriormente, comunicó al Juzgado ejecutante que la totalidad de la imposición a plazo fijo había sido compensada por la deuda que «Envases Medrano, S. L.» tenía contra el «Banco de Madrid», avalista solidario de una operación de lease-bak que había concertado «Envases Medrano, S. L.» con «Leasenbanesto, S. A.», y en garantía de dicho aval había pignorado la titularidad de la imposición a plazo fijo mediante póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio.

Doctrina de la Sentencia.—En la fundamentación se combate que sobre la imposición a plazo fijo pueda constituirse un derecho real de garantía, pues no lo es la prenda irregular o de dinero, porque su propiedad es del acreedor «garantizado». La Audiencia no ha basado su fallo en la consideración de que la prenda de imposición a plazo fijo es una prenda irregular, pues reconoce que es un préstamo del que surge para el Banco la obligación de restituir en el plazo fijado la suma depositada, cuya propiedad previamente ha adquirido, sino que es el crédito que por ello ostenta el depositante lo pignorado en favor del propio Banco en garantía del préstamo. Además, el crédito que tenía el Banco contra el titular de la imposición a plazo fijo estaba sujeto con anterioridad a retención, como el propio Banco demandado comunicó al Juzgado. El motivo ataca la sentencia recurrida apoyándose en los requisitos exigidos para la compensación de deudas, pero no tiene en cuenta que, según la misma, la totalidad de la imposición a plazo fijo estaba pignorada en favor del Banco mediante póliza intervenida por Corredor de Comercio, mientras que la sentencia que condenó a «Envases Medrano, S. L.» al pago es muy posterior. Estas circunstancias fueron puestas por el Banco en conocimiento del Juzgado, el cual ordenó el embargo de la suma por el importe antedicho al hacer las manifestaciones sobre la retención. *Así las cosas*, no atacada en el recurso la constitución de una prenda sobre el crédito contra el Banco, que tenía el titular de la imposición a plazo fijo en garantía de un crédito que contra él tenía a su vez el Banco, confundiendo la prenda irregular con la prenda sobre créditos, *no tiene razón de ser las infracciones que se denuncian*. En conclusión: el crédito estaba ya pignorado, por lo que no pueden aplicarse los requisitos de la compensación de deudas como si no existiese aquel derecho real de garantía.

ISABEL MORATILLA GALÁN

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—FALLECIDO EL ARRENDATARIO DURANTE LA TRAMITACION DEL PLEITO QUEDA EXTINGUIDO EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD PORQUE EN ESTE PROCEDIMIENTO NO SE PUEDE DECLARAR EL DERECHO A FAVOR DEL SUCESOR DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Juzgado número 2 de San Sebastián estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. La LAR reconoce la transmisión de la condición de arrendatario establecida en el artículo 79, en el que se fijan las personas que tendrán derecho a sucederle, así como el orden de preferencia, siempre que el sucesor sea profesional de la agricultura, pero, como dice la

sentencia de 7 de julio de 1994, ese derecho está constituido *intuitu personae*, es decir, que existe y opera cuando persiste ese arrendatario, mientras viva el mismo, y con su muerte desaparece el sustrato de subjetividad, en contemplación del cual está estructurado el derecho, doctrina reiterada por sentencias de 30 de diciembre de 1996 y de 31 de marzo de 1997. Fallecido el demandado durante la tramitación del pleito, queda extinguido el derecho de acceso a la propiedad, por lo que en este procedimiento no puede hacerse declaración de este derecho a favor del arrendatario fallecido ni a favor de quien pueda ostentar la condición de sucesor en el arrendamiento, al no haber sido cuestiones sometidas al debate judicial, ni la cordición de quien se persona en el recurso como tal ni si en ella concurren los requisitos de carácter personal que facultan para el ejercicio de ese acceso a la propiedad, lo que ha de ser utilizado en el proceso correspondiente.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—TENIENDO LA FINCA UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE CORRESPONDERIA A LAS DE SU MISMA CALIDAD O CULTIVO, NO PROCEDE EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1999.)

El Juzgado número 2 de Durango estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. Según resulta del dictamen pericial, el valor del terreno, con base en las expectativas futuras del terreno sería de 1.350 pesetas/metro cuadrado, cuando el valor, conforme a la valoración agrícola, sería de 200 pesetas/metro cuadrado. La futura vocación residencial del terreno, que es ajena al destino agrario de la finca y no predicable a la que pudiera corresponder en la comarca o fincas de su misma calidad o cultivo, excediendo el valor con mucho al doble del precio que por su naturaleza le debía corresponder. El valor actual resulta ser superior al doble del que corresponde en la zona a fincas de la misma calidad o cultivo, debiendo excluirse de la normativa arrendaticia especial, como reconoce la sentencia de 22 de enero de 1998. En realidad, la concurrencia de este supuesto no determina la extinción de la relación arrendaticia, sino únicamente la imposibilidad de ejercitar el derecho de acceso a la propiedad del modo regulado en la Ley especial.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO ES APLICABLE A LA FIJACION DEL PRECIO LA LEY DE 10 DE FEBRERO DE 1992, APLICANDO EL ARTICULO 39 DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA CON EL REAJUSTE DEL ARTICULO 43 DE LA MISMA LEY, SEGUN EL ARTICULO 98 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Segovia estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación en cuanto a la fijación del precio. No se puede aplicar la Ley de 10 de febrero de 1992, que entró en vigor con posterioridad a la presentación de la demanda, sin que tenga ninguna disposición que permita darle carácter retroactivo. El sistema de valoración de la finca es el que resulta del artículo 98 LAR, conforme al cual se ha de aplicar el artículo 39, pero sujetándose al reajuste de valor del artículo 43, ambos de la Ley de 16 de

diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, tratando de lograr el justo precio que es el que representa el equivalente económico del bien que se pierde, de forma que el arrendador mantenga el equilibrio económico en cuanto al predio que sale de su patrimonio, que debe ser reemplazado o sustituido por su valor real, sin que se produzca un enriquecimiento o empobrecimiento del arrendatario, debiendo fijarse el precio en ejecución de sentencia.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO ES APLICABLE A LA FIJACION DEL PRECIO LA LEY DE 10 DE FEBRERO DE 1992, SINO EL ARTICULO 98 LAR, APLICANDO EL ARTICULO 39 DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA CON EL REAJUSTE DEL ARTICULO 43 DE LA MISMA LEY. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Segovia estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación fundado el recurso en los mismos argumentos, en cuanto a la valoración de la finca, que la sentencia de 7 de octubre que vimos anteriormente.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO SE HA DEMOSTRADO QUE LA ARRENDATARIA, DE EDAD SUPERIOR A LOS NOVENTA AÑOS, EXPLOTE DIRECTAMENTE LAS TIERRAS DEL CASERIO, YA QUE SOLO LO HACIA SOBRE UNA PEQUEÑA PARTE DEL TERRENO SIN OTRO DESTINO QUE SATISFACER LAS ELEMENTALES NECESIDADES DE LA FAMILIA. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1999.)

El Juzgado número 2 de Irún desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. No se discute la condición de arrendamiento rústico del que relaciona a las partes, conforme al artículo 1 de la Ley, pues no se exige una extensión mínima y sí que la finalidad del arriendo sea el aprovechamiento agrícola, forestal o pecuario, pero lo que no se admite es que la recurrente lleve a cabo la explotación directa del caserío mediante la realización de actividades propias de una explotación agrícola, es decir, las necesarias para el cultivo efectivo y aprovechamiento beneficioso de la tierra. Se trata de persona de edad superior a noventa años y de condición jubilada, que admite que hacía muchos años que no explotaba las tierras del caserío. Los cultivadores personales han de llevar por sí la explotación, con la ayuda de familiares, utilizando sólo excepcionalmente asalariados. La sentencia recurrida tuvo en cuenta el resultado probatorio según el cual el cultivo se proyectaba sólo sobre una pequeña parte del terreno arrendado, sin otro destino que satisfacer las elementales necesidades de la familia que convive en el caserío, por lo que no se trata de explotación efectiva realizada por la recurrente en forma directa, ya que tampoco demostró que se hubieran recogido cosechas de cualquier clase, no probándose la dedicación a la actividad agraria que exige el artículo 15 LAR. La sentencia de 23 de diciembre de 1991 dice que las labores de menor esfuerzo, a cargo de personas de avanzada edad, no llevan a calificar como cultivador personal al arrendatario, pues se trata de actividades de simple ayuda a la explotación.

RETRACTO.—EL HECHO DE QUE EL ARRENDATARIO PRIMITIVO Y EL ARRENDADOR FUERAN CUÑADOS, ESTANDO EXCLUIDOS DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, NO IMPIDE QUE LOS ACTORES TENGAN DERECHO AL RETRACTO, AL SER PROFESIONALES DE LA AGRICULTURA, HABIENDOSE MODIFICADO LAS CONDICIONES DEL ARRENDAMIENTO ANTERIOR. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1999.)

El Juzgado de Haro estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Arguye el recurrente que, siendo cuñados el arrendador y el primitivo arrendatario, padre de los actores, el contrato estaba excluido de la legislación arrendaticia, siendo aplicable esta exclusión a los actuales arrendatarios, subrogados en el arrendamiento de su padre por jubilación del mismo, pero esto no puede admitirse, ya que la Sala parecía que esta cualidad de arrendatario está asumida por los hoy actores, que disfrutaban de su cualidad de arrendatarios, ya que pagaban las rentas, extendiendo los recibos a su nombre, y ellos obtenían subvenciones de la Consejería de Agricultura y eran los que explotaban la finca, siendo profesionales de la agricultura. La relación parental de afinidad en segundo grado ya no existe, contándose con la modificación de los arrendatarios que tienen derecho al retracto arrendaticio.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—TENIENDO LA FINCA UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE CORRESPONDE A LAS DE SU MISMA CALIDAD O CULTIVO, NO PROCEDE EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1999.)

El Juzgado número 3 de Betanzos estimó la demanda, y la Audiencia revocó parcialmente la apelación en cuanto a la suma que se debe abonar para el acceso a la propiedad.

Triunfa la casación. Según la recurrente, el arrendamiento de la finca litigiosa se halla excluido de la vigente Ley de Arrendamientos al tener dicha finca, por circunstancias ajenas al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que corresponde a otras fincas rústicas de la misma zona o comarca. La valoración de la prueba puede ser sometida a revisión casacional cuando con dicha VALORACION SE LLEGUE A RESULTADOS ABSURDOS E ILOGICOS, que es lo que ocurre en este supuesto. De la prueba pericial resulta que las transacciones que se producen en esta zona no tienen por objeto el fin agrícola o forestal, sino el industrial o urbanístico, no importando la dedicación a que están sometidas las fincas objeto de tales transmisiones. El precio medio del «ferrado» en dicho lugar triplica a los de los Ayuntamientos limítrofes, dedicados exclusivamente a la agricultura. Al tener la finca un valor superior al doble del que corresponde a las de su calidad o cultivo, está excluido el arrendamiento de la Ley de Arrendamientos Rústicos y no corresponde al arrendatario el derecho de acceso a la propiedad.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO LIMITA LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL EL HECHO DE QUE LA ARRENDATARIA ESTE IMPEDIDA FISICAMENTE PARA REALIZAR LA MAYOR PARTE DE LAS ACTIVIDA-

DES AGRARIAS, VALIENDOSE DE LA AYUDA FAMILIAR. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1999.)

El Juzgado de Guernica, número 2, desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

Triunfa parcialmente la casación en cuanto a la condena en costas. Se confirma la sentencia recurrida en todo lo demás. No limita la condición de cultivador personal el que la arrendataria esté impedida físicamente para realizar la mayor parte de las actividades agrarias, valiéndose de la ayuda familiar que prevé el artículo 16, en razón a la causa justificada que queda dicha, manteniendo el control y dirección propia de la explotación agraria, sin perder la condición de efectivo arrendatario.

Arrendamientos urbanos

VALIDEZ DEL ARRENDAMIENTO.—LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA NO IMPIDE LA VALIDEZ DEL ARRENDAMIENTO EN LA ESFERA CIVIL. LAS IRREGULARIDADES EXISTENTES NO PUEDEN SER DENUNCIADAS POR LA PARTE ACTORA, QUE ES CAUSAHABIENTE DEL AUTOR DE TALES MANIOBRAS, POR LO QUE CARECE DE LEGITIMACION PARA VALERSE DE ELLO. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Torrelavega estimó en parte la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No se admite la casación. Se reconoce la validez del contrato de 27 de mayo de 1988, en el que se reconocieron la propiedad por mitad entre ambas partes, tanto del negocio de la estación de servicio y sus instalaciones y edificios como del terreno sobre el que se halla, anulando parcialmente la escritura de partición y adjudicación de herencia del causante de una de las partes, que sólo se declaró válido en cuanto a la mitad de la finca y se declaró la validez del arrendamiento suscrito por el causante de la actora de 14 de junio de 1988. La Audiencia hace un estudio pormenorizado del contrato de arrendamiento, del cual se deduce la realidad y validez de dicho contrato y no lo considera un mero y simple compromiso de arrendar en el futuro, como alega la recurrente, así como es válido el *addendum* del mismo contrato, cuya legalidad se había cuestionado en la *litis* por la circunstancia de no haber hecho mención del mismo en la Delegación del Gobierno en «CAMPSA», en el expediente de aprobación del arrendamiento, lo que puede suponer una irregularidad administrativa, pero no afecta a su validez en la esfera civil. Por otra parte, las irregularidades existentes no pueden ser denunciadas por la parte actora que es causahabiente del autor de las supuestas maniobras, por lo que carece de legitimación para valerse de ellas. Estas infracciones pueden dar lugar a una sanción económica e incluso a la pérdida de la concesión, pero no da lugar a la nulidad del contrato.

ARRENDAMIENTO DE NEGOCIO.—NO PROCEDE LA INDEMNIZACION PRETENDIDA, YA QUE EL CONTRATO ESTABA RESUELTO DE HECHO PORQUE NO SE HABIA OBTENIDO LA LICENCIA CORRESPONDIENTE

PARA LA EXPLOTACION DE LA INDUSTRIA ARRENDADA. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2000.)

El Juzgado número 32 de Barcelona estimó la demanda pero revocó la Audiencia.

No se admite la casación. La recurrente alega que el contrato de arrendamiento de industria, de 17 de octubre de 1988, era VALIDO Y QUE EL ESTABLECIMIENTO ESTABA EN CONDICIONES PARA su aprovechamiento normal, pero por el comportamiento procesal de los litigantes, está claro que este arrendamiento está resuelto de hecho, si bien el arrendador incumplió la obligación de entregar la cosa objeto del mismo, cuyo contenido incluía la presencia de la licencia correspondiente para la explotación de la industria. En la fecha indicada la recurrente conocía la falta de dicha autorización para el desarrollo del «Bar Musical» desde la iniciación del pacto verbal en que adquiere la condición de arrendatario y, pese a dicho conocimiento, consintió en que se documentara la relación contractual, de modo que las expresadas conductas neutralizan los efectos indemnizatorios reclamados en este debate.

DESAHUCIO.—EL QUE OCUPA EL LOCAL LO HACE POR MERA TOLERANCIA DE LOS COMUNEROS, SIN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, ESTANDO LEGITIMADOS PARA INSTAR EL DESAHUCIO DEL OCUPANTE. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 2000.)

El Juzgado número 2 de Cartagena estimó parcialmente la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No triunfa la casación. La comunidad puede recuperar el uso del local e impedir que un tercero, como es el demandado que en su momento fue comunero, al adquirir la cuota correspondiente en la disolución de la sociedad de gananciales, se arroge una posesión exclusiva del local en el que está, por mera tolerancia de la comunidad y sin contrato de arrendamiento alguno. Es evidente que se perjudica con esa conducta el interés de la misma, al ser el bien comunal objeto de un aprovechamiento exclusivo del demandado, y se impide su uso por los demás comuneros, infringiendo el artículo 394 del Código Civil. La recuperación de la posesión con el desalojo del ocupante, que no tiene ningún título para ello, sin que sea obligado seguir el procedimiento de desahucio de la LEC, puede seguir los trámites del juicio ordinario, dada la complejidad de la cuestión. La esposa del ocupante es titular de la parte indivisa que le corresponde, lo que no puede legitimar que el ocupante lo sea por su sola voluntad, sin contar con el conocimiento de los restantes comuneros...

C. R. R.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

SÁEZ LACAVE, MARÍA ISABEL: *La sociedad mercantil en formación*. Editorial Civitas. Tesis Doctoral. Madrid, 2001. Un tomo de 494 págs.

La legislación referente a las sociedades de capital contempla dos tipos o formas de constitución, que son la simultánea y la sucesiva. La sucesiva entraña un mecanismo tan complicado que aleja todo deseo de acudir a sus diversas fases, por lo que en la práctica tal procedimiento no se utiliza.

La constitución simultánea es, por supuesto, bastante más sencilla, pero aún así, tampoco tan fácil ni tan perentoria como a primera vista pudiera parecer. Ciertamente, la escritura se otorga en un solo acto, practicándose a seguido la inscripción en el Registro Mercantil. Pero todo ello supone una serie anticipada de tratos, trámites y acuerdos de los interesados que entrañan a veces no pocas fases que hay que ir superando hasta desembocar en el estadio final de la inscripción, que es el que otorga la plena personalidad a la sociedad.

La constitución simultánea no es, pues, un fogonazo que haga sociedad de lo que antes no lo era; hay un escalonamiento de actos que desembocan en esa fase final constitutiva y que merecen un estudio detallado para determinar los efectos que pueden producirse. Y eso es lo que hace la autora, MARÍA ISABEL SÁEZ LACAVE, en este libro, que recoge el trabajo realizado para redactar su Tesis Doctoral, haciendo un acabado y completo estudio que mereció la máxima calificación por parte del Tribunal.

El nacimiento de los entes corporativos, comienza diciendo, se caracteriza por ser un proceso singularmente complejo, constituyendo un iter reglado en el que se pueden distinguir tres fases, que son la sociedad en proyecto o en programación, la sociedad en formación y la sociedad ya inscrita. La fase preliminar supone que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad y en atención a intereses comunes, coordinan sus relaciones adoptando la decisión de contratar. Una vez que se otorga la escritura hay un período interino, que se puede llamar de sociedad en formación, hasta que se produce la inscripción registral. Y con tal inscripción termina el proceso, dando lugar al nacimiento de la sociedad, definitiva y terminada.

El capítulo I del libro se dedica a estudiar los tratos iniciales que conforman la sociedad en programación y que constituyen un prelude común para la formalización del contrato. Aquí los interesados entablan contacto para concertar la explotación de un proyecto económico en común y aunque estos contactos no constituyen actos jurídicos en sentido estricto, tienen gran relevancia para iniciar la futura relación social, en cuanto que pueden desembocar en una relación contractual preparatoria de la constitución posterior de la sociedad. Este precontrato es contemplado por la autora en cuanto a su objeto y formalidades, dando paso después a un detallado estudio de lo que llama sociedad pre-fundacional. Son conceptos distintos, pues el simple compromiso de cooperar

para preparar la fundación de una sociedad de capital no precisa, para su validez, que las partes se obliguen adicionalmente a otorgar el correspondiente contrato. En cuanto a su naturaleza, la autora considera que la llamada sociedad prefundacional no constituye un estadio por el que necesariamente haya de transcurrir la fundación de la sociedad de capital, sino que se trata de una simple relación facultativa entre sus participantes en la etapa de programación y por ello no es un tipo societario especial, sino que se organiza según los tipos sociales personalistas. Como especialidades de este tipo societario antes de la fundación se estudian los problemas dimanantes de sus obligaciones con terceros, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales y la transmisión del patrimonio y de la titularidad de los derechos y obligaciones de la sociedad prefundacional a la subsiguiente sociedad ya en constitución. Por último, se contemplan los problemas que pueden suscitarse si estas sociedades resultan nulas en su inicial período prefundacional.

En el capítulo II se estudia la sociedad en formación, en sentido propio, o sea, en el período que transcurre desde el otorgamiento de la escritura que contiene el contrato de sociedad hasta la inscripción en el Registro Mercantil. La autora nos expone los dos modelos existentes sobre el particular, a saber: el modelo obligacional, que establece que el otorgamiento de la escritura no produce efecto alguno hasta que no se inscriba, y el llamado modelo societario, importado de Alemania y que se ha introducido en nuestro Derecho en la reforma de la Ley de Anónimas de 1989. Este busca adecuar el interés de los terceros a la integridad del capital y el interés de los socios a participar en el tráfico. Con arreglo a estas directrices, la autora expone ampliamente la caracterización de la sociedad en formación, que se centra en su objeto, su personalidad y su naturaleza jurídica. El objeto primordial es obtener la inscripción en el Registro Mercantil y completar así la fundación de la sociedad de capital. La cuestión de la personalidad ha quedado totalmente despejada con la reforma, pues la nueva ley expresa en su artículo 15.2 que en la sociedad en formación se produce la unificación de la actuación del grupo y el aislamiento del patrimonio común. En cuanto a su naturaleza jurídica, cuestión debatida en la doctrina, la autora entiende que la sociedad en formación es un tipo autónomo que se caracteriza por conformarse con la forma jurídica en que aspira a convertirse.

Los capítulos III, IV y V constituyen el núcleo central del estudio, pues en ellos se hace una exposición amplia de las distintas facetas que componen la regulación de esta sociedad en formación.

Se empieza por analizar la personalidad jurídica y la capacidad de obrar, auténtico caballo de batalla de la doctrina mercantilista. La sociedad en formación ya se distingue por el nombre que la identifica y su capacidad de obrar que abarca toda la extensión del derecho material, aunque la mayor dificultad estriba en definir el status de la sociedad en formación. Concretamente el artículo 383 del Reglamento Hipotecario exige para inscribir derechos en el Registro de la Propiedad, la inscripción previa en el Registro Mercantil, con lo que parece excluirse a la sociedad en formación. En cuanto a la representación social, la doctrina mayoritaria entiende que el artículo 15 de la Ley de S.A. reconoce la existencia de un órgano de administración, pero con la particularidad de que la representación se contrae al ámbito de sus competencias orgánicas. Puntos interesantes que aquí se desarrollan son el entramado de derechos y obligaciones que conforman la condición de socio y de los fundadores, desde los actos iniciales hasta la conclusión de este

período transitorio. La responsabilidad de los actuantes es uno de los puntos fundamentales de este régimen de la sociedad no inscrita, en cuanto que el citado artículo 15 de la Ley de S.A. hace responsables a los administradores de todos aquellos actos o contratos celebrados en nombre de la sociedad en formación; la autora nos explica la ratio de esta regla y cita en su apoyo la normativa comunitaria y la que rige en Derecho comparado.

En el capítulo VI se estudia la inscripción en el Registro Mercantil que supone el final del período transitorio de formación y la atribución a la sociedad de su plena personalidad. Se produce una prolongación en cuanto el artículo 15.3 dispone que la situación jurídica de la sociedad en formación pasa plenamente a la sociedad inscrita; hay una vinculación de los actos y contratos celebrados con tal que la sociedad ya inscrita los acepte en el plazo de tres meses. La autora analiza la cuestión de la llamada responsabilidad diferencial que radica en tutelar el principio de la correspondencia del capital nominal con el capital real al tiempo de la inscripción y que se reconoce en el artículo 15.4, según el cual la responsabilidad es exigible una vez que la sociedad se haya inscrito.

El capítulo VIII, que es el último del libro, se dedica a la sociedad irregular, que es una sociedad en formación defectuosa y que tiene especial relevancia cuando se trata de sociedades de capital. A estos efectos, la autora resalta que el artículo 15 de la Ley de S.A. se refiere a la sociedad en formación, y el artículo 16 a la sociedad irregular. Ya en el prólogo, el profesor PAZ ARES apunta el acierto de la nueva doctora al hacer la distinción entre ambos conceptos. Si la sociedad irregular se caracteriza por someterse a las normas de la colectiva o de la civil, aquí no hay irregularidad, dice, hay transformación de un tipo social en otro. Tras estudiar cuándo y cómo se produce la frustración del tipo, la autora entra en el régimen jurídico de la sociedad irregular; ya desde la Ley de 1951 se motivó la tesis de la conversión «*ministerio legis*» de la sociedad irregular de capital en sociedad de tipo personalista, sobre todo en sus relaciones externas y en la responsabilidad de los socios. La inscripción *a posteriori* supone la aceptación de la tesis de la conversión del tipo capitalista de la que inicialmente era irregular.

El epílogo del libro, equivalente a las conclusiones con que normalmente suelen acabar las tesis doctorales, no deja de ser interesante en este caso, en cuanto que la nueva doctora parece enarbolar la bandera contraria a la necesidad de la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil para que éstas adquieran personalidad jurídica y sean verdaderas personas y no simples entes carentes de tal carácter. Rotundamente dice que la inscripción «no constituye» ni la personalidad jurídica ni la estructura corporativa, ni otorga la limitación de la responsabilidad, si no que son las partes quienes hacen todo eso al contratar. Hace una crítica del llamado sistema de concesión, que dejaba al soberano la facultad de dar categoría de personas a aquellas colectividades que tuviere por conveniente y pregunta por qué tolerar un control exhaustivo del Registro que puede demorar las inscripciones y si merece la pena someter a las partes a tantas exigencias para fundar una sociedad de capital.

Pero ella misma se da la contestación dos páginas después, al decir que el Registro es un instrumento eficiente en la medida que contribuye a abaratar los costes anudados a la contratación, tanto desde una perspectiva privada como pública, manifestada esta última en la función de control de legalidad. Podemos convenir, sigue diciendo, que las sociedades inscritas son más valio-

sas y seguras que las no inscritas, porque la inscripción garantiza la legalidad y facilita un nivel mínimo de información y transparencia, reduciendo la incertidumbre. El sistema registral tiene grandes incentivos para ser estricto, incluso aunque sea excesivamente celoso en ocasiones a la hora de calificar. Y termina reconociendo que la inscripción garantiza condiciones de contratación óptima cuando el mercado no está en disposición de poseerlas.

Estas razones, que la propia autora reconoce, son lo suficientemente decisivas como para compensar con creces las «exigencias» a la hora de constituir una sociedad de capital. Una vez inscrita la sociedad en formación, aquí estudiada de modo completo, adquiere toda una nueva categoría, como la del doctorado adquirido por la autora, por lo que merece la felicitación.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, y ARANDA ESTÉVEZ, JOSÉ LUIS: *Derecho de la propiedad horizontal*. CISS-Praxis. Barcelona, 2000. Un tomo de 425 págs.

La gran mayoría de las viviendas o de los locales comerciales tiene actualmente su asentamiento en la figura de la propiedad horizontal, que viene adquiriendo una pujanza cada vez mayor en contraposición al contrato arrendaticio en declive patente.

La sensación de firmeza y permanencia que proporciona el dominio es un factor que inclina hacia esta institución nacida de la división horizontal de los edificios y que se adapta perfectamente a las necesidades de los usuarios, propiciando el éxito absoluto de estas construcciones, en términos que todos conocemos y no es preciso ponderar.

Jurídicamente, la propiedad horizontal ha supuesto una revolución definitiva en la sistemática de las normas clásicas del dominio, por lo que han sido precisas unas detalladas normas especiales para su regulación. Nuestra Ley de 21 de julio de 1960, que desarrollaba el artículo 396 del Código Civil, contenía una regulación bastante completa de la propiedad horizontal, pero necesitaba ya de algunos retoques. Estos se han introducido por la Ley 8/1999, de 6 de abril, orientada a favorecer y facilitar estas relaciones de vecindad; otro retoque ha venido por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se regula el procedimiento monitorio especial para reclamar las deudas por gastos comunitarios.

El estudio general de la Ley de Propiedad Horizontal, y sobre todo de sus novedades, se hace en este libro por sus autores que son ALBERTO DORREGO DE CARLOS, Letrado de las Cortes, asesor de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, donde se preparó la reforma, y por ello con información de primera mano sobre el particular, y JOSÉ LUIS ARANDA ESTÉVEZ, Abogado del Estado, que se ha ocupado de los aspectos procesales que completan la reforma.

El libro contiene, además de una introducción donde se explica el sentido de las reformas, siete capítulos donde se estudia de modo completo la normativa sobre propiedad horizontal y los complejos inmobiliarios, incluyendo al final el texto consolidado de la ley, comparando su texto antiguo y nuevo.

En dicha introducción se hace una amplia exposición de las modificaciones introducidas tanto en la ley de 1999 como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con todos sus detalles y motivos. Así se resaltan los cambios introduci-

dos en el régimen de adopción de acuerdos de las juntas de propietarios y de los medios para su impugnación, con abandono del antiguo sistema de la rígida unanimidad para poder establecer nuevos servicios e instalaciones de interés general, especialmente en cuanto a telecomunicaciones y servicios energéticos, con lo que se crean nuevos y mejores instrumentos para poder combatir conductas de los vecinos que se califican de inciviles.

También nos indican los autores que en el plano institucional las reformas han sido sustanciales. Así, se regula de nuevo el funcionamiento de los órganos, tanto unipersonales como colegiados, que gobiernan las comunidades de estos edificios, basándose en el principio de configurarlas con mayor libertad y eficacia.

Igualmente se han modificado los medios y procedimientos de comunicación de ámbito interno y se regulan la convocatoria de la junta y el desarrollo de sus reuniones, así como la documentación de sus acuerdos, fijándose de modo claro la responsabilidad de la comunidad frente a terceros acreedores. Reforma fundamental y especialmente urgente era la necesidad de poner remedio a la endémica morosidad de algunos propietarios poco proclives a cumplir sus obligaciones respecto a las deudas comunitarias; por ello se ha resaltado la afección real de los pisos o locales al cumplimiento de esas prestaciones económicas y se ha introducido la novedad de tener que aportar certificación del estado de deudas para poder realizar una transmisión del piso o local. La innovación más relevante, como nos dicen los autores, ha sido la regulación de la reclamación por vía judicial de esas deudas de la comunidad a través del juicio monitorio, punto que ha sido reformado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para adaptarlo a la normativa procesal. Esta introducción del libro es utilísima en cuanto destaca los puntos más importantes de las modificaciones, tomando como base las propias deliberaciones de la Comisión Legislativa redactora, por lo que nos proporciona una valiosa fuente de información.

Teniendo en cuenta ya, naturalmente, las novedades introducidas, se contiene en el libro una completa exposición de la propiedad horizontal. En el primer capítulo se estudian los fundamentos jurídicos de esta figura como propiedad especial, en cuanto que es preciso distinguir entre sus diversos elementos formativos, unos privativos y otros comunes, cada uno de los cuales tiene su régimen jurídico especial, que se detalla ampliamente.

El capítulo segundo se dedica a la constitución, originaria o sobrevenida de la propiedad horizontal, estudiando los requisitos del título, subjetivos, objetivos y formales, hasta la inscripción de los estatutos en el Registro de la Propiedad para darles categoría de obligado acatamiento a los titulares presentes o futuros de los pisos o locales. El entramado de derechos y obligaciones que constituyen la esencia de las relaciones jurídicas de la comunidad se contiene también en el libro, ocupando su capítulo tercero, donde se detallan los deberes netamente convivenciales o relaciones humanas y las obligaciones de contenido económico, especialmente el deber de contribuir a los gastos generales.

La organización institucional de las comunidades de propietarios se examina en el capítulo cuarto, empezando por la junta, sus convocatorias, régimen de adopción de los acuerdos, según la nueva normativa, libros de actas, notificaciones y eficacia de los acuerdos. Entre los órganos gestores se exponen las funciones representativas y ejecutivas del presidente y el papel del secretario y el administrador, si los hubiere.

En el capítulo quinto se trata de la conservación de los edificios, regulándose la constitución del fondo de reserva, figura nueva que fue objeto de amplia discusión en la preparación de la Ley de Reforma de 1999 y que se ha conformado bajo tres principios rectores: obligatoriedad, permanencia contable y afectación exclusiva al fin de la conservación. Así aparece en el nuevo artículo 9.1.f) y en la Disposición Adicional, que son objeto de amplia explicación en el libro.

Capítulo muy importante es el sexto donde se hace un tratamiento amplio y novedoso de los llamados complejos inmobiliarios, conocidos en los ámbitos profesionales con el apelativo cuasi familiar de «propiedad horizontal tumbada», que acuñó el Notario valenciano JOAQUÍN SAPENA TOMÁS y que recibieron acogida en la práctica y fueron consagrados por la Resolución de la Dirección General de 2 de abril de 1980. En la Ley de 1999 se han regulado, incluyendo en el nuevo artículo 24 una serie de reglas que dan carácter normado a lo que ya en líneas generales se venía realizando en la práctica. En el libro se hace una cumplida historia de los debates en la Comisión Parlamentaria hasta plasmarse en el texto que se ha vertido a la ley; se completa con un acabado estudio doctrinal de esta figura tan frecuente en las urbanizaciones mitad rústicas y mitad periurbanas.

Por fin, en el capítulo 7 se estudia el régimen procesal nuevo de la propiedad horizontal con las reformas de 1999 y de la LEC de 2000. Se trata de lograr que las comunidades puedan cobrar legítima y efectivamente lo que les adeuden los copropietarios morosos. El nuevo artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal sirve de base para el ejercicio judicial de la acción para hacer efectivos estos derechos y en la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula un procedimiento monitorio especial que facilita su tramitación para hacer efectiva tal pretensión. Igualmente se estudia otra acción especial que es la conducente a conseguir la cesación de actividades prohibidas para evitar la insolidaridad o el incivismo que podrían alterar la deseable convivencia en la comunidad.

Como se puede deducir del apretado resumen que venimos haciendo, el libro es completo y actual y muy recomendable en cuanto contiene una visión amplia, tanto legal, jurisprudencial como doctrinal, de la propiedad horizontal y de los complejos urbanísticos con cumplida noticia de las últimas importantes reformas que han venido a actualizar el entramado de este pequeño mundo. Bien que nos importa la materia como profesionales y además porque en ella estamos casi todos inmersos, ya que la mayoría vivimos en esta especial comunidad, la más frecuente en nuestra época.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

HERBOSA MARTÍNEZ, INMACULADA: *La asunción de deuda garantizada con hipoteca.*

Tesis Doctoral dirigida por don Manuel Amorós Guardiola. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 541 págs.

He aquí un trabajo que por la seriedad del tema y el resultado obtenido tiene la suficiente entidad como para denotar las horas de estudio riguroso, serio y disciplinado que la autora le ha dedicado. Así lo presenta el director de la tesis, quien basa su juicio en el aval concedido por los miembros del

tribunal que le otorgaron las máximas calificaciones. Ahora nosotros añadimos otro dato en apoyo de la altura científica del trabajo y es precisamente la parte que ha tenido la acertada dirección, magistral, como siempre.

La obra constituye la Tesis Doctoral de la autora, INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ, actualmente profesora en la Universidad de Deusto, la cual ha elegido este interesante tema relacionado con un aspecto especial de la hipoteca que, aun siendo sólo una faceta particular, posee la suficiente entidad como para dar lugar a unas amplias conclusiones que caracterizan la institución.

Porque son tres grandes temas los que se abordan en el estudio: En primer lugar, el de la posibilidad de transmitir las obligaciones, cambiando de deudor sin extinguir la deuda; por otro lado, ver si es posible disociar la deuda de la cosa cuando ésta se ha afectado de modo especial al cumplimiento, como ocurre con la hipoteca; por último, ver si se pueden separar la deuda y la garantía y si es posible transmitir la deuda sin necesidad de que la garantía se modifique.

Tras una interesante introducción, donde la autora traza certeramente el plan que va a seguir en la exposición de su estudio, se centra en materia dividiendo la tesis en tres grandes apartados, donde se desarrollan las cuestiones que ya hemos apuntado.

En la primera parte se estudia la sustitución del deudor en la relación obligatoria, abordando el problema de la transmisión pasiva de las obligaciones, ampliamente debatido en la doctrina. Como siempre, se enfrentan dos posturas encontradas, pues mientras unos admiten la asunción de la deuda sin modificar para nada el vínculo inicial, otros consideran que sólo se puede sustituir el primitivo deudor por otro mediante la novación, lo que supone extinguir la obligación inicial y crear otra nueva.

La autora considera que es preferible plantear la cuestión de modo distinto, o sea, si el cambio de deudor prejuzga la extinción de la obligación primitiva o, si no fuese así, intentar la construcción de un régimen que pueda aplicarse atendiendo a las reglas generales del Derecho de obligaciones para compensar los intereses en conflicto, sea cual fuere el efecto, modificativo o extintivo. Bajo esta perspectiva, la doctora nos expone los argumentos de los autores en sus distintas posturas, recogiendo también las dos etapas claramente diferenciadas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues si inicialmente se consideró que la sustitución de la persona del deudor tenía efectos extintivos, a partir de 1946 y sobre todo en la sentencia de 10 de julio de 1950 ya se configura la asunción de deuda como meramente modificativa de la obligación primitiva.

A seguido dedica una exposición detallada a la asunción de la deuda, analizando los requisitos de este negocio, en especial la voluntad del nuevo deudor de asumir la deuda con efectos liberatorios y el consentimiento del acreedor, y nos delimita los posibles supuestos conceptuales de la asunción, que puede configurarse como delegación, expromisión y asunción en sentido estricto.

En la parte segunda se hace un especial estudio del cambio de deudor cuando la deuda está garantizada con hipoteca, o sea, la asunción de deuda hipotecaria, que constituye el punto central de la tesis. Se aborda como previa la cuestión de la naturaleza de la relación que existe entre la obligación asegurada y la hipoteca. La opinión clásica considera que la hipoteca es accesoria del crédito y sometida a su suerte, de modo que se extingue si

el crédito desaparece; ha sido discutida por los que consideran que no existe tal sometimiento por simple abstracción y los que piensan que hay unidad o fusión entre la hipoteca y el crédito, pues son elementos que se yuxtaponen, aunque conservan su autonomía. Por ello analiza en qué medida hay relación accesoria de la garantía real respecto al crédito, tanto en la constitución como en los momentos posteriores, si se produce modificación, transmisión, división, gravamen o extinción del crédito básico. Como consecuencia de esta dualidad, estudia la autora si el cambio de deuda se ha de regir por el Derecho de obligaciones, requiriendo un negocio expreso de asunción o, por el contrario, el aspecto pasivo se halla tan vinculado a la finca hipotecada que la transmisión de ésta supone que su adquirente se convierte sólo por eso en sujeto obligado al pago. En el libro se hace un exhaustivo examen de los distintos supuestos que se contemplan en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria en relación con la transmisión de la finca hipotecada, según sea ésta a título oneroso o por vía hereditaria o en los casos de transmisión judicial de la cosa. También se estudian los supuestos especiales de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, la de responsabilidad limitada, la de viviendas de protección oficial y las constituidas en favor del Banco Hipotecario.

En la parte tercera se estudian las repercusiones de la asunción de deuda sobre el derecho de hipoteca, teniendo en cuenta que la inscripción de este derecho tiene carácter constitutivo. Vaya o no la asunción de deuda con la transmisión de la finca, es natural que tal mutación tenga reflejo en el aspecto registral. Así, el artículo 144 de la Ley Hipotecaria establece que estos hechos o convenios se harán constar en el Registro mediante el asiento que corresponda y para el caso concreto de novación total o parcial, el artículo 240 del Reglamento Hipotecario prescribe una nueva inscripción, previa la cancelación del asiento precedente. Una vez hecha constar la asunción de deuda hipotecaria, la autora examina las consecuencias entre las partes y frente a terceros; a ellos se refiere el citado artículo 144 de la Ley Hipotecaria con rotundidad, aunque no presenta igual tratamiento entre los propios interesados; se examina el sentido general de la norma, se estudia en qué medida es aplicable el supuesto especial de la asunción de deuda, y cuáles son las consecuencias que resultan de su aplicación, en concreto quienes son los terceros respecto a los cuales se establece la inoponibilidad de la asunción que no se ha inscrito, cómo se concreta ésta y cuál es el cauce jurídico habilitado para que dichos terceros puedan hacer efectivos sus derechos.

El libro termina con dieciséis amplias conclusiones en las que se condensa y resume acertadamente la doctrina contenida en la tesis. Lo que se había expuesto con toda amplitud y gran claridad, aquí se recoge con precisión encomiable y buena literatura.

En total, un completo estudio de esta figura de la transmisión de la deuda en su aspecto registral. Como se han tenido en cuenta las modificaciones introducidas por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, la obra está actualizada. Se trata, pues, de un estudio serio, profundo y completo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL: *La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*. 1.ª edición, Colex, Valladolid (2000). 327 págs. Prólogo de LORENZO MARTÍN RETORTILLO.

I. La Constitución Española recoge en su artículo 47.1, *el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*. Son los poderes públicos, legisladores y Administraciones Públicas a quienes se les impone la obligación de promover las condiciones necesarias y la de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho mediante la regulación del uso del suelo para impedir la especulación. El citado precepto constitucional se ubica en el Capítulo III, que hace alusión a los «*principios rectores de la política social y económica*», cuya virtualidad depende de la ley o leyes que los parlamentos competentes dicten, no siendo posible alegarlos directamente, *ex constitucione*, sino en virtud de la regulación legal que se establezca en cada momento (art. 53.3 CE) en atención a la política de vivienda que se considere oportuna. Pero estos principios se convierten en elementos informantes de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, sirviendo de criterios hermenéuticos que podrían, eventualmente, conducir a declarar la inconstitucionalidad de una ley contraria a ellos.

La realidad que el autor nos muestra en estas páginas es la regulación jurídico-administrativa de la intervención pública en un sector de actividad concreto: *la construcción, promoción y adquisición de viviendas y en particular de la de VPO*. Enfoque que no evita recurrir a elementos multidisciplinarios en cuanto que adquieren relevancia para una adecuada comprensión de la intervención pública en la vivienda, al objeto de —en palabras de quien prologa esta obra, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO— «(...) ordenar el complejo y tedioso agregado de técnicas y conceptos administrativos reduciéndolo a sistema (...)». Técnicas y conceptos que se encuentran dispersos a través de un complejo sistema normativo compuesto por normas de todo rango y dictadas a lo largo de un dilatado período de tiempo —algunas preconstitucionales y cuya conciliación con la norma fundamental se hace difícil— sin una derogación expresa entre ellas que permita determinar la norma aplicable al caso concreto, con la consiguiente inseguridad jurídica; aspecto que pone de manifiesto el autor en una de sus conclusiones con las siguientes palabras: «(...) gran parte de estas normas no se aplican íntegramente, su cumplimiento efectivo depende, a veces, de avatares presupuestarios o incluso políticos, y en definitiva se produce el fenómeno, tan frecuente en las normas administrativas, de funcionamiento extra legem, cuando no contra legem (...)».

En este complejo normativo hay que tener en cuenta los títulos competenciales establecidos por la Constitución en su Título VIII, derivados del juego de los artículos 148 y 149, así como de la interpretación del Tribunal Constitucional, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en materia de vivienda. El artículo 148.1 de la Constitución establece que las Comunidades Autónomas podrán (*facultativo*) asumir competencias en las siguientes materias: «3.ª *Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*». Esa posibilidad constitucional se transforma en realidad en los diversos Estatutos de Autonomía, al haber asumido con carácter exclusivo la materia de vivienda.

Esta exclusividad competencial haría pensar, de entrada, en la imposibilidad por parte del Estado de mantener una política activa en materia de vivienda o regular la materia. Sin embargo, la intervención del Tribunal Constitucio-

nal, con su sentencia 152/1988, ha permitido mantener una política estatal de fomento de la vivienda al haber considerado como títulos competenciales de intervención del Estado los contemplados por el artículo 149.1 de la Constitución, en sus apartados 13.º —*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*— y 11.º —(...) *bases de la ordenación del crédito, banca y seguros*—. Estos dos títulos permitirían al Estado definir una política de vivienda estableciendo las actuaciones protegibles, regulando las fórmulas de financiación, el grado de protección y aportando recursos propios con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Esto no sería óbice para que las Comunidades Autónomas, en atención a la competencia asumida por sus Estatutos de Autonomía, mantuvieran políticas de vivienda diferentes a las del Estado con cargo a los presupuestos autonómicos. Ahora bien, en este marco que se acaba de presentar, las políticas estatales de vivienda son ejecutadas por las propias Comunidades Autónomas ante la imposibilidad de poder llevarlas a cabo el propio Estado. Si bien, el Estado va a poder mantener una política de fomento en la política de vivienda, también es cierto que el Tribunal Constitucional le ha negado la capacidad de entender el fomento como un título competencial habilitante para regular, vía gasto (subvenciones), el contenido material de un sector que constitucionalmente no tiene atribuido por el juego de los artículos 148 y 149 de la CE (SSTC 201/1988, 39/1992 y 13/1992).

Este modelo competencial, muy esquemáticamente expuesto, es el que el autor, en el capítulo I de su trabajo, bajo el título de: «*Las competencias de las distintas Administraciones Públicas en materia de vivienda y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*», denomina el modelo teórico. En él habría que diferenciar entre competencias sustantivas, competencias de financiación y competencias de gestión. Queda claro que, en atención al artículo 149.1.11.º y 149.1.13.º CE, el Estado sólo sería competente para fijar las bases de la *ordenación del crédito y la planificación general de la actividad económica*, lo que, por principio, impediría al Estado regular, en sus planes de vivienda, *in extenso* la materia; y en cualquier caso, las bases estatales deberían ser susceptibles de un ulterior desarrollo normativo autonómico. Pues bien, tanto esa regulación sustantiva estatal como las normas relativas a la financiación de la política de vivienda se articularían en los términos de las nociones constitucionales de *bases/desarrollo*, con respecto a las normas que las Comunidades Autónomas dictasen. Sin embargo, en las competencias de gestión, asumidas por las Comunidades Autónomas por los diferentes Reales Decretos de traspaso, se ajustarían al modelo de *norma estatal/ejecución autonómica*. En la puesta en marcha de las políticas de vivienda existe otro nivel territorial con competencia en la materia: los *Entes Locales*, que si bien carecen de capacidad para regular el contenido, su papel es fundamental en cuanto a la tramitación de los expedientes de adjudicación de VPO de promoción pública, planeamiento urbanístico, rehabilitación de viviendas (...).

En la puesta en marcha de las políticas de vivienda estatales —*Planes de Vivienda*—, son de vital importancia los convenios firmados por el Estado —*Ministerio de Fomento*— y las Comunidades Autónomas a través de conferencias sectoriales. Mediante convenio se lleva a cabo la transferencia de los fondos estatales a las Comunidades Autónomas. El convenio se convierte así en el instrumento jurídico que articula la gestión de la política estatal de vivienda de protección oficial; gestión de la que se encargan las propias Comunidades con la salvedad de la Comunidad Foral de Navarra y el País Vasco. Si bien es cierto que las Comunidades Autónomas pueden mantener su propia

política de vivienda con cargo a sus propios presupuestos, la verdad es que en la práctica asumen voluntariamente la regulación material del Estado contenida en los Planes de Vivienda, aun cuando exceda de lo que pueda considerarse como ordenación básica de la economía o la ordenación del crédito. Llegados a este punto, se hace preciso hacer una matización, como hace el autor, en cuanto a los regímenes de promoción de las viviendas protegidas. Aquí habría que distinguir entre las políticas de fomento a las viviendas de protección oficial privadas, es decir, las efectuadas por terceros ajenos a la Administración Pública —a las que se dirigen las ayudas anteriormente señaladas— y las viviendas de promoción pública, que ejecuta y construye la propia Administración, que no queda sujeta a los planes de vivienda, siendo ejecutadas con fondos propios de las Comunidades Autónomas y donde poseen completa autonomía y libertad para regularlas.

II. Los capítulos segundo y tercero se dedican al estudio del régimen jurídico de las viviendas protegidas. El régimen estatal está conformado por: el Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de VPO, en cuyo desarrollo se dictó el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre; parcialmente continúa vigente el Texto Refundido de la Legislación VPO, aprobado por el Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, y el Reglamento (Decreto 2114/1968, de 24 de julio) del derogado Texto Refundido de VPO de 1963. A ello hay que sumar los planes estatales de vivienda con vigencia limitada temporalmente. El actual plan de vivienda para el período 1998-2001 está aprobado por Real Decreto 1186/1998, parcialmente modificado por Real Decreto 1190/2000, de 23 de junio. El autor también hace llevar a su estudio la normativa autonómica en la materia, sin cuyo análisis sería difícil entender la política de intervención pública en la vivienda. La normativa pública de la vivienda se caracteriza por su imperatividad y por una constante intervención administrativa en los procesos de intercambio entre promotores y adquirentes, estableciéndose cláusulas de inclusión obligada en los diferentes tipos de contratos que se puedan celebrar (compra-venta; arrendamiento...), o estableciendo restricciones al libre pacto que rige en el mercado de vivienda libre. A estos efectos se procede al estudio de los criterios para determinar las responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso de construcción de viviendas protegidas (promotor, constructor, vendedor...). Igualmente se estudia, en el capítulo segundo, la incidencia de la legislación de arrendamientos urbanos en la vivienda protegida de la que Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, contiene una regulación parcial de las VPO en régimen de arrendamiento.

El Real Decreto 1186/1998 acaba con la expresión y nomenclatura de VPO, en cuanto categoría general, para sustituirla por otra más genérica: *viviendas sujetas a un régimen de protección público*, convirtiéndose aquella, así, en una subespecie de ésta. La VPO, en cuanto tal subcategoría, posee un estatuto jurídico definido por el Derecho estatal. El resto de viviendas protegidas estarán conformadas por las categorías que surjan de las legislaciones autonómicas. La VPO es aquella vivienda que se dedica a domicilio habitual y permanente, con una superficie útil no superior a los 90 metros cuadrados, previa obtención de la calificación administrativa. También desaparece el concepto de Vivienda de Precio Tasado que se sustituye ahora por el de *adquisición de viviendas ya construidas*.

III. El régimen sancionador está contemplado por la Constitución bajo el principio de reserva legal y tipicidad en los artículos 25 y 53.2, impidiendo que

infracciones y sanciones sean recogidas en normas de rango reglamentario. Ahora bien, esa reserva no se puede aplicar retroactivamente de tal modo que es admisible que normas preconstitucionales sin rango legal regulen infracciones y sanciones, precisamente lo que sucede con el régimen administrativo sancionador en materia de viviendas protegidas a nivel estatal, en la medida en que la legislación anterior no imponía tal rango (SSTC, entre otras, 11/81, 15/81, 42/87, 83/90, 177/92, 60/2000). A todo ello hay que sumar la incompetencia estatal para dictar normas sancionadoras de alcance general o en campos en los que carezca de competencia o establecer un procedimiento sancionador tipo, salvo la regulación que de los principios del procedimiento sancionador administrativo y del ejercicio de la potestad sancionadora, con fundamento constitucional en el artículo 149.1.18.^a, concretado en el Título IX de la LRJAP-PAC. La normativa preconstitucional, de naturaleza reglamentaria, que contiene la tipología de infracciones, sigue vigente en tanto no sea sustituida por las Comunidades Autónomas cuya eventual derogación por el Estado dejaría a aquéllas —en tanto que careciesen de infracciones tipificadas— sin derecho supletorio; y con fundamento en la doctrina constitucional sentada en la STC 61/97, el Estado no podría generar una futura normativa sancionadora supletoria en cuanto que es incompetente en la materia de vivienda. A estas cuestiones dedica el autor parte del capítulo II abordando temas, entre otros, como: 1.º La determinación de las normas de competencia entre las distintas administraciones intervinientes. 2.º Concurrencia de regímenes sancionadores. 3.º Eficacia del régimen sancionador, etc.

IV. Los precios de venta o renta en viviendas protegidas —elementos objetivos fundamentales de las viviendas protegidas en cuanto destinadas a un sector de población de recursos insuficientes para hacer frente a la compra de una vivienda en el mercado libre— se constituyen en cuantías máximas imperativas, estando prohibido cualquier sobreprecio, prima o cantidad diversa a la legalmente determinada, estando calificado como infracción muy grave la contravención de este régimen. En forma esquemática, el precio de venta o renta se determina con relación a la superficie útil de la vivienda. El precio de venta máximo de la vivienda sirve también para determinar, mediante referencia porcentual, el precio de venta de los anejos y garajes. Los precios de venta son revisables y el de renta actualizable anualmente. En cuanto al régimen de financiación de la VPO, decir que en un período inicial, la financiación se encaminaba a potenciar la oferta a través de los préstamos cualificados al promotor con el fin de estimular la promoción para, en un estadio posterior, potenciar el consumo estableciendo criterios financieros más favorables que los del mercado para los adquirentes. En la financiación hay que distinguir dos regímenes: el especial y el general en atención a los topes máximos de referencia por relación a los ingresos familiares anuales de los destinatarios o adquirentes de las viviendas. También se hace preciso distinguir entre varias modalidades: 1.º Préstamos cualificados al promotor y al adquirente de VPO. 2.º Ayudas económicas directas que pueden revestir la forma de *subsidiación* de los préstamos cualificados o *subvenciones* personales de intereses y *ayudas* para los que accedan por primera vez a una vivienda en propiedad. Igualmente se recoge en este capítulo el estudio de las normas relativas a la selección de adjudicatarios en la VPO; la incidencia de la legislación de consumo en la protección del consumidor o usuario de VPO. La financiación cualificada a favor de personas físicas se extiende, también, a los promotores para uso propio, bien como personas físicas individualmente

consideradas o agrupadas en cooperativas de viviendas o comunidades de propietarios (autopromoción).

CONCLUSIONES: Entre las conclusiones a las que el autor llega en este trabajo, y que se extraen tras su lectura, se podrían exponer, resumidamente, las siguientes:

1.^a La complejidad de las normas que rigen la VPO. Característico de este sector es la aplicación simultánea de decenas de normas de todo rango, si bien no de forma integral, ya que su cumplimiento efectivo depende de avatares presupuestarios o incluso políticos. El funcionamiento de estas normas llega a ser *extra legem*, cuando no *contra legem* (introducción).

2.^a La distribución de competencias en materia de vivienda es compleja. Si bien constitucionalmente el Estado carece de competencia directa al haber sido asumida en exclusiva por los Estatutos de Autonomía, el Tribunal Constitucional le ha reconocido la posibilidad de incidir en ella a través de los títulos contenidos en el artículo 149.1.11.^a y 13.^a Sin embargo, y mediante la celebración de convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas (salvo País Vasco y Comunidad Foral de Navarra) ha sido posible que el Estado mantenga una política de vivienda propia (planes de vivienda) donde las Comunidades Autónomas han encontrado un marco de actuación propia y se han convertido en ejecutoras materiales de esa política estatal de vivienda (Capítulo primero). A este sistema realiza el autor una serie de críticas:

A) *Desde la perspectiva teórica:* El artículo 149.1 de la CE limita las funciones estatales de la vivienda a las bases y coordinación en materia económica en un ámbito que el artículo 148.1.3.^a reserva a las CC.AA. en exclusiva. A tales efectos entiende que el título competencial estatal no debería de amparar una política sectorial concreta y completa ni establecer unas medidas de fomento tan detalladas como las que mantiene en la actualidad en los planes de vivienda. Y si esos planes contienen normas básicas, no se está cumpliendo con la exigencia establecida por la doctrina constitucional respecto de que se haga constar expresamente en dichas normas tal carácter y se recojan en normas de rango legal.

B) *Desde una perspectiva práctica:* ¿Qué sucede si una CC.AA. no firma el convenio estatal que contiene los instrumentos de financiación estatal y que ejecutan las propias CC.AA.? En principio entiende que las CC.AA. no están obligadas a firmar el citado convenio, pero sin embargo, el Real Decreto 1186/1998, que contiene el plan de vivienda, tiene carácter básico y sí vincula a las CC.AA., haya o no convenio por medio; firmar convenios con el Estado facilita a las CC.AA. el acceso a los fondos estatales y favorece la construcción de viviendas en su territorio, por tanto, el actual sistema (Plan Estatal de Vivienda-Convenio CC.AA./Estado) está más relacionado con la distribución de fondos estatales que con el sistema de distribución de competencias. El sistema establecido dificulta determinar qué administración es la responsable de la política de vivienda en la medida en que vía convencional el Estado y 17 CC.AA. —salvo País Vasco y Navarra— elaboran o participan en esa política de vivienda coordinada desde el Ministerio de Fomento.

C) *Crítica de carácter técnico:* La homogeneidad territorial de la política de vivienda no es completa; si el Estado interviene a través del artículo 149.1.13.^a es para que las bases que dicte sean homogéneas en todo el territorio, sin embargo, a partir del Real Decreto 1186/1998, las bases sólo rigen en defecto de norma autonómica, lo que supone que el Estado está interviniendo a través de un título básico para no dictar bases. No existe tampoco una homo-

geneidad territorial de la política estatal de vivienda al no aplicarse en las CC.AA. que poseen el régimen económico de convenio o concierto (País Vasco y Navarra).

3.^a Se pregunta el autor, en el capítulo I, si es aplicable al conjunto de normas que regulan la VPO la doctrina del ordenamiento sectorial. Entiende el autor que es más que dudoso que la VPO resulte de un ordenamiento sectorial y que en cualquier caso, esta teoría resultaría de poca utilidad para resolver problemas de colisiones normativas, competenciales (...).

4.^a En el capítulo II el autor se formula la siguiente pregunta: «¿Faltan o sobran viviendas?» Tras efectuar una introducción histórica, el autor se formula esta pregunta y afirma que tras el citado análisis cabe concluir que existe un difícil equilibrio entre el fomento de la oferta y la demanda, ya que cualquier alteración repercute directamente en la generalidad de la economía: si se incentiva la oferta podemos tener un exceso de viviendas que queden vacías o si se estimula la demanda puede implicar la caída del mercado libre y saturación administrativa por el aumento de solicitudes. En cualquier caso, siempre se impone la necesidad de efectuar una tarea de planificación por parte de la Administración sobre la base de la información estadística previa que permita una adecuada asignación de recursos presupuestarios a corto, medio y largo plazo. La valoración de los resultados de la política pública de vivienda de los últimos veinte o treinta años es un tanto paradójica: por un lado, con los planes de apoyo a la construcción se construyeron miles de viviendas pero en la medida en que la política de vivienda careció en ocasiones de planificación provocó distorsiones en el mercado inmobiliario donde coexistía un elevado porcentaje de gente sin vivienda o mal alojada y un alto porcentaje de viviendas desocupadas. A paliar esos efectos se ha dirigido la política de vivienda desde 1991, así como a invertir la tendencia de la población a disfrutar de la vivienda, casi exclusivamente, en propiedad. Otro elemento que influye en la vivienda es la carestía de suelo urbano ocasionado por el proceso expansionista de los núcleos urbanos, lo que ha supuesto mayores beneficios para los promotores la inversión en vivienda libre en detrimento de la producción de vivienda protegida. Plantea el autor como nuevos retos de la política de vivienda no ya el alojamiento de grandes masas de población sino la repoblación del mundo rural, la rehabilitación de los cascos urbanos históricos, crecimiento de ciudades medias, las grandes conurbaciones, solucionar el exceso de viviendas vacías; en definitiva, se trata de buscar los aspectos cualitativos en vez de los cuantitativos a través de la planificación. Sin embargo, las políticas públicas de intervención chocan con las leyes de mercado que parecen regir cada vez más las políticas públicas sociales.

5.^a «¿Existe un derecho subjetivo a la adjudicación de una vivienda de promoción pública?» Entiende el autor que no. Nos encontramos ante potestades regladas de la Administración que no permiten afirmar que el cumplimiento de los requisitos exigidos otorgue al interesado un derecho a exigir la adjudicación de una vivienda, a lo sumo lo que le permitirá es tener una situación comparativamente más ventajosa dentro de una lista de interesados que optan a un número de viviendas limitado y que según la posición que ocupe le acercarán más o menos a la titularidad a un derecho subjetivo a la adjudicación (Cap. III).

6.^a En el capítulo III: «¿Existe un derecho subjetivo pleno a la efectiva concesión de las ayudas?» La cuestión que se plantea es si basta o no el

reconocimiento del derecho a la subvención para la efectiva percepción de ésta, o si por el contrario se encuentran subordinados a la existencia de recursos presupuestarios suficientes. La solución es la segunda.

7.^a «Las ayudas públicas como concreción del derecho a la vivienda del artículo 47 de la CE». Según el autor, cabe afirmar que en materia de ayudas, tanto estatales como autonómicas, a la adquisición o arrendamiento de VPO o a la rehabilitación de viviendas existentes existe un derecho a la financiación del que son titulares todas aquellas personas que reúnan los requisitos establecidos por las normas. No se trata de un derecho a que la Administración provea de viviendas a los ciudadanos, sino de que les facilite el acceso a viviendas construidas por terceros (promoción privada). En las promociones públicas de viviendas sí que nos encontramos ante un derecho a que la Administración entregue viviendas a los ciudadanos que resulten seleccionados según unas bases objetivas, siendo previamente titular de un interés legítimo a participar en el proceso selectivo y la correcta valoración de sus circunstancias personales. En resumen, los ciudadanos que reúnan determinados requisitos objetivos y tasados se hallan en una posición en la que son los titulares de un verdadero y pleno derecho subjetivo amparable ante los tribunales.

ESTRUCTURA FORMAL: El libro que se presenta se encuentra dividido en tres capítulos y una introducción. El primero de los capítulos lleva por título: *Las competencias de las distintas Administraciones Públicas en materia de vivienda y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. El capítulo segundo: *Régimen Jurídico General de la VPO (I): Actuaciones protegibles, promoción pública y privada, inspección y sanción*. El capítulo tercero: *Régimen Jurídico General de la VPO (II): Determinación del precio y de la renta y situación del usuario (Especial referencia al sistema de ayudas públicas a la adquisición o arrendamiento de viviendas)*. El prólogo corre a cargo del Catedrático de Derecho Administrativo, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO.

Al final del trabajo se añade un anexo jurisprudencial básico sobre la materia. Se recogen en la selección jurisprudencia tanto contencioso-administrativa como civil sobre las siguientes cuestiones: 1.^a Competencias de las distintas Administraciones Públicas. 2.^a Naturaleza jurídica de algunas figuras de la VPO. 3.^a Problemas relacionados con el expediente de calificación pública. 4.^a Adjudicación de las VPO de promoción pública. 5.^a Sanciones. 6.^a La obligación de reparar los vicios o defectos constructivos. 7.^a Desahucios administrativos. 8.^a Derechos de tanteo y retracto de la Administración. 9.^a Jurisprudencia en materia de sobreprecio. 10.^a Varios.

El libro se convierte en una obra de obligada referencia para quien pretenda iniciarse en el estudio de la vivienda protegida en la medida en que de forma condensada se exponen con rigor las cuestiones que inciden sobre la normativa de VPO y otras figuras protegidas, haciendo referencia tanto al derecho estatal como al autonómico.

ROSARIO BÁRBARO GARCÍA MAZA

PÉREZ PÉREZ, EMILIO: *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*. Editorial Bosch, Barcelona, 2001. Un tomo de 797 págs.

No es la primera vez, ni espero que será la última, que aparece en estas páginas el nombre del doctor EMILIO PÉREZ PÉREZ como autor de sus varios

concienzudos trabajos de contenido jurídico. En efecto, desde hace casi veinte años en que se publicó en esta revista un interesante estudio sobre la figura del consorcio aplicada a la gestión de las aguas subterráneas, en siete ocasiones más hemos tenido la oportunidad de reseñar, resumir o comentar sus cuidadas elaboraciones sobre el tratamiento jurídico de las aguas, tema sobre el que el autor es auténtico especialista, que por eso llegó a ser Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura.

Pero no se limita su curriculum a esta especialidad de los recursos hidráulicos, sino que también, en su condición de Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, ha elaborado otros varios temas del ámbito jurídico privado, y en particular el estudio del dominio y demás derechos reales inmobiliarios, que ha trabajado con asiduidad. Al respecto, recuerdo la agradable sorpresa que recibí hace unos años con ocasión de formar parte del jurado del Premio don Jerónimo González que convocó el Colegio de Registradores, cuando al abrir la plica del trabajo que resultó premiado, entre los varios valiosos presentados vi allí el nombre de EMILIO PÉREZ. Este trabajo, titulado «Propiedad, comunidad y finca registral» mereció su publicación como libro, con todos los honores, editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores.

Tal libro venía a ser una especie de parte general del derecho de la propiedad inmobiliaria, que ahora el autor revisa y actualiza, completando la obra con un amplio estudio de lo que ya pudiera ser parte especial, pues en ella se recogen las diferentes formas que puede adoptar la propiedad sobre bienes inmuebles. Tal como se anuncia en el subtítulo de la obra, se comprende la propiedad agraria, forestal, de las aguas, de las minas, urbanística, horizontal y de los complejos inmobiliarios privados, añadiendo el tratamiento registral de todas ellas. ¿Se puede pedir más?

El libro, muy bien presentado y editado, está dividido en cuatro grandes partes, y a lo largo de catorce capítulos nos presenta con claridad una exposición completa y totalmente actualizada de la materia referente a este derecho de la propiedad, cambiante en los detalles, pero perenne en su esencia; esta relación dominical que constituye el derecho a la vez más defendido y el más denostado, pero sin el cual es difícil concebir las relaciones humanas. EMILIO PÉREZ acierta a recoger su esencia, sus facultades y los varios aprovechamientos de que es susceptible y que justifican su propia existencia. En este completo libro se recoge la legislación, la jurisprudencia y la doctrina que se han pronunciado a su alrededor.

En la parte primera se aborda el concepto técnico de la propiedad, partiendo de la básica idea que nos dio el maestro CASTÁN de que es el derecho real que recae sobre cosas corporales y atribuye a su titular un poder general y pleno sobre las mismas; al efecto, EMILIO PÉREZ aclara que este derecho se caracteriza por las notas de ser unitario, normalmente perpetuo, indeterminado en cuanto a sus facultades y de gran amplitud o elasticidad y pasa, a seguido, a estudiar la extensión vertical de la propiedad inmobiliaria, tanto en el suelo como en el subsuelo y el vuelo en los términos conocidos. La regulación que hace la Constitución de la propiedad merece una especial atención del autor, quien analiza la configuración que en ella se hace de la propiedad privada, de las formas de su aprovechamiento y de los límites de su ejercicio, sean éstos derivados de su propia naturaleza o vengan determinados por las leyes en atención al interés público o atendiendo a intereses privados que lo merezcan.

La parte segunda se refiere a los supuestos en que la propiedad pertenece, a la vez, a varios titulares, y aquí el autor comienza estudiando la comunidad en general, sea romana o germánica, para detallar después el régimen de la comunidad que se admite y regula en nuestro Código Civil como normal, para exponer a continuación otras situaciones especiales como la sociedad de gananciales, la comunidad hereditaria, la comunidad *pro diviso*, frecuente en nuestros campos y, por último, la comunidad funcional.

En el capítulo V, aún dentro de esta segunda parte, EMILIO PÉREZ aborda las situaciones jurídicas reales de estructura consorcial, tema especialmente querido y cuidado por el autor, pues fue la base de su Tesis Doctoral titulada «El consorcio real en el Derecho positivo español». En aquella ocasión hicimos su recensión, a la que ahora tenemos que añadir que ha completado y actualizado la materia, analizando las situaciones consorciales simples y complejas que se dan en nuestro Derecho, aportando las novedades que se dan en su correspondiente régimen jurídico, que ocupa el capítulo VI.

La parte tercera del libro contiene la faceta registral de la propiedad inmobiliaria, centrandó su estudio en la figura de la finca, que es la básica de nuestro sistema hipotecario, y a tal efecto nos expone el concepto de finca, a efectos de su inscripción, distinguiendo entre las fincas típicas o regulares, o sea, las formadas por una superficie delimitada, sean rústicas o urbanas, y las fincas especiales, concesionales o consorciales y las que llama fincas registrales mixtas, cuyas características detalla. Hace una oportuna llamada a las relaciones entre Registro y Catastro, resaltando la importancia de la identificación física que este último organismo puede prestar y, por último, se refiere al Registro de Aguas, de tinte claramente administrativo.

La parte cuarta es la más extensa del libro, pues forma lo que pudiéramos llamar «parte especial» del Derecho de la propiedad inmobiliaria, recogiendo las diversas formas peculiares que puede presentar este derecho, según sus objetos singulares. Aquí el autor ha construido una obra monumental en cuanto que presenta todo un estudio enciclopédico de las diversas regulaciones de tipo civil y administrativo que delimitan estas especialidades dominicales.

En el capítulo VIII de esta parte se estudia la propiedad agraria, definiendo lo que debe considerarse espacio rural y las normas sobre su cultivo y defensa del suelo rústico, ya sea el mantenimiento de las explotaciones viables o la defensa de la integridad de las fincas mediante la legislación de las unidades mínimas de cultivo. La propiedad forestal se estudia en el capítulo IX, resaltando la función social y ecológica, con las medidas para la defensa de los montes públicos, con la especialidad de los montes en mano común como figura típica de nuestras regiones septentrionales.

En la propiedad del agua, materia en la que el autor es maestro indiscutible, se nos ofrece un amplio tratado donde no sólo se recogen y actualizan los varios estudios que tiene publicados sobre el particular, sino que hace además una construcción exhaustiva, nueva y completa, de todo lo referente a los recursos hidráulicos y la regulación actual de su dominio y aprovechamiento. Empieza exponiendo una evolución histórica de la materia, que arranca del Derecho romano y llega a la actualidad del régimen general de las aguas territoriales y subterráneas con atención al régimen especial de las aguas en Canarias, y sigue con el estado pormenorizado de los derechos de aprovechamiento del agua, según la regulación actual, un tanto restrictiva con respecto a las facultades privadas, como es sabido y EMILIO PÉREZ nos explica ampliamente, para terminar el capítulo exponiéndonos la protección

registral, la administrativa y la judicial de los derechos de propiedad y aprovechamiento del agua.

En el capítulo XI se recoge el régimen legal de la propiedad minera; en el XII, la propiedad urbanística donde se regula el tratamiento del suelo, sujeto a las múltiples delimitaciones administrativas que todos conocemos y en el libro se detallan. El capítulo XIII sirve para exponer el régimen legal de la propiedad de casas por pisos, del que ya el autor publicó una obra monográfica, recogiendo las últimas reformas legales que han perfeccionado la regulación. Por fin, el capítulo XIV estudia los complejos inmobiliarios privados, cuya naturaleza jurídica es discutible, habiendo quedado su regulación absorbida en la nueva redacción de la Ley de Propiedad Horizontal.

En todos los capítulos de estas propiedades especiales el autor incluye un importante apartado final donde expone el dato y las circunstancias sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de las correspondientes figuras, dejando así completa y cerrada la materia especial.

Poco tenemos que añadir para dar una idea de que el libro constituye un estudio serio y amplio que debe constituir un vademécum indispensable para los profesionales que tengan relación con esta institución de la propiedad. Hay que felicitar a su autor por haber conseguido una obra de total utilidad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DE DIOS DE DIOS, SALUSTIANO, y otros autores: *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2002. Un tomo de 652 págs.

Hace dos años comentamos en estas mismas páginas la aparición del primer tomo de esta *Historia de la propiedad en España*, referida a los siglos xv al xx, donde se reflejaba el Encuentro Interdisciplinar que tuvo lugar en la Universidad de Salamanca en 1998, con la colaboración del Colegio de Registradores, recogándose las dieciocho ponencias que se desarrollaron sobre el tema.

En la misma sede y con igual patrocinio ha tenido lugar el II Encuentro, dedicado especialmente a estudiar el pasado y presente de los bienes comunales, que es, ciertamente, un asunto de incuestionable interés historiográfico y social, en cuanto encierra una gran riqueza de perspectivas, desde la historia agraria a la ecología. Por lo demás, como se nos dice en la presentación del libro, no se trata de una simple reliquia, ni de un encuentro de eruditos, pues el tema tiene plena vigencia, y en la actualidad, los pueblos siguen defendiendo hoy día sus bienes comunales, en cuanto éstos suponen una fuente de ingresos para los vecinos, los cuales encuentran en ellos variados aprovechamientos.

Las dieciocho ponencias que se contienen en este tomo atienden a una amplia perspectiva cronológica, que va desde las épocas medievales a la actualidad, y con un enfoque interdisciplinar se estudia la regulación de los bienes comunales en la época del liberalismo y la Ilustración hasta los tiempos constitucionales, a lo largo de una completa historiografía agrarista.

La primera ponencia tiene como autor a SALUSTIANO DE DIOS, y se titula *Doctrina jurídica castellana sobre adquisición y enajenación de los bienes de las ciudades*; en ella estudia lo que escribieron los juristas castellanos en torno a estos bienes en el período de 1480-1640.

JUAN GELAVERT GONZÁLEZ aporta su trabajo *Fisco real y fiscos municipales en Castilla*, referido a los siglos XVI y XVII, época de la que traza una acertada síntesis.

De los bienes comunales en Navarra y las Provincias Vascas escribe LOURDES SORIA SESÉ; refiriéndose a los siglos XVI a XVIII, estudia la titularidad de la propiedad, la defensa de la propiedad concejil y las modificaciones, usurpaciones y enajenaciones de los bienes comunales en estas provincias.

Volviendo a Castilla, pero ya en los tiempos más cercanos, con el trabajo de JOSÉ RAMÓN MORENO FERNÁNDEZ titulado *La lógica del comunal en Castilla en la Edad Moderna: avances y retrocesos de la propiedad común*. Se estudia, en especial, la lógica de la propiedad en la Castilla preindustrial y la defensa del comunal castellano durante la Edad Moderna.

Comunales y propios en Valencia es la aportación conjunta de MARIANO PESET ROIG y PILAR HERNANDO SERRA, donde estudian ambas clases de bienes, no sólo en la capital valenciana, sino también en otros pueblos de la región, con atención especial a los expedientes de desamortización.

CARMEN MUÑOZ DE BUSTILLO estudia *Las tierras de Jerez. Suerte de sus usos y aprovechamientos comunales*. De unas 50.000 hectáreas que tenía el extenso patrimonio territorial jerezano a mediados del siglo XVIII, apenas quedan actualmente unas 7.000 hectáreas. A esto han quedado reducidas estas tierras comunales después de la Ley Madoz de 1855.

ALEJANDRO NIETO hace un extenso y cuidadoso examen del tema *Desamortización ilustrada y desamortización liberal de la propiedad agraria*, donde pone en duda que pueda hablarse propiamente de una verdadera y orgánica política agraria de la Ilustración, pues más bien se intentaban remedios aislados a los males del campo mediante colonizaciones interiores, repartimientos de tierras y arrendamientos.

Se hace una salida del ámbito peninsular para estudiar *Las tierras comunales en los pueblos de indios y su trayectoria en el México independiente*, donde JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADO estudia las formas de la propiedad comunal en la época inmediatamente posterior a la independencia.

ELOY COLOM PIAZUELO aporta su ponencia *El proceso de formación del bien comunal y sus consecuencias: los aprovechamientos vecinales en Aragón*, que se dedica a estudiar el proceso de estos aprovechamientos antes y después de la ley desamortizadora de 1855, con las consecuencias que se produjeron al introducirse el concepto formal de bien comunal, y en especial por la aparición de una pluralidad de supuestos de tales aprovechamientos comunales.

Avanzando ya en el tiempo y acercándonos a la época actual, el Grupo de Estudios de Historia Rural nos presenta su estudio sobre *Propiedad y uso de los montes públicos en España (1855-1925)*, donde nos ofrece una panorámica de la idea y el concepto de monte público en ese período de tiempo, cuando se produce el fenómeno de la privatización de los aprovechamientos de los montes públicos.

JESÚS BALBOA LÓPEZ hace una amplia exposición de un tema candente en tierras galaicas, con su trabajo *Al margen de la ley: la defensa de los montes vecinales de Galicia (1848-1868)*, referido especialmente a la figura genuina de los montes vecinales en manos comunes, cuya subsistencia y vitalidad actual está fuera de duda. Estudia la marginación legal de esta propiedad y la defensa de los montes vecinales frente a la desamortización, frente a los Distritos Forestales, frente a la individualización y frente a la repoblación forestal.

Los bienes comunales desde la perspectiva socioambiental supone un estudio a través de la ecología que suscriben MANUEL GONZÁLEZ DE MOLINA, ANTONIO ORTEGA SANTOS y ANTONIO HERRERA GONZÁLEZ DE MOLINA, quienes califican de tragedia de los comunales el hecho de sus limitaciones con los cerramientos y los modos de uso de los recursos, lo que ha dado lugar, en algunos casos, a la desarticulación de la propiedad comunal.

Hay dos estudios jurisprudenciales en este tomo: el primero se titula *Aprovechamientos comunales y propiedad individual. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, de JAVIER INFANTE MIGUEL-MOTTA y EUGENIA TORIJANO PÉREZ; y el otro, *La consideración de los bienes comunales por la jurisprudencia a partir de la publicación del Código Civil*, de CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET. La ponencia primera atiende a la jurisprudencia decimonónica del Tribunal Supremo, referida al debate entre los restos del comunismo y la propiedad individual; el otro estudio refleja la jurisprudencia posterior a la codificación.

El Registrador JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE afronta el aspecto registral en su ponencia *La relación de los bienes comunales y de dominio público en el Registro de la Propiedad*, donde analiza el concepto y las clases de bienes de dominio público, así como su naturaleza jurídica, para, a seguido, exponer la relación que existe entre esos bienes públicos y comunales con el Registro de la Propiedad y el reflejo de sus mutaciones en los libros registrales.

Termina el libro con dos estudios de tipo histórico. IGNACIO IRIARTE GOÑI analiza el período 1800-1995 con su ponencia *Las tierras comunales en España: pervivencia, cambio y adaptación*, y ANTONIO LÓPEZ ESTURILLO nos aporta *Prácticas comunales y patrimonio público en la historia*. Son dos historiadores agrarios que con sus interesantes trabajos contribuyen a la riqueza de los debates sobre esta materia.

El libro es un estudio completo sobre los bienes comunales, esos terrenos que mantienen unos ecos entrañables en nuestros ámbitos rurales, y cuyo panorama se nos presenta gracias a la colaboración entre la Universidad de Salamanca y el Colegio de Registradores de la Propiedad. Es una obra interesante, de agradable lectura, que nos proporciona valiosos datos sobre esta peculiar figura rural de los bienes comunales.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL DE LA: *El derecho de retracto convencional*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2001. Un tomo de 489 págs.

En los ya lejanísimos tiempos en que aprendimos las primeras nociones del Derecho, en el caserón de la calle de San Bernardo todavía nos enseñaban en latín los conceptos más clásicos y representativos, tomados básicamente del Derecho Romano, como es lógico. Aunque el latín está perdiendo galones a marchas forzadas, creo que aún tiene el peso suficiente, al menos entre los juristas, como para producir un suficiente respeto reverencial.

Y, efectivamente, uno de esos conceptos básicos es el de la jurisprudencia, que el maestro ULPIANO nos definió con líneas indelebles como *Divinarum atque humanarum rerum noticia, iusti atque iniusti sciencia*.

De la jurisprudencia, pues, se trata. Y no es cosa de recordar ahora la discusión sobre si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho, tal como

debaten los autores el tema de su verdadero papel en la realidad jurídica. Recientemente, en su discurso de ingreso como Académico de Número en la Real de Jurisprudencia y Legislación, el profesor RAMÓN LÓPEZ VILAS hizo ver que, si bien el antiguo artículo 6 del Código Civil no concedía consideración de fuente creadora de normas a la jurisprudencia, en cambio la nueva redacción del párrafo 6.º del artículo 1.º, dada en la reforma del Título Preliminar, ya se le atribuye un mayor valor, en cuanto establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Así, pues, aunque no sea fuente directa, la jurisprudencia juega, en todo caso, un importante papel, no sólo complementario, tal como parece desprenderse de la expresión del Código, sino hasta primordial en ocasiones, manifestándose su relevancia en la aplicación práctica del Derecho. Si el Derecho vive y se aplica es porque las normas tienen respuesta en los casos que se presentan en la realidad, y tal como los tribunales resuelvan, en último término el Supremo... aunque ahora tenemos una instancia prácticamente superior con las decisiones del Tribunal Constitucional. Pero eso es otra cuestión en la que no vamos a entrar ahora.

Cuando la doctrina es reiterada y las normas se interpretan y aplican de modo uniforme, hay base para aceptar estas pautas como orientativas y aplicables a los casos análogos que puedan suscitarse en lo sucesivo, lo que supone en la realidad la existencia de una fuente de aplicación y casi creación del Derecho.

Este es el prisma que ha preferido la autora de este libro, MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, a quien ya conocen nuestros lectores por sus frecuentes colaboraciones y publicaciones que se han reflejado en estas páginas. Aquí se estudia el derecho de retracto convencional, acudiendo para ello no sólo a la doctrina y la legislación, sino también a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como a las doctrinas de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyas Resoluciones contienen con frecuencia acertadas decisiones al dirimir los casos de inscribibilidad de los actos sometidos a inscripción; es la llamada jurisprudencia registral, que goza de gran consideración en el ámbito jurídico.

Siguiendo principalmente estas líneas jurisprudenciales, la autora nos presenta un amplio y completo estudio de la figura del retracto convencional, empezando por su concepto, naturaleza jurídica, elementos y efectos, con la expresión del contenido de las sentencias que han conformado la figura a lo largo del tiempo, una vez que interpretaban y aplicaban las normas correspondientes.

La obra se desarrolla a lo largo de cuatro capítulos. En el primero se aborda el concepto y la naturaleza jurídica del retracto convencional, según lo ha configurado la jurisprudencia y la doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, mostrándonos que inicialmente se conoció la figura como pacto de retroventa o derecho de retraer y a veces como venta a carta de gracia. En cuanto a su configuración, unas veces se consideró como venta sujeta a condición resolutoria o suspensiva desde el punto de vista del comprador y ya, en sentencias más modernas, como derecho de readquisición. La autora recoge los varios fallos en los que se fijan los caracteres de este retracto y se le distingue de otras figuras afines, basándose en las teorías del «doble efecto» o de la «titularidad formal».

En el capítulo II la autora nos presenta la jurisprudencia sobre los modos de constitución, los elementos personales, reales y formales, el contenido de este derecho y las causas de su extinción. Aquí se estudian los problemas de la institución relativos a las contrapuestas figuras del comprador y el vendedor, con sus respectivos derechos y obligaciones mientras el pacto está vigente y las causas de su extinción que origina la consolidación del adquirente.

El punto central de la obra radica en el capítulo III, donde se contempla el ejercicio del derecho de retracto, mediante el cual se obtiene la concreta finalidad económico-social para la que se constituyó. Estas cuestiones se desarrollan en el capítulo, siempre bajo el prisma de las declaraciones jurisprudenciales y son, en esencia, las siguientes:

Significado y alcance del pacto de retro; su duración; el modo y requisitos necesarios para llevar a cabo el ejercicio del derecho y, por último, la actuación de las partes, tanto del vendedor como el comprador, sean únicos o en el supuesto de pluralidad de sujetos.

Y en el capítulo IV se pone en relación este derecho con la debatida cuestión de si es o no inscribible en el Registro de la Propiedad, en cuanto puede dudarse, y se ha discutido, si se trata o no de un auténtico derecho real. Si miramos tanto el inciso final del apartado 2.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y el artículo 7 de su Reglamento, en nuestro sistema rige el sistema del *numerus apertus* y por ello la Dirección General en numerosas Resoluciones, que la autora recoge, ha admitido la posibilidad de inscribir este pacto cuando se conforma con los requisitos necesarios para ser considerado un verdadero derecho oponible a terceros. Así, se estudia en concreto la configuración del retracto como derecho real y su inscribibilidad, los requisitos para hacer posible la inscripción y los efectos que produce a la luz de los distintos principios hipotecarios que le afectan.

Como si se tratase de una verdadera Tesis Doctoral, y tiene contenido y hechuras de lo cual, la autora termina el libro con unas conclusiones en las que formula sus ideas que ha elaborado basándose tanto en la jurisprudencia civil como en la registral, cuyas declaraciones cita resumidas. Aquí concreta su tesis en que el pacto de retro, como derecho real, posee eficacia *erga omnes*, de modo que su contenido, duración y particularidades pueden ser conocidos por todos a través del instrumento técnico y legal para otorgar esa cognoscibilidad, que es la inscripción en el Registro.

Un excelente trabajo cuyo interés no es puramente teórico, sino que tiene gran trascendencia práctica por el minucioso estudio que se realiza de los problemas y las soluciones que otorga nuestra jurisprudencia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 193 (Abril-Mayo 2002)

«*Ius aedificandi* y propiedad del suelo: Real Decreto-ley 4/2000. STC 164/2001 y Leyes Regionales posteriores», por ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, pág. 11.

SUMARIO: I. URBANISMO Y VIVIENDA.—II. PRINCIPALES MODIFICACIONES DEL DECRETO LEY 4/2000: 1. NUEVA REGULACIÓN DE LOS CRITERIOS LEGALES PARA DELIMITAR EL SUELO NO URBANIZABLE. 2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMPETENTES PARA PROMOVER LA TRANSFORMACIÓN DEL SUELO URBANIZABLE. 3. NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO A PROMOVER LA TRANSFORMACIÓN DEL SUELO URBANIZABLE. 4. NUEVO RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.—III. APLICACIÓN INMEDIATA Y RÉGIMEN TRANSITORIO: 1. APLICACIÓN INMEDIATA. 2. NO NECESARIA ADAPTACIÓN DEL PLANEAMIENTO EXISTENTE: MODIFICACIÓN SIMULTÁNEA DEL SUELO NO URBANIZABLE EN EL PLANEAMIENTO GENERAL, Y TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN DEL PLAN PARCIAL FORMULADO POR LA INICIATIVA PRIVADA.—IV. SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS PUNTOS DEL DECRETO-LEY.—V. UN NUEVO CONCEPTO DE PROPIEDAD URBANÍSTICA.—NOTA COMPLEMENTARIA: 1. Prensa. 2. Artículos doctrinales: a) JOSÉ FÉLIX MÉNDEZ CANSECO: «La armonización del Derecho Urbanístico. Comentarios a propósito del Real Decreto-ley 41/2000, de 23 de junio», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 6 de julio de 2000, año X, núm. 446, págs. 1 y sigs.; b) ENRIQUE PORTO REY: «Aspectos prácticos y reflexiones sobre las medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario, contenidas en el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 41/2000», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 179, julio-agosto 2000, págs. 161 y sigs.—APOSTILLAS: I. NUEVAS LEYES AUTONÓMICAS Y ALGUNOS ARTÍCULOS DOCTRINALES.—II. LA SENTENCIA 164/2001, DE 11 DE JULIO, SOBRE LA LEY 6/1998.—III. CONCLUSION.

«La obtención de licencia de obras, de segregación de terrenos y de división horizontal de edificios por silencio administrativo en la Comunidad Valenciana», por RAFAEL RIVAS ANDRÉS, pág. 41.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS NORMAS QUE EXIGEN LICENCIA PARA CONSTRUIR, SEGREGAR Y DIVIDIR HORIZONTALMENTE EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA VALENCIANA.—III. COMO SE OBTIENEN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO LAS LICENCIAS DE OBRAS, DE SEGREGACIÓN Y DE DIVISIÓN HORIZONTAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA VALENCIANA.—IV. COMO SE ACREDI-

TA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO PARA AUTORIZAR E INSCRIBIR ESCRITURAS DE OBRA NUEVA, SEGREGACION Y DIVISION HORIZONTAL EN LA LEGISLACION ESTATAL Y EN LA VALENCIANA.—V. CONCLUSIONES.—VI. UN MODELO DE CLAUSULA DE ACREDITACION DEL SILENCIO.—VII. UN MODELO DE ACTA DE SOLICITUD DE CERTIFICACION DEL SILENCIO.

- «Balance actual del modelo urbanístico valenciano. Apuntes para un análisis propositivo», por GERARDO ROGER FERNÁNDEZ, pág. 59 (sin sumario).
- «Del Código Civil al Estatuto de la ciudad: algunas notas sobre la trayectoria del Derecho Urbanístico en Brasil», por EDÉSIO FERNÁNDEZ, pág. 83 (sin sumario).
- «Protección ambiental y ordenación territorial y urbanística: ponderación y desarrollo sostenible», por BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, pág. 111.

SUMARIO: I. MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE: a) CONCEPTO JURÍDICO DE MEDIO AMBIENTE; b) LA ETERNA LUCHA ENTRE CONSERVACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO. SOLUCIÓN: DESARROLLO SOSTENIBLE: 1. *Desarrollo sostenible en el Derecho Internacional y Comunitario*. 2. *Desarrollo sostenible en la Constitución Española de 1975*. 3. *Desarrollo sostenible en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia*.—II. ORDENACION DEL TERRITORIO: UNA TÉCNICA PARA LA CONSECUION DEL DESARROLLO SOSTENIBLE: a) EL CONCEPTO DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO; b) DISTINCIÓN ENTRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO; c) INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LAS LEYES AUTONÓMICAS DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO; d) LOS PLANES ESPECIALES DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.—III. LA PLANIFICACION AMBIENTAL: a) LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES (PORN) Y LOS PLANES RECTORES DE USO Y GESTIÓN (PRUG) DE LA LEY 4/1989, DE CONSERVACIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES Y DE LA FLORA Y FAUNA SILVESTRES; b) PREVALENCIA DE LAS DETERMINACIONES CONTENIDAS EN LOS PORN Y PRUG SOBRE LAS REGULADAS EN LOS PLANES TERRITORIALES Y URBANÍSTICOS: 1. *Prevalencia de los PRUG sobre el planeamiento urbanístico y la figura del Plan Especial*. c) LA PROBLEMÁTICA DISTINCIÓN ENTRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y MEDIO AMBIENTE: 1. *La ordenación del territorio y el medio ambiente ¿son títulos intercambiables?* 2. *Un primer intento de distinción entre ordenación del territorio y el medio ambiente. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 3. *Propuesta de criterios de distinción entre ordenación del territorio y medio ambiente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 4. *El planeamiento ambiental y la ordenación de los usos del suelo. Doctrina oscilante del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia*.—IV. RECIENTE MATERIAL SOBRE LA CUESTION: a) OTRO ELEMENTO PERTURBADOR: LA DECLARACIÓN POR LEY DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS: 1. *El caso de la Ley balear 17/2001, de 19 de diciembre, de protección ambiental de Ses Salines de Eivissa y Formentera*; b) LA PROPUESTA INTEGRADORA DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA CANARIA.

- «Medidas para evitar la contaminación invisible por ruido y radiaciones», por J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y ANGEL LOBO RODRIGO, pág. 171.

SUMARIO: 1. EL PROBLEMA DE LA CONTAMINACION INVISIBLE.—2. CARACTERISTICAS.—3. ENTORNO NATURAL Y ENTORNO URBANO.—4. PRIMERA MEDIDA: AFLORAR LA CONTAMINACION INVISIBLE.—5. SEGUNDA MEDIDA: IDENTIFICAR LA PREOCUPANTE.—6. TERCERA MEDIDA: CONOCER SOLUCIONES Y EXPERIENCIAS AJENAS.—7. CUARTA MEDIDA: GENERAR SOLUCIONES PROPIAS (NUEVAS Y NO TAN NUEVAS).—8. QUINTA MEDIDA: ALLEGAR LOS MEDIOS.—9. SEXTA Y ULTIMA MEDIDA: HACER ACEPTABLE SOCIALMENTE LA IMPLEMENTACION DE LAS MEDIDAS.—10. COMENTARIO FINAL Y CONCLUSIONES.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 7 (2002)

«Los efectos de la preterición: aspectos doctrinales y jurisprudenciales», por M.^a AMPARO MORENO DEL VALLE, pág. 247.

SUMARIO: I. TRASCENDENCIA DE ESTE ASPECTO.—II. CONCEPTO.—III. ANTECEDENTES HISTORICOS.—IV. PRETERICION Y PARTICION.—V. FUNDAMENTO EN LOS EFECTOS.—VI. NATURALEZA Y REQUISITOS.—VII. LA INTERCONEXION TESTAMENTO-PRETERICION.—VIII. LOS EFECTOS DE LA PRETERICION Y LA REFORMA DE 1981.—IX. CONSTITUCIONALIZACION DE LA FIGURA.

COMENTARIO: Tras referirse al concepto y los antecedentes históricos de la institución objeto de estudio, la preterición, la autora se centra en los efectos de la misma, por recaer en ellos el aspecto esencial de la figura jurídica.

Se parte del fundamento de preterición como la protección de la legítima debida en el supuesto en que el causante incumpla totalmente por omisión con el deber legitimario. Con la reforma de 1981 (necesaria tras la CE y la consideración igualitaria de hijos matrimoniales y extramatrimoniales que pueden ser preteridos) se corrigen los efectos de la preterición, pues se da beligerancia a la inexistencia de intención o voluntad en la preterición de hijos y descendientes, pues si los hubiese conocido o tenido en cuenta se podría haber otorgado otro testamento (en el caso de omisión de hijos) o hubiera instituido herederos a otras personas (en el supuesto de descendientes). A su vez se gradúan los efectos de la preterición. Pues la intencional tiene la finalidad de asegurar al legitimario preterido la percepción de su legítima, mientras que la errónea tiene la finalidad de anular ciertas disposiciones testamentarias.

Preterición que ha de ser instada por los legitimarios preteridos sin que quepa que sea declarada de oficio por los Tribunales.

Número 8 (2002)

«La responsabilidad civil por alimentos defectuosos», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EVOLUCION EN EL SIGLO XX.—III. CARACTERISTICAS PRINCIPALES.—IV. REGIMEN ESPECIAL DE LOS ALIMENTOS.—V. OBRAS CITADAS.

Número 9 (2002)

«Algunas reflexiones sobre los procesos matrimoniales en la LEC 2000 (Cuestiones generales, procedimiento contencioso y procedimiento de mutuo acuerdo)», por FERNANDO PEÑA LÓPEZ, pág. 313.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CUESTIONES GENERALES: 1. JURISDICCION Y COMPETENCIA: A) *Jurisdicción*. B) *Competencia*. 2. LEGITIMACION: LAS PARTES Y OTROS SUJETOS QUE PUEDEN INTERVENIR EN EL PROCESO. 3. POSTULACION. LA REPRESENTACION Y DEFENSA DE LAS PARTES EN EL PROCESO. 4. LA DISPONIBILIDAD DEL OBJETO DEL PROCESO Y LA PRUEBA: A) *La renuncia, la transacción y el allanamiento*. B) *El desistimiento en los procesos matrimoniales*. C) *La suspensión del procedimiento*. D) *La aportación de hechos y la proposición de prueba*. 5. EXCLUSIÓN DE LA PUBLICIDAD Y ACCESO A LOS REGISTROS PÚBLICOS DE LAS SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES.—III. EL PROCESO CONTENCIOSO DE NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO.—IV. EL PROCEDIMIENTO DE SEPARACION Y DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO.

Número 10 (2002)

«Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», por MARÍA ANGELES VELÁZQUEZ MARTÍN, pág. 343.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. LA VIVIENDA FAMILIAR. LIMITACIONES A SU DISPONIBILIDAD: 1. ADQUISICIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES DURANTE EL MATRIMONIO. 2. LIMITACIÓN EN LA DISPOSICIÓN DE DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR.—III. DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO.—IV. CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DE LA DESPOSESION DE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. ESPECIAL REFERENCIA A LA VIVIENDA FAMILIAR DE CARÁCTER PRIVATIVO.—V. CRITERIOS DE VALORACION ECONOMICA DEL DERECHO DE USO.—VI. BIBLIOGRAFIA.

COMENTARIO: En el presente artículo se defiende el derecho del cónyuge no titular del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso cotidiano de ella (art. 96 del Código Civil) desposeído con justo título, a ser compensado

económicamente en la liquidación de los gananciales. Derecho de uso que debe ser tenido en cuenta al realizar el avalúo de los bienes y derechos que serán adjudicados a cada uno de los cónyuges.

La cuestión tiene importancia en aquellos supuestos en los que el cónyuge titular dominical único de la vivienda no se convierte en el cónyuge titular del uso, sobre todo en lo relativo a las consecuencias económicas que conlleva. Todo ello, además, modalizado por el hecho de la consideración específica que tiene la vivienda familiar sobre la cual prima el interés de toda la familia en detrimento del interés del titular dominical individual.

La cuestión más importante de la desposesión de la vivienda familiar al titular se centra en sus consecuencias, sobre todo en si la ocupación ha de ser dotada de contenido económico, a los efectos del avalúo que precede a las adjudicaciones. La autora defiende que dicha atribución supone un desequilibrio económico entre ambos cónyuges, lo cual ha de reflejarse en la adjudicación de los respectivos lotes al proceder a la liquidación de gananciales, generándose un derecho de compensación al cónyuge no atributario del uso. Por otro lado, la atribución del uso a uno de los cónyuges implica un aprovechamiento por parte del cónyuge custodio, que tiene difícil cobertura legal cuando no se ha establecido ningún tipo de derecho a pensión alimenticia o compensatoria a favor del cónyuge custodio. Desequilibrio que tendrá su causa tanto por el enriquecimiento que supone para el cónyuge no usuario como beneficiario de un derecho dotado de contenido económico, como por la pérdida patrimonial que conllevará para el cónyuge no atributario.

Por último, la autora se detiene en exponer alguno de los criterios para su cuantificación económica, tales como la normativa fiscal, las estadísticas de las compañías de seguros, las tablas de valoraciones, la recompensa por subrogación y los precios en relación al mercado de alquileres de la zona.

Número 11 (2002)

«Régimen jurídico de los recursos en el orden jurisdiccional civil», por ANTONIO RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, pág. 371.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. RESOLUCIONES RECURRIBLES.—III. CUESTIONES GENERALES SOBRE LOS RECURSOS.—IV. EL RECURSO DE REPOSICION.—V. EL RECURSO DE APELACION.—VI. EL RECURSO DE QUEJA.—VII. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL.—VIII. RECURSO DE CASACION.—IX. RECURSO EN INTERES DE LEY.—X. LA NULIDAD DE ACTUACIONES. SU REGULACION EN LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Número 12 (2002)

«La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», por JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ, pág. 413.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA INSEGURIDAD DEL OPERADOR JURIDICO ENFRENTADO A LA APLICACION DE UN DERECHO EXTRANJERO.—II. LAS PRIMERAS APROXIMACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO: DELIMITACION: 1. LAS RESOLUCIONES EN AMPARO: EL ORIGEN DE LA CONTROVERSIDAD CONSTITUCIONAL. 2. LA DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIDAD CONSTITUCIONAL: EN TORNO AL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—III. EL CONFUSO PANORAMA DE LA APLICACION JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO: LA COLABORACION ENTRE JUEZ Y PARTES.—IV. LOS TERMINOS DE LA COLABORACION JUDICIAL.—EL DEBER CONSTITUCIONAL DE COLABORACION EN LA AVERIGUACION DE LA LEY EXTRANJERA: 1. LA COLABORACIÓN JUDICIAL TENDENTE A LA APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA RECLAMADA. 2. LA DELIMITACIÓN DE LOS CONTORNOS CONSTITUCIONALES DEL DEBER JUDICIAL A COLABORAR.—V. LA CONCRECION PRACTICA DEL DEBER JUDICIAL DE COLABORACION EN LA AVERIGUACION DE LA LEY EXTRANJERA: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL ARTICULO 24.2 CE.—VI. LA DESESTIMACION DE LA DEMANDA EN AUSENCIA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: LA OPORTUNIDAD-NECESIDAD DE UN PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE SU ALCANCE CONSTITUCIONAL.—VII. LA DESESTIMACION DE LA DEMANDA DESDE LA OPTICA DE UN TRATAMIENTO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO: 1. Lo TRADICIONAL: NATURALEZA FÁCTICA DE LA LEY EXTRANJERA. 2. LA LEY EXTRANJERA ES UNA NORMA JURÍDICA.—VIII. LA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE UNA RESOLUCION SOBRE EL FONDO Y LA DESESTIMACION DE LA DEMANDA: EL PROCESO LOGICO.—IX. EXAMEN DE SUPUESTOS: EL DIFICIL AJUSTE CONSTITUCIONAL DE LA DESESTIMACION DE LA DEMANDA EN AUSENCIA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.—X. EL ALCANCE DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—XI. EN CONCLUSION.

Número 13 (2002)

«Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por ANGELES PÉREZ VEGA, pág. 447.

SUMARIO: I. MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS O PROVISIONALISIMAS A LA DEMANDA DE NULIDAD, SEPARACION O DIVORCIO MATRIMONIAL: 1. CONCEPTO Y CARACTERES. 2. LEGITIMACIÓN. 3. SOLICITUD: REQUISITOS. 4. PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVIAS O PROVISIONALISIMAS: A) *Supuestos especiales de urgencia*. B) *La comparecencia*. C) *Resolución*. 5. DURACIÓN DE LOS EFECTOS Y MEDIDAS ADOPTADOS.—II. CONFIRMACION O MODIFICACION DE LAS MEDIDAS PREVIAS O PROVISIONALISIMAS AL ADMITIRSE LA DEMANDA: 1. INCIDENTE PARA COMPLETAR O MODIFICAR LAS MEDIDAS PREVIAS. 2. ALCANCE DEL COMPLEMENTO O MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS.—III. MEDIDAS PROVISIONALES O COETANEAS A LA DEMANDA DE NULIDAD, SEPARACION O DIVORCIO: 1. MEDIDAS PROPUESTAS POR EL CÓNYUGE DEMANDANTE DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO:

A) *Acuerdo de ambos cónyuges sobre las medidas provisionales*. 2. MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR EL DEMANDADO. 3. ADOPCIÓN DE OFICIO POR EL JUEZ. 4. VIGENCIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.—IV. MEDIDAS DEFINITIVAS: 1. PETICIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS. 2. ACUERDO DE LOS CÓNYUGES RESPECTO A LAS MEDIDAS DEFINITIVAS. 3. DESACUERDO ACERCA DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS. 4. RESOLUCIÓN SOBRE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS. 5. EFICACIA DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS.—V. MODIFICACION DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS: 1. LEGITIMACIÓN. 2. PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS. 3. MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS EN UN PLEITO POSTERIOR.—VI. EJECUCION FORZOSA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE MEDIDAS: 1. CUESTIONES GENERALES. 2. ESPECIALIDADES PROPIAS EN MATERIA DE FAMILIA: A) *Contenido de las sentencias matrimoniales*. B) *Ejecución de los pronunciamientos de contenido económico: incumplimiento reiterado de las obligaciones de pago de una cantidad*. C) *Ejecución de los pronunciamientos de contenido no económico y carácter personalísimo*. D) *Especial mención a la ejecución del pronunciamiento sobre el régimen de visitas*.

Número 14 (2002)

«El cambio del viejo al nuevo artículo 1.045 y su derecho transitorio», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, pág. 489.

SUMARIO: I. LA CANTIDAD NOMINAL A COLACIONAR EN EL VIEJO ARTICULO 1.045, CALCULADA SEGUN EL TIEMPO EN QUE SE DONO, Y LA SUMA A COLACIONAR CALCULADA CUANDO SE COLACIONA EN EL NUEVO ARTICULO 1.045.—II. LAS OPINIONES DE LA DOCTRINA.—III. LA JURISPRUDENCIA.—IV. OBSERVESE QUE LA REFORMA DEL ARTICULO 1.045 NO CONSISTE EN INTRODUCIR EL CRITERIO VALORISTA EN LA VALORACION DE LA EPOCA DE LA DONACION, SINO EN VALORAR EN LA EPOCA DE LA PARTICION.—V. ALGUNAS COSAS QUE QUIERO DECIR SOBRE LAS RAZONES DE LA REFORMA DEL ARTICULO 1.045.—VI. TODAVIA SE SIGUE MANTENIENDO HOY POR ALGUNOS LA OPINION DE SER VALORISTA EL ESPIRITU DEL VIEJO 1.045.—VII. EL DERECHO TRANSITORIO DEL VIEJO AL NUEVO ARTICULO 1.045.

COMENTARIO: En el presente trabajo se analiza la reforma del artículo 1.045 del Código Civil, de 13 de mayo de 1981. Se pone de manifiesto como el espíritu del antiguo tenor literal del precepto era la consideración de la colación era como una deuda de dinero y no como una deuda de valor, poniéndose el énfasis en el valor de lo donado al tiempo en que se donó, mientras que la reforma se refiere al valor de lo donado al tiempo en que se evalúan los bienes hereditarios. Razones de tipo económico, mejor dicho, inflacionistas, son la causa de la modificación.

Tanto doctrina como jurisprudencia se han dividido en torno al criterio nominalista o valorista del antiguo precepto.

La reforma no sólo se centra en imponer el criterio valorista del antiguo precepto (tal y como señaló la STS de 19 de julio de 1982), sino en modificar

el momento en que se debe hacer la valoración: no en el de la donación sino en el de la partición que es cuando tiene lugar la colación.

Reforma que pone de manifiesto que el antiguo artículo 1.045 del Código Civil realmente establecía la colación de lo que nominalmente valía lo donado cuando se donó, frente a la tesis actual en el que se colaciona lo que vale lo donado al colacionarlo o, mejor dicho, lo que valdría si estuviese como cuando fue donado. Se trata de lo que, según el autor, es una interpretación correctora.

Por último, se entra a estudiar un punto importante de derecho transitorio, cual es el de que artículo debe aplicarse cuando la donación se realizó en vigencia del texto anterior, y el donante fallece después de 1981. A juicio del prestigioso autor, debe ser aplicado el texto actual del artículo 1.045 del Código Civil, y ello porque las Disposiciones Transitorias de la Ley (de 13 de mayo de 1981) someten a la misma a partir de su entrada en vigor las materias que ella regula en discrepancia con la legislación anterior, aunque las situaciones que tratasen existiesen desde antes.

Número 15 (2002)

«El régimen de las acciones colectivas establecidas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por ANA MARÍA SANZ VIOLA, pág. 515.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL OBJETO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.—III. RELACION ENTRE LAS DISTINTAS ACCIONES DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION: 1. EJERCICIO SIMULTÁNEO DE ACCIONES: A) *Acumulación de acciones colectivas*. B) *Acumulación de acciones individuales y colectivas*. C) *Acumulación de procesos*. D) *Intervención de terceros*. 2. EJERCICIO SUCESIVO DE ACCIONES: A) *Ejercicio de la acción colectiva posterior a la individual*. B) *Ejercicio de la acción individual posterior a la colectiva*.—IV. CONTENIDO, EFECTOS Y EJECUCION DE ESTAS SENTENCIAS: 1. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. 2. EFECTO DE LA SENTENCIA. 3. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.—V. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 243 (Enero-Marzo 2002)

«Consideraciones sobre algunas novedades de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas», por IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, pág. 15.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. LA LEY DE MARCAS Y LOS SIGNOS DISTINTIVOS. 2. CAUSAS DE LA REFORMA.—II. ASPECTOS NOVEDOSOS DE LA LEY: 3. SISTEMÁTICA. 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 5. EL NACIMIENTO DEL DERECHO SOBRE LA MARCA. 6. LEGITIMACIÓN. 7. CONCEPTO DE MARCA. 8. SOLICITUD Y PROCEDIMIENTO.

9. DURACIÓN. 10. CONTENIDO. 11. MARCAS DERIVADAS Y AMPLIACIÓN DE MARCAS. 12. NULIDAD Y CADUCIDAD. 13. MARCAS COLECTIVAS Y DE GARANTÍA. 14. MARCAS INTERNACIONALES. 15. MARCA COMUNITARIA. 16. NOMBRES COMERCIALES. 17. RÉGIMEN TRANSITORIO.—III. CONCLUSIONES: 18. VALORACIÓN CRÍTICA.

«Los contratos pendientes de ejecución en la fusión», por CÁNIDO PAZ-ARES y MARÍA ISABEL SÁENZ LACAVE, pág. 45 (sin sumario).

«La Junta Universal de Accionistas o Socios (una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas)», por LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO, pág. 71.

SUMARIO: 1. JUSTIFICACION Y PROPOSITO.—2. EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACION DE LA JUNTA UNIVERSAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.—3. RAZONES QUE EXPLICAN EL PROCESO DESCRITO: LA RATIO DE LA INSTITUCION.—4. REQUISITOS QUE HAN DE CUMPLIRSE PARA QUE UNA JUNTA SEA CONSIDERADA UNIVERSAL: UNA PRIMERA DESCRIPCION.—5. PRIMER REQUISITO: LA PRESENCIA EN LA JUNTA DE LA TOTALIDAD DEL CAPITAL SOCIAL: 5.1. EL PROBLEMA DE SI LA EXPRESIÓN «TOTALIDAD DEL CAPITAL SOCIAL» COMPRENDE O NO LAS ACCIONES Y —EN SU CASO— LAS PARTICIPACIONES SIN VOTO. 5.2. OTROS PROBLEMAS RELATIVOS A LA INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN «TOTALIDAD DEL CAPITAL SOCIAL»: SUPUESTOS DE ACCIONES EN MORA POR DIVIDENDOS PASIVOS (A), USUFRUCTO, PRENDA Y COPROPIEDAD DE ACCIONES O PARTICIPACIONES (B), Y RESTRICCIONES ESTATUTARIAS A LOS DERECHOS DE ASISTENCIA Y VOTO (C). 5.3. EL PROBLEMA DE SI ES O NO POSIBLE EL RECURSO POR PARTE DE LOS SOCIOS AL INSTITUTO DE LA REPRESENTACIÓN. 5.4. EL PROBLEMA DE SI ES O NO NECESARIA LA PRESENCIA EN LA JUNTA UNIVERSAL DE SUJETOS NO SOCIOS FACULTADOS U OBLIGADOS —LEGAL O ESTATUTARIAMENTE— A ASISTIR A LAS JUNTAS GENERALES CON DERECHO DE VOZ PERO SIN VOTO.—6. SEGUNDO REQUISITO: LA ACEPTACION UNANIME POR LA TOTALIDAD DEL CAPITAL DE LA CELEBRACION DE LA JUNTA Y DE SU ORDEN DEL DIA: 6.1. «RATIO» DE ESTE REQUISITO. 6.2. LA ACEPTACIÓN UNÁNIME DE LA CELEBRACIÓN DE LA JUNTA. 6.3. LA ACEPTACIÓN UNÁNIME DEL ORDEN DEL DÍA DE LA SESIÓN.—7. OTROS EXTREMOS DEL REGIMEN JURIDICO DE LA JUNTA UNIVERSAL: 7.1. EL LUGAR DE CELEBRACIÓN DE LA JUNTA UNIVERSAL. 7.2. LA COMPETENCIA DE LA JUNTA UNIVERSAL.—8. A MODO DE EPILOGO: LA DISCIPLINA DE LA JUNTA UNIVERSAL ANTE LOS AVANCES TECNOLOGICOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION.—9. BIBLIOGRAFIA CITADA.

«Aspectos problemáticos de la regulación sobre conflicto de intereses en las entidades de responsabilidad limitada: deficiencias jurídicas del artículo 52 LSRL», por CATALINA RUIZ-RICO RUIZ, pág. 201.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA RELEVANCIA JURIDICA DEL ARTICULO 52 LSRL DESDE SU APORTACION A OTRAS FIGURAS Y A LA INTERPRETABILIDAD DE CIERTOS PRECEPTOS: 2.1. LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA SOBRE CONFLICTO DE INTERESES EN OTRAS FIGURAS AFINES: A) *Paralelismo y deslinde entre conflicto de intereses y autocontrato*. B) *Conflicto y abuso de poder*. 2.2. SU ENTRONQUE CON LA NORMATIVA MÁS PRÓXIMA.—3. ASPECTOS CONTROVERTIBLES DEL ARTICULO 52 LSRL: 3.1. POR EL DISTANCIA-

MIENTO ENTRE AMBOS TIPOS DE ENTIDADES DE CAPITAL. 3.2. POR SU INADAPTACIÓN A CIERTAS SOCIEDADES LIMITADAS Y SU POSIBLE ALCANCE GENERALIZADO. 3.3. VISIÓN PARCIAL DEL CONFLICTO A NIVEL SUBJETIVO Y OBJETIVO: A) *Desde una perspectiva subjetiva*. B) *Según una óptica objetiva*.—4. REFLEXION SOBRE LAS CUESTIONES PROBLEMATICAS DE LAS OPERACIONES TIPIFICADAS: 4.1. EXCLUSIÓN. 4.2. LIBERACIÓN DE OBLIGACIONES: A) *Pago o cumplimiento*. B) *Compensación*. C) *Confusión*. D) *Condonación*. 4.3. CONCESIÓN DE DERECHOS. 4.4. ANTICIPO DE FONDOS. 4.5. OPERACIONES FINANCIERAS. 4.6. PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA. 4.7. PRESTACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS.—5. IMPREVISION DEL CONFLICTO INDIRECTO Y OCULTO DE INTERESES.—6. CONCLUSIONES EN TORNO A LA SOLUCION LEGAL AL CONFLICTO. RECAPITULACION.

«El Derecho Marítimo en las Facultades de Derecho (Consideraciones con motivo de la aparición del “curso de Derecho Marítimo” del profesor Arroyo)», por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, pág. 253 (sin sumario).

«La autonomía de la voluntad en el crédito documentario irrevocable», por RAFAEL MARIMÓN DURÁ, pág. 261.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DETERMINACION DEL REGIMEN DE AUTORREGLACION CONTRACTUAL.—III. FUNDAMENTACION DEL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.—IV. IRREVOCABILIDAD DEL CREDITO.—V. CONFIGURACION DE LAS CONDICIONES A QUE SE SOMETE EL PAGO DEL CREDITO.—VI. INCLUSION DE «PACTOS ANOMALOS» EN LA CARTA DE CREDITO.—VII. POSIBILIDADES DE LIMITAR O EXCLUIR LA EFICACIA DE LOS «PACTOS ANOMALOS».—VIII. CONCLUSIONES.

«Acción social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento (Comentario a la STS 1.ª, 30-11-2000)», por MARÍA ISABEL HUERTA VIESCA, pág. 295 (sin sumario).

«La aplicabilidad del Código de Comercio a la navegación de recreo», por JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE, pág. 305.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL CONCEPTO DE BUQUE: 2.1. EL CONCEPTO DE BUQUE ADOPTADO EN EL ARTÍCULO 146 RRM: 2.1.1. *Flotabilidad, destinación a la navegación y aptitud para navegar*. 2.1.2. *Actividad ejercitada por el buque (navegación no comercial y navegación fluvial)*. 2.1.3. *Hovercrafts, hidrofoils, submarinos y plataformas marinas*. 2.2. EL CONCEPTO DE BUQUE EN LA STS NÚMERO 1235/2000: 2.2.1. *Antecedentes de hecho de la STS número 1235/2000*. 2.2.2. *Interpretación del artículo 146 RRM en sentido amplio (navegación comercial y no comercial) en la STS número 1235/2000*: 2.2.2.1. *Introducción*. 2.2.2.2. *Interpretación estricta o tradicional*. 2.2.2.3. *Interpretación amplia o moderna*.—3. LA APLICACION DEL ARTICULO 952.1º C. DE C. A LA NAVEGACION DE RECREO EN LA STS NUMERO 1235/2000.—4. APLICACION ANALOGICA DEL CODIGO DE COMERCIO A LA NAVEGACION NO COMERCIAL.—5. CONCLUSIONES.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 114 (Octubre-Diciembre 2001)

«Estado pluricultural, orden internacional, ciudadanía poscolonial: elecciones constitucionales en el Perú», por BARTOLOMÉ CLAVERO, pág. 11.

SUMARIO: 1. UNAS ELECCIONES NO TAN ORDINARIAS.—2. UNA LIBERTAD SEVERAMENTE OBLIGATORIA.—3. UNA HISTORIA CONSTITUYENTE DE ESTADO.—4. UNA INCONSTITUYENCIA NO SOLO PERUANA.—5. ORDEN INTERNACIONAL Y DERECHO POSCOLONIAL.—6. CONSTITUCION PLURICULTURAL Y CIUDADANIA IGUALMENTE VIRTUAL.

«Bienestar individual y legitimidad (1)», por J. VILAS NOGUEIRA, pág. 41.

SUMARIO: 1. LAS NOCIONES DE BIENESTAR INDIVIDUAL Y SATISFACCIÓN VITAL: EL BIENESTAR INDIVIDUAL. IGUALITARISMO, ENVIDIA Y LA DETERMINACIÓN DEL BIENESTAR.—2. COMPARACION TRANSNACIONAL DE BIENESTAR INDIVIDUAL (AGREGADO), LEGITIMIDAD Y DEMOCRACIA: CRECIMIENTO ECONÓMICO Y BIENESTAR INDIVIDUAL. INDIVIDUALISMO VERSUS COLECTIVISMO. CRECIMIENTO ECONÓMICO Y DEMOCRACIA. LEGITIMIDAD Y SATISFACCIÓN; IDONEIDAD Y EFICACIA DEL SISTEMA. LA DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMIDAD POR SENTIMIENTOS DE SATISFACCIÓN INDIVIDUAL. IDENTIDAD NACIONAL Y AFECCIÓN/DESAFECCIÓN POLÍTICA.—CONCLUSION.—REFERENCIAS.

«El centro no se reduce a la tercera vía», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 69 (sin sumario).

«Hannah Arendt (1906-1975): ¿Sueño heroico o coraje cívico?», por JAVIER ROIZ, pág. 83.

SUMARIO: EL PENSAMIENTO AMPLIADO.—LA LIBERTAD EN LA POLÍTICA.—¿LA LIBERTAD ES UN FENÓMENO DE LA VOLUNTAD?—SALIRSE DEL CUADRO.—¿ALTER EGO O LIBERTAD DE ASOCIACIÓN?—VIRTUOSISMO.—EL PENSAMIENTO COMO DIALOGO.—EL SONAMBULO.—ARENDT Y EL MUNDO DE LOS SUEÑOS.—EL NUEVO ORDEN DEL MUNDO.

«Las elecciones en España: ¿votos iguales y libres?», por RAMÓN SORIANO y CARLOS ALARCÓN, pág. 115.

SUMARIO: 1. LA CRISIS DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD POLÍTICAS DE LOS CIUDADANOS.—2. ¿SISTEMAS ELECTORALES MAYORITARIOS O PROPORCIONALES?—3. LA JUSTICIA ELECTORAL ENTRE EL RELATIVISMO Y LA MANIPULACIÓN ELECTORALES.—4. EL SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL: DONDE LOS VOTOS NO SON NI IGUALES NI LIBRES.—5. LA QUIEBRA DE LA IGUALDAD POLÍTICA DE LOS CIUDADANOS ESPAÑOLES: 5.1. SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL Y FACTORES DE DESPRO-

PORCIONALIDAD. 5.2. SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL E IGUALDAD POLÍTICA DE LOS CIUDADANOS.—6. LA QUIEBRA DE LA LIBERTAD POLITICA DE LOS CIUDADANOS ESPAÑOLES: 6.1. SISTEMA ELECTORAL Y LISTAS CERRADAS Y BLOQUEADAS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. 6.2. SISTEMA ELECTORAL Y LIBERTAD POLÍTICA DE LOS CIUDADANOS.—7. SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—8. PROPUESTA: EL MEJOR SISTEMA ELECTORAL POSIBLE PARA ESPAÑA.—9. FORMULACION DE LA PROPUESTA.—BIBLIOGRAFIA CITADA.

«La ética pública. Perspectivas actuales», por PABLO GARCÍA MEXÍA, pág. 131.

SUMARIO: I. LOS PRINCIPIOS ETICOS DEL PODER PUBLICO. LA ETICA PUBLICA. PERSPECTIVAS ACTUALES: 1. ETICA PÚBLICA Y CULTURA ORGANIZATIVA. 2. CONFIANZA Y SERVICIO PÚBLICOS: ÉTICA PÚBLICA Y PODER DEMOCRÁTICO.—II. INMORALIDAD Y PODER PUBLICO: EL ABUSO DEL PODER PUBLICO: 1. LA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS. 2. LA CORRUPCIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA: 2.A) *En torno a las causas de la corrupción.* 2.B) *El concepto de corrupción.* 3. LOS CONFLICTOS DE INTERESES: 3.A) *Los conflictos de intereses en los EE.UU.* 3.B) *La utilidad de una idea española de conflicto de intereses.* 3.C) *Excurso. La noción de conflicto de intereses en el «Código modelo de conducta» del Consejo de Europa.*—III. REGENERACION ETICA Y REMEDIOS ETICO-PUBLICOS: 1. LA ÉTICA PÚBLICA COMO DISCIPLINA. 2. LA IMPORTANCIA DE LA FORMACIÓN ÉTICO-PÚBLICA. 3. LOS MECANISMOS DE CONTROL ÉTICO-PÚBLICOS: 3.A) *El contexto: moral, derecho, sociedad.* 3.B) *El control positivo: los códigos de conducta.* 3.C) *El control negativo:* 3.C.a) Controles políticos. 3.C.b) Controles administrativos. 3.C.c) Controles jurisdiccionales.—*POSTSCRIPTUM.*—BIBLIOGRAFIA.

Número 115 (Enero-Marzo 2002)

«Subsidiariedad y Constitución», por TOMMASO EDOARDO FROSINI, pág. 7.

SUMARIO: 1. ORIGEN Y DOBLE SIGNIFICADO DEL TERMINO «SUBSIDIARIEDAD».—2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD VERTICAL EN EL TRATADO DE MAASTRICHT.—3. LA SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA: BREVE REFERENCIA.—4. LA SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL EN LA CULTURA JURIDICA ALEMANA E ITALIANA.—5. PERFILES CONSTITUCIONALES: PERSPECTIVA Y PROBLEMÁTICA.—6. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.—7. LA SUBSIDIARIEDAD EN EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA COMISION BICAMERAL.—8. LA SUBSIDIARIEDAD EN CONSTITUCION INALTERADA.—9. LA SUBSIDIARIEDAD EN LAS (MAS RECIENTES) PROPUESTAS PARLAMENTARIAS.—10. FEDERALISMO Y SUBSIDIARIEDAD EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2001.—11. ALGUNAS OBSERVACIONES Y UN COMENTARIO.—12. CONSIDERACIONES FINALES. SUBSIDIARIEDAD Y SOLIDARIDAD.—13. SIGUE: SUBSIDIARIEDAD COMO PROMOCION.—14. ALGUNAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

«La reconstrucción constitucional del Estado regional italiano en la XIII Legislatura», por JOSÉ LUIS PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, pág. 27.

SUMARIO: 1. LA CONSTRUCCION DEL ESTADO REGIONAL ITALIANO EN LAS DOCE PRIMERAS LEGISLATURAS: 1.1. PROCESO DE REGIONALIZACIÓN DEL ESTADO ITALIANO. 1.2. LA ESTRUCTURA REGIONAL A MITAD DE LA DÉCADA DE LOS NOVENTA.—2. LA RECONSTRUCCION CONSTITUCIONAL DE LA XIII LEGISLATURA: 2.1. LA LEY CONSTITUCIONAL NÚMERO 1 DE 1997 Y LA COMISIÓN BICAMERAL D'ALEMA. 2.2. LA LEY CONSTITUCIONAL NÚMERO 1 DE 1999, CONCERNIENTE A LAS REGIONES DE ESTATUTO ORDINARIO. 2.3. LA LEY CONSTITUCIONAL NÚMERO 2 DE 2001, DE MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA ESPECIAL. 2.4. LA LEY CONSTITUCIONAL NÚMERO 3 DE 2001, DE REVISIÓN DEL TÍTULO V DE LA PARTE SEGUNDA DE LA CONSTITUCIÓN.—3. CONSIDERACIONES COMPARADAS DE SINTESIS.

«Luces y sombras de la experiencia de las transiciones pactadas. Breves consideraciones sobre los límites de la Constitución vigente de Chile», por GIANCARLO ROLLA, pág. 65.

SUMARIO: 1. LA DIFÍCIL TENTATIVA DE APROBAR UNA NUEVA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CHILE.—2. LAS TRANSICIONES CONSTITUCIONALES COMO FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE.—3. LAS TRANSICIONES PACÍFICAS Y EL JUICIO SOBRE EL PASADO.—4. LUCES Y SOMBRAS DE LA EXPERIENCIA DE LAS TRANSICIONES «PACTADAS».—5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SINTÉTICAS A MODO DE CONCLUSIÓN.

«Las hipotecas de la Constitución de Chile», por MARC CARRILLO, pág. 81.

SUMARIO: 1. LAS HIPOTECAS CONSTITUCIONALES.—2. EL ORIGEN ESPURIO DE LA CONSTITUCIÓN.—3. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL COMO DIFICULTAD AÑADIDA.—4. LA TUTELA POLÍTICA DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD.—5. EL PODER RELATIVO DEL PRESIDENTE SOBRE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR.—6. LA MEDIATIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.—7. LA DOBLE LEGITIMIDAD DEL PARLAMENTO: LA ANOMALÍA DEL SENADO.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 2 (2002)

«Les pensions periòdiques a la Llei Catalana 6/2000, de 19 de juny», por ANTONI MIRAMBELL y M. ESPERANÇA GINEBRA, pág. 321.

SUMARI: 1. INTRODUCCIÓ.—2. LA TIPIFICACIÓ I LES CLASSES.—3. EL CENSAL: 3.1. EL CONCEPTE. 3.2. LA CONSTITUCIÓ: 3.2.1. *El títol*. 3.2.2. *La forma*. 3.2.3. *Els subjectes*. 3.3. LES GARANTIES. 3.4. EL PAGAMENT. 3.5. L'EX-

TINCIÓ.—4. EL VIOLARI: 4.1. EL CONCEPTE. 4.2. LA CONSTITUCIÓ: 4.2.1. *El títol*. 4.2.2. *La forma*. 4.2.3. *La durada*. 4.2.4. *Els subjectes*. 4.3. EL PAGAMENT. 4.4. L'INCOMPLIMENT I LES GARANTIES. 4.5. L'EXTINCIÓ.

«La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos», por JUAN CÓRDOBA RODA, pág. 363.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LOS ANTECEDENTES DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL MENOR: 1. LA DOCTRINA INTERNACIONAL. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 36/1991, DE 14 DE FEBRERO. 3. LA LEY ORGÁNICA 4/1992, DE 5 DE JUNIO, REGULADORA DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE MENORES, Y EL CÓDIGO PENAL DE 1995. 4. LOS MOTIVOS DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.—III. LOS ASPECTOS CRÍTICOS DE LA LEY DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR: 1. LA CUESTIÓN DE SI PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DEBE ATENDERSE AL HECHO COMETIDO O A LA PERSONA DEL MENOR: A) *La infracción penal como presupuesto; especial referencia de la imputabilidad del menor y al reproche de su conducta*. B) *Las garantías en favor del menor; especial referencia a las cuestiones de la entrevista con el abogado antes de prestar declaración, a la técnica del recurso de casación y a la especialidad en la abogacía*. C) *Las medidas; criterios para la elección de la medida aplicable*. D) *El equipo técnico*. E) *El desistimiento en el expediente y la modificación de las medidas impuestas*. F) *La gravedad del hecho como límite de la medida o como determinante de la misma*: a) El sistema de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor: el interés del menor como criterio determinante y la gravedad del hecho como límite; b) Concesiones a las ideas de retribución y de intimidación. 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA POSICIÓN DEL PERJUDICADO. 3. LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO. 4. LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR LA SUSTANCIACIÓN DE PROCESOS PENALES PARALELOS PARA LOS VARIOS ACUSADOS EN UN MISMO HECHO; LA POSIBILIDAD DE SENTENCIAS CONTRADICTORIAS Y LA POSICIÓN DEL ACUSADO LLAMADO COMO TESTIGO.

«El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: reflexiones para un debate jurídico», por FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ, pág. 381.

SUMARIO: I. LA FORMACION Y EVOLUCION DEL DERECHO DEL TRABAJO.—II. LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO DEL TRABAJO.—III. EL OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO.—IV. LA NATURALEZA JURIDICA Y EL FUNDAMENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO.—V. EL CONTENIDO DEL DERECHO DEL TRABAJO.—VI. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—VII. UN CONCEPTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

«El derecho subjetivo al medio ambiente salubre: ¿“nuevo derecho” o expediente técnico?», por GUIDO ALPA, pág. 413.

SUMARIO: 1. LA CONSTRUCCION DEL DERECHO SUBJETIVO AL MEDIO AMBIENTE SALUBRE.—2. LAS PERSPECTIVAS DE LA INVESTIGA-

CION.—3. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SALUBRE COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD.—4. EL CONFLICTO DE LOS INTERESES EN JUEGO: AMBIENTE, PERSONA, MERCADO.—5. LAS TECNICAS DE TUTELA.

- «Martí Miralles i els principis de l'ordenament successori català», por JOSEP D. GUÀRDIA I CANELA, pág. 429 (sin sumario).
- «Comentaris dels nous contractes de cesio de dret d'ús privatiu de les aigües», por FELIP TALLADA I D'ESTEVE, pág. 437 (sin sumario).
- «Memòria de les activitats de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya durant el curs 2000-2001», por JOAN JOSEP LÓPEZ BURNIOL, pág. 447 (sin sumario).

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 938 (Enero-Abril 2001)

- «Letras hipotecarias (con especial referencia a las letras hipotecarias escriturales)», por MARCELA H. TRANCHINI DE DI MARCO, pág. 23.
- «Cheque cancelatorio. Ley 25.345. Análisis de su vigencia y su incidencia en la esfera notarial. Escrituras de compraventa de inmuebles. Posibilidad de efectuar el pago del precio en dinero en efectivo», por NATALIO P. ETCHEGARAY, pág. 69.
- «Consecuencias de pagar en efectivo cuando la ley lo prohíbe», por NATALIO P. ETCHEGARAY, pág. 75.
- «Ley 25.345 y su modificatoria 25.413 a contramano del Derecho vivo», por NELLY A. TAIANA DE BRANDI, pág. 79.
- «¿Puede el comprador desistir de una compra judicial, fundándose en que los títulos son viciosos?», pág. 85.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 208 (Julio-Diciembre 2000)

- «Comentarios en torno a la Reforma Laboral: Ley número 19.759», por RODOLFO WALTER DÍAZ, pág. 7.
- «Modificaciones al derecho individual incorporadas por la Ley número 19.759, publicada en el Diario Oficial del 5-10-2001», por PATRICIO MELLA CABRERA, pág. 21.
- «El seguro de desempleo», por GABRIELA LANATA FUENZALIDA, pág. 41.
- «Organizaciones sindicales», por FRANÇOISE ETCHEBERRY PARES, pág. 61.
- «Negociación colectiva», por PABLO SAAVEDRA BELMAR, pág. 81.
- «Incentivos y regulación de la actividad forestal en la legislación chilena (Segunda parte)», por MARIO PUCHEU MUÑOZ, pág. 91.

- «Los decretos con fuerza de ley en la Constitución», por HERNÁN MOLINA GUAITA, pág. 113.
- «El derecho como fenómeno de la cultura», por JESÚS ESCANDÓN ALOMAR, pág. 127.
- «Introducción a precios de transferencia», por HUBERT HAMAEEKERS, pág. 137.
- «Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico», por FRANCESCO DONATO BUSNELLI, pág. 189.
- «Pago administrativo de prestaciones laborales insolutas en la quiebra», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ y MACARENA MANSO V., pág. 201.
- «La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la imprevisión)», por DANIEL PEÑAILLO ARÉVALO, pág. 209.
- «Comentarios al tenor de la actual Ley 14.908», por IRMA BAVESTRELLO y otros, pág. 239.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 4 (2001)

- «Efficacité, impartialité, fonctions macro-économiques: les objectifs de l'harmonisation de la procédure civile transnationale», por HERBERT KRONKE, pág. 740.
- «Fundamentals of Civil Procedure», por GEOFFREY C. HAZARD JR., pág. 753.
- «Procedural Law and the Reform of justice: From Regional to Universal Harmonisation», por MARCEL STORME, pág. 763.
- «Une procédure civile transnationale: Quelle fin et quels moyens?», por PHILIPPE FOUCARD, pág. 779.
- «The Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: the Utility of Such a Harmonization Project», por STEPHEN GOLDSTEIN, pág. 789.
- «The Utility of the ALI/UNIDROIT Project on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure», por JANET WALKER, pág. 803.
- «Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure», por ANTONIO GIDI, pág. 819.
- «Transnational Service of Process: a Call for Uniform and Mandatory Rules», por HAIMO SCHACK, pág. 827.
- «Transnational Civil Procedure - Fact Pleading or Notice Pleading? its Significance in the Development of Evidence», por L. J. PRIESTLEY, pág. 841.
- «Transnational Civil Procedure: Fact Pleading or Notice Pleading? A Viewpoint from the USA», por EDWARD H. COOPER, pág. 857.
- «Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-compliance», por ROLF STÜRNER, pág. 871.
- «Principe d'inquisition et principe accusatoire dans l'arbitrage commercial international», por PIERRE LALIVE, pág. 887.
- «Quelques réflexions en matière de discovery», por GABRIELE MECARELLI, pág. 901.
- «La charge de la preuve dans les Principes et Règles ALI/UNIDROIT relatifs à la procédure civile transnationale», por AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, pág. 915.
- «Réflexions sur les Principes ALI/UNIDROIT à propos de la preuve», por JEAN-PAUL BÉRAUDO, pág. 925.

- «Provisional and Protective Measures: Towards an Uniform Protective Order in Civil Matters», por NEIL ANDREWS, pág. 931.
- «The Proposed ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure and their Relationship to Australian jurisdictions», por BRYAN BEAUMONT, pág. 951.
- «An American Lawyer Looks at Litigation under the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure», por SHELDON H. ELSEN, pág. 971.
- «The Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and the New Code of Civil Procedure in Lithuania», por VALENTINAS MIKELÉNAS, pág. 981.
- «Les "Principes" relatifs à la procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants? - De la nécessité ou non de les assortir de "Règles" dans le projet ALI/UNIDROIT», por FRÉDÉRIQUE FERRAND, pág. 995.
- «The ALI/UNIDROIT Project: Are Principles Sufficient, Without the Rules?», por THOMAS PFEIFFER, pág. 1015.