

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVII • Mayo-Junio 2001 • Núm. 665

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. Fernando Curiel Lorente.
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

S U M A R I O

ESTUDIOS

«Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes», por MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA	963
«Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», por MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ	1021
«La problemática de la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSJB)», por MARÍA PILAR FERRER VANRELL	1079
«El crédito preferente del hotelero», por PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ	1137
«Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	1185

DICTAMENES Y NOTAS

«Notas sobre la transmisión de una obra de arte», por JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO	1247
«La anotación preventiva de embargo. ¿Aún en ascensión?», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	1263

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1283
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUENAS	1297
--	------

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FERNANDO CURIEL LORENTE	1305
B) Resoluciones comentadas, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, EMILIANO CANO FERNÁNDEZ y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	1318

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	1363
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1374

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«El contrato de arrendamiento urbano y su protección registral», de MARÍA DEL MAR MÉNDEZ SERRANO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1387
«El acreedor de dominio», de MARIO E. CLEMENTE MEORO, por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ	1389
«Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas», de JESÚS GONZÁLEZ SALINAS, por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	1401
«Derecho de la contratación electrónica», de RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ	1409

REVISTA DE REVISTAS

Por LA REDACCIÓN	1417
------------------------	------

ESTUDIOS

Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes

SUMARIO: I. OBJETIVOS DEL TRABAJO.—II. CUESTIONES GENERALES:

1. LAS FUNCIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN RELACIÓN CON EL URBANISMO. 2. LA CONJUGACIÓN DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y URBANÍSTICOS. 3. LA Oponibilidad LEGAL O EL LLAMADO «PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN LEGAL». 4. LA DENOMINADA «PUBLICIDAD NOTICIA PURA».—III. EL PAPEL DEL REGISTRO DENTRO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN: 1. SIGNIFICADO INSTITUCIONAL DE LA EQUIDISTRIBUCIÓN. 2. REFLEJO REGISTRAL DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO: FUNDAMENTO Y EFECTOS. 3. LA INSCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN.—IV. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS: 1. EN GENERAL. 2. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DISCIPLINA URBANÍSTICA. 3. LAS ANOTACIONES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—V. LAS NOTAS MARGINALES: 1. LAS NOTAS MARGINALES Y SU EFECTO PUBLICITARIO. 2. LOS DISTINTOS TIPOS DE NOTAS MARGINALES CON CONTENIDO URBANÍSTICO.

I. OBJETIVOS DEL TRABAJO

El motivo próximo de la reflexión que nos proponemos en estas páginas fue la publicación del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Y es que el contenido de la norma excita desde el primer momento la curiosidad. Véanse si no las primeras palabras de su Preámbulo: «Desde la Ley del Suelo y de Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, ha sido una aspiración permanente realizar una adecuada coordinación entre el Registro de la Propiedad y la acción administrativa urbanística que, no obstante, hasta la fecha, nunca había sido abordada de una forma global a pesar de los reiterados llamamientos legislativos sobre este punto». Esta pretensión no es de corto alcance, pues, además de venir a llenar un anhelo de más de cuatro décadas, abordaría de forma completa las cuestiones relativas a la indicada coordinación. A pesar de la autopostulada importancia del Reglamento es bueno precaverse desde el comienzo contra el deslumbramiento que pueden producir

los excesos retóricos de este tipo de textos: ni la novedad es tanta, ni la afirmación de la «globalidad» de la regulación nos puede hacer pensar en que el Registro vaya a reflejar a partir de ahora el régimen urbanístico de las fincas (1). No obstante, el objetivo que perseguimos, ni es puramente exegético ni obedece al interés meramente ocasional de la publicación del texto normativo: partimos, con la mejor doctrina, de que el tema al que se refiere la citada norma tenía, aún antes de su publicación, y tiene, también tras ella, hondo calado (2).

Para un civilista el atractivo de la materia viene motivado, más que por ponderaciones retóricas, por la posición intermedia o fronteriza que ésta necesariamente ocupa en el ordenamiento, que la obliga a la coordinación en su seno de principios de tan distinta significación como son los registrales, máximos exponentes de la juridificación de las necesidades del tráfico sobre bienes inmuebles, y los del urbanismo, ámbito privilegiado para la cuidadosa atención a los intereses públicos. El texto reglamentario es consciente de esta especial ubicación sistemática de la realidad que regula, y en ningún momento pretende rehuir la confrontación de los principios contrapuestos, aunque también postule su necesaria coordinación; tal como lo proclama en el Preámbulo: «se ha dado entrada [en el Registro] a una gran información urbanística que en otro tiempo quedaba fuera de los libros registrales, pero sin desvirtuar el contenido y los efectos que son consustanciales al Registro de la Propiedad y, por otro, se ha desarrollado el mandato legal buscando soluciones que sin

(1) El ejemplo más elocuente de una formulación exagerada lo puede brindar la proclamada «novedad» de las Normas Complementarias del Reglamento Hipotecario (en adelante NCRH): muchos de sus preceptos tenían importantes antecedentes, y ninguno es rigurosamente nuevo. Otro ejemplo se puede ver en la última parte de este mismo Preámbulo, según la cual la aplicación de esta norma «supondrá la agilización de los procesos urbanísticos de transformación del suelo y, por ende, una medida básica para facilitar la disposición de terrenos edificables y evitar la especulación... facilitando la creación de suelo urbano con el instrumento técnico adecuado para la protección jurídica del derecho de propiedad mediante la publicidad registral..., garantía de acceso al crédito, personal y territorial, enmarcado en los preceptos constitucionales que reflejan su función social e imponen el derecho de los ciudadanos a una vivienda digna». La diversidad de factores que intervienen en la consecución de estos objetivos hacen algo ingenua la pretensión de que desde el punto de vista registral se pueda influir decisivamente en ellos. No obstante, que la creación de suelo urbano sea vista como finalidad básica de la norma, manifiesta la importancia que el Registro tiene en ese proceso, como oportunamente destacaremos luego.

(2) Vid. LACRUZ EN LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Barcelona, 1984, pág. 200: «Especial importancia ofrece, hoy, en el aspecto registral, el Derecho urbanístico». Según AMORÓS GUARDIOLA, «Prólogo», a CORRAL GIJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid, 1996, pág. XXII: «Me permito pensar que la tarea principal que tiene el Derecho Registral español a finales del siglo XX quizá sea la de incorporar plenamente todas las vicisitudes del proceso urbanístico al régimen de la publicidad registral».

debilitar la acción pública sean, no obstante, respetuosas y coherentes con la normativa registral» (3).

Habremos de verlo, porque nuestro trabajo quiere centrarse en el tratamiento de las cuestiones suscitadas en este último párrafo; es decir, en el modo en que las normas urbanísticas y registrales abordan el entrelazamiento y coordinación de los principios que inspiran sus respectivas normas. No se debe buscar, pues, en estas páginas el tratamiento exhaustivo y sistemático de los problemas exegéticos que plantean o pueden plantear las normas vigentes, cuestión que ya está siendo objeto de atención por la doctrina especializada (4). Tampoco nos pretendemos ocupar con profundidad de la Legislación Urbanística sustantiva, porque, aunque las normas registrales presuponen su existencia, la dispersión legislativa del Urbanismo, sobre todo a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, aconseja no distraerse excesivamente en tareas que harían inabordable el trabajo y que probablemente sean innecesarias para nuestro propósito (5). Búsquese solamente en estas páginas un estudio sobre la concreta forma de encarnación de

(3) El párrafo completo del Preámbulo dice lo siguiente: «La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues, la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante, si la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias, surge un punto de contacto de necesaria coordinación. A la vez, es conveniente que los poderes públicos se sirvan de una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, puede ser una eficaz colaboradora a la actuación urbanística. Desde esta doble vertiente se ha realizado el desarrollo reglamentario de los preceptos legales, puesto que, por un lado, se ha dado entrada a una gran información urbanística que en otro tiempo quedaba fuera de los libros registrales, pero sin desvirtuar el contenido y los efectos que son consustanciales al Registro de la Propiedad y, por otro, se ha desarrollado el mandato legal buscando soluciones que sin debilitar la acción pública sean, no obstante, respetuosas y coherentes con la normativa registral».

(4) Cabe citar como obras de conjunto sobre el Real Decreto: ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madrid-Barcelona, 1999; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo V, Madrid, 1999; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, VII, Barcelona, 1998. En relación a aspectos concretos de su regulación, puede remitirse aquí a: CARRASCO PERERA, *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, Pamplona, 1999; LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística», en *ADC*, 1997, págs. 1301 y sigs.; id., «La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio», en *RDUMA*, 1998, págs. 443 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, Valencia, 1999. No se debe olvidar, además, que algunas de las obras sobre la relación entre el Urbanismo y el Registro anteriores al Real Decreto tienen todavía cierta utilidad.

(5) Nos situamos así en la perspectiva del Real Decreto que afirma en su Preámbulo que «aunque los preceptos que integran este Real Decreto se refieren a materias urbanísticas, su contenido es exclusivamente registral, por lo que en cuanto normas hipotecarias —jurídico-privadas— están llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo. En tal sentido, se ha procurado en el presente Real

los principales principios hipotecarios en normas muy alejadas en su significado último de las que les permitieron alcanzar vida (6). De esta forma querríamos ofrecer una reflexión que termine por facilitar la interpretación normativa, de acuerdo con los grandes principios del sistema.

Una última precisión se impone: no creemos que en un trabajo como el presente debamos entrar en la polémica que rodea a los principios hipotecarios. Por encima de ella, estamos convencidos de la utilidad de los mismos, de su relevante significado en nuestro sistema hipotecario, y, sobre todo, del magnífico servicio que prestan para la cabal comprensión e interpretación de las normas (7).

II. CUESTIONES GENERALES

1. LAS FUNCIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN RELACIÓN CON EL URBANISMO

Los problemas de que nos queremos ocupar requieren tener claro cuáles son las funciones de las que se pretende dotar al Registro para colaborar con el urbanismo. Sin embargo, esa claridad a veces se echa en falta en las interpretaciones al uso, en las que se implican cuestiones muy diferentes que es necesario distinguir.

Decreto, evitar las referencias concretas a la legislación urbanística, toda vez que la competencia para su elaboración está atribuida con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas, salvo en materias expresamente reservadas al Estado». Más adelante añade el mismo texto que la normativa aprobada ofrece soluciones: «que, en cuanto registrales, han de ser uniformes en todo el Estado, en una materia, la registral, también necesariamente uniforme, por afectar a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y ser de orden público».

(6) La perspectiva de la que partimos no se puede decir que sea plenamente original. Una confrontación similar de los principios hipotecarios con las normas urbanísticas ha sido realizada recientemente por CORRAL GUJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid, 1996, págs. 279 y sigs. Nuestro estudio, sin embargo, pensamos que está plenamente justificado porque el tratamiento de esta última obra presenta varios inconvenientes: el primero es puramente temporal y no es otro que su anterioridad al Real Decreto; el segundo, es que esa confrontación se ofrece casi por vía de conclusiones y con excesiva brevedad. En este último sentido, también AMORÓS GUARDIOLA, en el «Prólogo» a dicha obra, pág. XXI: «En forma resumida —quizá excesivamente, a mi juicio, dada la importancia y pluralidad de los principios y la multiplicidad de sus aplicaciones— se pasa revista a los principios...».

(7) Para cuestiones como las aludidas en el texto y, en general, para todas las referidas al significado de los principios hipotecarios, remitiríamos al excelente trabajo de nuestro maestro el profesor GORDILLO CAÑAS, «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», en *ADC*, 1995, págs. 527 y sigs.

En nuestra opinión el desenfoque más grave que puede existir en esta materia es el que proviene de invocar el auxilio del Registro cuando se advierte la escasa publicidad del sistema normativo urbanístico, o, cabría decir mejor, la dificultad de conocer en concreto el régimen aplicable a una determinada finca. La idea, por lo que conocemos, nació dentro de la doctrina urbanística, pero en la actualidad se ha extendido hacia los autores de derecho privado.

En efecto, un influyente y prestigioso autor, tras analizar, hace algo más de un cuarto de siglo, los problemas que ocasionaba el defectuoso sistema de publicidad formal y material de los Planes, concluyó así: «la enorme responsabilidad, la enorme gravedad que la Ley del Suelo vuelca sobre los planes, en cuanto que son ellos los que definen positivamente el contenido normal de la propiedad... exige darles un tratamiento congruente con esa importancia, asegurar sobre ellos un verdadero sistema de publicidad y seguridad (función en la que probablemente pueda corresponder un papel destacado a la institución del Registro de la Propiedad —aunque naturalmente al margen del sistema analítico o por fincas con que hoy está organizado—; conexión que parece inexcusable si, en efecto, el Registro ha de publicar, junto con las cargas de la propiedad inmueble, y aun antes que las mismas, su variable y casuístico contenido)» (8).

La propuesta del texto anterior está clara: teniendo en cuenta la singularidad del Plan como norma jurídica, que supone la particularización del contenido del derecho de propiedad en función del caso concreto (9), resulta tentador recurrir al Registro como cauce de publicidad de las limitaciones urbanísticas.

Por más que estos planteamientos no sean demasiado concretos, han influido en parte de la doctrina privatista que se ha hecho eco de la deficiente publicidad de los Planes e invocado el auxilio del Registro de la Propiedad para resolver este problema (10). Probablemente para allanar el camino a este tipo de «colaboración» del Registro con el Urbanismo, se ha gestado la idea

(8) Así GARCÍA DE ENTERRÍA, «Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico», en *REDA*, núm. 1, 1974, págs. 89-90. Seguido muy de cerca por PAREJO ALFONSO, «La ordenación urbanística y el Registro de la Propiedad; un problema de coordinación», en *RAP*, núm. 88, 1979, págs. 250-251: «Nos encontramos, por tanto, en el problema que está en la base de la desconexión entre la legislación hipotecaria y la urbanística. Esta define el estatuto de la propiedad y, en su consecuencia, debería tener reflejo en el Registro de la Propiedad» (pág. 251).

(9) Cfr. sobre esta materia, GARCÍA DE ENTERRÍA-PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, I, Madrid, 1979, págs. 161 y sigs.

(10) Vid. PRETEL SERRANO, «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1991, págs. 54-55: «cuando nos encontramos ante limitaciones urbanísticas ha de puntualizarse que, aunque sea defendible la eficacia normativa de los Planes no debe por menos que reconocerse su deficiente sistema de publicidad por lo que el auxilio registral para cooperar a dar publi-

de la publicidad noticia pura: un tipo de publicidad cuya eficacia es de mero anuncio o cortesía y, cuya omisión, por consiguiente, es irrelevante (11). Nosotros, con CHICO ORTIZ, no alcanzamos a ver la finalidad que se persigue con ello, ni la razón justificativa de esta modalidad de publicidad (12), porque nos parece que la idea de que el Registro tenga algún papel que cumplir en cuanto a la publicidad normativa de las especificaciones urbanísticas, no debe admitirse. Así lo pensamos porque se trataría en el fondo de resolver un problema que compete al Derecho Urbanístico de modo exclusivo: en efecto, garantizar la publicidad de sus requerimientos es una tarea importante y que no se puede desdeñar, pero en ella otras instancias que no sean las puramente publicitarias organizadas por la Administración no pueden ni deben colaborar. No se puede negar sinceridad a la propuesta doctrinal anterior: se trataría que el Registro de la Propiedad abandonara su configuración actual, pues se reconoce, con razón, que para la finalidad pretendida es totalmente inadecuada. Pero quizá se deba considerar que para conseguir esa finalidad no es bueno interferir en el funcionamiento de una institución que tiene sus funciones y reglas propias y que presta esenciales servicios en la vida jurídica (13). Y es que estamos convencidos de lo inadecuado del Registro para dotar a las normas urbanísticas de su publicidad específica: el Registro no ha nacido para esto, ni su configuración lo permite, basta pensar en el hecho de que el acceso al Registro es voluntario para demostrar que ninguna publicidad normativa puede edificarse sobre ese presupuesto; o baste pensar en los principios registrales de inoponibilidad o fe pública para comprender que el contenido de una norma jurídica no puede quedar supeditado en su eficacia a su reflejo en el Registro de la Propiedad.

Además, a la vista del régimen normativo concreto, no parece que el ordenamiento haya pretendido regular la publicidad normativa de las cargas urbanísticas a través del Registro, ni tampoco, con carácter general, un tipo nuevo de publicidad. Por el contrario, tal como expondremos luego, el principio de inoponibilidad está continuamente presente en las normas registrales sobre urbanismo (14).

cidad a la situación urbanística de los predios es evidente»; también ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995, págs. 31 y sigs.

(11) Cfr. *infra* apartado 4.

(12) «La publicidad efecto y la publicidad noticia», en *BCNR*, núm. 310, 1994, pág. 859.

(13) Por eso que se diga, en favor de esa colaboración, que este uso del Registro «no es sino reflejo de que el Registro es una realidad vivida» (así PRETEL SERRANO, *op. cit.*, pág. 68), nos parece que carece de toda fuerza de convicción, porque no tiene en cuenta la inadecuación de ese objetivo con el fin propio de nuestra institución.

(14) Por eso entendemos justificada la apreciación de CHICO ORTIZ, a la vista del régimen normativo: *op. cit.*, pág. 860: «empezamos a descubrir que la “publicidad noticia” empieza a no ser tal... pongamos las cosas en su sitio y llamemos a las mismas por

2. LA CONJUGACIÓN DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y URBANÍSTICOS

Hemos afirmado más arriba que pretendíamos estudiar el modo en que los principios hipotecarios actúan en las normas urbanístico-registrales. Ni que decir tiene que la materia es problemática porque los principios inspiradores de las normas urbanísticas son sensiblemente distintos a los que pudieron estar en la base del régimen registral. Debemos ahora realizar alguna reflexión más explícita sobre este aserto.

En primer lugar, hemos hecho referencia a los principios hipotecarios, todavía de forma indistinta o indiferenciada. Pero enseguida se impone la precisión: ¿debemos ocuparnos de todos ellos o, por el contrario, limitar el estudio a alguno o algunos que tengan más importancia? La respuesta a esta pregunta se nos antoja indudable: no será necesario abordar en toda su extensión los principios hipotecarios, basta el tratamiento de los más importantes y fundamentales de ellos, el de inoponibilidad y el de fe pública. Las razones nos parecen claras: en estos principios se condensa el sentido y la explicación últimas de toda la normativa registral, de forma que de ellos dimanen otros importantes principios como el de prioridad-rango o el de especialidad (15); pero, sobre todo, porque, como tendremos ocasión de comprobar, es en relación con ellos donde la posibilidad de confrontación de las normas y criterios urbanísticos con las soluciones registrales es más intensa.

Bueno es deshacer, desde el principio, un equívoco que pudiera plantearse: la normativa urbanístico-registral no pretende dotar de publicidad al régimen urbanístico de cada finca. En este sentido sigue siendo válida la opinión de que «la protección del Registro no produce sus peculiares efectos ante ciertos derechos publicados de otra manera» (16). En esa situación estaría la configuración legal del dominio, que vendría publicada por la Ley y que sería cognoscible de este modo: «es el Derecho objetivo y no la situación individual jurídica del Registro quien informa de tales cargas» (17). Por este

su verdadero nombre. ¿La hemos llamado así para que la Administración Urbanística admita la figura?»

(15) Cfr. *ad rem*, GORDILLO CAÑAS, *Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliario-registrales. Sistema español*, cit., págs. 595 y sigs. y 648 y sigs.

(16) Así LACRUZ, *op. cit.*, pág. 198.

(17) De nuevo estamos citando a LACRUZ, *op. cit.*, pág. 199. Puede verse también PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1999, págs. 563-564: «no se da la protección [del art. 34 LH] porque los derechos o limitaciones pretendidamente no inscritos... en rigor aparecen en el Registro. En efecto, por constituir el contorno ordinario del ámbito de poder que constituye el contenido del derecho de propiedad, inscrita la propiedad (o el derecho respectivo) consta ya suficientemente en el Registro la limitación connatural al derecho inscrito. Y por eso, sin necesidad de expresión registral especial, afectan a terceros (cfr. arts. 26.1.^a y 37.3 LH)». En nota añade: «En cambio, las modificaciones singulares del derecho de propiedad deben inscribirse especialmente para afectar a los terceros protegidos por el artículo 34 LH. Por ejemplo, para que el adquirente

motivo, ciertas apariciones de cuestiones urbanísticas en el Registro pudieran alcanzar una mera significación «de cortesía» para con el adquirente (por ejemplo, en algunas de las notas marginales previstas en esta materia).

Por lo general, no obstante, cuando el urbanismo acude al Registro es: primero, para reflejar una mutación jurídico-real motivada por la acción urbanística (por ejemplo, expropiación, cesión de terrenos, cambio de titularidades por consecuencia de los procedimientos de equidistribución); segundo, para garantizar la oponibilidad de algún acto que de suyo no la tiene asegurada, por ejemplo, la tramitación de los actos administrativos o judiciales de aplicación del Planeamiento. Estos actos necesitan sustanciarse con el titular registral, y si quieren asegurar que su resultado final acceda al Registro deben reflejar en el mismo su tramitación para evitar la aparición de terceros adquirentes ignorados en el procedimiento; tercero, en alguno de estos casos, en concreto, en el procedimiento de equidistribución, se distribuyen también las cargas, por lo que a la hora de inscribir su resultado final resulta implicado el principio de especialidad. En el primer tipo de actos, pocos problemas se plantearán porque «las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas» (18). En cambio, el segundo y el tercer caso son mucho más complejos.

En segundo lugar, hemos dicho también que las normas urbanísticas se fundamentan en ideas diferentes a las que permitieron nacer al Derecho registral actual. Queremos referirnos con esto a la frecuente afirmación de que el contexto histórico de la Ley Hipotecaria de 1861, y sus criterios de inspiración, se adscribían a un contexto de liberalismo económico (19). Frente a la visión liberal del Derecho de propiedad, la Ley del Suelo de 1956, formulaba en su Exposición de Motivos propósitos muy diferentes: «si la propiedad

de determinado inmueble sea afectado por los especiales compromisos que el anterior propietario “hubiere acordado con la Administración urbanística competente” y que “se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real”, se requiere que estos compromisos “hayan sido objeto de inscripción registral” (cfr. art. 21.1 LS de 1998...).

(18) Así el Preámbulo de las NCRH.

(19) Cfr., por ejemplo, LASO MARTÍNEZ, «Registro de la Propiedad y Urbanismo» en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1997, págs. 251 y sigs. En contra, GALLEGO DEL CAMPO, «Ideología y progresismo en la Legislación hipotecaria del XIX», en *RCDI*, núm. 574, pág. 655: «el Registro, en cuanto creación legislativa de la nueva clase burguesa, ha venido a considerarse tradicionalmente como el instrumento técnico más enérgico en la tutela de la propiedad liberal. Frente a un juicio tan apresurado, sostengo aquí que el ordenamiento hipotecario, el sistema registral español, supuso la introducción de un factor correctivo en el régimen individualista del dominio, adelantando o constituyéndose en precedente del Estado interventor y del ejercicio social del Derecho». Para el autor, «la legislación hipotecaria viene así a trascender del individualismo radical que animará más tarde el articulado del Código Civil» (*op. cit.*, pág. 656).

privada ha de ser reconocida y amparada por el Poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad... La Ley configura las facultades dominicales sobre los terrenos, según su calificación urbanística, constituyendo un estatuto jurídico del suelo. Las limitaciones y deberes que implica definen el contenido normal de la propiedad, según su naturaleza urbana y, por tanto, no dan lugar a indemnización». Frente a la propiedad liberal, la afirmación, ahora, de su función social incorporada de tal manera al derecho de propiedad que se habla del «estatuto jurídico del suelo» y del «contenido normal» del derecho (20).

En nuestra opinión, las soluciones hipotecarias están dotadas de un alto grado de flexibilidad, y pueden acoger sin excesivas disonancias contenidos legales muy diferentes de cada uno de los Derechos reales que publican (21). La razón de ello es que, como dice el Preámbulo de las NCRH: «la acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas», y este último no pretende hacerse eco del régimen urbanístico de cada finca. No obstante, como existen algunos puntos de conexión y sus normas se inspiran en principios diferentes, habrá que ver si esta profunda transformación del derecho de propiedad afecta o no en gran medida a los principios hipotecarios (22).

(20) Expresión esta última, no obstante, que para DE LOS MOZOS es más metafórica que real y poco ajustada a la garantía constitucional de la propiedad: cfr., *El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993, págs. 134 y sigs. Desde luego, no está de más un cierto distanciamiento ante afirmaciones que muchas veces se pretenden imponer como indudables, cuando lo cierto es que no lo resultan tanto si se analiza lo que ocurre en la realidad. Resulta llamativo el contraste de la llamada función social de la propiedad y la frecuente realidad del urbanismo que «ni sirve para evitar la especulación, ni para mejorar de forma efectiva el entorno urbano, evitando el crecimiento desordenado y anárquico de las ciudades, ni lo que es más grave, para satisfacer las mínimas exigencias de una necesaria justicia social»: así, DE LOS MOZOS en «Modificaciones del Derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas», en *ADC*, 1980, pág. 5.

(21) Así lo había explicado, y no vemos razones para dudar de lo acertado de su juicio, más de diez años antes de la primera Ley del Suelo, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944: «Mas a pesar de que la función social, generalmente atribuida a la riqueza inmobiliaria, implica una profunda transformación de su régimen jurídico, no se estima indispensable una honda innovación en nuestros cardinales principios hipotecarios. Y es que el fin económico y social de la propiedad se desenvuelve con independencia casi completa de las normas hipotecarias. Estas, más que al contenido de las relaciones sobre inmuebles, se enderezan, preferentemente, a regular lo concerniente a la titularidad de las mismas. La *fides publica*, base y fundamento de todo sistema hipotecario, lo mismo sirve para dar una mayor movilidad a la tierra que para vincularla, en lo menester, al cumplimiento de los fines mencionados». Según FUENTES SANCHIZ, «En torno al Urbanismo, Política del Suelo y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 422-423, 1963, pág. 452: «El Registro de la Propiedad... hoy sirve, sin distinción, en el fiel de la balanza, el interés público y el privado».

(22) «¿Estamos seguros de que la técnica registral inmobiliaria actual es adecuada para hacer frente a todos estos problemas? Sinceramente, creemos que no, y habremos de

Una primera conclusión merece destacarse: es posible la conjugación de los principios hipotecarios con los criterios derivados de una nueva concepción del derecho de propiedad y, en este sentido, a la formulación del Preámbulo del Real Decreto de 1997 no puede tachársele de exageradamente optimista, utópica o irreal, pues se situaría en línea con lo que nuestro ordenamiento proclamaba. No debemos ignorar, sin embargo, que en el necesario descenso desde las formulaciones generales a las normas concretas en que esos principios se plasman, se van a producir cuestiones problemáticas; menos que nadie podríamos obviarlo nosotros, que nos hemos propuesto reflexionar sobre este tema con la seguridad de estar pisando sobre un terreno difícil (23).

3. LA Oponibilidad legal o el llamado «PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN legal»

La traducción normativa de las ideas urbanísticas sobre el derecho de propiedad que más afectan al conjunto de problemas propios de este trabajo se ha entendido que es, hoy, el artículo 21.1 de la Ley del Suelo de 1998: «La transmisión de fincas no modificará la situación del titular de las mismas respecto de los deberes establecidos por la legislación urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución derivados de la misma. El nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, así como en los compromisos que éste hubiera acordado con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real» (24). Prescindiendo por ahora del último inciso, que supo-

ajustarla... ¿qué puede ocurrir, por ejemplo, con la defensa de las titularidades?; ¿qué con la publicidad básica del Registro? Van a chirriar los principios y tendremos que arbitrar fórmulas nuevas, con espíritu generoso, aunque con feroz intransigencia en cuanto se pretenda desconocer los derechos fundamentales que debemos defender»: son palabras de FUENTES SANCHIZ, *En torno al Urbanismo, Política del Suelo y Registro de la Propiedad*, cit., pág. 480.

(23) La dificultad arranca en último término, como subraya DE LOS MOZOS, de que el Derecho urbanístico es un ordenamiento incompleto, con escasa sistemática y poca preocupación por insertarse coherentemente en el conjunto del ordenamiento: cfr. *Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas*, cit., págs. 4-5.

(24) El precepto, con diferentes redacciones pero con parecido contenido normativo, fue el artículo 22 en el TR de 1992; artículo 88 en el de 1976, y artículo 71 en la Ley del Suelo de 1956. No obstante, el último inciso del actual artículo 21.1 constituye una novedad que supone un cambio de orientación importante, como tendremos ocasión de subrayar.

ne un cambio de criterio bastante importante (25), la justificación de la regla instaurada en este precepto es fácil de hacer desde las concepciones sobre la propiedad anteriormente explicadas: si las normas urbanísticas instauran un régimen estatutario de la propiedad urbana, está claro que no estaríamos contemplando relaciones singulares de la Administración con este o aquel propietario, sino vínculos y cargas que afectan permanentemente a los inmuebles; y, en consecuencia, a los sucesivos titulares de los mismos.

No obstante, el criterio legal se ha querido ver por alguno como un ataque frontal a los principios hipotecarios: «la idea que se maneja —se dice— no puede ser más atentatoria al principio de publicidad y, por supuesto, al de seguridad del tráfico jurídico, razón y fundamento de la existencia del Registro de la Propiedad. Las cargas ocultas no pueden nunca perjudicar al adquirente que confía en una situación registral que proclama frente a todos la libertad de una finca» (26). En respuesta a estas afirmaciones se ha destacado que en ellas subyace una concepción sobre el ámbito de la publicidad registral diferente a la de nuestro sistema hipotecario y urbanístico, pues los deberes legales relativos al Derecho de propiedad no se pueden calificar como cargas ocultas (27). Quizá lo que se querría criticar con esta opinión es un sistema urbanístico que, aunque pueda resultar contingente, es el efectivamente instaurado por la Ley y que no choca en sí mismo con el sistema hipotecario, pues éste nunca ha pretendido dar publicidad al contorno legal de los derechos, sino, presupuesto este, publicar la situación de titularidad y cargas de los concretos bienes. Pero, aceptando esto, hay también que decir que no se ha reconocido a la opinión criticada el mérito indudable de haber llamado la atención sobre un precepto que si bien en su formulación más general es aceptable, no lo es tanto en algunas de sus consecuencias. En efecto, los «deberes legales», como es lógico, no son cargas ocultas; pero es que el precepto impone la subrogación también en los actos de aplicación de la Ley, y, en versiones anteriores, la imponía

(25) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *loc. ult. cit.*; CARRASCO PERERA, *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., pág. 128: «hay algo innovador en el artículo 21.1 LRSV, que lo singulariza —de modo positivo, en mi opinión— frente a las normas que en los textos legales precedentes establecían el principio de subrogación o vinculación *propter rem*»; ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 29; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 31.

(26) Así CHICO Y ORTIZ, «Lo jurídico y lo urbanístico», en *RDU*, núm. 44, 1975, pág. 64. También REGUERA SEVILLA, «Mecánica de la Ley del Suelo en relación con el Código Civil y la legislación hipotecaria», en *AAMN*, XIV, 1965, pág. 251.

(27) La opinión de CHICO es, dice SÁNCHEZ CALERO, «una defensa a ultranza de la publicidad registral, más allá del ámbito que le es propio. No cabe calificar de cargas ocultas los deberes impuestos a los propietarios por “las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios” (art. 2.1 LS de 1998)»: así en *Aspectos registrales del Proyecto de equidistribución*, cit., pág. 18.

también en los compromisos del propietario con la Administración. En estos dos últimos casos, el fundamento de la norma es mucho menos claro, y sus consecuencias probablemente inaceptables. Algo así ha tenido que reconocer el legislador de 1998, que ha excluido los llamados «compromisos» del propietario con la Administración de la regla general de la subrogación, a menos que se reflejen en el Registro de la Propiedad. Es cierto que la interpretación de esta novedad legal no es nada fácil, por lo que los distintos autores se están manifestando de modos muy divergentes sobre el significado del precepto; sin embargo, en el punto que ahora nos interesa destacar, sí que hay acuerdo: el precepto quiere ser un límite al funcionamiento de la subrogación legal (28).

También nos parece que la doctrina dominante no acierta de modo pleno al pretender explicar el fundamento y el contenido del precepto. A este respecto querríamos matizar algunas cuestiones. La primera, por puramente terminológica, nos parece de menor alcance, aunque no se deba pasar por alto por cuanto su creciente expansión está reclamando que se la contrarreste. Comienza a ser corriente, en efecto, que para referirse al criterio del actual artículo 21.1 se utilice la expresión «principio de subrogación real» (29). Su reciente aparición

(28) Así ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 31: «la norma supone una limitación al principio de subrogación legal establecido en el propio artículo 21. Así, los deberes resultantes de las normas urbanísticas o de los actos administrativos que se dictan en el cumplimiento de las mismas, vinculan al adquirente con o sin apoyo registral. En cambio, los compromisos asumidos voluntariamente por el titular del suelo no afectan al adquirente, salvo en el caso de que consten inscritos»; LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio*, cit., pág. 482: el precepto pretende «dar eficacia al principio hipotecario de fe pública, según cuya vertiente negativa lo no inscrito no ha de perjudicar al tercero —arts. 32 y 13 de la Ley Hipotecaria—»; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 34: «la fórmula del artículo 21 de la nueva Ley del Suelo trata de evitar que los terceros queden afectados por acuerdos o convenios entre la Administración y el primitivo dueño, que no pueden conocer a través de la publicidad registral. Se trata de contraponer la publicidad “legal” resultante de las normas jurídicas, o del planeamiento, a la necesaria “publicidad registral” de los acuerdos o convenios que tienen su fuente en la vía de la autonomía de la voluntad». Aunque todas estas opiniones son susceptibles de ser muy matizadas, es bueno hacer notar la coincidencia en la finalidad del precepto, lo cual no impide, por otra parte, la divergencia en otros aspectos de su régimen que no es del caso tratar aquí en detalle. Sin embargo, sí que es oportuno hacer una breve consideración sobre este último punto para poner de manifiesto cuál es, a nuestro juicio, la causa de la poca claridad del precepto, que no es otra que la amplitud que había alcanzado en el anterior sistema el principio que ahora se quiere limitar. Por eso van a surgir ahora, de modo inexorable, dificultades a la hora de hacer viable la publicidad registral de unos acuerdos que no siempre se adaptan a lo conocido hasta ahora por la técnica registral. Por eso la norma vale en cuanto principio, pero está necesitada de concreción y desarrollo en las diferentes hipótesis que se puedan presentar en la práctica.

(29) Por lo que conocemos la expresión proviene de GONZÁLEZ PÉREZ, vid., por ejemplo, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1ª ed., 1968, pág. 426. La misma expresión se mantiene en las ediciones posteriores de esta obra.

entre los civilistas debe ponernos en guardia frente a ella (30). Y es que no hay tal subrogación real. No pretendemos ignorar que esta clásica figura haya hecho su aparición con fuerza en el seno del Derecho urbanístico y que, en esos casos, sea legítimo hablar de ella (31). Lo que negamos es que en el precepto que estamos comentando pueda existir subrogación real, pues falta su esencial requisito, la sustitución de una cosa por otra. Aquí sucede todo lo contrario: permaneciendo la cosa, cambia su propietario. La impropiedad, pues, de esta terminología salta a la vista (32).

Otro importante sector de la doctrina considera que en el artículo 21.1 se manifestaría el llamado principio de subrogación legal (33). En relación con esto queremos realizar otra matización. Es cierto que la propia norma habla de la subrogación del adquirente; sin embargo, a pesar de la fuerza descriptiva del término «subrogación», consideramos que su empleo no es correcto, por introducir un concepto excesivamente vago, y, lo que es más importante, por no distinguir los diferentes supuestos a los que la norma se refiere. En nuestra opinión toda interpretación del precepto debe partir de la distinción de dos posibilidades: que sobre el inmueble se pretenda aplicar de forma inmediata y directa una norma jurídica; y que se pretenda aplicar la norma jurídica a través de un acto singular. A la luz de esto se puede decir que si el término «subrogación» se utiliza para describir el hecho de que cualquier adquirente queda vinculado por las consecuencias normativas del Plan se está privando de significado propio al concepto de subrogación. Es innecesario acudir a este concepto para explicar la aplicación de las consecuencias jurídicas de la norma cuando el sujeto cumple o se sitúa en la situación prevista por su supuesto de hecho. En este caso no hay más que la aplicación de la fuerza vinculante

(30) Es usada hoy por MEDINA DE LEMUS, «Subrogación real y urbanismo», en *RCDI*, págs. 564 y sigs., contrastando en este trabajo el estudio conjunto de estas cuestiones, donde no hay subrogación real, de otras en las que sí la hay. También se usa la expresión, alternándola con otras que sí son correctas, en CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, 2.^a ed., Madrid, 1998, págs. 273 y 275; CARRASCO PERERA, *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., págs. 133, 140 y 141.

(31) En concreto, en los procedimientos de equidistribución hay subrogación real de las fincas de origen por las de resultado, tal como veremos más adelante.

(32) De ahí que, si acaso se quiere seguir hablando de subrogación, sólo se pueda denominar «subrogación legal», como hacen muchos autores, o «subrogación personal» como recientemente propone SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, Madrid, 1999, pág. 352.

(33) Así ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995, pág. 301; LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La incidencia...*, cit., pág. 463; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 32; LASO MARTÍNEZ, en LASO MARTÍNEZ-LASO BAEZA, *El aprovechamiento urbanístico*, Madrid, 1995, págs. 271 y sigs. Este último autor, no obstante, se cuestiona si el planteamiento tradicional era admisible bajo la legalidad urbanística posterior a 1990.

propia de las normas jurídicas (34). En segundo lugar, cuando no se trata de aplicar una norma jurídica de forma directa (35), es difícil considerar que la llamada «subrogación legal» sea un verdadero principio.

Para nosotros la formulación del artículo 21.1 LS es imprecisa al atribuir idéntica solución a realidades, de suyo heterogéneas, que merecerían un tratamiento diferenciado. En parte, así lo ha reconocido el propio legislador que recoge hoy una auténtica excepción a la oponibilidad legal en los casos en que las cargas urbanísticas de un inmueble deriven de «compromisos» de un propietario con la Administración. Se aprecia con claridad que la Ley está tomando en cuenta que nadie puede quedar vinculado por un acto en el que no intervino (36). Pero cabe criticar a la Ley haber sido muy parca en la enunciación de la excepción que debería tener una formulación más amplia. En efecto, al igual que la directa oponibilidad de los compromisos contraídos con la Administración no resulta lógica, tampoco lo es la oponibilidad, contra el tercero que no fue notificado, de un acto administrativo o de una sentencia. Se deben distinguir, pues, dos hipótesis diferentes, dependiendo de si las consecuencias para un inmueble se derivan directamente de las normas o de si lo hacen de forma indirecta a través de actos singulares que requieran la intervención o la notificación a la parte afectada. Nos parece claro que el concepto de tercero no será admisible en relación con el primer tipo de «limitaciones», pues respecto de las normas jurídicas

(34) Cfr., en este sentido, LACRUZ, *Elementos*, III bis, cit., pág. 201; LASO MARTÍNEZ, en LASO MARTÍNEZ-LASO BAEZA, *El aprovechamiento urbanístico*, cit., pág. 271: «el orden urbanístico es autónomo respecto del sistema registral. Aunque uno y otro recaen sobre los bienes inmuebles, y por tanto es deseable su aproximación, la eficacia de los actos urbanísticos opera al margen del Registro; la publicidad es también independiente y los actos mismos se producen con conexiones aisladas, no sistemáticas»; NÚÑEZ LAGOS (F.), «Dos temas de oposiciones: I. La Propiedad Urbana. II. Urbanismo y Registro de la Propiedad», en *RDN*, 1981, pág. 380; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 30; CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pág. 273; ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, I, Barcelona, 1995, pág. 289; II, pág. 270.

(35) Desde luego la distinción entre actos con virtualidad normativa y actos sin ella puede ser una cuestión problemática, especialmente en el ámbito urbanístico. Cfr. LACRUZ, *Elementos*, III bis, cit., pág. 200: «resulta... difícil establecer una frontera precisa entre los actos de la Administración que tienen una virtualidad normativa y son eficaces frente a todos sin precisar publicidad registral, y aquéllos que, para tener tal eficacia, deben hacerse constar en el Registro».

(36) Por eso, GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 34-35, critica la anterior normativa que no distinguía en este punto. Respecto de las normas anteriores son también interesantes las consideraciones de PRETEL SERRANO, en «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1991, pág. 67. En la actualidad, pues, la subrogación tendría dos modos diferentes de actuar en función de los casos: vid. ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 29.

no hay «segundos» ni terceros, sólo «primeros»; el destinatario de las normas es la colectividad (37); en cambio sí que puede ser de aplicación en el otro caso (38).

En descargo o justificación de la indiferenciada formulación legal no se puede alegar que «todas las actuaciones administrativas con incidencia en la situación jurídica de los propietarios gozan de una publicidad característica que se pone de manifiesto mediante el trámite habitual de información pública» (39), porque el trámite de información pública es propio de la elaboración de normas como los Planes Generales, pero no existe, como es lógico, en los actos administrativos o jurisdiccionales. Además bastaría considerar que existen otros principios jurídicos que resultarían afectados sustancialmente si se mantuviera a ultranza la llamada «subrogación»: así la necesidad de que todo acto administrativo sea notificado a los que resulten afectados en sus derechos o intereses (cfr. art. 58 LPC) (40); o así también el principio de la eficacia relativa de la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. art. 86.1 LJ) (41). Pensamos que el recurso a la institución registral permite, entre otras cosas, respetar estos importantes principios, sin merma de la función pública urbanística, y de acuerdo, también, con los principios hipotecarios; es esa la función, en nuestra opinión, de muchos de los mecanismos registrales en materia urbanística.

(37) El uso del término tercero, ya de por sí problemático en el ámbito registral, ofrece especiales dificultades cuando nos referimos a las cuestiones urbanísticas. Cfr. LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Algunos aspectos...*, cit., pág. 1303; MEDINA DE LEMUS, *Subrogación real y urbanismo*, cit., pág. 567; CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., págs. 273 y sigs.

(38) Aunque después de la sentencia de 20 de marzo de 1997, la materia tenga menor importancia, en la doctrina se conectó la concepción sobre la propiedad urbanística de la Ley 8/1990, con una necesidad de revisión de los criterios tradicionales derivados de la subrogación legal. Nos referimos a la opinión de LASO MARTÍNEZ, *El aprovechamiento urbanístico*, cit., págs. 272 y sigs.: «el nuevo sistema legal [el de la Ley 8/1990] parte, en la consideración de los deberes de urbanizar y edificar, de ser el Plan expresión de una función pública cuyo incumplimiento provoca como consecuencia la sanción, como expresión no rigurosa sino meramente analógica de pérdida de aprovechamiento urbanístico y el desencadenamiento de las medidas de corrección que privan definitivamente al titular de los bienes de su dominio en función del nuevo valor, mediante la expropiación o venta forzosa, sin que incluso el exceso de precio obtenido por la venta forzosa respecto del valor urbanístico pertenezca al dueño sino a la Administración urbanística actuante» (pág. 272). Tras ocuparse con detalle de la materia, termina preguntándose: «¿hasta qué punto pueden oponerse a terceros adquirentes de buena fe o a los titulares del dominio desmembrado o dividido o a los acreedores hipotecarios unos efectos tan terminantes, cuando el sistema de seguridad jurídica arbitrado por el Estado ... no revela la existencia del incumplimiento o la iniciación al menos del procedimiento adecuado?» (pág. 276).

(39) Así LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Algunos aspectos...*, cit., pág. 1304.

(40) Sobre la materia, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1993, págs. 555 y sigs.

(41) Vid. *op. ult. cit.*, tomo II, págs. 639 y sigs.

La exposición anterior permite explicar por qué la regulación del régimen registral de las cuestiones urbanísticas tiende a concentrarse en aquellos aspectos en los que puede realizar una más eficaz aportación desde el punto de vista urbanístico: en todas las cuestiones procedimentales. De ahí también que la doctrina se muestre abiertamente en contra del uso del Registro en la fase de planeamiento (42). Y es que el uso del Registro en zonas en las que su publicidad no tiene nada que aportar a la oponibilidad de lo inscrito, no se adecua bien a la finalidad de la publicidad registral ni al efecto asignado a la misma por la Ley (43).

Es peligroso, pues, asumir la condición de principio de la llamada «subrogación legal» porque se la podría utilizar para resolver, sin profundizar en el supuesto de hecho, cualquier caso que se pueda presentar, desvirtuando la necesaria visión de conjunto y el fundamento, o la carencia de él, del efecto que se pretende describir con esa expresión.

4. LA DENOMINADA «PUBLICIDAD NOTICIA PURA»

La consideración que al Gobierno le merecen sus propias normas reglamentarias y que expone en el Preámbulo, es que no se apartan de los principios que resultan propios de la institución registral, ni desvirtúan el significado de ésta. Hasta qué punto ello sea cierto, no se podrá decir hasta que no examinemos con algo más de detenimiento dichas normas, pero nosotros, de algún modo, ya hemos abocetado nuestra opinión: el tratamiento registral en materia de urbanismo vendría a tener interés para garantizar la oponibilidad frente a todos de los actos que, de suyo, no la tendrían, y carece por completo de interés en los casos en que esa oponibilidad fuera connatural a la limitación o carga que grave sobre la propiedad.

Esta propuesta choca con una opinión frecuentemente sostenida en la doctrina reciente, según la cual en el Derecho registral habría hecho apari-

(42) Cfr. ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 75. Aunque verdaderamente lo relevante no sea la fase en que nos encontremos, sino el origen de la limitación urbanística. Ello explica que pueda tener sentido el recurso al Registro de la Propiedad cuando el origen del planeamiento no sea una norma, sino un acuerdo del particular con la Administración. En cuanto a este último punto: vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 30 y sigs.

(43) Ello explica también que cuando el legislador ha recurrido a una publicidad registral superpuesta a la derivada de la Ley y sin eficacia propia, el recurso práctico al Registro haya sido muy escaso. Baste recordar ahora la inscripción de los arrendamientos urbanos bajo las leyes anteriores a la actualmente vigente, que es normalmente calificada de inútil, pues no añade nada a la oponibilidad del arrendamiento frente al adquirente: cfr. últimamente GORDILLO CAÑAS, «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», en *ADC*, 1998, págs. 605, 618 y 631.

ción, junto con el genuino principio de publicidad, una nueva forma de publicidad a la que se la denomina «publicidad noticia pura» (44). Con independencia de que este tipo de asientos sin efectos publicitarios, sino de «mera cortesía», para con el tercero, no es propiamente un fenómeno nuevo en el régimen registral, es cierto que tiene alguna presencia en el ámbito urbanístico. La idea vendría a tener su arranque legal en el párrafo tercero del artículo 309 del TR de 1992 (45): «se harán constar mediante nota marginal los demás actos y acuerdos a que se refiere el artículo 307. Salvo que otra cosa se establezca expresamente, las notas marginales tendrán vigencia indefinida, pero no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiera el título que las originara». Cierta parece, a la vista de este precepto, la aparición de esta «publicidad» carente de efectos, pero debe notarse que la norma que acabamos de citar tiene un evidente carácter limitado. Limitado, en primer lugar, porque se refiere a uno sólo de los diversos tipos de asientos que pueden producirse en materia urbanística; mucho más si atendemos a que la nota marginal es un asiento que no siempre tiene, en general, efectos publicitarios positivos. También, en segundo lugar, porque se refiere solamente a algunas de las notas marginales en esta materia (46). Por tanto, nada hay aquí que pueda apoyar la idea de que estamos ante un principio general; más bien parece lo contrario: la Ley está contemplando una excepción a la que sería eficacia normal de los asientos también en materia urbanística.

Por demás, ni siquiera los autores que se hacen eco de la aparición de la publicidad noticia pura, defienden a ultranza que los asientos en materia urbanística carezcan absolutamente de efectos, tal como la coherencia con esa denominación impondría (47). Incluso entre los autores más favorables a este

(44) Cfr. ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., págs. 30 y sigs., y allí otras referencias. De nuevo, puede verse este mismo autor en *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., págs. 489 y sigs. También SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del Proyecto de equidistribución*, cit., págs. 17 y sigs.

(45) El precepto permanece vigente tras la STC de 20 de marzo de 1997 y la LS 1998.

(46) Es significativo que, según el Preámbulo, la regulación reglamentaria no «trata de regular cualesquiera manifestaciones de este asiento en la materia urbanística, puesto que a lo largo del texto existe ya una profusa referencia a las mismas». Por otra parte, hay que tener en cuenta que el artículo 309.3, en relación con los números 1 y 2, permite afirmar que sólo pueden reflejarse por nota marginal dos tipos de actos: «las condiciones especiales de concesión de licencias» y los «actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico».

(47) LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Algunos aspectos...*, cit., pág. 1304: «a pesar de lo que pudiera sugerir la denominación que ha adquirido fortuna, tampoco nos encontramos ante un mero anuncio que complementa las otras formas de avisar a los terceros acerca del proceso en marcha»; ROMERO CANDAU, en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, VII, cit., pág. 71: «en muchas ocasiones la ley no proclama directamente un efecto específico, pero puede producirse de manera solapada».

tipo de publicidad, se acepta que en el ámbito urbanístico también actúan las formas tradicionales de publicidad (48). Se llega a plantear, por quien viene siendo considerado uno de los principales valedores de la publicidad noticia pura, si el recurso creciente al Registro de la Propiedad por las normas urbanísticas no obliga a replantearse los términos en que habitualmente se ha venido entendiendo el principio de «subrogación legal» (49).

¿Cuál puede ser la finalidad de esta publicidad sin eficacia sustantiva? A favor de ese tipo de publicidad se argumenta con base en «la conveniencia de utilizar el Registro para facilitar el conocimiento general de determinadas situaciones urbanísticas, sobre la base de que resulta indispensable, para el mantenimiento de la legalidad urbanística y la fluidez del tráfico, utilizar todos los resortes de que dispone el Estado para que los agentes del mercado y los adquirentes de inmuebles sepan con seguridad de la existencia de determinadas limitaciones objetivas en el contenido objetivo del derecho al que pretenden acceder» (50). ¡Por la boca muere el pez!: si se quiere que los adquirentes «sepan con seguridad», parece inadecuado un sistema que no se compromete con el contenido de lo publicado. Si además esa publicidad sólo

(48) ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 34: «en la interpretación específica de la novedad legal citada se plantean, sin embargo, todo orden de problemas, puesto que los asientos previstos en la Ley pueden originar, además de la simple divulgación de determinadas previsiones urbanísticas, otros efectos de la publicidad simple, dirigida a evitar el nacimiento de una tercera protegida o inatacable, e, incluso, efectos de publicidad ordinaria, es decir, de protección directa del titular registral... Por tanto, será necesario en cada caso precisar debidamente los efectos de cada asiento».

(49) Cfr. LASO MARTÍNEZ, en *El aprovechamiento urbanístico*, cit., pág. 272.

(50) Así ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 494. En apoyo de esa opinión cita unas palabras de LASO MARTÍNEZ, con algunas omisiones que impiden la comprensión del texto. La transcripción correcta es la siguiente: «la institución registral es parte integrante de la estructura de Derecho proclamado por la Constitución, del mismo modo que lo es la institución notarial. Al formar parte ambas de las instituciones de un Estado de Derecho, no es concebible que alcancen protección ante ellas actos que se acojan a su régimen si estos actos carecen de legitimidad en cualquiera de los ámbitos de que procedan, como es el urbanismo»: así en «La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990», en *RCDI*, núm. 601, 1990, pág. 527. No obstante, debe advertirse, lo hace el propio ARNÁIZ, que esta opinión se expresa en relación con las declaraciones de obra nueva, es decir, en un ámbito en el que tradicionalmente se ha venido entendiendo que el Registro se hace eco de situaciones de mero hecho, sin comprometerse ni con su veracidad ni con su legalidad, por tanto, sin producir la eficacia típica registral de protección a los terceros. El sistema actual exige unos requisitos adicionales que de alguna manera dificulten el acceso al Registro de construcciones ilegales, pero no añade un plus de legitimación a dicha construcción (en contra de este último extremo, GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 637). Por estas razones y por la propia formulación literal del argumento, no creemos que las palabras de LASO se puedan extrapolar a otras materias.

se refiere a «determinadas limitaciones», estaríamos aceptando un conocimiento simplemente parcial de las mismas, lo cual también contradice esa seguridad (51). Pero además, siendo el Registro una institución a la que las fincas acceden de forma voluntaria, se estaría aceptando que sobre las fincas no inscritas no pudieran constar las circunstancias urbanísticas. Por otra parte, si la omisión de la inscripción de la materia inscribible fuera absolutamente irrelevante, no se ve qué estímulo existiría para la inscripción, por lo que, en definitiva, el sistema estaría abocado al fracaso.

No nos parecen concluyentes otras razones aducidas por ARNÁIZ (52) en favor de la publicidad noticia pura: «la trascendencia, cada vez mayor, de la delimitación normativa del contenido económico de la propiedad inmueble y la necesidad de que tal delimitación tenga el máximo grado de difusión»; de acuerdo, pero ¿por qué a través del Registro y con esos limitados efectos? «También se ha señalado como argumento la propia implantación social del Registro. Es evidente la conveniencia de que una institución constantemente consultada en el tráfico privado, colabore con la actividad de la Administración urbanística en la divulgación de aquellas circunstancias cuyo conocimiento resulta esencial para el adquirente de derechos, aunque no refuercen en absoluto su adquisición». Sí, en cuanto a la justificación general: necesidad de que el Registro colabore con la Administración urbanística, pero ¿por qué abandonando sus postulados propios que, en definitiva, son los que le han dado su actual implantación social? ¿No sería mejor que, sin apartarse de ellos, colabore en lo posible dejando para otras instituciones el resto, teniendo en cuenta que, por más que se quiera, al Registro le compete en esta materia un papel limitado?

Finalmente, si se atiende a las hipótesis reguladas por las NCRH, se advierte con claridad que la principal aportación del Registro se refiere a materias o aspectos procedimentales que obtienen del pronunciamiento registral una oponibilidad frente a cualquier adquirente de la que naturalmente carecen. Nada parece indicar que se pretenda usar el Registro como vehículo de publicidad de las especificaciones normativas de la propiedad que son las verdaderamente interesantes para los efectos publicitarios que se dice que se pretenden conseguir (53).

(51) ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 495, insiste en que «el régimen de publicidad noticia pura que tratamos no puede aplicarse de forma universal ni inmoderada, pues podría provocar efectivamente una cierta desvirtuación del contenido del Registro». Supone, nos parece, esta actual toma de postura, una inconfesada rectificación respecto de anteriores opiniones menos matizadas: «a mi juicio no existe peligro alguno en que el sistema registral se amplíe a estas nuevas posibilidades»: así en *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 31, nota 5.

(52) *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., págs. 31-32.

(53) De hecho, el propio ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., págs. 32 y sigs., reconoce que en relación con las normas legales, reglamentarias y

Por los anteriores motivos, entendemos que la norma restrictiva de los efectos de los asientos en materia urbanística no se puede extrapolar más allá de los casos que expresamente contempla (54). Por otra parte, como norma excepcional que es, debería interpretarse de forma estricta (55). Pero, llegado este momento, es preciso descender desde las cuestiones de principio a la utilización concreta del Registro en materia urbanística, lo cual nos permitirá valorar la corrección o incorrección de las anteriores afirmaciones.

Planes de Ordenación, «no es necesario, en principio, que las determinaciones que contengan sean objeto de publicidad registral. Ahora bien, dado que ni la norma ni el Plan de ordenación territorial se refieren a fincas determinadas, sino que contemplan el suelo en función de su capacidad de acogida de determinados usos o de las limitaciones imperativas en el ejercicio del derecho de propiedad, la cuestión se plantea cuando se pretende conocer, respecto de una finca determinada, la situación prevista genéricamente en el Plan para un sector de suelo. Normalmente no se suscita ningún problema especial, puesto que el titular dominical que conoce exactamente la situación de la finca, los datos para su identificación registral y el contenido del Plan puede concretar respecto de aquella el contenido de éste. Sin embargo, cuando “la situación urbanística de la finca”, término que utiliza expresamente la Ley, se matiza y concreta en un acto administrativo o jurisdiccional determinado, como una licencia, una Resolución o una sentencia, el conocimiento de lo acordado no lo proporciona el Plan, puesto que no se refiere a fincas determinadas, ni tampoco el Registro, a menos que en este último caso se instrumenten las medidas necesarias para que el acto o la Resolución accedan al folio registral, si bien con un sistema de publicidad adaptado a lo pretendido, es decir, la mera divulgación de la situación urbanística antedicha». Sin embargo, un poco más adelante reconoce que esa conclusión no se puede generalizar, y que de los asientos pueden derivarse efectos publicitarios más intensos por lo que «será necesario en cada caso precisar debidamente los efectos de cada asiento»; y es que, añadimos, ¿es posible entender oponibles frente a cualquier adquirente unas consecuencias que ni publica el Plan ni el Registro, sino que se deducen de actos singulares? ¿Puede estar dotada la publicidad en el Registro de estos actos de tan escasos efectos cuando su función es tan importante? Evidentemente que no, y es que, probablemente, haya una confusión de fondo sobre el objeto de la publicidad en este caso: el Registro no publica aquí la limitación urbanística sino la tramitación del acto lo que es muy diferente.

(54) También en sentido crítico CORRAL GUÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., págs. 224-225: «en cuanto a la efectividad, entendemos que la expresión legal resulta bastante minusvaloratoria... tiene difícil encaje en nuestro sistema hipotecario esa pretendida limitación de efectos que a nada conduce y sí puede originar litigios tan innecesarios como evitables. Por ello nos permitimos modestamente criticar esa tacaña expresión legal y entendemos que en todo caso serán prevalentes los principios hipotecarios de nuestro sistema en aras de la seguridad jurídica dimanante de la publicidad de los asientos registrales».

(55) No estaría de acuerdo con esta conclusión ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 489, que reconoce que la extensión de este tipo de publicidad ha sido obra de la doctrina.

III. EL PAPEL DEL REGISTRO DENTRO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN

1. SIGNIFICADO INSTITUCIONAL DE LA EQUIDISTRIBUCIÓN

Hemos destacado anteriormente que el Real Decreto quiere actuar preferentemente en aquellos ámbitos del urbanismo que permiten la puesta a disposición del mercado de nuevo suelo, lo cual demuestra la importancia que, en la filosofía institucional de esta materia, tienen las cuestiones que vamos a tratar en este apartado. Son, en efecto, los procedimientos de equidistribución los que de modo ordinario permiten la incorporación efectiva de nuevo suelo a los mercados inmobiliarios (56), además de tener una gran trascendencia jurídico-real, de ahí que esta materia necesite de la presencia del Registro de la Propiedad (57).

Al hablar del significado institucional de los distintos procedimientos de equidistribución, queremos referirnos al papel que cumplen en relación con la propiedad y los demás derechos sobre los inmuebles y con el mismo Registro. No queremos examinar los mecanismos o procedimientos en sí mismos, sino sólo su trascendencia jurídico-real, en cuanto se traduzcan en elementos con cierta relevancia para el acceso al Registro de este tipo de actos. Nos parece que otra cosa sería entrar en materias directamente urbanísticas para cuyo tratamiento otros están más capacitados que nosotros. Además la actual dispersión legislativa en esta materia haría prácticamente inabarcable el tratamiento profundo y detallado de estos procedimientos (58).

(56) En este sentido se puede afirmar, con razón, que las normas urbanísticas son fundamentalmente «procesales». Cfr. DE LOS MOZOS, *Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas*, cit., pág. 6: «Como las normas urbanísticas son fundamentalmente normas procesales, se mueven muchas veces dejando atrás un vacío sustantivo, pues los derechos y facultades que protegen, aunque aparezcan dotados de una intensa vida procedimental, no se hallan delimitados ni definidos convenientemente»; y más adelante añade: «los derechos de propiedad, unos antes, otros después, atravesando el túnel más o menos largo del proceso urbanístico, recobrarán casi por completo su contenido pleno, en virtud de la idea pandectista de la elasticidad del dominio, como dice J. Martín Blanco, a que responde el concepto de propiedad que preside el artículo 348 del Código Civil» (pág. 10).

(57) ASÍ SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 51; CORRAL GUJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., pág. 153: «El Plan en sí mismo, por su aspecto normativo y por ser un evento más o menos de futuro, no parece muy adecuado para entrar en el ámbito de la publicidad registral. En cambio, cuando se procede a su ejecución y puesto que ésta repercute en el dominio y demás derechos reales sobre fincas concretas, la publicidad que presta el Registro es ya no sólo conveniente sino indispensable».

(58) Además la excusa propuesta en el texto viene avalada por el propio Real Decreto que regula unitariamente la cuestión bajo el rótulo de «Proyectos de equidistribución».

Interesa destacar, en cambio, que cualquiera de los procedimientos tiene como objetivo último realizar una «reorganización de la propiedad» (así, literalmente, el art. 6 de las NCRH) y los demás derechos sobre los inmuebles. Viene a significar esa reorganización un mecanismo necesario para dotar a la ciudad de los equipamientos previstos en el Plan redistribuyendo su incidencia entre todas las fincas afectadas (59). Desde el punto de vista jurídico, esta reorganización se verifica sustituyendo las fincas originarias por las fincas de resultado (60), aunque es posible que alguno de los derechos que recaían sobre las fincas originarias se declaren extinguidos y queden sustituidos por una compensación económica.

Interesa destacar que la equidistribución constituye un acto administrativo (61), en el que pueden intervenir los interesados con mayor o menor protagonismo según los distintos sistemas. El mínimo de «intervención» de cada interesado vendrá representado, según el artículo 7.11 NCRH, por la notificación en el expediente, lo que le permitirá actuar en defensa de sus intereses (62). Constituye este requisito un elemento esencial a la hora de autorizar el acceso a los libros registrales del acto definitivo de equidistribución.

ción». Como se dice con acierto: «En la denominación genérica de proyecto de equidistribución se engloban todos los sistemas de actuación previstos por las legislaciones autonómicas y dirigidos a la ejecución del planeamiento urbanístico»: así SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 51.

(59) «Todos estos sistemas tienen una finalidad común, el reparto equitativo de beneficios y cargas... se trata de evitar, pues, que la calificación y destino de las fincas afectadas, previsto por el planeamiento, beneficie a unos propietarios en perjuicio de otros. Además, resulta de equidad la participación de la colectividad en la plusvalía generada por las previsiones del planeamiento»: SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 51.

(60) Es este el ámbito propio del llamado principio de subrogación real. Se recordará que anteriormente hemos criticado la inadecuada utilización de este término para referirse a los efectos legales de las normas. Aquí, en cambio, tendría plena aplicabilidad el concepto anterior. Vid., SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 53: el procedimiento culmina «con el traslado de las titularidades relativas al dominio y demás derechos reales, existentes sobre las fincas de origen, a las correspondientes fincas de resultado, salvo cuando se trate de titularidades, derechos y cargas declarados expresamente incompatibles con las determinaciones del planeamiento».

(61) Cfr. en este sentido, SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 53.

(62) En relación con los requisitos personales nos gustaría hacer una única observación en relación con el artículo 10.2 NCRH. Dice así en su última parte: «Si el titular de la finca de origen estuviere en ignorado paradero, la defensa de sus intereses, durante la tramitación del proceso, corresponderá al Ministerio Fiscal, salvo que el ausente tuviese designado representante con facultades suficientes». Está claro que no se trata en esta norma del declarado ausente: así SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 86; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 212. No obstante, la hipótesis a la que se refiere el precepto reglamentario no nos parece diferente a la del artículo 181 del Código Civil, que provee a la

2. REFLEJO REGISTRAL DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO: FUNDAMENTO Y EFECTOS

El Preámbulo del Real Decreto es consciente de la importancia de esta materia, por eso declara que en las normas «se contemplan especialmente los requisitos y los efectos de la nota marginal de iniciación del expediente de reparcelación o de afección de los terrenos comprendidos en una unidad de ejecución al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación» (63).

A nosotros, como es lógico, nos deberá servir el estudio de esta importante nota, para verificar cuáles son los efectos de la publicidad registral en materia urbanística. En concreto, ¿cuál es el significado y el régimen de esta nota marginal? La doctrina especializada venía insistiendo, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto, en que estas notas tienen la virtualidad «de servir de notificación de la existencia de un procedimiento determinado a titulares que ingresan en el Registro, con posterioridad a su fecha» (64). Se fundamentaba esta opinión en la letra del artículo 102.3 del RGU, según la cual «los interesados que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personasen en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones». Hoy, derogada esta última norma, se suele mantener esa misma eficacia (65), que correspondería a un efecto registral típico: dar a conocer las vicisitudes que afectan a los derechos inscritos. Y es que, practicada la nota marginal, una posterior alteración en la titularidad, no tenida en cuenta en la decisión definitiva del expediente, no impediría la inscripción de la reorganización de la propiedad (66).

representación y defensa de los asuntos del desaparecido no declarado ausente. En cambio, las consecuencias jurídicas de ambas normas son distintas: la norma legal confiere al Juez la facultad de nombrar un defensor, mientras que la reglamentaria confiere directamente al Ministerio Fiscal las facultades de defensa. No vemos el modo de conciliar el precepto reglamentario con la norma jerárquicamente superior del Código.

(63) La referida nota marginal constituye una previsión establecida en el TR de la LS de 1992, en su artículo 310.

(64) Así ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 225; GONZÁLEZ SALINAS, *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., págs. 192 y sigs.

(65) Así GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 85-86, aun reconociendo que el nuevo Reglamento no es muy explícito en este sentido; LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La incidencia...*, cit., pág. 484; SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 58; ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 75.

(66) Los artículos 310.4 TR LS 92 y 14 NCRH establecen la «cancelación» de los asientos posteriores a la fecha de la nota. Interesa precisar que esta «cancelación» no significa la extinción del derecho del adquirente, pues existe un procedimiento específico

A partir de normas como las anteriores, de forma casi imperceptible, llega la doctrina a afirmaciones cuya corrección no nos parece tan evidente. Explican algunos autores que el fundamento del precepto de la LS y de las normas concordantes de las NCRH, «es hacer recaer sobre el nuevo titular las consecuencias de su actuación cuando negligentemente omite poner al tanto a la Administración del hecho de su adquisición y no le aporta los títulos correspondientes» (67). No nos cabe duda de que esta opinión viene hoy propiciada por el mismo Preámbulo de las NCRH: «destaca con mayor rigor, si cabe, la cancelación de aquellos asientos que siendo posteriores a la fecha de la nota marginal corresponden a titulares que no se han personado en el expediente de equidistribución» (68).

En las anteriores palabras no vemos más que un exceso retórico motivado por el afán de justificar la solución normativa. Este presunto fundamento de la norma no es tal y no debería tenerse en cuenta en su interpretación, pues analizando las cosas con atención se aprecia que la aplicación del precepto no depende, en absoluto, de la negligencia o del incumplimiento

para adecuar el Registro a la realidad; ni siquiera lo pone en el peligro de la posible aparición de nuevos titulares registrales que traigan causa de su transmitente y que vayan a pretender mantener su adquisición, porque esa llamada cancelación produce el cierre registral del folio correspondiente a la finca de que se trate: así el artículo 310.4.d) LS 1992 y artículo 17.4 NCRH. La explicación de que se haya adoptado este sistema nos la ofrece la doctrina: sin él «la inscripción de cualquier título posterior a la iniciación del proyecto, no tenido en cuenta en la tramitación del expediente, provocaba la imposibilidad no sólo de inscribir la finca de resultado a favor del titular inicial de la finca de origen, sino, además, de practicar los asientos correspondientes al resto de las operaciones contenidas en el proyecto, lo que generaba toda clase de inconvenientes y perjuicios, no sólo a los propietarios implicados en el proceso, sino a los propios intereses públicos. Además, tal circunstancia provocaba una constante presión para la inscripción parcial de las operaciones de equidistribución, mediante la solicitud de que el acceso al Registro del expediente se refiriera solamente a las fincas de resultado adjudicadas al titular de la finca de origen cuya situación registral no se hubiese alterado, de forma que los asientos correspondientes a las fincas de resultado afectadas por el problema se inscribiesen más adelante mediante el consentimiento prestado por el nuevo titular de la finca de origen»: así ARNAÍZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 342.

(67) Así ARNAÍZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., págs. 342-343. Insiste en esta correlación de ideas: negligencia y consiguiente sanción en *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit. sub artículo 14, pág. 144. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 86, habla de falta de diligencia; LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La incidencia...*, cit., pág. 484, sostiene que la nota hace recaer sobre los adquirentes «la carga de personarse» en el procedimiento en curso; FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, Madrid, 1995, pág. 47; CORRAL GIJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., págs. 177-178; SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 59.

(68) De ahí que se entienda que cuando el proyecto de equidistribución aprobado toma en cuenta al nuevo titular, eso será por existir una «presunción legal», según la cual dicho adquirente ha aportado su título de adquisición al Órgano actuante: así ARNAÍZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 343.

to de alguna carga por el adquirente. Se puede ver con claridad en la hipótesis de que la Administración conozca la transmisión de la finca, porque se la notificó, pero sin embargo no tenga en cuenta dicha circunstancia en el Proyecto finalmente aprobado. Para la doctrina está claro que «en tal circunstancia, sin perjuicio de la reclamación de la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de los servicios públicos, la cuestión no afectaría a la calificación registral» (69); es decir, que, en definitiva, el proyecto se podría inscribir. Estamos de acuerdo con que el acceso del proyecto al Registro no se puede denegar en este caso, a tenor del artículo 14.2 NCRH: «Practicada la nota... si el proyecto adjudicara las fincas de resultado a los que eran titulares de las fincas de origen en el momento de la expedición de la certificación y de la práctica de la nota marginal a que se refiere el artículo 5, la inscripción se llevará a cabo a favor de dichos titulares y se cancelarán las inscripciones de dominio de fecha posterior a la de la nota, cualquiera que sea la fecha del título en cuya virtud se hubieren practicado». Pero, si se acepta esta solución, el fundamento de la norma no puede ser hacer recaer sobre el titular las consecuencias de una actuación negligente que, por hipótesis, aquí no existe.

Podría añadirse otro caso en que ni siquiera hay negligencia por parte del Organo actuante en la equidistribución: practicada la nota y produciéndose una posterior enajenación de la finca, el adquirente que inscribe en el Registro, notifica dicha adquisición a la Administración cuando el expediente ha sido ya aprobado o se encuentra, incluso, camino del Registro para su inscripción. Finalmente, nos confirma en esta opinión la inviabilidad práctica de la contraria. En efecto: ¿cómo podría el Registrador entrar a calificar la diligencia o negligencia del adquirente, es decir, si notificó o no a la Administración su adquisición?

Y es que, si la norma quisiera fundamentarse en la negligencia del adquirente o en el incumplimiento de una carga por su parte, habría que afirmar la escasa precisión de su desenvolvimiento; sin embargo, si se prescinde de la necesidad de calificar la conducta del adquirente, la norma resplandece claramente en su fundamento: se trata de una manifestación más de la oponibilidad de lo inscrito y de inoponibilidad de lo no inscrito (70). Ciertamente los supuestos normales contemplarán hipótesis de

(69) ASÍ ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 349.

(70) ASÍ SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., págs. 58-59: «así se evita la posibilidad de la aparición de terceros hipotecarios que puedan hacer valer el principio de inoponibilidad de lo no inscrito del artículo 32 de la Ley Hipotecaria»; FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., págs. 30-31, sostiene que el precepto impediría de aparición de un tercero protegido por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH. Nos parece más correcto, como sostenemos en el texto, hablar del principio de inoponibilidad.

negligencia del adquirente, pero en otras no se podrá apreciar culpabilidad ni negligencia alguna.

En nuestra opinión, pues, el efecto de la nota marginal será publicar la existencia de un procedimiento que afecta a una finca determinada. En razón de esta publicidad, ningún adquirente podrá eludir los efectos del expediente alegando el desconocimiento de su tramitación. Estamos ante la típica eficacia positiva de los asientos registrales (71).

La cuestión más interesante, en relación con la nota marginal de inicio del procedimiento, se presenta cuando no se haya practicado. En la doctrina la eficacia de esta nota se ha calificado a veces como de mera publicidad noticia (72), y otros añaden que la ausencia de esta nota «no impide la prosecución de la gestión urbanística» (73). Pero no nos debemos llamar a engaño por esas o parecidas opiniones: lo único cierto que se puede afirmar es que si no hubo nota marginal, o la misma ha perdido vigencia por el transcurso del tiempo (cfr. art. 5.2 NCRH), las cosas se complican para el proyecto de equidistribución, pues, en último término, si pretende acceder al Registro un proyecto en el que no se tuvo en cuenta al titular registral, el Registrador estará en la obligación de denegar el acceso (74). En esta hipótesis, la aplicación del principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito tiene lugar, según explica SÁNCHEZ CALERO (75), no porque la limitación urbanística no figure en el Registro, sino porque el expediente urbanístico referido a una

(71) «La cognoscibilidad del Registro origina que la nota publique el procedimiento en trámite»: así CORRAL GUJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., pág. 179.

(72) Así LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística*, cit., pág. 1312.

(73) DEL POZO CARRASCOSA, *El sistema de compensación urbanística*, Madrid, 1993, pág. 97. Este autor sigue las opiniones de GONZÁLEZ SALINAS, *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, Madrid, 1987, pág. 207.

(74) Es también la opinión de CORRAL GUJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., pág. 179: «si no se hiciese constar la nota de iniciación, todo titular posterior podría basarse en la protección del artículo 32 de la Ley Hipotecaria: lo no inscrito no perjudica a terceros». Para LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística*, cit., pág. 1305: «si las actuaciones se tuvieron con el titular anterior y no existe publicidad, la Administración se arriesga a soportar una especial aplicación del principio de tracto sucesivo. El resultado será la denegación del acceso al Registro del resultado final de ese expediente». Vincula este efecto al principio de tracto sucesivo, PRETEL SERRANO, *La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, cit., pág. 80. Para GONZÁLEZ SALINAS, *Sistema de compensación y terceros adquirentes del suelo*, cit., pág. 207: «omitida la nota... habrá que notificar a los propietarios, aunque sean terceros adquirentes».

(75) *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 60.

finca concreta ni ha sido notificado a su titular, ni ha accedido al Registro a través de la nota (76). Y es que, añadiríamos, el objeto de la publicidad de la nota no es el régimen urbanístico de la finca, sino la existencia de un concreto procedimiento sobre ella.

3. LA INSCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN

Los procedimientos de equidistribución precisan la intervención del Registro de la Propiedad en cuanto a su resultado final; la finalidad y función de esta institución es la reorganización de la propiedad, por lo que se tiene que arbitrar el acceso del Proyecto al Registro como un mecanismo esencial. Como dice el Preámbulo de las NCRH, «si la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias surge un punto de contacto de necesaria coordinación»; claramente nos encontramos situados en el punto al que se refiere el texto.

En la doctrina suele considerarse que la inscripción en el Registro del Proyecto de equidistribución tiene eficacia meramente declarativa: el cambio real se produce al margen del Registro (77). Sin embargo, como excepción al criterio general de nuestro Derecho, se afirma la obligatoriedad de este tipo de inscripciones por aplicación del artículo 169 Ley del Suelo (TR 1992, vigente en la actualidad) (78). El fundamento de esta obligatoriedad se entiende que es «la necesidad de que el Registro de la Propiedad recoja las profundas modificaciones, físicas y jurídicas, operadas en las fincas incluidas en la unidad de ejecución y dirigidas a conseguir el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento entre todos los titulares afectados por el planeamiento» (79).

En nuestra opinión se puede precisar algo más la idea anterior: es evidente la hondura de las transformaciones jurídico-reales que un Proyecto de equidistribución provoca, pero ese hecho, por sí mismo, no es una justificación suficiente de que la Ley haya impuesto la obligatoriedad de la inscripción. La

(76) Evidentemente, como señala este mismo autor, la solución del problema pasará por reponer las actuaciones al momento en que se omitió el trámite.

(77) Así ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 332; SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del Proyecto de equidistribución*, cit., pág. 111.

(78) En este sentido de la obligatoriedad: GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, ed. 1993, pág. 1319; ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 332; SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del Proyecto de equidistribución*, cit., pág. 111; POZO CARRASCOSA, *El sistema de compensación urbanística*, cit., pág. 83; FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., págs. 35 y 45.

(79) Así SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del Proyecto de equidistribución*, cit., pág. 111; también lo justifica POZO CARRASCOSA, *loc. ult., cit.*, en «la trascendencia real del proyecto de compensación»; ideas parecidas en FUERTES, *loc. ult. cit.*

explicación última es que esa profunda transformación afecta directamente al interés público, y ese interés debe quedar garantizado por la publicación en el Registro: así se garantiza la cognoscibilidad frente a todos de la reorganización de la propiedad. Téngase en cuenta que la nota marginal de inicio del procedimiento de equidistribución tiene una eficacia temporalmente limitada, transcurrida la cual dicho procedimiento dejará de ser oponible a los adquirentes que no tuvieron otro medio de conocerlo; por eso, caso de no acceder al Registro el Proyecto aprobado, pudieran aparecer terceros adquirentes que, trayendo causa de los titulares registrales, pudieran legítimamente ignorar las mutaciones jurídico-reales producidas en virtud del Proyecto. Ese efecto, que puede resultar admisible cuando los intereses en juego son meramente privados, sería inaceptable que comprometiera los intereses públicos: es para intentar impedir la aparición de terceros protegidos por lo que se declara obligatoria la inscripción.

De acuerdo con la naturaleza propia de la equidistribución como reparto de derechos y cargas, debe aparecer en el Proyecto «la cuota que se atribuya a cada una de las fincas de resultado en la cuenta de liquidación del proyecto de equidistribución» (art. 7.9 NCRH). Un elemento que acompaña a esta obligación es la llamada afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación de urbanizar (80) que deberá constar en el mismo asiento de inscripción de la finca de resultado (81).

Por la naturaleza del procedimiento de equidistribución, reparto de derechos y cargas, está claro que esta afección será una buena piedra de toque para apreciar el modo en que actúa el principio de especialidad registral.

En la actualidad esta materia está regulada por el artículo 19 NCRH:

«Quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constaren inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a los que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de ese carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad

(80) Según ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 173: «la afección... puede asegurar dos tipos de obligaciones. De una parte, de dar, supuesto que tendrá lugar cuando el expediente de equidistribución se sitúe en la familia de las reparcelaciones, en la que la obligación de hacer recae sobre la Administración actuante con facultades para exigir su importe en metálico a los titulares de las fincas de resultado objeto de la afección. De otra, de hacer, en el caso de que se trate de un proyecto de equidistribución situado en el tipo de la compensación, en el que el Órgano actuante ha de recibir las fincas ya urbanizadas por los administrados».

(81) No mediante nota marginal, como a veces dice algún autor: cfr., todavía hoy SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit.,

a la práctica de la afección. Dicha afección se inscribirá en el Registro de acuerdo con las siguientes reglas:

1. En la inscripción de cada finca de resultado, sujeta a la afección, se hará constar lo siguiente:

a) Que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto.

b) El importe que le corresponda en el saldo de la cuenta provisional de la reparcelación y la cuota que se le atribuya en el pago de la liquidación definitiva por los gastos de urbanización y los demás del proyecto, sin perjuicio de las compensaciones procedentes, por razón de las indemnizaciones que pudieren tener lugar.

2. En caso de incumplimiento de la obligación de pago resultante de la liquidación de la cuenta, si la Administración optase por su cobro por vía de apremio, el procedimiento correspondiente se dirigirá contra el titular o titulares del dominio y se notificará a los demás que lo sean de otros derechos inscritos o anotados sujetos a la afección. Todo ello sin perjuicio de que en caso de pago por cualesquiera de estos últimos de la obligación urbanística, el que la satisfaga se subrogue en el crédito con facultades para repetir contra el propietario que incumpla, como resulta de la legislación civil, lo cual se hará constar por nota marginal.

3. No será necesaria la constancia registral de la afección cuando del proyecto de equidistribución resulte que la obra de urbanización ha sido realizada y pagada o que la obligación de urbanizar se ha asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística aplicable.

4. En el proyecto podrá establecerse, con los requisitos que, en cada caso, exija el órgano actuante, que la afección no surta efectos respecto de acreedores hipotecarios posteriores cuando la hipoteca tuviera por finalidad asegurar créditos concedidos para financiar la realización de obras de urbanización o de edificación, siempre que, en este último caso, la obra de urbanización esté garantizada en su totalidad».

Convenimos con SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA en que en el precepto anterior, y, en general en toda esta materia, se utilizan varios conceptos de modo no siempre preciso, por lo que es necesario distinguirlos si se quiere evitar la

págs. 352 y sigs.; también FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., págs. 40 y 49; CARRASCO PERERA, *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., pág. 134. Antes de las NCRH, la cuestión podía ser dudosa (vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 189 y sigs.), pero hoy no lo es: cfr. artículo 19.1 NCRH. En sentido correcto: CORRAL GIJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., pág. 196: «se refleja en el Registro por medio de la constancia en el cuerpo de la inscripción de cada finca de reemplazo»; SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 130, para quien la solución correcta «no ofrece duda»; ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 172.

imprecisión e, incluso, la mala interpretación del sistema (82). Así, una cosa es la obligación de pago, otra la afección real que lo garantiza y otra el privilegio de que goza esa deuda garantizada (83).

Necesidad de distinguir conceptos, hemos dicho. Para comenzar debemos ocuparnos de la obligación de ejecutar y pagar la urbanización, que se materializa en unas cargas que pueden quedar pendientes de ejecución tras la aprobación e inscripción del proyecto de equidistribución (84). La normativa registral de los artículos 19 y 20 NCRH se fundamentaría, según la doctrina, en los artículos 14, 18 y 21 de la Ley del Suelo, en virtud de los cuales los propietarios de suelo y sus sucesivos adquirentes están obligados a «costear y ejecutar la urbanización» (85). Por razón de la perspectiva que hemos adoptado en el presente estudio, nos interesa de modo especial esa referencia al artículo 21 LS (86), en el que se regula la transmisión pasiva de esa obligación, que viene calificada como obligación *propter rem* por la doctrina (87).

Nos parece necesario matizar algunas de las ideas anteriores. Desde luego, nos parece indudable que el fundamento legal de las cargas que gravitan sobre el propietario actual y los sucesivos se debe buscar en los artículos de la Ley del Suelo acabados de citar, que son los que diseñan el régimen de la propiedad y los problemas que suscita su transmisión. Ahora bien, cuando un determinado sector de territorio se somete a un procedimiento de equidistribución, y, sobre todo, cuando se aprueba la equidistribución, esos deberes y cargas legales se modalizan y concretan sobre cada inmueble en consideración a diferentes circunstancias; incluso, puede darse el caso de que «la obra de urbanización ha sido realizada y pagada» (así, art. 19.3 NCRH), por lo

(82) Nosotros, por nuestra parte, añadiríamos que el precepto reglamentario es escasamente preciso: ¿se puede decir que quedan afectos al cumplimiento de la obligación los titulares del dominio y otros derechos reales? ¿no quedan afectas más bien las fincas? ¿no serán más bien sus titulares los obligados al cumplimiento?

(83) Cfr. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., págs. 352 y sigs. En especial 356-357, en las que se salva lo que imaginamos ser un error involuntario, pues en la pág. 352 el tercer elemento de la enumeración es la nota de afección, aunque luego de lo que trate es del privilegio.

(84) Dicha obligación «puede satisfacerse en metálico o con terrenos edificables cedidos libres de cargas... el deudor de esta obligación será el titular de la finca de resultado»: así SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., pág. 352.

(85) Así SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 127.

(86) ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 295, fundamenta la transmisión de la obligación a los sucesivos adquirentes en el artículo 22 TR 1992 (hoy art. 21 LS).

(87) Así, por ejemplo, ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 295. También SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., págs. 352-352.

que no sea necesario distribuir dichas cargas; o que «la obligación de urbanizar se ha asegurado mediante otro tipo de garantías» (así, también art. 19.3 NCRH) (88). En definitiva, que si bien la obligación se fundamenta en la Ley, la concreción de la misma corresponde al Proyecto de equidistribución porque la cuota de responsabilidad de cada finca no se puede deducir de forma directa de la aplicación de ninguna norma, y puede suceder incluso que tras la equidistribución alguna finca quede libre de responsabilidad. Pudiera hablarse, pues, de un doble fundamento de las cargas: uno remoto, la Ley, otro próximo y concreto, el Proyecto.

De la anterior precisión deriva que tanto las NCRH (art. 7.9) como la doctrina exijan la constancia en el proyecto de equidistribución de la cuota de responsabilidad respecto de cada finca, como uno de los requisitos necesarios para el acceso al Registro de la Propiedad (que, como vimos antes se entiende obligatorio) (89). Enseguida la pregunta se impone: ¿se trataría de dotar al tercer adquirente de un mecanismo publicitario que le permita conocer ciertas cargas que gravan la finca y que no alcanzan publicidad de otro modo?; o, por el contrario: ¿habría que seguir manteniendo la vinculación del tercero a esas cargas, tengan o no reflejo en el Registro?

Aun advirtiendo que cabe pensar que la hipótesis sea muy rara, nos parece, con la mejor doctrina, que debe sostenerse la inoponibilidad a los terceros adquirentes de buena fe de las cargas derivadas del proceso de urbanización que el Registro no publica (90). El proyecto de equidistribución es el instrumento de distribución equitativa de beneficios y cargas, en él debe quedar resuelta la distribución proporcional entre las diferentes fincas de las obligaciones dimanantes de su ejecución, y todo ello debe constar en el Registro. Si, a pesar de que el proyecto de equidistribución estableciera dichas cargas, se omitió la publicidad registral de las mismas, el adquirente de buena fe de la parcela puede pensar legítimamente que no quedan obligaciones

(88) Sobre estas y otras posibilidades, cfr. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., págs. 354 y sigs. y allí referencias.

(89) Así GONZÁLEZ SALINAS, *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., pág. 225; SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, págs. 111 y 130; FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., pág. 40; CORRAL GUÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., pág. 196.

(90) Así también SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, pág. 130: «a consecuencia de la constancia registral de la afección de la finca, está legitimado pasivamente, en el procedimiento de apremio, el titular de la misma, según el Registro. En otro caso, es decir, si no constare inscrita la afección de la finca de resultado, la vía de apremio sólo podría dirigirse contra el propietario con quien se siguió el procedimiento de equidistribución, pero no contra los sucesivos adquirentes»; ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 175: «mención que tiene como finalidad básica evitar la aparición de una tercería»; CARRASCO PERERA, *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., págs. 134 y 137.

pendientes de cumplimiento. Además, argumentando por un camino diferente, llegaríamos a la misma solución: normalmente la omisión de una inscripción obligatoria comporta responsabilidad del obligado a promoverla; esa responsabilidad debería abarcar los gastos cuya procedencia y cuantía se omitió consignar en el Registro.

Nos debemos referir con mayor brevedad, a otras cuestiones que suscita la materia tratada. Un segundo concepto jurídico, junto con el de obligación urbanística, resulta utilizado por la normativa: el de afección real. ¿Qué significa, desde el punto de vista de la técnica jurídica, esta afección? Se sostiene generalmente, y parece que debe aceptarse esa explicación, que se trata de una garantía real (91). Se ha añadido que el propietario responde de la obligación de urbanizar «con el valor de la cosa, no con su propio patrimonio presente y futuro» (92); esta idea no nos parece correcta: la afección implica que la responsabilidad se concreta *ab initio* en la finca, pero no excluye la responsabilidad del artículo 1.911 del Código Civil, porque la limitación de la responsabilidad al bien sujeto en garantía es excepcional, incluso en la hipoteca (cfr. art. 140 LH). Por otra parte, esa garantía, según el Preámbulo del propio Reglamento, respetaría el principio de especialidad (93); pero, para nosotros, con la mejor doctrina, no hay tal respeto, sino un apartamiento voluntario de ese principio, pues la afección se refiere no al saldo de la cuenta provisional de los gastos de urbanización, sino a una cuota de los gastos que finalmente se produzcan, que pueden ser muy diferentes; otra cosa será que esta norma pueda entenderse justificada por el interés público que protege (94).

(91) En este sentido, GONZÁLEZ SALINAS, *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., págs. 225-226: «la afección... lo que supone es, ni más ni menos, que el surgir *ex novo* de un derecho real de garantía, sobre las nuevas parcelas al adjudicarse». En el mismo sentido: CORRAL GIJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., pág. 197; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 182; FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., págs. 40 y 49. En contra, ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., págs. 299 y sigs., y *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 171.

(92) Así SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., pág. 353.

(93) Así el Preámbulo: «en materia de afección al cumplimiento de obligaciones urbanísticas se ha procurado una redacción adecuada a los principios registrales de especialidad y de prioridad».

(94) Para SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 129: «En este caso, al igual que en algunas afecciones fiscales, se produce una excepción al principio hipotecario de determinación o especialidad, justificada porque el interés público urbanístico exige estar necesariamente al saldo definitivo, pues, en otro caso, no se sabría quién ha de sufragar y responder del exceso respecto del saldo de la cuenta provisional, y porque, al mismo tiempo, la afección tiene una duración determinada, que compensa, en cierto modo, la indeterminación de cantidad». Sigue en este punto a GARCÍA GARCÍA, «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1986, págs. 1400-1401. Este interés público, justificante de la

En tercer lugar, hay otro efecto previsto en la norma reglamentaria y que, aparentemente al menos, carece de apoyo en una norma legal: la afección comporta un derecho prioritario sobre cualquier otro que gravite sobre el inmueble (95), salvo los que provengan de deudas tributarias.

Esta última anomalía normativa no ha pasado inadvertida a la doctrina que ya con ocasión de la disposición de los artículos 126 y 178 RGU, precedentes directos del precepto que ahora comentamos, se pronunció sobre su falta de cobertura legal y su contraste con el artículo 1.925 del Código Civil. Verdaderamente el reproche es difícilmente soslayable, pues no resulta sencillo encontrar una norma de rango legal habilitante de esas disposiciones, aunque se hayan apuntado algunos argumentos. Según algún autor, el fundamento de esta alteración del rango debería buscarse en el hecho de que la equidistribución viene a afectar a todas las titularidades existentes sobre las fincas «por lo que a todos debe gravar la afección, siendo la única forma técnica de conseguirlo el establecer esa preferencia respecto a las cargas anteriores» (96).

No se debe dejar de considerar que la afección y el pretendido privilegio se refieren a una deuda que, según el artículo 19.2 NCRH, es deuda del

norma, resulta subrayado también por ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 170; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 231 y 307. Una consecuencia importante de esto es que la afección no constituye una garantía en favor de los particulares a quienes se les adeuden las obras de urbanización: así GONZÁLEZ SALINAS, *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., pág. 231; GARCÍA GARCÍA, *op. ult. cit.*, pág. 307. La RDGRN de 8 de junio de 1999, dice ser correcta esta interpretación, aunque acepte la práctica de una anotación preventiva sobre las fincas afectas solicitada por un particular, por entender que este extremo no puede estar sujeto a calificación.

(95) Se ha subrayado que «de ser válida esta previsión reglamentaria... habríamos encontrado un importante factor de riesgo para el acreedor hipotecario que puede ver cómo por circunstancias posteriores al tiempo de constitución de la hipoteca se antepondrían otros acreedores para el cobro en relación al valor de la cosa hipotecada»: así SÁNCHEZ RUIZ VALDIVIA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., pág. 356.

(96) Así GARCÍA GARCÍA, hoy en *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 184, recogiendo palabras de un trabajo suyo de 1985. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., pág. 127. El derecho de garantía no gravaría únicamente sobre el propietario, sino que afectaría también a los demás titulares de derechos sobre la cosa que, en principio, no son deudores. Se argumenta, para defender esta conclusión, que la dicción legal de la norma que establecía esta afección se refería a la afección «de las parcelas» [así el art. 167.c) del TR 1992, hoy no vigente, y en las correspondientes normas autonómicas en la actualidad]: expresamente en este sentido: GONZÁLEZ SALINAS, *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., pág. 228, que entiende que eso significa afección de todos los derechos sobre la misma. Para justificar dicho criterio se dice que todos los derechos y cargas que existían se benefician de las plusvalías generadas por la ejecución del planeamiento, por lo que deben quedar afectos a los costes de la urbanización: Así FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., pág. 41; GONZÁLEZ SALINAS, *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., pág. 228.

propietario (97); no parece muy correcto deducir lo contrario del hecho de que todas las titularidades que recaen sobre una finca estén sujetas, a los deberes urbanísticos como a veces se pretende (98). En cualquier caso, la anterior argumentación olvida que el problema es el de la admisibilidad o no del privilegio concedido por un Reglamento sin cobertura legal. Para nosotros se puede proponer doctrinalmente la idea de que para viabilizar la afección sea necesario e ineludible establecer un privilegio que se anteponga a todos los demás derechos. Pero por justificada y razonable que parezca, no es válida su introducción en un Reglamento, ignorando una norma contraria de rango superior (99).

IV. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

1. EN GENERAL

La regulación de las anotaciones preventivas para reflejar registralmente la incoación de expedientes sobre disciplina urbanística y la interposición de recurso contencioso-administrativo sobre la anulación de instrumentos del planeamiento, de sus instrumentos de ejecución o de las licencias, constituyó una importante novedad introducida en nuestro derecho por la Ley de 25 de julio de 1990 (100). En la actualidad, con mayor detalle, establece el artícu-

(97) Así claramente, SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales...*, cit., pág. 131: «esta regla sólo es aplicable en el caso de que el pago se realice por alguno de los titulares de los derechos que en la misma se citan, no cuando quien cumple es el propietario de la finca, pues él es el deudor y los demás derechos han de subsistir en su integridad». De la misma opinión, GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit, pág. 194.

(98) Por ejemplo, ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., págs. 296 y 300, con referencia al artículo 22 de la anterior Ley del Suelo. El artículo 21 LS, y todos sus antecedentes han ignorado la responsabilidad de titulares distintos del propietario, éste será un reproche que se le pueda dirigir a la norma (así CARRASCO PERERA, *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., pág. 132); pero no se puede ignorar que todas las normas legales que han tratado de los deberes urbanísticos se refieren siempre al propietario.

(99) En este sentido: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., pág. 361, con referencias a la opinión de otros autores. También, DEL POZO CARRASCOSA, *El sistema de compensación urbanística*, cit., pág. 153.

(100) Vid., por ejemplo, ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 583. Subraya también esa importancia, GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 603: «La disciplina urbanística se desenvuelve en relación con las fincas en las que se han cometido las infracciones, y el Registro de la Propiedad puede ser un instrumento de refuerzo de la Administración actuante para conseguir el respeto de la legalidad vigente y la eficacia de los actos administrativos tendentes a la restauración de la legalidad infringida». En cambio, la anotación preventiva en

lo 1.5 NCRH: que será inscribible «la incoación de expedientes que tengan por objeto la declaración de incumplimiento del deber de urbanizar o edificar o que se instruyan en materia de disciplina urbanística sobre fincas determinadas, así como la iniciación del procedimiento que tenga por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de las sanciones impuestas». Igualmente el número 6 añade que es inscribible «la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de las licencias, así como de la demanda formulada en dicho recurso».

Las anotaciones proceden en los casos en que la obligación que se pretenda ejecutar sea imputable al titular de unos bienes concretos, precisamente aquellos sobre los que se deba ejecutar, y que dicha obligación derive del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución; no procede, en cambio, este tipo de anotación cuando la obligación no afecte más que personalmente al deudor (101). Ante ello, enseguida resplandece la relación de la materia con el objeto principal de nuestro estudio, lo que a su vez explica la limitación de la temática que trataremos. En efecto, ante la regulación legal de este modo de acceso al Registro se nos plantea, si acaso ese acceso constituye un presupuesto para la oponibilidad del acto. Pudiera verse un obstáculo para ello

el procedimiento de apremio para garantizar el cobro de las sanciones impuestas era una posibilidad utilizada de forma generalizada con anterioridad a la citada Ley. Cfr., en este sentido: LASO MARTÍNEZ, «Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por la Ley de 25 de julio de 1990», en *RDU*, núm. 122, 1991, pág. 298; CORRAL GIJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., pág. 218. A nosotros esta última posibilidad nos interesará menos por no interferir con el problema de la oponibilidad legal.

(101) Cfr. en este sentido, LASO MARTÍNEZ, *Las anotaciones preventivas...*, cit., pág. 322: «No parece razonable que sean amparables en la anotación obligaciones genéricas imputables personalmente a alguien sin referencia expresa a cargas o prestaciones debidas a la titularidad sobre bienes inmuebles y precisamente por razón del planeamiento urbanístico o sus instrumentos de ejecución. Deben ser siempre, en efecto, prestaciones legalmente exigibles por razón de los bienes de que sea titular el obligado a cumplirlos». Respecto de las resoluciones que imponen obligaciones de hacer, hay que convenir con LASO MARTÍNEZ en que «por sí mismas estas resoluciones no provocan efectos patrimoniales de carácter real, ya que se desenvuelven en el campo de las obligaciones, eso sí, no personalísimas, porque en todo caso son obligaciones *propter rem*, únicas anotables, según dijimos. Frente a la resolución, suponiendo que sea firme en vía administrativa, el obligado puede hacer lo que se le impone o dejar de cumplirlo. En el primer caso no plantea problema alguno; en el segundo puede acudir la Administración a los medios de ejecución privilegiados que le den las leyes y hacerlo por sí misma a costa del obligado. Como la obligación de hacer se desarrolla en el campo de los hechos y no del derecho inscribible, se ejecuta y únicamente es reversible contra el obligado cuando la ejecución subsidiaria ha dado lugar a un coste económico que tiene que repetirse contra él, por lo cual, si la administración desea utilizar mecanismos registrales, puede utilizar la medida común de la anotación de embargo, pero sin que ello implique especialidad alguna»: así en *Las anotaciones preventivas...*, cit., pág. 331.

en la obligación de la Administración de restaurar el orden jurídico perturbado, así como en la llamada «subrogación legal» de los terceros adquirentes (102). A partir de estos datos lo único que se podría afirmar es que los terceros adquirentes deben soportar siempre, haya o no anotación, las consecuencias del ilícito urbanístico por la natural vocación de oponibilidad de las obligaciones o cargas *propter rem* que dimanen de las normas objetivas. Sin embargo, el acto administrativo o judicial, preciso para la aplicación en el caso concreto de esas obligaciones, no puede tener oponibilidad *erga omnes* por más que el artículo 21.1 LS parezca decir lo contrario (103). Cabe pensar que es aquí donde intervendría el Registro dotando de oponibilidad a estos actos que de suyo no la tienen. Y no la tendrían, repetimos, no porque las limitaciones urbanísticas no afecten a tercero, sino porque un acto administrativo o una sentencia no puede afectar a su destinatario si no ha podido conocer de su existencia y tramitación (104). Es la tramitación de éstos el objeto propio de la publicidad en este caso.

Un segundo obstáculo contra la automática oponibilidad, es que tal oponibilidad abocaría a unas anotaciones con una simple eficacia de «publicidad noticia pura» y esta forma de «publicidad» de los asientos registrales de contenido urbanístico sólo está regulada en relación con las notas marginales (cfr. arts. 309.3 TR, 1.992 y 73.2 NCRH), por lo que las anotaciones, en principio, deben producir los efectos generales de la publicidad (105).

(102) Cfr. el mismo planteamiento en LASO MARTÍNEZ, *Las anotaciones preventivas...*, cit., págs. 301-302.

(103) Cfr. apartado II, 2.

(104) Desde otra perspectiva, CARRASCO PERERA señala que el artículo 21 LS no se pronuncia «sobre si el adquirente de buena fe puede ser sujeto pasivo de un expediente de restauración o restablecimiento de la legalidad urbanística (vgr. derribo) resultante de una infracción cometida por el anterior titular. Algún autor responde positivamente, imponiendo al adquirente de buena fe la carga de demoler las obras ilegales, aunque no se hubiese tomado anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística... De nuevo discrepo de esta ultravinculatoriedad de los deberes o vínculos o compromisos urbanísticos con carácter general. Creo que ha de distinguirse entre reintegración de la legalidad como consecuencia de la realización de obras incompatibles con la ordenación urbanística real (vgr., construir en terreno verde), y realización de obras con incumplimiento de los deberes urbanísticos cuya observancia permite patrimonializar las facultades correspondientes. En este segundo caso, la oponibilidad urbanística debe hacerse depender de la práctica de la anotación preventiva antes de que el tercero de buena fe haya adquirido el dominio»: así en *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., págs. 134-135. Para nosotros, desde luego, pueden distinguirse aspectos de la legalidad urbanística con sanción diferente. De lo que no estamos tan seguros es de si esas sanciones diferentes implican un diferente trato en materia de oponibilidad frente a terceros. En efecto, para CARRASCO habrá casos en los que la infracción permita la patrimonialización del resultado ilegalmente conseguido, pero si esto fuera así, lo más seguro es que el autor de la infracción pueda también beneficiarse de la patrimonialización.

(105) En contra de esta afirmación se muestra ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., págs. 586-587.

2. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DISCIPLINA URBANÍSTICA

Pueden tener aplicación estas anotaciones en aquellos procedimientos que se incoan en los casos en que «los particulares no se han sujetado al planeamiento en los diferentes actos jurídicos relacionados con la propiedad de los terrenos y edificaciones» (106); así se podrían citar los procedimientos en los que se hagan valer órdenes de ejecución de determinadas obligaciones de hacer, o en casos de obras abusivas, ejecutadas sin licencia o excediéndose de lo permitido en éstas, por último, también en el caso de expedientes sobre el cumplimiento de las cesiones obligatorias (107).

Cabría preguntarse con la doctrina si la subrogación legal en las cargas y deberes urbanísticos no hará innecesarias estas anotaciones. En efecto, si se reconoce que la finalidad de las mismas es evitar la aparición de terceros protegidos, pero se dice que en materia urbanística todos los terceros se encuentran vinculados a las cargas, parece que se está cayendo en una cierta contradicción (108).

(106) Así GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 603.

(107) Así LASO MARTÍNEZ, *Las anotaciones preventivas...*, cit., pág. 325. Vid., también ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 406; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 609 y sigs. Sin embargo, como subraya, por ejemplo, este último, se debe tener en cuenta que el procedimiento anotado debe tener trascendencia sobre el inmueble, no basta que conduzca a una mera sanción económica. Cfr. en ese sentido, artículo 56 NCRH. No obstante, quizá *a priori* sea bastante difícil tener seguridad sobre el tipo de sanción a la que va a conducir el procedimiento.

(108) Vid. en este sentido, LASO MARTÍNEZ, *Las anotaciones preventivas...*, cit., pág. 315. Lo sigue GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 616. Para ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., págs. 408-409: «el problema podría plantearse, si una vez terminado el expediente de infracción, se pretende imponer su resultado a titulares protegidos por los asientos registrales no notificados que han adquirido algún derecho en ignorancia del procedimiento incoado por no haberse tomado la anotación... cabe suscitar el problema... de si los titulares registrales podrán oponer su derecho frente a la Administración en los términos previstos en el artículo 32 de la Ley, incluso en los señalados en el artículo 34, si tienen la condición de terceros hipotecarios. Sobre esta materia, la opinión doctrinal es bastante concorde en el sentido de que no existe una norma que proteja claramente al titular inscrito frente al expediente no anotado, aunque sería deseable la elaboración de tal norma por razones de coherencia y de seguridad jurídica. Este mismo criterio de eficacia del expediente no anotado se refuerza si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley del Suelo de 13 de abril de 1998, en la medida en que ratifica el principio de subrogación legal en toda clase de deberes urbanísticos»; por lo que concluye que «la Administración podrá imponer el contenido del acuerdo de terminación del expediente frente a cualquiera, si bien con los condicionamientos procedimentales oportunos de cuyo cumplimiento le libera la práctica de la anotación». Nos parece criticable que al plantear-

En nuestra opinión no hay tal contradicción, porque los terceros se encuentran vinculados por las normas, pero no por los actos de aplicación de las mismas de los que no recibieron notificación, ni tuvieron de otro modo conocimiento. Siguiendo a GARCÍA GARCÍA (109), se puede decir que los efectos de las anotaciones preventivas son de tres clases:

1. Efectos de publicidad de la situación urbanística respecto a terceros. Durante la fase de sustanciación del procedimiento, la eficacia de la anotación es la de publicar la situación de riesgo en la que se encuentra el inmueble, es decir, que «sus efectos, durante esta fase, son en rigor idénticos a los de cualquier anotación de origen judicial» (110).

2. Posibilidad de inscripción ulterior de las medidas de disciplina urbanística a favor de la Administración actuante. La doctrina conecta este segundo efecto con el principio de tracto sucesivo si la decisión final ha de inscribirse en el Registro (111), porque entonces es necesario haber seguido el procedimiento con el titular registral, o haberlo anotado para advertir a los posibles adquirentes.

se si son o no aplicables al caso los artículos 32 y 34 de la LH, se argumente en pro de la inaplicación alegando la inexistencia de norma legal expresa que permita su aplicación; entendemos que lo que tendría que existir es norma clara de la que se derive la inaplicación. En segundo lugar, si la Administración no puede oponer el contenido del acuerdo sin ciertos requerimientos procedimentales es que el acto primigenio no es oponible, porque, aunque no se diga, esos nuevos requerimientos procedimentales suponen renovar el acto. Por eso el principio de inoponibilidad claramente actúa en relación con el acto administrativo.

(109) *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 618.

(110) Así LASO MARTÍNEZ, *Las anotaciones preventivas...*, cit., pág. 331. No es inconveniente remitir en este punto a doctrina general hipotecaria, habida cuenta del encuadramiento de esta materia: vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit., pág. 589; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, 1995, pág. 495. Según ARNAIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 599: «la anotación, durante su vigencia, habrá ocasionado, al menos, las consecuencias propias de la publicidad simple características de la anotación preventiva de demanda en su versión clásica o civil, es decir, la posibilidad de que tales mutaciones afecten a quien inscribió con posterioridad, de tal forma que no pueda aducir su carácter de tercero protegido... Desde el punto de vista procesal, el tercero que adquiera se entenderá vinculado al procedimiento, de forma que difícilmente podrá aducir causa alguna de nulidad del expediente por ignorancia del mismo y, sobre todo, por ausencia de notificaciones. Por tanto, los efectos citados constituyen la base esencial de la utilidad de las anotaciones que estudiamos, sin perjuicio de su naturaleza ordinaria de asientos dirigidos a la simple noticia de la situación que afecta o afectará, en su caso, a la finca anotada». Estamos de acuerdo con este autor, salvo con su última apreciación sobre la «naturaleza ordinaria» de estos asientos como expresivos de simple noticia. ¿Simple noticia sobre qué? Está claro que no se puede sostener que la eficacia sea de simple noticia respecto del expediente; pero, por otra parte, el efecto publicitario de la anotación sólo se refiere al expediente, no a la situación urbanística de la finca.

(111) Cfr. LASO MARTÍNEZ, *Las anotaciones preventivas...*, cit., pág. 316; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 619.

3. Mantener la llamada *perpetuatio legitimacionis* pasiva, a lo largo de la tramitación del expediente administrativo, es decir, «legitimar ante la Administración... de manera permanente al sujeto pasivo de la obligación» (112). Consideramos que esta finalidad está ciertamente presente en la anotación preventiva como una consecuencia más de la publicidad que brinda; pero no estamos de acuerdo en que sea necesaria la efectiva posibilidad de intervenir en la tramitación del procedimiento, ni mucho menos que la oponibilidad del acto resultante derive de que el adquirente haya «hecho dejación de la facultad de ser parte» (113). Para nosotros, lo que cuenta no es la efectiva posibilidad de intervenir en el procedimiento, que quizá haya concluido cuando el adquirente consulta el Registro, ni siquiera el efectivo conocimiento por éste del contenido del Registro, sino la especial eficacia publicitaria de los asientos registrales que hace oponible frente al tercero el resultado del expediente cuya existencia publicaba. Arbitrado legalmente el mecanismo publicitario adecuado, sería el futuro adquirente el que deba valorar la conveniencia de concretar definitivamente la adquisición, contando para ello con la posibilidad de recabar información complementaria sobre las vicisitudes administrativas de la finca que, en otro caso, tendría dificultad para conocer.

3. LAS ANOTACIONES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El campo de actuación de los procedimientos contencioso-administrativos es de mayor amplitud que el de los expedientes disciplinarios estudiados en el apartado anterior. El procedimiento contencioso puede referirse no sólo a los recursos contra los actos administrativos que resuelvan los expedientes de disciplina urbanística, sino también a la impugnación del planeamiento, los instrumentos de ejecución y las licencias; es decir, el procedimiento puede tener relación con actuaciones de la Administración que no respondan a actuaciones presuntamente ilícitas del administrado (114). Sin embargo, debe tratarse de procedimientos que admitan la anotación preven-

(112) LASO MARTÍNEZ, *Las anotaciones preventivas...*, cit., pág. 317.

(113) Así LASO MARTÍNEZ, *Las anotaciones preventivas...*, cit., pág. 319: la frase completa es la siguiente: «si la anotación ha sido tomada, la Administración que tramita el procedimiento... sabe ciertamente que nunca podrá aparecer un tercero que desconozca su existencia, con lo cual, además de asegurar la posibilidad de cumplimiento del fallo, se hace efectiva la imposibilidad de indefensión, ya que si alguien adquirió el bien, resultando del Registro la existencia de un procedimiento en marcha, es que ha hecho dejación de la facultad de ser parte».

(114) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 641; ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 452.

tiva sobre una finca concreta (115), por lo que el proceso debe afectarle directamente y tener por objeto una materia con trascendencia real (116). Por eso no nos parece posible la anotación en la mayoría de los casos de impugnación de los Planes de Ordenación, por más que literalmente resulte admitido (117).

La función de estas anotaciones preventivas es publicar con eficacia frente a terceros la existencia de un proceso que afecta a un inmueble determinado (118). Al igual que en el caso analizado en el apartado anterior, dicha anotación preventiva permitiría:

Dar a conocer la existencia del procedimiento a quien en cada momento sea titular de algún derecho sobre el bien, aunque no sea el titular que inició el procedimiento, y, en consecuencia, permitir oponer el efecto patrimonial final de la sentencia a todos los titulares que lo sean al pretenderse ejecutar la misma.

Lograr el acceso al Registro de las consecuencias de la sentencia que así lo requieran, sin que lo pueda impedir la aparición de terceros adquiren-

(115) Sobre la materia pueden verse: GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 642 y sigs.; ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., págs. 456 y sigs.

(116) Cfr. LASO MARTÍNEZ, «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», en REDA, núm. 77, 1993, págs. 78 y sigs., si bien este autor no excluye la utilización de la anotación en otros casos, por ejemplo, en el ejercicio de una acción pública: «se otorga de este modo una publicidad seguida o no de efectos patrimoniales que si agota sus efectos en sí misma es encuadrable en lo que se ha llamado publicidad-noticia que sirve para dar a conocer a terceros la existencia del proceso y advertirlos del riesgo que contraen con la adquisición». Pero en estas hipótesis pensamos que no se deben omitir las exigencias propias de la anotación. En este sentido, FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., págs. 80-81: «sólo interesará la práctica de esta anotación cuando a resultados de la sentencia se modifique o altere la titularidad del dominio o algún derecho real inscrito... Este requisito acota y equilibra las importantes consecuencias que una anotación preventiva de demanda puede tener, ante la posibilidad de ejercitar una acción pública para proteger la legalidad urbanística».

(117) Según ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 460: «en estos casos, o no será posible la anotación, o si se pretende resultará indispensable la determinación del inmueble anotado y su relación con el acto impugnado en el propio título por el que se ordene la medida preventiva. Ahora bien, en cuanto a sus efectos serán normalmente de publicidad noticia pura, pues el Plan, como tal, no entra nunca en la determinación de titularidades». Precisamente por esta última razón nos parece poco admisible autorizar una anotación preventiva en estos casos, aparte de que el artículo 71 NCRH no parece estar pensando más que en sentencias que se refieran a materias que tengan trascendencia real. Por otra parte, si la eficacia es de publicidad-noticia pura estaremos interpretando extensivamente una norma sólo aplicable a las notas marginales, lo cual ya lo hemos considerado inadmisibile.

(118) Así FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., pág. 81: «la finalidad de esta anotación preventiva es claramente cautelar, anunciar la posible modificación de la titularidad o derecho inscrito a los futuros adquirentes ante la existencia de un conflicto judicial».

tes (119). Evidentemente, no es necesario haber practicado la anotación para el posterior reflejo registral de las consecuencias de la sentencia, si el titular inicial no ha cambiado, pero sí si ha aparecido un tercer adquirente no tenido en cuenta en el proceso (120).

Si la sentencia no comporta efectos registrales específicos porque no queda afectado el derecho inscrito ni la finca registral, así, por ejemplo, cuando la resolución judicial verse sobre una obligación, la anotación sólo significa «reforzar la subrogación legal y advertir al tercero que ha podido ser parte en el proceso que, al ser aquélla favorable, tiene que cumplir la obligación imputada» (121). Esta opinión nos confirma en que el valor de la anotación es garantizar la oponibilidad de la resolución judicial.

V. LAS NOTAS MARGINALES

1. LAS NOTAS MARGINALES Y SU EFECTO PUBLICITARIO

La primera razón de ser de este apartado es recordar, desde la teoría general del Derecho registral, que el asiento de nota marginal no presenta características y efectos similares en todos los casos, y que no siempre produce el efecto normal predicable de la publicidad registral. En coherencia con ello, nuestra doctrina suele entender que existen diferentes tipos de nota, y que, de los tres tipos fundamentales de notas marginales, sólo las de modificación jurídica y las sucedáneas de un asiento principal tienen eficacia sustantiva; mientras que las de oficina carecen por completo de dicha eficacia (122).

(119) Cfr., en este sentido, LASO MARTÍNEZ, *Cautelas registrales...*, cit., págs. 82-83.

(120) En este sentido, ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 461: en caso de que no exista anotación preventiva, «la sentencia sólo será inscribible si el procedimiento se ha dirigido contra todos los titulares registrales que tengan ese carácter en el momento de la presentación del testimonio del fallo, pues en otro caso no podrá ser inscrita por aplicación directa del artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria»; de la misma opinión, LASO MARTÍNEZ, *Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo*, cit., pág. 89.

(121) Así LASO MARTÍNEZ, *Cautelas registrales...*, cit., pág. 90. Cfr., los textos de este mismo autor citados *supra* en nota 102, relativos a las resoluciones que imponen obligaciones de hacer «por sí mismas estas resoluciones no provocan efectos patrimoniales de carácter real, ya que se desenvuelven en el campo de las obligaciones, eso sí, no personalísimas, porque en todo caso son obligaciones *propter rem*»: así en *Las anotaciones preventivas...*, cit., pág. 331.

(122) Valga remitirse en este punto a obras generales como la de LACRUZ, *Elementos*, III bis, cit., págs. 236 y sigs.; Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, cit., págs. 503 y sigs.; y entre los que se dedican a las relaciones del Registro con el Urbanismo: ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 44.

A la vista de esta clasificación, la doctrina especializada en las relaciones del Registro con el Urbanismo ha ensayado una sistematización de las notas marginales con contenido urbanístico. Así se habla de: notas de simple referencia, que tendrían por fin relación con distintos asientos del Registro o de Registros distintos (arts. 36, 39 y sigs., 79.1 y 80 NCRH); notas modificativas, que son las que advierten a terceros de la modificación o extinción de un derecho (arts. 5, 20.1, 22, 28, 87 y 88 NCRH); notas sustitutivas de otro asiento (arts. 16 y 47 NCRH); notas con efecto de publicidad noticia pura (art. 65.2 NCRH) y notas que simultáneamente tienen carácter modificativo y de publicidad noticia pura (arts. 79 y 80) (123).

En sus líneas generales nos parece que se puede aceptar la anterior clasificación, pero es necesario hacer algunas precisiones (124). En primer lugar, las notas de los artículos 79 y 80 aparecen incluidas en dos de las anteriores categorías: como notas que relacionan asientos diferentes, y como notas que simultáneamente tienen carácter modificativo y de publicidad noticia pura. Es difícil aceptar este modo de proceder: si la nota es algo más que de relación entre asientos diferentes y de publicidad noticia pura no se debería incluir en esas categorías, sino en las de notas modificativas. La razón salta a la vista: si la publicidad noticia pura venía definida como la propia de unos asientos que «solamente» informan de la situación urbanística de la finca, no estaríamos ante este tipo de publicidad cuando el asiento produjera algún efecto más. Por este mismo motivo pensamos que el último tipo de notas de la clasificación anterior no debe mantenerse, porque las cualifica con caracteres que son contradictorios.

En segundo lugar, parece muy discutible incluir la nota del artículo 65.2 NCRH entre las que generan publicidad noticia pura. La referida nota, como puede comprobarse consultando el precepto, es una nota cancelatoria de otra nota marginal; en concreto de la que pone fin, en ciertos casos, al expediente de disciplina urbanística. Según hemos sostenido más atrás, fundándonos en la que entendemos que es la mejor doctrina en esa materia, si la tramitación de estos expedientes accedía al Registro mediante una anotación preventiva era para garantizar su oponibilidad a los posibles terceros; lógicamente, cabe pensar que esa misma sea la razón de que de la resolución final se tome razón en el Registro, según los casos, mediante los asientos de inscripción, una nueva anotación preventiva o una nota marginal (125). Nos parece un error de perspectiva decir que un asiento de este tipo se mueve «dentro de la eficacia de la publicidad

(123) En este sentido, ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., págs. 506-507.

(124) El propio ARNÁIZ EGUREN, *loc. cit.*, considera discutible la clasificación que propone.

(125) Cfr. artículo 63 NCRH.

noticia pura, puesto que se limita a advertir a quien consulta el Registro del deber que incumbe a su titular registral. En tal sentido, en caso de adquisición de la titularidad del inmueble por un tercero, éste queda vinculado al cumplimiento como consecuencia del principio de subrogación legal en los deberes urbanísticos del transferente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley del Suelo, de tal forma que, a tal efecto, es indiferente que conste o no tal obligación del contenido del folio registral» (126). Nuestra opinión, ya reiterada, es otra: la subrogación en los deberes legales relativos a la propiedad no implica que sea oponible al tercer adquirente un acto administrativo singular que ni le fue notificado ni tuvo medios para conocer. Precisamente de aquí nace la conveniencia de utilizar el Registro para predisponer un mecanismo fiable de cognoscibilidad de la existencia de la tramitación de dichos actos. Por eso, si se cancelara la nota practicada al término del procedimiento, el resultado de éste dejará de ser oponible a los terceros adquirentes.

2. LOS DISTINTOS TIPOS DE NOTAS MARGINALES CON CONTENIDO URBANÍSTICO

El examen de cada una de las notas marginales reguladas en el ordenamiento nos confirma también en que el sistema de la publicidad noticia pura ni siquiera en relación con ellas tiene plena vigencia. Deberemos distinguir los diferentes supuestos, no sin antes advertir que algunas de las notas marginales han sido analizadas previamente, y por tanto no lo serán ahora:

a) Nota marginal sobre las condiciones impuestas en la licencia. Para el artículo 74 NCRH: «cuando con ocasión de la concesión de licencias o de autorización de otras resoluciones administrativas, se impongan condiciones que han de cumplirse en la finca a la que afectan, con arreglo a las Leyes o a los Planes, tales condiciones podrán hacerse constar por el Registrador de la Propiedad mediante nota marginal». Este precepto plantea grandes problemas de interpretación; el primero de ellos es el propio concepto central de su regulación: el de «condiciones de las licencias». Para ARNÁIZ, y pensamos que su afirmación debe admitirse, estas condiciones «harán normalmente referencia al uso limitado de la construcción para la que se concede la licencia, a los usos complementarios de necesaria creación, a aspectos estéticos a conservar o a determinaciones específicas sobre obligaciones urbanísticas de hacer o no hacer a que puede quedar compelido cualquiera que ostente la titularidad de la finca» (127).

(126) Así ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., págs. 438-439.

(127) *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., págs. 513-514. Aunque el término «condición» es el que impuso la Ley de 1990, claramente se puede apreciar con facilidad

Para la doctrina no parece que fuera posible imponer, ni incluir en el Registro, las condiciones que no resulten de las Leyes ni de los Planes, sino que sean determinaciones discrecionales de la Administración (128). En coherencia con esta afirmación, sería necesario admitir que estas notas simplemente generan una publicidad noticia pura: informan de la existencia sobre el inmueble de una obligación legal (129). Es esa, por otra parte, la eficacia que el artículo 309.3 TR 1992 y 74.2 NCRH asignan a estas notas.

Sin embargo, desde el ámbito administrativo se ha sostenido, en clara oposición a este régimen normativo, que si las cargas se llevan al Registro es para garantizar una oponibilidad de la que naturalmente se encontrarían privadas; se trataría, pues, de atribuir a estas notas la función publicitaria típica de los asientos registrales (aunque no siempre acompañe a las notas marginales). Los términos concretos de esta opinión son los siguientes: «No es difícil apreciar el interés que persigue la difusión de los límites y condicionantes a los que se somete una licencia urbanística. Su constancia registral sujetará a todo futuro adquirente de un inmueble al correcto cumplimiento de las específicas condiciones impuestas (...) Al facilitar el conocimiento de condiciones especiales, los adquirentes no podrán amparar su ignorancia y consiguiente incumplimiento en el principio de fe pública registral. Quedan fuera de este marco, como es lógico, las limitaciones y prohibiciones derivadas del planeamiento que, como prohibiciones legales, no acceden al Registro y, por tanto, frente a ellas no puede oponerse la publicidad registral. Sin embargo, las condiciones específicas de una licencia, como obligaciones de carácter singular, deben ser publicadas o difundidas por el Registro para dotarlas de una eficacia *erga omnes*» (130). Según nos parece, la tesis expuesta en este texto

que no se trata propiamente de condiciones, sino de cargas. Así también ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 507: «El término “condiciones” ... en general, habrá de entenderse como equivalente a “limitaciones” u “obligaciones”».

(128) En este sentido, GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 1028, nota 240: «lo que no cabría, y ello entra en la calificación registral, es hacer constar condiciones de las licencias que no resultaran de las Leyes ni de los Planes, sino que fueran meras determinaciones discrecionales del Ayuntamiento». No obstante, se debe hacer notar la dificultad que el Registrador tendrá para apreciar la legalidad de la condición: ARNÁIZ EGUREN propone que la licencia cite la norma en la que se fundamenta la misma: así en *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 511.

(129) ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 509: «la dicción legal es clara y ofrece pocas dudas, de forma que, al menos en lo que se refiere al supuesto tipificado en el artículo 307.4, la realidad es que no se puede hablar de otros efectos que los limitados del artículo 309.3». De la misma opinión, GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 540: «se trata de ... reforzar la publicidad de las leyes y de los planes a través de la publicidad registral» (nosotros diríamos más bien: reforzar la publicidad de las leyes y de los planes a través del Registro; la publicidad registral es un efecto que precisamente no se da en este caso).

(130) Así FUERTES, *Urbanismo y publicidad registral*, cit., págs. 60-61. En contra, CARRASCO PERERA, *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., pág. 139, para quien

encuentra importantes dificultades; en primer lugar, resulta difícilmente admisible que la Administración pueda imponer cargas de forma discrecional, es decir, sin fundarse en la Ley ni el Planeamiento. El único cauce viable para el válido establecimiento de esas «cargas» serían los «compromisos» del particular con la Administración, que, por otra parte, sabemos que pueden acceder al Registro en virtud del artículo 21 LS. Pero, aunque se aceptara esta posibilidad, ¿sería admisible publicar ese pretendido compromiso mediante una simple nota marginal? En principio, la respuesta a esta pregunta parece que debe ser negativa y sería exigible para publicar el acuerdo un asiento de inscripción. Por otra parte es evidente que el simple otorgamiento de la licencia con cargas no es acreditativa de la existencia de un acuerdo o compromiso de la Administración con el propietario (131).

Por otra parte, si se admitiera la opinión criticada, encontraríamos una disfuncionalidad normativa que la haría difícilmente viable. Nos referimos al hecho de que el artículo 74.1 señale que la nota marginal se toma a instancia del titular registral de la finca; si la función de la nota es la de dotar de eficacia *erga omnes* a las condiciones específicas de una licencia, no se nos ocurre qué interés pueda tener el titular registral en practicarla: más bien sería la Administración la interesada en obtener la publicidad de esas condiciones que, caso contrario, no vincularían a tercero. En realidad, este obstáculo se alza también como un importante límite para la propia aplicación práctica de la norma (132), se la interprete como se la interprete, y, desde luego, compromete la consecución de las finalidades que se dice buscar con la publicidad noticia pura; en efecto, si con ella quiere complementarse la publicidad propia de las normas, mal camino parece ser dejar la existencia o no de ese complemento al interés meramente privado del propietario.

b) Nota marginal sobre la declaración de ilegalidad de las licencias. La hipótesis se refiere al caso de una obra nueva que accede al Registro amparada en una licencia que, posteriormente, se anula por demostrarse que era contraria al planeamiento. Se regula esta cuestión en el artículo 75 NCRH que, al decir de ARNAIZ, ha perdido cierta actualidad porque responde al contenido del artículo 40 TR de 1992, hoy derogado. Según este autor el

todas esas cargas al margen de las normas «no resultan vinculantes en absoluto para los terceros adquirentes», aunque haya mediado el acuerdo entre el primer propietario y la Administración, «ni tan siquiera si el cumplimiento de estos requisitos se ha incorporado como condición a la licencia que se hubiera emitido».

(131) Quizá por estas razones, aunque no invoca ninguna en concreto, GARCÍA GARCÍA concluya que «nada de esto tiene que ver con los “compromisos” entre el particular y la Administración competente a que se refiere el artículo 21.1 de la Ley del Suelo 6/1998, de 13 de abril»: así en *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 540-541.

(132) En la doctrina se ha subrayado también que esa exigencia llevará consigo la escasa práctica de estas notas: así FUERTES, *Urbanismo y Publicidad registral*, cit., pág. 60.

precepto no conserva significado en cuanto a uno de sus aspectos: el relativo a la llamada (en el TR 1992) no patrimonialización de la obra nueva ilegal; aunque sí «a efectos de dar a conocer la situación de ilegalidad de lo construido», con una eficacia de «publicidad noticia pura» (133). Para nosotros, efectivamente, esta es la eficacia de la nota; pero, añadimos, ello está en perfecta coherencia con la naturaleza que tradicionalmente se ha atribuido al reflejo registral de la obra nueva: es un mero dato de hecho sin eficacia a efectos de publicidad.

Sin embargo, desde hace algunos años se ha comenzado a cuestionar que esa conclusión tradicional sea la aceptable (134), e incluso, recientemente, se ha sostenido que esa nota marginal evitaría la posible aparición de terceros protegidos por el artículo 34 LH frente a los que no pueda la Administración hacer valer la ilegalidad urbanística. Para el autor que sostiene esta última tesis, el mecanismo del artículo 22 LS, que exige para inscribir la obra nueva la aportación de la licencia y un certificado técnico de adecuación de la obra a la misma, generaría una apariencia de legalidad en favor de la obra nueva inscrita (135).

(133) Así ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., págs. 515 y sigs.

(134) Cfr. LASO MARTÍNEZ, «La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990», en *RCDI*, 1990, págs. 543 y sigs. Si bien el autor concluye, correctamente a nuestro juicio, que: «El orden público parece demandar en tales casos que prevalezca la legalidad material, incluso frente a terceros, sin perjuicio de que éste tenga derecho a ser compensado por la ruptura de la apariencia de legalidad resultante de la licencia indebida e incluso de la negligencia de la Administración, al menos, que pudiendo utilizar las medidas cautelares de aviso a los terceros no lo hizo» (pág. 545).

(135) Así GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 544 y 637; dice, por ejemplo, en esta última: «Respecto a las declaraciones de obra nueva que se hayan inscrito cumpliendo todos los requisitos previstos en la legislación urbanística y en la legislación hipotecaria, y, concretamente, contando con la licencia municipal y el certificado del técnico, no creemos que pueda prevalecer la situación resultante del planeamiento frente a la apariencia provocada por el Registro de la Propiedad de acuerdo con el artículo 22 de la Ley del Suelo, por el documento administrativo de licencia municipal y por el certificado del técnico, respecto a terceros adquirentes del artículo 34 de la Ley Hipotecaria que hayan comprado pisos que luego resulte que no estén conformes con el planeamiento. Por razones de seguridad jurídica, se impone en este caso la prevalencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sobre las previsiones del planeamiento, pues éstas se trasladan a los interesados a través de la correspondiente licencia municipal, por lo que si ésta se produjo equivocadamente, no puede determinar una pérdida de derechos para los terceros confiados en el Registro y en el documento emitido por el órgano competente para interpretar y aplicar el planeamiento a través de la licencia». Reitera esta opinión en la *op. cit.*, pág. 1029, nota 245: «En el caso de tratarse de licencia ilegal por contravenir la ordenación urbanística, es decir, el planeamiento, a pesar del valor normativo y público del plan, hay que tener en cuenta que los terceros de buena fe, que adquirieron pisos del edificio o derechos reales sobre los mismos, se apoyan no sólo en los asientos del Registro sino en la apariencia de legalidad del

No nos convence esta última opinión. Es aceptable pensar que la obra nueva, amparada en una licencia que después se declara ilegal, goza de apariencia de legalidad; sin embargo, nada permite suponer que esa apariencia deba fundamentar efectos registrales sustantivos. La declaración de obra nueva ha venido entendiéndose tradicionalmente como una mera circunstancia fáctica a la que el Registro no presta ninguna eficacia especial ulterior (136), y nada hace suponer que ese sistema haya cambiado; tampoco la norma del artículo 34 LH tiene como finalidad cubrir una hipótesis en la que no hay un defecto en el título del transmitente, sino una ilegalidad urbanística en la construcción. Por otra parte, el mecanismo del artículo 22 LS no está dirigido a «garantizar» la legalidad de la construcción que accede al Registro —eso parece deducirse del hecho de que la certificación técnica que se exige para el acceso de la obra nueva al Registro no es necesario que provenga de la Administración (cfr. art. 50 NCRH)—, sino a reducir la posibilidad de acceso de construcciones ilegales (137).

Es necesario recordar que si el Registro de la Propiedad puede producir los efectos sustantivos que le son propios es, en gran medida, por haberse arbitrado un sistema fiable de control de la legalidad de los títulos que acceden al mismo; ese es el sentido último de la calificación registral de los títulos (138). Nada parece suponer que la simple intervención de un técnico, con la única cualificación que la que proviene de su condición profesional, pero sin necesidad de control alguno por parte de los Poderes Públicos, pueda dotar a la legalidad de las obras nuevas de suficiente fiabilidad como para garantizar de ello a los terceros adquirentes. Si se sostuviera lo contrario, o se llegara algún día a instaurar otro sistema, no veríamos razones para no extender la protección al titular actual, es decir, al que lleva al Registro la obra nueva que se adecua a una licencia posteriormente declarada ilegal (139).

acto administrativo de licencia, consignado en el Registro conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley del Suelo de 13 de abril de 1998, por lo que parece que si no consta la referida nota marginal, han de considerarse protegidos por la fe pública registral, conforme al artículo 34 LH». ARNÁIZ EGUREN afirma que el sistema de inscripción de las obras nuevas está movido por la finalidad de «no crear una apariencia de licitud a través del Registro»; sin embargo, este autor no deduce de la «apariencia» en esta materia efectos sustantivos: cfr. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 348. Y es que, en nuestra opinión, esta pretendida «apariencia de legalidad», no es la apariencia que, como efecto propio, crea normalmente el Registro.

(136) Cfr. LACRUZ, *Elementos*, III, bis, cit., págs. 78-79.

(137) En cambio, ARNÁIZ EGUREN sostiene que en materia de inscripción de obras nuevas existe un «control público de su legalidad»: así en *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 346.

(138) Cfr., por ejemplo, GORDILLO CAÑAS, *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español*, cit., pág. 676.

(139) Desde luego en el sistema vigente estamos de acuerdo con la conclusión de LASO MARTÍNEZ, *La inscripción de declaración de obra nueva...*, cit., pág. 543: «Es evi-

Y es que en esta materia la apariencia de legalidad que presta el Registro queda como en un segundo plano ante la que brinda la propia licencia que, al ser un acto que procede de la propia Administración, goza de una eficacia propia. Así, en el caso de una licencia «equivocada» o ilegal anulada por la Administración, se podrá pedir por el interesado, incluso por el primer titular, una indemnización por los daños causados por la incorrecta actuación administrativa (140). De ese modo se preserva adecuadamente el interés público, cosa que no sería posible si se protege al adquirente de modo absoluto, sin preterir el interés privado de los afectados. Con independencia de ello, la Administración goza de los mecanismos para reflejar en el Registro tanto la tramitación del expediente, como la resolución que recaiga sobre el mismo, con la eficacia de estos asientos a la que ya nos hemos referido.

c) Nota marginal sobre la concesión de licencias para obras y usos provisionales. Este supuesto se refiere a las obras sobre «suelo comprendido en sectores o ámbitos ya delimitados con vistas a su desarrollo inmediato, en tanto no se haya aprobado el correspondiente planeamiento de desarrollo» (art. 17 LS). Tal como resulta de este mismo precepto en esas zonas, «sólo podrán autorizarse excepcionalmente usos y obras de carácter provisional que no estén expresamente prohibidos». La referida autorización excepcional dice la Ley que debe reflejarse en el Registro de la Propiedad, pues tiene consecuencias muy importantes sobre el dominio inscrito: «da lugar a la imposibilidad de que el titular se oponga a la demolición de la construcción levantada», por una parte; y de otra, «afecta directamente a la valoración del inmueble en caso de expropiación forzosa, de forma que ni el titular registral ni sus adquirentes podrán formalizar oposición a la valoración fijada por la Administración expropiante, como consecuencia de la obra construida» (141). También subraya la Ley que estas consecuencias deberán ser aceptadas por el propietario.

Las NCRH han considerado que el reflejo registral de esas licencias debe hacerse mediante nota marginal (cfr. art. 76 NCRH). Los efectos que, según la doctrina especializada, producen estas notas, desbordan la eficacia de publicidad noticia pura: «el Registro no se limita a “divulgar” la situación urbanística de la finca, sino una doble consecuencia civil que afecta al titular

dente que, de no existir terceros, por estar únicamente inscrita la obra nueva a favor de quien la hizo, respecto a él, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, la inscripción no convalida el acto nulo sin perjuicio de las responsabilidades que frente a él se contrai-gan por la anulación». Sin embargo, nos parece claro que frente a terceros el sistema de inscripción de obras nuevas no se dirige a garantizar la legalidad de las mismas.

(140) Cfr. LASO MARTÍNEZ, *La inscripción de declaraciones de obra nueva...*, cit., pág. 545.

(141) Así ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 523.

registral y a los sucesivos adquirentes de la finca, de acuerdo con el principio general de publicidad eficacia propio de los asientos registrales» (142). Ahora bien, si esta afirmación general se debe aceptar, no estaríamos de acuerdo con las consecuencias que de la misma quieren deducirse. Así, inmediatamente después de esta afirmación, se hace otra que a nuestro juicio, a más de ser incorrecta, contradice esa remisión a la eficacia general de los asientos del Registro: «la publicidad operada por el asiento genera los siguientes efectos: por una parte, da lugar a la imposibilidad de que el titular se oponga a la demolición de la construcción levantada (...) por otra, el asiento afecta directamente a la valoración del inmueble en caso de expropiación forzosa, de forma que ni el titular registral ni sus adquirentes podrán formalizar oposición a la valoración fijada por la Administración expropiante, como consecuencia de la obra construida» (143). De acuerdo con que la falta de reflejo registral de las limitaciones establecidas en la licencia impida que los terceros adquirentes de buena fe queden vinculados a las mismas; sin embargo, el mismo efecto no se puede producir en relación con el titular registral. De acuerdo con los efectos propios de la publicidad registral, el primer propietario sí que quedará vinculado por esas limitaciones que debió aceptar (tal como pide la Ley del Suelo), aunque no se haya tomado razón de las mismas en el Registro.

d) Nota marginal sobre la adquisición del aprovechamiento urbanístico. En la actualidad es una hipótesis que carece de importancia, por la derogación del sistema legal sobre el que se fundamentaba (144).

e) Nota marginal sobre las fincas sujetas al régimen de tanteo y retracto urbanísticos. Por más que profundizaremos algo sobre estos supuestos, no haremos de los mismos un tratamiento exhaustivo porque se trata de figura de escasa utilización práctica por el planeamiento (145), que, además, presenta en la actualidad la dificultad de haber desaparecido las normas estatales que la regulaban, por lo que, para un tratamiento detallado, habría que remitirse a una gran diversidad de normas autonómicas (146).

(142) Así ARNÁIZ EGUREN, *loc. ult. cit.* Según GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 547: «En nuestra opinión, esta nota marginal no es de las que tienen meros efectos informativos».

(143) ARNÁIZ EGUREN, *op. ult. cit.* Los subrayados son nuestros.

(144) Cfr. ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., págs. 524-525.

(145) Así ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 613: «los ejemplos prácticos de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto urbanísticos son muy escasos. Se trata de facultades administrativas de realización compleja y difícil, como tendremos ocasión de ver, y en tal medida no hay demasiados precedentes. Este fenómeno hace también que el comentario doctrinal sea muy limitado».

(146) Cfr. ARNÁIZ EGUREN, *loc. ult. cit.*

Entrando ya en materia, es necesario recordar que el criterio general de nuestra legislación hipotecaria en materia de tanteos y retractos legales es que éstos no precisan de la publicidad registral para que afecten a terceros. Así se establece en el artículo 37.3 LH respecto de los retractos y así se suele aceptar en la doctrina mayoritaria (147). Algún autor, que termina aceptando esa opinión, entiende que la misma «conmueve a los principios hipotecarios y socava la seguridad del tráfico al hacer excepción del artículo 34 LH», aunque la justifica en que estos retractos «suponen una limitación legal, es decir, una de las delimitaciones que precisan el *contenido ordinario* o natural del dominio de fincas ... *inscrita* la propiedad, constan ya *por el Registro mismo* las limitaciones connaturales a ella» (148).

¿Cuál es, así las cosas, el criterio adoptado en cuanto a los tanteos y retractos urbanísticos por nuestro sistema? La respuesta no es fácil; como tantas veces en esta materia las normas que se refieren al tema lo hacen con una gran indefinición, por lo que no logra imponerse en la doctrina una explicación clara y convincente de las mismas. Está prevista la remisión obligatoria al Registro, por parte de la Administración competente, de las zonas afectadas por estos derechos de adquisición preferente; e incluso el acceso al Registro mediante nota marginal de la existencia sobre cada finca de esos derechos de adquisición (cfr. art. 83 NCRH). Pero no se explicita cuál sea el alcance de ese asiento registral, lo cual motiva diversidad de pareceres en la doctrina. Para parte de la doctrina, la remisión al Registro de la Propiedad de la zona afectada tiene como finalidad «lograr la efectividad de la prohibición de acceso al Registro de las transmisiones en las que no se hubiese cumplido el requisito de notificación a efectos del derecho de tanteo» (149); pero, adviértase, no se dice que la efectividad dependa de la publicidad en el Registro, sino de la remisión al Registro, lo cual es muy diferente, pues, incluso las NCRH (art. 83) se refieren a ambos momentos de forma separada. Para algunos otros autores las notas sólo tienen eficacia de publicidad noticia pura (150).

Para nosotros aceptar esta última opinión no implicaría separarse de los principios hipotecarios porque, como hemos explicado antes, no todos los diferentes tipos de nota marginal producen efectos publicitarios sustantivos; si se acepta que estas notas sólo tienen eficacia de publicidad noticia pura,

(147) Cfr. las referencias a esa doctrina en GORDILLO CAÑAS, *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...*, cit., págs. 514-515, nota 262.

(148) Así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, cit., pág. 743. Las cursivas son del autor.

(149) Así GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, ed. 1993, pág. 2232.

(150) Así ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 625. También GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 1037, nota 263: «los derechos de tanteo y retracto ... se imponen a los particulares, en todo caso, exista o no la nota marginal».

habría que calificarlas como notas que relacionan el Registro con disposiciones externas a él.

No obstante, dada la materia a la que se refieren estas notas, y las garantías procedimentales que debe cumplir la delimitación de un área de tanteo y retracto, quizá fuera bueno hacer alguna precisión. Es necesario tener en cuenta que las áreas de tanteo y retracto pueden delimitarse, según el artículo 83 NCRH, bien en el planeamiento, bien en un expediente tramitado especialmente al efecto (151). En el segundo caso, no así en el primero, resulta difícilmente sostenible que pueda vincular a tercero el resultado de un expediente que, por definición, no tendrá naturaleza normativa (152). El TR de 1992 era muy cauteloso en esta materia y exigía siempre que se fuera a delimitar un área de tanteo y retracto, incluso en el primer caso, la notificación personal a cada uno de los afectados; así las cosas, no sería una medida muy gravosa para los intereses generales ni para la propia Administración, contar también con la publicidad registral como medio de hacer extensivo a los terceros adquirentes el conocimiento de la tramitación del expediente y su definitiva aprobación.

f) Nota marginal sobre inclusión de una finca en el Registro Administrativo de Solares y Terrenos sin urbanizar y nota marginal acreditativa de la declaración en venta forzosa. Ambas notas están vinculadas a determinados procedimientos administrativos seguidos contra los titulares de las fincas que incurrir en conductas contrarias a sus deberes legales como tales propietarios y que podrán dar lugar, incluso, a la venta forzosa de la finca (153). Son notas que producen efectos publicitarios frente a tercero en cuanto a la existencia del procedimiento administrativo; ese efecto es el que hace posible oponer a los adquirentes de buena fe los resultados de los diferentes procedimientos administrativos de que se trate, cosa que sería imposible si no se practicó la nota y no se siguió dicho procedimiento con

(151) Esta doble posibilidad es la que estaba reconocida en el TR de 1992, hoy no vigente, y, en la actualidad en algunas Comunidades Autónomas.

(152) De hecho, el criterio más comúnmente aceptado en materia de publicidad de los derechos de adquisición de origen legal se entiende admisible cuando dichos derechos se «integran en el estatuto especial y objetivo de determinados bienes; no, en cambio, cuando deban entrar en acción no en virtud del bien que por ellas resulta alcanzado, sino por encontrarse éste en unas circunstancias cuya verificación fáctica escapa en absoluto a la publicidad de la ley». En estos últimos casos, para la eficacia frente a adquirentes de buena fe, parece necesario que el Registro de la Propiedad proporcione alguna forma de noticia: así GORDILLO CAÑAS, *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral*, cit., págs. 502-503, la cita se refiere a las prohibiciones legales de disponer, pero el autor se remite a esa misma opinión cuando trata los derechos de adquisición: págs. 514-515, nota 262.

(153) Cfr. sobre esta materia, GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., págs. 657 y sigs.

el titular registral. Tal efecto puede apreciarse con toda claridad en el artículo 90 NCRH (154), y es conclusión generalmente aceptada por la doctrina (155).

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ-LINERA Y URÍA, «La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad: la anotación preventiva de la demanda contencioso-administrativa en materia urbanística», en *RDU*, núm. 146, 1996, págs. 27 y sigs.
- AMORÓS GUARDIOLA, «Aspectos registrales de las urbanizaciones», en *RDU*, núm. 62, 1979, págs. 13 y sigs.
- ARNÁIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Madrid, 1993.
- *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madrid-Barcelona, 1999.
- «El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico», en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1991, págs. 215 y sigs.
- *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995.
- «La planificación urbanística y el Registro de la Propiedad», en *Ponencias y Comunicaciones. IV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1981, págs. 617 y sigs.
- BASSOLS COMA, «Legislación urbanística de las Comunidades Autónomas y el Derecho de Propiedad», en *RDU*, 1988, núm. 110, págs. 23 y sigs.
- BENAVIDES DEL REY, «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo», en *RCDI*, núm. 538, 1980, págs. 609 y sigs.
- BOQUERA OLIVER, «La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución», en *RDU*, núm. 118, 1990, págs. 53 y sigs.
- CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, núm. 604 bis, 1991, págs. 1487 y sigs.
- «Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores», en *RCDI*, núm. 620, 1994, págs. 9 y sigs.

(154) «En el momento en que se practique la inscripción de venta forzosa se cancelarán de oficio todas las inscripciones de dominio y cargas inscritas con fecha posterior a la de la nota y la certificación a que se refiere el artículo 88».

(155) Así GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., pág. 661: «esta nota marginal no puede considerarse meramente informativa, sino que publica la situación urbanística de la finca respecto a terceros, pues esta situación no resulta, en este caso, ni del planeamiento ni de ningún instrumento de ejecución del mismo, sino de un expediente administrativo, que para que tenga efectos respecto a terceros ha de constar en el Registro de la Propiedad». En sentido similar, ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., págs. 644 y 654.

- «Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, núm. 604 bis, 1991, págs. 1487 y sigs.
- «Circunstancias generales de la protección del consumidor en materia de vivienda», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, Madrid, 1993, págs. 75 y sigs.
- CARRASCO PERERA, «*Ius aedificandi*» y *accesión*, Madrid, 1986.
- *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, Pamplona, 1999.
- CARRASCO PERERA-CORDERO LOBATO-GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 1998.
- COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, «El fraude inmobiliario. Informe elaborado para la Ponencia Especial de Transacciones Inmobiliarias del Congreso de los Diputados», en *BCNR*, núm. 260, 1989, págs. 2087 y sigs.
- CORRAL DUEÑAS-LASO MARTÍNEZ, «La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio», en *RCDI*, núm. 555, 1983, págs. 313 y sigs.
- CORRAL DUEÑAS, «La aportación registral al urbanismo», en *RCDI*, núm. 627, 1995, págs. 561 y sigs.
- «La ordenación del territorio y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 528, 1978, págs. 927 y sigs.
- CORRAL GUJÓN, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid, 1996.
- CHICO Y ORTIZ, «La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 602, págs. 149 y sigs.
- «Lo jurídico y lo urbanístico», en *RDU*, núm. 44, págs. 70 y sigs.
- *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Madrid, 1994.
- «La publicidad efecto y la publicidad noticia», en *BCNR*, núm. 310, 1994, págs. 851 y sigs.
- «La propiedad y el Registro de la Propiedad: conexiones y perspectivas», en *RCDI*, núm. 566, 1985, págs. 9 y sigs.
- «Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 484, 1971, págs. 481 y sigs.
- «La expropiación forzosa, las urgencias urbanísticas y el Registro de la Propiedad», en *RDU*, núm. 28, 1972, págs. 53 y sigs.
- «El urbanismo y el Registro de la Propiedad», en *RDN*, XCIX, 1978, págs. 251 y sigs.
- «El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística», en *RDU*, núm. 33, 1973, págs. 97 y sigs.
- «El urbanismo y la necesaria publicidad registral», en *Ponencias y Comunicaciones. IV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1981, págs. 655 y sigs.
- «Comentario a la Resolución de 12 de enero de 1984», en *RCDI*, núm. 564, 1984, págs. 1259 y sigs.
- «La Constitución, el Urbanismo y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 546, 1981, págs. 1171 y sigs.
- DE FUENTES SANCHIZ, «En torno al Urbanismo. Política del Suelo y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 422-423, 1963, págs. 449 y sigs.

- DE LA RICA Y ARENAL, *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*, Discurso leído el día 12 de marzo de 1962 en su recepción pública. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1962.
- DE LOS MOZOS, «Sistemas de actuación urbanística», en *RDU*, núm. 13, 1969, págs. 15 y sigs.
- «La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil», en *RCDI*, núm. 609, 1992, págs. 581 y sigs.
- «El urbanismo desde la perspectiva del Derecho privado», en *RDP*, 1961, págs. 284 y sigs.
- «Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas», en *ADC*, 1980, págs. 3 y sigs.
- *El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993.
- «Especulación del suelo y derecho real de superficie urbana», en *RDU*, núm. 19, 1970, págs. 13 y sigs.
- DEL POZO CARRASCOSA, *El sistema de compensación urbanística*, Madrid, 1993.
- DÍAZ FRAILE, «Comentarios de aproximación al Proyecto de Ley del Suelo de 1997», en *RCDI*, núm. 642, 1997, págs. 1791 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, «Problemas jurídicos del urbanismo», en *RAP*, núm. 43, 1964, págs. 48 y sigs.
- «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *RDU*, núm. 23, 1971, págs. 13 y sigs.
- DOMÍNGUEZ VILA, «Actuaciones recientes sobre coordinación entre Propiedad y Urbanismo», en *RDU*, núm. 82, 1983, págs. 103 y sigs.
- DORAL, «Interés público e interés privado en la *servitus altius non tollendi*», en *RDP*, 1968, págs. 923 y sigs.
- FERNÁNDEZ, T.-R., «Reflexiones en torno al principio de igualdad en el ordenamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 65, 1979, págs. 13 y sigs.
- FUERTES, M., *Urbanismo y publicidad registral*, Madrid, 1995.
- GALLEGO DEL CAMPO, «Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX», en *RCDI*, núm. 547, págs. 621 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, «La finca funcional en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956», en *RDP*, 1965, págs. 1114 y sigs.
- GARCÍA GARCÍA, «El Registro de la Propiedad y el Urbanismo en la Ley del Parlamento de Cataluña de 18 de noviembre de 1981», en *RJC*, 1982, págs. 531 y sigs.
- «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 565, 1984, págs. 1377 y sigs.; núm. 567, 1985, págs. 287 y sigs.; núm. 576, 1986, págs. 1349 y sigs.
- «Problemas que plantea la llamada “cancelación” de asientos posteriores a la nota marginal de reparcelación o compensación», en *RCDI*, núm. 618, 1993, págs. 1545 y sigs.
- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, V, Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Tomo VII, vol. 4.º, sub. artículo 32 LH, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo», en *ADC*, 1958, págs. 485 y sigs.

- «Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico», en *REDA*, núm. 1, 1974, págs. 79 y sigs.
- GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA-PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, I, Madrid, 1979.
- GARCÍA MAS, «Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», en *RCDI*, núm. 645, 1998, págs. 317 y sigs.
- GONZÁLEZ SALINAS, *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, Madrid, 1987.
- GONZÁLEZ PÉREZ, «Las licencias de urbanismo y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 528, 1978, págs. 913 y sigs.
- *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968 y sucesivas ediciones.
- GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», en *ADC*, 1994, págs. 21 y sigs.
- «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», en *ADC*, 1995, págs. 527 y sigs.
- «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», en *ADC*, 1998, págs. 423 y sigs.
- HERNÁNDEZ DE MARCO, «La propiedad urbana, la Ley 8/1990, de 25 de julio, y la nota marginal del artículo 29.9 (sic) en el Registro de la Propiedad y sus efectos en la Propiedad Urbana», en *RDU*, núm. 128, 1992, págs. 89 y sigs.
- HERNÁNDEZ DE MARCO y FERNÁNDEZ VERDUGO, «El artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: la declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1993, págs. 1401 y sigs.
- LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, 1.º, Barcelona, 1991; III bis, Barcelona, 1984.
- LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968.
- LASO MARTÍNEZ, «Ilícitud administrativa y validez civil», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, págs. 1167 y sigs.
- «Venta de terrenos afectados por vínculo de inedificabilidad», en *RCDI*, núm. 616, 1993, págs. 935 y sigs.
- «Las anotaciones en materia de urbanismo de la Ley 8/90», en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1991, págs. 243 y sigs.
- «Registración de las limitaciones de Derecho público al Derecho de propiedad y de bienes de dominio público o demaniales», *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, Madrid, 1985.
- «Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por la Ley de 25 de julio de 1990», en *RDU*, núm. 122, 1991, págs. 65 y sigs.
- «Dictamen sobre el contenido de un proyecto de compensación respecto de los propietarios no adheridos a la junta. Inscripción en el Registro», en *RCDI*, núm. 573, 1986, págs. 395 y sigs.

- «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», en *REDA*, núm. 77, 1993, págs. 71 y sigs.
- «Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular», en *RCDI*, núm. 510, 1975, págs. 1053 y sigs.
- «Registro de la Propiedad y Urbanismo», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1997.
- «Aportaciones hipotecarias al proceso urbanístico», en *BCNR*, núm. 221, 1986, págs. 463 y sigs.
- LASO MARTÍNEZ-LASO BAEZA, *El aprovechamiento urbanístico*, Madrid, 1995.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística», en *ADC*, 1997, págs. 1301 y sigs.
- «Comentario a la RDGRN de 3 de noviembre de 1995», en *CCJC*, núm. 41, 1996, págs. 511 y sigs.
- «La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio», en *RDUMA*, 1998, págs. 443 y sigs.
- LÓPEZ JACOISTE, «Implicaciones registrales de la legislación planificadora de fincas», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, VI, Pamplona, 1969, págs. 343 y sigs.
- LÓPEZ PELLICER, «Costes y cuotas de urbanización y de conservación», en *RDU*, núm. 67, págs. 63 y sigs.
- LUCAS FERNÁNDEZ, «Naturaleza, fines y principios generales de la legislación urbanística. Su influencia en el Derecho privado», en *RDU*, núm. 3, 1967, págs. 13 y sigs.
- MARCOS JIMÉNEZ, *Parcelaciones y reparcelaciones y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1976.
- MARTÍN BLANCO, «Legislación urbanística y Derecho Privado», en *RDP*, 1962, págs. 8 y sigs.
- *La compensación urbanística. Principio y sistema*, Madrid, 1985.
- MEDINA DE LEMUS, *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, Madrid, 1989.
- «Subrogación real y urbanismo», en *RCDI*, núm. 651, 1999, págs. 561 y sigs.
- MENÉNDEZ, «La publicidad inmobiliaria y la planificación urbanística», en *Ponencias y Comunicaciones. IV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1981, págs. 683 y sigs.
- MENÉNDEZ REXACH, «La propiedad en la nueva Ley del Suelo», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, págs. 63 y sigs.
- MONTORO CHINER Y VILADARGA ROIG, «La Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad», en *RDU*, núm. 86, 1984, págs. 13 y sigs.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, «El concepto de limitación a la propiedad privada. Especial referencia a la propiedad colindante a carreteras y autopistas», en *RDU*, núm. 63, 1979, págs. 35 y sigs.
- NÚÑEZ LAGOS, F., «Dos temas de oposiciones: I. La Propiedad Urbana. II. Urbanismo y Registro de la Propiedad», en *RDN*, CXIII-CXIV, 1981, págs. 353 y sigs.
- PAREJO ALFONSO, «La ordenación urbanística y el Registro de la Propiedad: un problema de coordinación», en *RAP*, núm. 88, 1979, págs. 227 y sigs.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, 3.^a ed., Madrid, 1999.
- PÉREZ PASCUAL, «Aspectos registrales de las parcelaciones y reparcelaciones», en *RCDI*, núm. 555, 1983, págs. 393 y sigs.
- PRETEL SERRANO, «Aspectos notariales y registrales de la reforma de la Ley del Suelo», en *AAMN*, XXXII, 1993, págs. 229 y sigs.
- «La intervención del “técnico competente” del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo», en *RCDI*, núm. 607, 1991, págs. 2207 y sigs.
- «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1991, págs. 49 y sigs.
- RAMOS MEDRANO, *Los derechos de tanteo y retracto en la legislación urbanística*, Madrid, 1995.
- REGUERA SEVILLA, «Mecánica de la Ley del Suelo en relación con el Código Civil y la legislación hipotecaria», en *AAMN*, XIV, 1965, págs. 203 y sigs.
- ROCA JUAN, «Algunas consideraciones sobre la transmisión de inmuebles y el artículo 62 de la Ley del Suelo», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, págs. 651 y sigs.
- ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, I, II y III, Barcelona, 1995; VII, Barcelona, 1998.
- RUIZ OJEDA, «La propiedad privada como fundamento jurídico de la liberalización del suelo», en *RDU*, núm. 155, 1997, págs. 153 y sigs.
- SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*. Ponencia presentada en la reunión de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Granada, 1998.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, Madrid, 1999.
- SAPENA, «Título e inscripción en las leyes de Urbanismo», en *RDU*, núm. 24, 1971, págs. 57 y sigs.
- SERNA MEROÑO, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho Hipotecario histórico español*, Madrid, 1996.
- SERRANO Y SERRANO, «Introducción», en *Coloquios sobre problemas de la Ley del Suelo*, Madrid, 1965.
- ÚTRERA RAVASSA, «La nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística (Reflexiones sobre la resolución de la Dirección General de 12 de enero de 1984, BOE de 23 de febrero)», en *BCNR*, núm. 200, 1984, págs. 409 y sigs.
- «La nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística», en *RCDI*, núm. 547, 1981, págs. 1407 y sigs.
- VERA FERNÁNDEZ-SANZ, «Dictamen sobre la subrogación de terceros en la obligación de demolición de obras contrarias al ordenamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 128, 1992, págs. 121 y sigs.
- «Consideraciones sobre la anotación registral y la subrogación de terceros en las cargas urbanísticas», en *RDU*, núm. 150, 1996, págs. 101 y sigs.

Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—PRIMERA PARTE. EL CONTRATO DE CESIÓN DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 13 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO: I. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL CONTEMPLADA EN LOS PÁRRAFOS 4 Y 5: PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA Y VÍAS DE SOLUCIÓN PROPUESTAS POR LA DOCTRINA. II. LA MODALIDAD QUE SE CONTEMPLABA EN LOS PÁRRAFOS 1 A 3: 1. *Caracterización del supuesto de hecho:* A) ¿Derecho real limitado? B) ¿Cesión parcial de suelo? C) Transmisión *ab initio* de los pisos futuros: a) Contraria al artículo 609 del Código Civil; b) Contraria a los artículos 350 y 358 del Código Civil: b.1. No podía tratarse de una comunidad; b.2. Era una disociación del dominio contraria a los artículos 350 y 358 del Código Civil. 2. *De haber sido viable, ¿hubiera superado los problemas de la concepción tradicional?* A) La intervención del cesionario-constructor en la entrega de los pisos al cedente del solar. B) El plazo de construcción de diez años.—SEGUNDA PARTE. LAS ALTERNATIVAS EXISTENTES EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS REALES AL CONTRATO DE CAMBIO DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA. PLANTEAMIENTO: I. EL DERECHO DE SUPERFICIE. PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA. II. LA ALTERNATIVA VIABLE: LOS DERECHOS DE SOBRE Y DE SUBEDIFICACIÓN: 1. *Breve referencia a la estructura de los derechos de sobre y de subedificación.* 2. *¿Se superan, de este modo, los problemas suscitados por el contrato de cesión de solar por edificación futura?* A) La obligación de construir: a) Si se trata de un *ius in re aliena*; b) Si, *ab initio*, se transmite una cuota del suelo. B) La posibilidad de obtener financiación para la obra y su relación con el plazo para realizarla. C) ¿Cómo se opera la transmisión de la propiedad de los pisos al concedente del derecho?: a) Si se trata de un derecho real en cosa ajena; b) Si, *ab initio*, se transmite una cuota del suelo. 3. *Otras ventajas de la articulación de la relación a través de los derechos de sobre y de subedificación.* 4. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1980, como un posible caso de la utilización del derecho de sobreedificación*

para cumplir las funciones del contrato de cambio de solar por edificación futura.—CONCLUSION.

PLANTEAMIENTO

El desarrollo del mercado inmobiliario hace que haya operadores económicos —normalmente, empresas constructoras— dispuestos a edificar en solares que no les pertenecen y cuyos dueños no tienen ni la intención, ni la infraestructura necesaria para proceder a su explotación económica a través de la construcción. El propietario del solar que se niega o es reacio a venderlo, puede estar dispuesto a que un extraño lo edifique y adquiera la propiedad de parte de esa construcción, a cambio de que se le entregue, como contraprestación, una parte del edificio a construir (1).

Esta necesidad económica de que un tercero edifique en un solar propiedad de otra persona, de tal manera que tanto el propietario de la finca como el constructor adquieran la propiedad de partes diferentes del inmueble resultante tras la edificación, no ha sido atendida de manera específica por nuestro Ordenamiento jurídico privado. Únicamente el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, introducido por la reforma operada en dicho cuerpo normativo por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, menciona expresamente la *cesión de suelo por obra futura*. No obstante, hay que tener en cuenta el carácter reglamentario de esta norma y, por tanto, su alcance limitado, que se reduce a regular el acceso de este tipo de relaciones al Registro de la Propiedad. Asimismo, es preciso tener en cuenta que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2001, ha anulado los párrafos primero a tercero de este precepto.

La ausencia de una regulación que canalizara jurídicamente esta necesidad económica ha hecho que, en la práctica, se hayan buscado diferentes vías para atenderla. El denominado contrato de cambio de solar por edificación futura es la figura que, en mayor medida, se ha venido usando a tal fin.

El auge experimentado en la práctica por esta modalidad contractual podría llevarnos a suponer que, a través de ella, se ha conseguido cubrir la necesidad económica mencionada, mediante un perfecto equilibrio entre los intereses en juego, y que se trata de una relación jurídica estructurada de tal manera que, tanto una como otra parte, ven satisfechos sus respectivos intereses, al tiempo que los problemas que, en el seno de la misma, pudieran plantearse, encuentran, en dicha articulación jurídica, una solución justa. Nada

(1) Esta finalidad económica, que acabo de describir, presenta múltiples variantes, en el sentido de que acaso el dueño del solar pretenda obtener una participación en los beneficios que se obtengan por la venta del inmueble; pero no nos vamos a detener en estas variantes para centrarnos en el supuesto-tipo que es el expuesto en el texto.

más lejos de la realidad; basta echar un vistazo a la bibliografía y a la jurisprudencia más recientes sobre la materia para percatarnos de que la situación dista bastante de ese equilibrio ideal que parece reflejar el auge de este contrato en el tráfico jurídico-económico.

La razón de que esta modalidad contractual se utilice tan profusamente, se debe, más bien, a que la posición que se procura a las partes dentro de la relación, refleja exactamente el desequilibrio existente en el mercado. Me explico: los problemas que pueden surgir en la relación suelen perjudicar los intereses de quien originariamente es propietario único del solar, mientras que es muy difícil que la empresa constructora vea afectados los suyos. Desde luego, estoy convencida de que el motivo del desarrollo de la figura es la beneficiosa situación que brinda a quien ocupa la posición dominante en el mercado: la empresa constructora, la cual impone la articulación jurídica de la relación que le resulta más ventajosa.

El único precepto que en nuestro Ordenamiento jurídico-privado se refiere a este contrato es el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, incorporado por la reforma operada en dicho cuerpo normativo a través del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (2). Este artículo se basa, desde luego, en el contrato de cambio de solar por edificación futura que en la práctica se viene

(2) El Real Decreto 1867/1998 da la siguiente redacción al artículo 13 del Reglamento Hipotecario —tras la sentencia de 31 de enero de 2001, los párrafos primero a tercero son anulados—:

«En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación que no podrá exceder de diez años.

Salvo que en el título de la cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá, por sí solo, otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.

Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar sin consentimiento del cedente los elementos independientes que constituyen la contraprestación.

El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso, se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción.

No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria.»

utilizando. Se han tenido en cuenta, además, los problemas que dicho contrato genera, y se había pretendido solucionarlos, proponiendo una articulación jurídica de la relación que se suma a la tradicional en los párrafos primero a tercero del precepto, anulados por la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2001. No obstante, es preciso tener muy presente el carácter reglamentario de la norma.

Este precepto regula el acceso al Registro de la Propiedad de las modificaciones jurídico-reales que opera una cesión de solar por edificación futura. En su párrafo cuarto, al aludir a que la contraprestación a la cesión se puede configurar *de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional*, se pone de manifiesto que se consideraban dos formas diferentes de articular el contrato de cambio de solar por edificación futura: una, de naturaleza obligacional, y otra, de distinta índole.

La primera, contemplada en los párrafos 4 y 5 del precepto, respondería a la concepción tradicional de este contrato, conforme a la cual el constructor obtiene desde el principio la propiedad del solar, con ello una fuente de crédito, y sin tener que pagar, inmediatamente, ninguna contraprestación a cambio. El propietario del solar pierde su titularidad a cambio de que, una vez construido el edificio, le entreguen una parte del mismo. Por supuesto, esta relación se articula a través de vínculos obligacionales de carácter personal, de manera que, el propietario único del solar —titular de un derecho de crédito mientras no se opere la tradición de la parte de edificio pactada como precio por la cesión— ve limitadas —por no decir, frustradas— las posibilidades de recibir la contraprestación pactada en aquellos casos en los que, en el interín, el constructor se ve privado —como consecuencia de un embargo o de una venta—, de la propiedad del solar, pasando éste a manos de un tercer sujeto.

La otra concepción de la cesión de solar por obra futura es la que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del precepto. Parecía articular la relación como si de la misma se derivara una titularidad jurídico-real para el cedente del solar; tal impresión viene motivada por la calificación que, en el párrafo cuarto, se hacía de la concepción tradicional como meramente obligacional.

Más que evidenciar la problemática que puede suscitar una y otra forma de estructurar este tipo de relaciones, ya que, al menos la relacionada con la concepción tradicional es sobradamente conocida gracias a los numerosos trabajos sobre la materia. Lo que pretendo en este estudio es analizar las alternativas que, a estas estructuraciones contempladas en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario del contrato de cambio de solar por edificación futura, ofrece el Ordenamiento jurídico. Más concretamente, me voy a centrar en estudiar la posibilidad de que este tipo de relaciones económicas se articulen jurídicamente a través de instituciones propias del ámbito de los derechos reales.

Dos son los derechos reales contemplados en nuestro Ordenamiento jurídico que permiten construir en finca ajena para obtener la propiedad de lo construido al tiempo que el concedente del derecho conserva la propiedad —total o parcial— de la finca en cuestión: el derecho de superficie y los derechos de sobre y de subedificación. La posibilidad de cubrir jurídicamente esta necesidad económica a través de estos derechos ha sido apuntada por algún autor. Decididamente la ha propuesto, a través del derecho de superficie, GARCÍA ARANGO (3). Más recientemente, SERRANO CHAMORRO (4) ha admitido la posibilidad de que los derechos de sobre y de subedificación —derecho de vuelo— se configuren como modalidad del cambio de solar por edificación futura; considera esta autora que ambas instituciones —contrato de cambio de solar por edificación y derechos de sobre y de subedificación— pueden cumplir las mismas funciones.

Pero, no son sólo estas propuestas doctrinales, que, en algunos casos, no pasan de ser sino tímidas insinuaciones, las que nos llevan a profundizar en la posibilidad de articular jurídicamente esta necesidad económica a través de derechos reales. El estudio de esta posibilidad no pasaría de ser un mero ejercicio teórico si se redujera a proponer, sin más propósito, un encauzamiento jurídico para este tipo de relaciones diferente a los contemplados en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario. Ningún interés habría si esta nueva vía que aquí me propongo estudiar planteara los mismos problemas, e incluso otros, acaso más graves, que los que suscita la configuración más habitual de estas relaciones.

Lo que nos lleva decididamente a realizar y estudiar una propuesta de este tipo no es el mero interés teórico que puede tener, sino, fundamentalmente, el haber advertido que, cuando se estudia la configuración meramente obligacional de la relación a través del contrato de cambio de solar por edificación futura, algunas de las soluciones que suelen darse a los problemas de la parte más débil de la relación —el cedente del suelo—, pasan por reconocerle un poder directo sobre la parte de edificio que conforma la contraprestación, es

(3) GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, CÉSAR, en «El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 495 a 515.

Parece apuntar también esta posibilidad PRATS ALBENTOSA, L., en LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (COORDS.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, al contemplar, en la pág. 600, la posibilidad de que la contraprestación a la concesión de un derecho de superficie consista en la adjudicación de viviendas o locales resultantes del proceso edificatorio propio de la relación superficiaria, afirmando que este mecanismo es semejante a la denominada permuta de solar por obra.

(4) SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 137.

decir, una situación similar a la que tendría si fuera titular de una titularidad jurídico-real sobre esa parte del edificio.

Que la solución a los problemas que pueden suscitarse en este tipo de relaciones pasa por reconocer titularidades jurídico-reales a los sujetos implicados en ella, lo deja muy patente la modalidad de cesión de solar que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario. Esta pretendía ser un avance sobre la concepción tradicional reflejada en los párrafos 4 y 5 del precepto, cuyo principal problema es el de la transmisión de la propiedad de los pisos al cedente del suelo: se concebía —en los párrafos 1 a 3 del Reglamento— que, desde el primer momento, este contrato otorgaba al cedente del suelo la propiedad de la porción de obra futura —que es el precio por la cesión—, es decir, adquiriría la propiedad desde que se celebraba el contrato de cesión, no siendo necesario esperar —para entender transmitida la propiedad— a la construcción del edificio y a la entrega de la parte de edificio pactada como precio por la cesión.

Todo ello nos pone sobre la pista de que, probablemente, la articulación de la relación a través de un derecho real permita superar los inconvenientes y problemas que plantea el contrato de cambio de solar por edificación futura. Ahora bien, no me voy a limitar a estudiar la posibilidad de que estas relaciones se puedan articular a través de ciertos derechos reales, sino que voy a analizar si, de este modo, se consigue un adecuado equilibrio de los intereses en juego, solucionando los problemas que el contrato de cambio de solar por edificación futura, tal y como se concibe en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, genera en la práctica.

Por supuesto, antes de calibrar si, efectivamente, los derechos reales mencionados pueden erigirse en alternativa válida, habrán de ser expuestas, siquiera someramente, las modalidades de cesión de solar por obra futura contempladas por el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, así como la problemática que suscita cada una de ellas y las vías de solución que, a los desequilibrios jurídicos que generan, se han propuesto por la doctrina.

PRIMERA PARTE. EL CONTRATO DE CESION DE SOLAR POR EDIFICACION FUTURA CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 13 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Quede claro, antes de empezar, que no pretendo realizar en este trabajo un estudio del contrato de cambio de solar por edificación futura, sino que me limito a exponer, someramente y sin ánimo de profundizar, los problemas que este contrato suscita y que ha evidenciado la doctrina que lo ha estudiado a fondo. Esto nos servirá para ver si la alternativa que aquí se le propone supera dichos inconvenientes y en qué medida.

I. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL CONTEMPLADA EN LOS PÁRRAFOS 4 Y 5:
PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA Y VÍAS DE SOLUCIÓN PROPUESTAS POR LA DOCTRINA

El contrato de cambio de solar por edificación futura, en su vertiente más habitual contemplada en los párrafos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario, articula la relación mediante vínculos-obligaciones de carácter personal entre el propietario-cedente del suelo y el constructor-cesionario del solar. Conforme al mismo, el cedente transmite la propiedad del suelo que pasa a ser del constructor-cesionario; como contraprestación, éste se compromete a entregar a aquél, cuando la construcción concluya, una parte del edificio resultante. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la contraprestación que consiste en la entrega de una parte del edificio futuro, si bien puede acceder al Registro de la Propiedad, en función de lo establecido por el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no será —en principio— oponible frente a tercero, como dispone el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

De tal manera que el cedente del suelo sólo es titular de un derecho de crédito que le permite exigir al cesionario la construcción del edificio y la entrega de la parte de edificio pactada como contraprestación; pero al ser un derecho de crédito, aunque conste en el Registro, no es oponible frente a terceros, de modo que, si el cesionario pierde por cualquier circunstancia la propiedad del solar, el cedente ve cómo se frustran sus expectativas, porque ese nuevo adquirente no tiene ni obligación de construir, ni obligación de entregar los pisos al originariamente propietario del suelo.

Pese a que, en un primer momento, parece que la posición dominante en la relación debiera corresponder al propietario del suelo, esta estructuración de la relación hace que dicha posición de poder sea ocupada por el constructor, adquirente de la propiedad del solar, quedando, así, el cedente del suelo expuesto al riesgo de no cobrar la contraprestación si el constructor no edifica o pierde la propiedad del solar como consecuencia de un embargo. La desprotegida posición en la que queda el cedente del solar frente a estas eventualidades es el principal problema que suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura.

Estos problemas han llevado a la doctrina a plantearse cómo proteger al cedente frente a la no construcción del edificio, es decir, cómo vincular la obligación de construir a la obligación de entrega de los pisos por parte del cesionario-constructor. Además, ha llevado a los autores a plantearse cuáles son los derechos que el cedente del solar tiene sobre la finca y, en concreto, sobre los pisos futuros que deben entregársele, y cómo y en qué momento la propiedad de la parte de edificio que constituye la contraprestación se transmite al cedente del suelo.

Para fortalecer la posición del cedente del solar, eliminando en la medida de lo posible los riesgos que para él puede presentar esta relación, se han

propuesto y utilizado varios mecanismos. El más habitual aparece contemplado en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y consiste en dar a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, de modo que, en el caso de que transcurriera un plazo de tiempo sin que se hubiera entregado la contraprestación, el contrato se resolvería y el cedente volvería a ser propietario del solar. En ese caso, el aplazamiento del pago sí va a tener efectos frente a terceros.

Sin duda, se protegen así los intereses del cedente del solar. Otras posibilidades de fortalecer la posición de este sujeto consisten en: garantizar la entrega de los pisos que constituyen la contraprestación con una hipoteca —opción contemplada también por el art. 11 de la Ley Hipotecaria—, o establecer un pacto de reserva de dominio en favor del cedente hasta que se le haya entregado la contraprestación.

Todas estas soluciones que, desde luego, refuerzan la posición del cedente del solar, presentan, sin embargo, otro inconveniente: dificultan que el cesionario-constructor obtenga financiación para llevar a cabo la edificación. Y ello, porque, por ejemplo, en el caso de una condición resolutoria explícita, si se llegara a resolver el contrato por incumplimiento del cesionario-constructor, se extinguiría la hipoteca constituida sobre la finca, de modo que la entidad financiadora vería desaparecer la cobertura hipotecaria que le garantizaba la devolución del capital adelantado. Todo ello, sin duda, frustra las expectativas de la empresa constructora que precisa de tal financiación, perdiendo así el interés en la celebración del contrato.

Para solventar este problema se propone una posposición de la condición resolutoria en favor de la hipoteca de la que será titular la entidad que financia la construcción. En tal caso, el cedente del suelo queda desprotegido únicamente frente a la ejecución de esa hipoteca, pero se le protege frente a otras eventualidades como embargos derivados de otras deudas del constructor. En el caso de que el cedente se reserve el dominio, para que el constructor pueda obtener financiación, se propone que sean los dos sujetos los que concierten la hipoteca con la entidad que va a financiar la construcción.

Si bien estas soluciones fortalecen indudablemente la posición del cedente del solar en la relación jurídica, no logran atender satisfactoriamente las necesidades del tráfico, ya que no puede protegerse a una de las partes a costa del interés de la otra parte en la relación, es decir, a costa de la relación misma. No cabe ofrecer una protección tal al propietario del solar —cedente— que haga que la empresa constructora pierda el interés en la relación. Lo que, probablemente, ocurrirá si se pacta una condición resolutoria explícita o se establece un pacto de reserva de dominio.

Por ello se han ofrecido soluciones que tienden a proteger al cedente, prescindiendo de soluciones tales como la de la condición resolutoria o el pacto de reserva de dominio. Estas teorías tienden a ofrecer una solución que

establezca un mínimo equilibrio entre los intereses en juego, es decir, que la protección ofrecida al cedente del suelo no sitúe al cesionario-constructor y a quien financia la construcción en una situación excesivamente arriesgada o expuesta.

Algunas de estas propuestas doctrinales ofrecen articulaciones jurídicas diferentes de la relación: como es la de formar una comunidad sobre el solar integrada por el cedente y el cesionario- constructor (5). Es decir, proponen que, en lugar de proceder a una cesión total del solar en favor del constructor, se le ceda parcialmente el suelo, de manera que se forme entre los dos sujetos una comunidad que recaiga sobre el solar. En este caso, nos encontraríamos ante un supuesto diferente, que, desde luego, puede servir para cubrir las necesidades a que se viene haciendo referencia, pero que plantea una problemática particular (6).

Otras propuestas doctrinales se centran en la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura para buscar la forma de hacer oponible a terceros el derecho del cedente del suelo sobre la parte de edificio futuro que constituye la contraprestación por la cesión. Se aplican estas posturas a estudiar la manera de conseguir que el cedente no vea afectados sus intereses, es decir, no corra el riesgo de quedarse sin contraprestación en el caso de que el solar cedido al constructor pase a manos de un tercero. Para ello se analiza: el momento en el que el cedente del solar adquiere la propiedad de los pisos que constituyen la contraprestación, la naturaleza del derecho que ese sujeto tiene sobre la finca antes de que concluya la construcción, la necesidad de que se opere la *traditio* o entrega material de la parte de edificio que constituye el precio por la cesión para la adquisición de la propiedad, y la constancia registral de dicha adquisición para que sea oponible su titularidad frente a terceros. No obstante, hay que advertir que la mayoría de estas propuestas se realizan antes de la reforma

(5) En relación al régimen jurídico aplicable a este supuesto de hecho, podría tenerse en cuenta lo que sostengo a propósito de la constitución de un derecho de sobre o de subedificación con transmisión inicial de una cuota del suelo en favor del titular del derecho. Vid. en este sentido, mi obra *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, concretamente, págs. 270 y sigs.

(6) Vid. sobre esta posibilidad, SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 76 y sigs. Por su parte, ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 101, entiende que esta modalidad contractual *acumula una buena parte de los inconvenientes antes vistos y, exige, además, la disolución de la comunidad en orden a la adjudicación de los pisos y locales que resulten de la edificación constituida en propiedad horizontal, a menos que se entienda aplicable el régimen de la comunidad valenciana que antes se ha examinado.*

del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, lo que debe ser convenientemente valorado.

En nuestro Ordenamiento jurídico la transmisión de la propiedad se opera a través de la teoría del título y el modo, de tal manera que, en principio, para que el cedente del solar adquiera la propiedad de la parte del edificio que constituye el precio por la cesión, será necesario que el cesionario construya y le entregue los pisos una vez realizados.

Hay autores que evitan la intervención del cesionario en la entrega de dichos pisos, considerando que la escritura pública que documenta el contrato de cambio de solar por edificación futura opera la *traditio*, una vez que se ha concluido la construcción de los pisos. De este modo, no hay ningún problema en entender que, desde el momento en que se certifica la obra por el arquitecto, la propiedad de los pisos que constituyen el precio por la cesión pueden inscribirse en favor del cedente del suelo (7).

Por su parte, LÓPEZ FRÍAS, antes de la reforma del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, considera que la transmisión de la propiedad de los pisos o locales en favor del cedente del suelo no puede operarse antes de que se opere la *traditio*. Entiende que el cedente del solar es titular de un derecho de crédito, en virtud del cual puede exigir al cesionario la construcción del edificio y la entrega de la parte de edificio que se había pactado como precio por la cesión. Por tanto, en su opinión, para que el cedente adquiera la propiedad de la parte de edificio convenida como precio, es necesario que los pisos estén contruidos y el cesionario-constructor entregue los pisos al cedente del suelo. No obstante, contempla una serie de casos en los que la escritura pública puede operar la *traditio* antes de que se acabe la construcción del edificio y, por tanto, puede determinar que el cedente adquiera la propiedad de los pisos antes de que los mismos estén contruidos. Diferencia, a estos efectos, entre dos supuestos, según haya comenzado o no la construcción del edificio. Si se ha comenzado la construcción, entiende que la escritura pública puede operar la *traditio* en los casos en que la parte de edificio que constituye la contraprestación esté perfectamente determinada en la escritura pública y sea perfectamente identificable en el edificio cuya construcción está en marcha. Si no ha comenzado la construcción, la escritura pública haría, al cedente del suelo, propietario de los pisos futuros sólo si se hubiera inscrito la división horizontal del edificio. En estos dos supuestos citados, la escritura pública puede dar lugar a la transmisión de los pisos, puesto que operaría la *traditio*, incluso antes de que el edificio y los pisos —que son el precio por la cesión— estuvieran contruidos (8). En estos

(7) LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «La construcción sobre edificio futuro», en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1967, pág. 306.

(8) Vid. LÓPEZ FRÍAS, ANA, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997, págs. 48 a 61.

casos, la propiedad de los pisos puede inscribirse en el Registro a favor del cedente del suelo antes de que concluya la construcción y sin necesidad de que medie entrega de los mismos por el cesionario-constructor (9).

Para fortalecer la débil posición del cedente del solar, otros autores entienden que el contrato de cambio de solar por edificación futura le ofrece un poder directo sobre la finca, como si detentara una titularidad jurídico-real sobre la misma. En este sentido, entiende ARNÁIZ EGUREN que se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996, que mencionaba que el contrato de cambio de solar por edificación futura provocaba el nacimiento de cierta comunidad sobre la finca (10). En este mismo sentido, GARCÍA-BERNARDO LANDETA habla de que el cedente del suelo adquiere una titularidad preventiva de naturaleza real sobre pisos o locales a construir sobre aquél (11).

Otros autores, como MONET, DE LA CÁMARA, o MERINO, entienden que el contrato otorga al cedente del suelo un *ius ad rem*. Unos exigen, para reconocer al cedente, la titularidad de un *ius ad rem*, que la finca esté construida —mientras tanto, el cedente sólo tendría un derecho de crédito—; otros, que el edificio esté definido y se haya otorgado el título constitutivo de la Propiedad Horizontal (12). De esta forma se evita que el cesionario-constructor tenga que proceder a la entrega de la parte de edificio pactada como precio para que el cedente obtenga la propiedad de la misma.

Por su parte, SERRANO CHAMORRO, consciente de que fuerza la teoría del título y el modo, lleva más allá la tesis de estos autores, para entender, en

(9) Vid. LÓPEZ FRÍAS, ANA, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997, págs. 66 y sigs.

(10) Vid. en este sentido, ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 101-102.

(11) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Piso futuro y viviendas acogidas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, págs. 743-744.

(12) MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963, Valencia, 1967, pág. 17 (citado por SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 356). DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.; GARRIDO CERDÁ, y SOTO BISQUERT, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1969, págs. 185 y sigs. y 198-199. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, edit. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 355-357.

Rechaza expresamente esta teoría del *ius ad rem*, LÓPEZ FRÍAS, ANA, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997, pág. 60, para la cual: *aunque se llame ius ad rem al derecho que tiene el cedente del solar, antes de que opere la tradición, no cambiará en nada ni la situación ni los medios de defensa que dicho sujeto tiene a su alcance como titular de un derecho personal.*

base —entre otros argumentos— al artículo 1.462 del Código Civil, que el mismo contrato de cesión otorga la propiedad del piso al cedente del solar. Es decir, para esta autora, las partes, por su propia voluntad, pueden disponer que la transmisión de la propiedad de la parte de edificio pactada como contraprestación se opere en ese mismo momento; de manera que, para esta autora, el contrato de cesión otorga un verdadero *ius in re* al cedente (13).

Creo que ha quedado expuesto, siquiera someramente, el panorama de los principales problemas que suscita la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura y las soluciones doctrinales que se han propuesto a los mismos. Desde luego, no voy a entrar a valorar todas las aportaciones doctrinales, puesto que ya dije al principio que no era el propósito de este trabajo el estudio de este contrato. La exposición somera de este panorama doctrinal se ordena a servir de base para entender hasta qué punto y en qué medida una configuración de la relación a través de ciertos derechos reales puede solventar todos estos problemas.

II. LA MODALIDAD QUE SE CONTEMPLABA EN LOS PÁRRAFOS 1 A 3

El Real Decreto 1867/1998 da nueva redacción al artículo 13 del Reglamento Hipotecario regulando el acceso al Registro de la Propiedad de la cesión de solar por edificación futura. Se contempla, no sólo la configuración que venía siendo habitual de dicho contrato, sino que, además, en los párrafos primero a tercero se hace referencia a una forma novedosa de articular este tipo de relaciones; y es precisamente esta parte del precepto —que vamos a estudiar en este epígrafe— la que ha sido anulada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (14).

(13) Hay que tener en cuenta que, pese a que SERRANO CHAMORRO ha admitido la posibilidad de que el contrato de cesión, por sí mismo y antes de que se construya el edificio, puede operar la transmisión de la propiedad de los pisos futuros, no es menos cierto que dicha autora es consciente de que se está forzando la teoría del título y el modo —SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 363: *Sin embargo, me atrevo a señalar algunos matices no exentos de polémica y quizá un tanto atrevidos al aventurar soluciones favorables a la parte más débil en estos contratos*—.

En contra de esta posibilidad se manifiesta expresamente LÓPEZ FRÍAS, ANA, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, J. M. Bosch editor, Barceloa, 1997, pág. 59, quien considera que un pacto sobre el momento en que se produce la transmisión de la propiedad de los pisos no puede ser oponible a terceros mientras no se haya operado la *traditio*.

(14) Esta sentencia ha sido publicada cuando este trabajo estaba ya en la imprenta. Las razones que doy para entender que los párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario no resolvían los problemas que suscitan este tipo de relaciones son diferentes

Pese a que, en un primer momento pudiera entenderse que la relación que se había plasmado en los anulados párrafos primero a tercero del artículo 13 del Reglamento Hipotecario consistía en una configuración no obligacional de la relación por la calificación que, en el párrafo cuarto, se hace de la concepción tradicional como meramente obligacional, entiendo que dichos párrafos contemplaban también una relación meramente obligacional, al igual que la de los párrafos 4 y 5, pero con una diferencia sustancial: se entendía que, en determinadas circunstancias, del contrato de cesión podía derivarse una titularidad jurídico-real para el cedente del solar. Sin duda, se trataba de un planteamiento novedoso desde el punto de vista normativo, y, en mi opinión, deudor de las opiniones doctrinales que, para solucionar los problemas derivados de la concepción tradicional de la relación, venían sosteniendo que el cedente del solar detentaba un poder directo sobre los pisos que deben construirse y que constituyen la contraprestación por la cesión; de este modo, se conseguía evitar la intervención del cesionario del solar —constructor del edificio— para entregar a aquél el precio.

A través de esta concepción de la cesión de solar por edificación futura que se reflejó en los primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, entiendo que se pretendieron superar los problemas que venía planteando la estructuración tradicional de la relación. No obstante, hay que tener bien presente que nos encontramos ante un precepto reglamentario, y evidenciar que, al contemplar esta articulación jurídica de la cesión de solar por edificación futura, se fue mucho más allá de lo que está permitido a una norma de tal índole. En este sentido, es preciso considerar que no es que el precepto partiera de una relación jurídica constituida en base a normas de carácter sustantivo para regular su acceso al Registro, sino que se proponía una nueva articulación jurídica de la relación con unos determinados efectos jurídicos. Ningún problema hubiera habido si esa modalidad de cesión que contemplaba el precepto hubiera sido conforme a normas de rango superior y viable jurídicamente. Al contrario, en tal caso, hubiera sido loable y merecería calificarse de audaz el que, a través de la regulación de un aspecto fundamental en este tipo de relaciones de cara a ofrecer un justo equilibrio de los intereses en juego como es el de su inscripción registral —aunque, en definitiva, no deje de ser una cuestión instrumental—, se hubiera conseguido proponer una solución que superara los problemas planteados por la concepción tradicional.

Sin embargo, la articulación de la cesión de solar por edificación futura que contempló este precepto en sus tres primeros párrafos contravenía normas

a los motivos en que se basa el Tribunal Supremo para anular el precepto. Por ello, me ha parecido que sería interesante conservar la crítica que a *la parte anulada* de dicho precepto se hace en estas páginas.

de rango superior, lo que ha provocado su anulación por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de enero de 2001.

1. *Caracterización del supuesto de hecho*

Veamos, antes de nada, en qué consistía esa relación jurídica de cesión de solar por edificación futura que se contemplaba en los anulados tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario y que era distinta de la concepción tradicional de dicho contrato. El párrafo cuarto de este precepto, al mencionar una cesión meramente obligacional, da pie —como he dicho— a pensar que en los primeros párrafos se estaba contemplando una relación de naturaleza jurídico-real.

A) ¿Derecho real en cosa ajena?

Podría pensarse, en este orden de cosas, que el precepto estaba aludiendo a la articulación de la relación de cesión de solar por obra futura a través de un derecho real limitado en cosa ajena. Incluso podría entreverse una referencia a los derechos reales de sobre o de subedificación contemplados en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, en la medida en que el Real Decreto 1867/1998 establece para ambas relaciones un plazo de edificación de diez años. Coincidencia que ya no subsiste en la actualidad en cuanto para los derechos de sobre y de subedificación se ha anulado —por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2000— la obligación de que dicho plazo de diez años constara en la inscripción registral del derecho.

Sin embargo, no estaba contemplando este precepto una relación jurídico-real como la que se deriva de la constitución de un derecho real limitado que vincula a las partes y les reconoce derechos y obligaciones directamente sobre la cosa objeto del contrato. Y ello porque se aludía a una situación de comunidad: sin duda no se hubiera hecho referencia a tal situación de comunidad si se hubiera pensando en la concurrencia sobre la finca de un propietario y de un titular de un derecho real limitado sobre la misma. Se hablaba de comunidad porque se estaba entendiendo que el cedente del suelo obtenía desde el primer momento un derecho de propiedad sobre la parte de obra futura que, conforme al pacto, le correspondía como precio por la cesión.

B) ¿Cesión parcial de suelo?

Podría pensarse, también, que se contempló una solución propuesta por la doctrina para articular la relación de cesión de solar por edificación futura, cual es la de ceder a la constructora la parte de solar que, finalmente, se atribuirá, como elemento común, a la parte de edificio de la que se apropia, mientras que el propietario del solar se reserva la cuota de solar que corresponderá, como elemento común, a la parte de edificio que debe entregársele como precio por la cesión.

En favor de esta consideración se podría alegar la mención a esa comunidad especial que se establecía —según el párrafo anulado— entre cedente y cesionario. Sin embargo, en ningún momento se aludía a la transición actual de una cuota de suelo, sino de los pisos; es más, parece que el suelo había que incluirlo entre esos elementos comunes que corresponderán —en el futuro— al cedente del suelo. No parece, por tanto, que se aludiera a la cesión parcial de suelo, sino que, más bien, se hacía referencia a una comunidad en la que el cesionario —que debe construir el edificio— era propietario de todo el solar (15).

C) Transmisión *ab initio* de los pisos futuros

Por lo tanto, si no se trataba de ninguna de las dos posibilidades anteriormente citadas, ¿cuál es la relación de cesión de solar por edificación futura que contemplaban los anulados párrafos primero a tercero de este precepto?

Conforme a los términos literales del precepto, la relación se calificaba de comunidad especial. El precepto describía la situación en que se supone que quedaba la finca tras la cesión en los siguientes términos:

«...transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario...»

(15) En este mismo sentido, SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 87; ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 104; GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Derecho Inmobiliario Registral», Tomo V, *Urbanismo y Registro*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 464.

Se habla de una transmisión *actual* de los pisos o locales del edificio, de una cuota que le *corresponderá* en los elementos comunes, y de una *comunidad especial* entre cedente y cesionario.

O sea, como decía más arriba, la transmisión de la propiedad de los pisos o locales parecía operarse desde el primer momento (16). La posibilidad de que esto pudiera acontecer la apuntaba —como ha quedado expuesto anteriormente— SERRANO CHAMORRO (17). No obstante, GARCÍA GARCÍA entiende que, de este precepto, no cabe deducir que se otorgue al cedente la propiedad de los pisos futuros, sino que *más bien parece presuponer un ius ad rem* (18).

Al concebir el precepto que esa transmisión de la parte de edificio futuro se producía *ab initio*, es decir, en el mismo momento de la cesión, se permitía aludir a una situación de comunidad entre cedente y cesionario. Para invalidar la articulación de la relación que proponía este precepto en sus párrafos primero a tercero, es suficiente con detenerse en la transmisión de los pisos futuros que, sin duda, contravenía normas de rango superior que, a continuación, paso a analizar.

a) Contraria al artículo 609 del Código Civil

La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, se ha basado en este argumento para anular los tres primeros párrafos del precepto. Entiende la sentencia, en su fundamento duodécimo, que estos párrafos:

«...desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema 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 por esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir.

Ni el significado de la *traditio ficta*, recogido en los artículos 1.462 y 1.463 del Código Civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato, salvan a estos preceptos impugna-

(16) Así lo entiende ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 103 y sigs., para el cual: *El artículo 13 sitúa la eficacia de la transmisión de la obra futura en el momento de la celebración del convenio de cesión, no en la fecha de su entrega.*

(17) SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 363.

(18) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Derecho Inmobiliario Registral», Tomo V, *Urbanismo y Registro*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 464.

dos de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponían siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto, y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional, como lo demuestra el párrafo cuarto del propio artículo 13, al contraponer la previsión de los tres primeros a la que en él se contempla, de contenido puramente obligacional...

La pretendida finalidad de proteger al cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el nodo para la adquisición de la propiedad...»

b) Contraria a los artículos 350 y 358 del Código Civil

Pero, además, la forma en que los párrafos primero a tercero del artículo 13 del Reglamento Hipotecario articulaban la cesión de solar por edificación futura contravenía los artículos 350 y 358 del Código Civil.

Este precepto, al entender que se operaba *ab initio* la transmisión de la propiedad de los pisos futuros al cedente del suelo, consideraba que, desde el primer momento, se constituía una situación de comunidad sobre la finca entre cedente y cesionario del solar. Una comunidad *especial* tal y como la califica este precepto. Sin embargo, aun desde la perspectiva errónea que entiende viable la transmisión de la propiedad de los pisos futuros sin que concurra el modo —la entrega de la posesión no es posible porque la edificación no existe todavía—, no cabría entender concurrente una comunidad, sino, que más bien habría que haber entendido presente una disociación del dominio, contraria —por otra parte y como se va a tener ocasión de exponer— a los artículos —imperativos— 350 y 358 del Código Civil, que no podían ser modificados por una norma de carácter reglamentario como el artículo 13 del Reglamento Hipotecario.

b.1. No podía tratarse de una comunidad

¿Sobre qué se constituía esa supuesta comunidad? Podría pensarse que sobre el suelo, que, de momento, es lo único que hubiera tenido existencia actual; pero si así fuera nos encontraríamos ante una cesión de cuota de suelo por edificación futura y, como he dicho más arriba, no creo que fuera la intención del precepto contemplar este supuesto. Por otro lado, el suelo hubiera sido uno de esos elementos futuros que *corresponderán* al cedente; es decir, que se transmitirían, en momento posterior, al cedente del solar, con lo cual no hay que entender que se establecía dicha comunidad sobre el suelo,

puesto que éste se consideraba atribuido íntegramente al cesionario-constructor (19).

Abundando en esta consideración, hay que decir que si el cesionario del suelo hubiera constituido una hipoteca sin contar con el consentimiento del cesionario, a lo único que no se hubiera extendido es a los elementos independientes que debían ser atribuidos al cedente; de donde cabe deducir que, en principio, parecía entenderse que el suelo podía ser hipotecado por el constructor unilateralmente, lo que es una evidencia de que efectivamente se entendía que le pertenecía íntegramente. (20).

También resulta difícil admitir que la comunidad se constituye sobre el edificio futuro, porque, aun fingiendo viable tal posibilidad, los pisos y locales futuros serían atribuidos privativamente a una u otra parte de la relación en un régimen de Propiedad Horizontal; es decir, que irían destinados a ser propiedades independientes las unas de las otras, aunque relacionadas a través de su participación en los elementos comunes. Es decir, la única comunidad que podría haber existido entre las partes, una vez construido el edificio, sería la recayente sobre los elementos comunes, entre los que no cabría incluir los pisos o locales que *ab initio* y, conforme entendía este artículo, podían ser atribuidos al cedente del suelo. El único de los elementos existentes en ese momento y que, en el futuro, sería común, era el suelo, y ya hemos visto como el precepto contemplaba los supuestos en los que estaba atribuido íntegramente al cesionario-constructor.

Lo cierto es que el precepto acertaba al calificar la comunidad de especial, porque, aun desde la perspectiva que admite la transmisión de la propiedad de los pisos futuros, resultaba difícil imaginarla. Se podría pensar que se trataba de una comunidad recayente sobre el conjunto de la finca, en la que un cotitular tendría atribuidos unos determinados pisos futuros y, el otro el suelo y el resto del edificio futuro. Esta comunidad más que especial, era extraña

(19) En este mismo sentido, SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 87. También ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 104: *el criterio de que se parte en este estudio consiste en desechar la solución simple de que la comunidad surge inmediatamente sobre el terreno objeto de la cesión*. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Derecho Inmobiliario Registral», Tomo V, *Urbanismo y Registro*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 464: *Dicha comunidad no es en pro indiviso sobre el solar, pues éste se cede en su totalidad al cesionario, pero sí es una comunidad especial...*

(20) Otra cosa es que esos elementos independientes **debieran** ir anudados a la cuota correspondiente del suelo si **fuera** a estar constituidos en Propiedad Horizontal. A esta cuota, desde luego, tampoco se iba a extender la hipoteca que **pudiera haber** constituido el cesionario.

y hubiera resultado muy difícil articularla. Este precepto parecía entender que, al recaer dos titularidades jurídico-reales sobre una misma finca (la una sobre determinados pisos futuros, y la otra sobre el solar y otra parte del edificio) podía hablarse de una situación de comunidad. Sin embargo, la concurrencia de dos titularidades jurídico-reales sobre la finca no debe llevarnos necesariamente a hablar de situación de comunidad en sentido estricto: no se da tal situación de comunidad entre el titular de un derecho real limitado sobre una finca y su propietario; tampoco cuando hay un *ius ad rem* puede hablarse de situación de comunidad entre el propietario y el titular de ese *ius ad rem*. Este precepto hablaba de comunidad porque entendía que las dos titularidades jurídico-reales, que podían recaer sobre la finca tras el contrato de cesión, eran sendos derechos de propiedad. Lo que, como hemos visto, no es conforme a Derecho.

Debe quedar claro que esta *comunidad especial* a la que aludía el artículo 13 del Reglamento Hipotecario no encaja en el concepto típico de comunidad que recoge nuestro Ordenamiento jurídico privado (21).

De las escasas opiniones vertidas a propósito de esta cuestión, cabe resaltar que hay acuerdo en evidenciar la diferente cualidad de la titularidad de una y otra parte de la relación. Así, GARCÍA GARCÍA y SERRANO CHAMORRO, al referirse a esta comunidad, dicen: *Estas dos titularidades son las que forman*

(21) Esta comunidad especial del artículo 13 del Reglamento Hipotecario no respondía a la comunidad contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, conforme a la cual, la única titularidad del derecho de propiedad que recae sobre una cosa está atribuida a varias personas. En este supuesto, aunque había una sola finca, no cabía hablar de una única titularidad sobre un solo objeto: uno de los sujetos hubiera sido titular del derecho de propiedad sobre el suelo y, el otro, de un derecho de propiedad sobre una parte del edificio futuro. No había un solo objeto, sino dos: por un lado, el suelo y parte del edificio futuro, y, por otro, parte del edificio futuro. Es decir, los sujetos que hubieran tenido alguna titularidad sobre la finca la hubieran tenido sobre objetos diferentes, no existiendo entre ellos ninguna parte de la finca en comunidad. El supuesto del artículo 13 del Reglamento Hipotecario **estaría contemplando** dos titularidades y no una sola atribuida a varias personas.

En el artículo 398.4 del Código Civil se contempla un supuesto de comunidad que ha merecido muy escasa atención por parte de la doctrina y que, acaso, habría podido servir para incardinar esta comunidad especial del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, si la misma, como afirman estos autores, fuera viable jurídicamente. Sin embargo, pese a que se reconoce en el artículo 398.4 del Código Civil que puede haber una comunidad en la que parte de la cosa esté atribuida privativamente a uno de los comuneros, el supuesto de hecho contempla el que alguna de las partes de la finca sea común. En la comunidad especial del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, si fuera posible tal y como parecen admitir estos autores, no parece que hubiera ninguna de las partes de la finca en comunidad porque se aludía a que los elementos comunes correspondían en el futuro al cedente del solar (es decir, que en ese momento en el que existe la *comunidad especial* no hay partes de la finca en común). Y el suelo, que habría podido ser el elemento común, estaba atribuido privativamente en su totalidad al cesionario-constructor, según el tenor literal del precepto anulado.

la comunidad especial a que se refiere el artículo 13 RH, y tan especial, pues son titularidades de distinta naturaleza: una actual, sobre el solar; y la otra sobre objeto futuro. Pero ambas tienen un carácter real, bien sea a través de la propiedad o del ius ad rem (22).

Por su parte, ARNÁIZ EGUREN también hace referencia a la diferente naturaleza de una y otra titularidad, diciendo que *habrá que apreciar sobre el solar una titularidad interina, la del cesionario, que se somete a determinadas limitaciones, y, además, una titularidad de pendencia atribuida al cedente que origina desde luego una situación de cotitularidad cuyo ejercicio se condiciona a la edificación o, al menos, a la constitución del régimen de propiedad horizontal* (23).

Además de resaltar esa circunstancia, este autor iba más allá que los otros aventurando que esta comunidad **podía** calificarse como una situación de Propiedad Horizontal. Este autor entiende que esta comunidad *participa de las notas definidoras del régimen al que tiende, es decir, el carácter funcional e indivisible de la propiedad horizontal* (24). No obstante, creo que, pese a ser cierto que lo normal hubiera sido que esa situación de cesión de solar —de ser posible— condujera a una situación de Propiedad Horizontal, esto no debería haber llevado a entender que la situación previa a la consolidación definitiva de la finca reunía los elementos típicos para haber entendido concurrente tal Propiedad Horizontal. Es cierto que, en otros lugares, he sostenido la aplicación del régimen de la Ley de Propiedad Horizontal a situaciones que encajarían a duras penas en la estructura típica de la misma descrita en el artículo 396 del Código Civil (25), sin embargo creo que en este caso —de ser posible, insisto— hubiera faltado uno de los elementos fundamentales para poderla entender concurrente: ninguno de los componentes de la finca, susceptibles de ser objeto de titularidades jurídico-reales, pertenecería

(22) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Derecho Inmobiliario Registral», Tomo V, *Urbanismo y Registro*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 464; SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, pág. 87.

(23) ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 105.

(24) ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, «Comentario a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 105.

(25) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 270 y sigs., referidas a la estructuración jurídica de la relación en el período previo a la construcción cuando los derechos de sobre y de subedificación forman desde el principio una comunidad sobre el suelo.

en común a quienes detentarían derechos de propiedad privativos sobre diferentes partes de la finca. No hubiera existido ningún elemento en común entre los titulares de derechos de propiedad sobre diferentes partes de la finca.

Desde la perspectiva de estos autores que entendían viable la posibilidad de articulación de la cesión de suelo por edificación contemplada en la parte anulada del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, lo único que cabría concluir es que dicho precepto no se estaba refiriendo a una situación de comunidad en sentido estricto; sino que había utilizado este término impropriamente para significar la especial situación en la que quedaba la finca objeto de un contrato de cesión de solar por edificación futura en el momento anterior a la construcción, es decir, antes de la atribución definitiva de los pisos o locales independientes que constituirían la contraprestación por la cesión del suelo. Se pretendía —por el precepto anulado— reconocer al cedente la propiedad de los pisos futuros desde el primer momento; eso sí, separada —hasta que se realizara la construcción y se le transmitiera su correspondiente cuota en los elementos comunes— de la propiedad del suelo que correspondía por entero al cesionario-constructor. Y para designar la situación en la que quedaba la finca, se aludía a una situación de *comunidad especial*. La utilización del término *especial* evidencia que no se trataba de una comunidad *estricto sensu*.

Es más, en mi opinión, ni aun desde la perspectiva errónea que admitía, a la vista del precepto, la posibilidad de transmisión de los pisos antes de que existieran, no cabría tal situación de comunidad, sino que, como mucho, se estaría aludiendo a una situación especial, caracterizada porque en su momento recaerían dos derechos de propiedad sobre diferentes partes de la finca, sin que existiera ningún elemento en común, y, por lo tanto, sin que existiera comunidad.

Un argumento clave para apoyar que no se estaba contemplando una verdadera situación de comunidad y que ese término sólo se usaba para designar la especial situación en la que quedaba la finca, es que el cesionario del suelo es el único que otorgaba la escritura de constitución del régimen de Propiedad Horizontal; si se hubiera tratado de una comunidad, necesariamente debería haberse previsto la concurrencia de los dos, y ello aunque los pisos o locales que en dicha escritura se hubieran atribuido al cedente del solar hubieran coincidido exactamente con los pactados en el contrato de cambio de solar por edificación futura.

b.2. Era una disociación del dominio contraria a los artículos 350 y 358 del Código Civil

Lo único que hace este precepto, en mi opinión, era reconocer que la cesión de solar por edificación futura como relación meramente obligacional

podía tener, desde el primer momento, efectos traslativos del dominio de la parte de edificio futuro que constituía el precio de la cesión. Este contrato, conforme prevenía este precepto en sus párrafos anulados, tendría virtualidad para transmitir la propiedad del solar al constructor y para transmitir la propiedad de los pisos futuros al cedente del solar.

Se pretendía, así, superar los inconvenientes de la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura para quien cede el solar, reconociendo a este sujeto la propiedad de los pisos desde el primer momento; es decir, habría tradición desde el primer momento, y ello aunque los pisos no existieran.

Debe quedar claro que, en este precepto, se estaba reconociendo al cedente del solar un derecho de propiedad sobre los pisos futuros desde el momento en que se constituía la relación; de lo contrario no hubiera hablado de comunidad. Con lo que, en principio, había que admitir que el poder que, sobre los pisos futuros, parecía reconocer este precepto al cedente del solar es el que otorga la titularidad de un derecho de propiedad sobre los mismos. Pero también hay que tener bien presente que la titularidad separada e independiente sobre los diferentes pisos o locales no era objeto de inscripción a favor del cedente hasta que no se inscribía la constitución del régimen de Propiedad Horizontal: la situación denominada de *comunidad especial* se mantenía hasta el momento en el que se constituía el régimen de Propiedad Horizontal.

Teniendo en cuenta que el supuesto de hecho al que se referían los párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario no podía tratarse, pese a que así se la denominara, de una comunidad, cabe preguntarnos cuál era la situación que se estaba contemplando en dicho precepto.

Hay que tener muy presente que, entre los elementos comunes que hubieran correspondido —en el futuro— al *tradens* del solar, había que entender que el precepto incluía el suelo, de manera que, resulta evidente que no se estaba contemplando la cesión parcial de suelo por obra futura a la que hacía referencia más arriba; y también es evidente que toda la propiedad del suelo correspondía al *accipiens*-constructor. Esta transmisión futura de la cuota de suelo correspondiente a la parte de edificio que conformaba la contraprestación contemplada por este precepto revelaba un aspecto interesante de la cuestión: se estaba contemplando una transmisión de la propiedad de los pisos independiente de la transmisión de la propiedad del suelo. Es decir, si, desde el primer momento, se reconocía la transmisión de los pisos y no la del suelo —en manos del *accipiens*-constructor— se estaba contemplando la enajenación de aquéllos separadamente de la propiedad del suelo.

Podría pensarse que no es que se contemplara una transmisión de la propiedad de los pisos aún no construidos, sino que la misma se entendía diferida al momento de su construcción. Sin embargo, las referencias a la transmisión *actual* de los pisos o locales, o a la *comunidad especial* entre cedente y cesio-

nario, nos confirman que se estaba aludiendo a una transmisión de la propiedad de los pisos previa a su construcción, es decir, previa a su existencia.

Al margen de que esto, conforme ha dicho la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, no es viable porque contraviene el sistema de adquisición del dominio que el Código Civil establece en el artículo 609, lo que más me sorprende —por la perspectiva jurídico-real que he adoptado para estudiar la construcción en finca ajena con el fin de obtener la propiedad de todo o parte de lo construido— es la posibilidad de enajenación de los pisos separadamente de la propiedad del suelo. Es decir, mientras no se consolidaba definitivamente la estructura jurídica de la finca ya construida —normalmente a través de un régimen de Propiedad Horizontal—, concurrían en la finca: un derecho de propiedad sobre los pisos futuros que constituyen el precio por la cesión y, además, un derecho de propiedad sobre el suelo y el resto del edificio futuro; derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro, puesto que, en ese preciso momento, no había ninguna de las partes de la finca en comunidad. Nos encontrábamos claramente ante una situación de disociación de la propiedad inmobiliaria: sobre una misma finca que conservaba su unidad se hacían concurrir dos derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro. ¿Era esta situación viable conforme a normas sustantivas de rango legal?

La disociación de la propiedad del suelo y de, todo o parte, de lo que se encuentra encima o debajo del mismo, implica una derogación de lo dispuesto, *con carácter imperativo*, en los artículos 350 y 358 del Código Civil, y sólo cabe encauzarse en nuestro Ordenamiento, además de por los mecanismos contemplados en el artículo 350, mediante la constitución de un derecho de superficie. Y no creo, sinceramente, que este precepto haya querido contemplar tal situación. No cabe, conforme a nuestro Derecho, una enajenación de los pisos futuros separadamente de la propiedad del suelo sin constituir un derecho de superficie. Sin embargo, no creo que se pretendiera contemplar, en los párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, una articulación de la cesión de solar por edificación futura a través de un derecho de superficie (26).

(26) En principio, el titular de un derecho real de superficie o se convierte en titular de un derecho de propiedad superficiaria hasta que no existe la construcción, es decir, hasta que no se ha ejercitado el derecho. De manera que no cabría hablar hasta el momento de la construcción, ni de propiedad sobre el edificio futuro, ni, por supuesto, de la existencia de una comunidad. Y el artículo 13 del Reglamento Hipotecario está hablando de una comunidad especial que existe antes de la construcción. Por otra parte, tampoco tras la construcción cabría hablar de comunidad especial, ya que el derecho de superficie genera una disociación de la propiedad inmobiliaria disgregada y absoluta, no existiendo comunidad entre el propietario y el superficiario. De todo esto cabe deducir que, en modo alguno, se ha pretendido, ni se ha contemplado, la estructuración de la cesión de solar por obra futura a través de una relación superficiaria entre el cedente-propietario de los pisos y el cesionario-constructor del edificio.

No obstante, lo que es indudable es que la situación que contemplaba este precepto era de disociación, siquiera transitoria, de la propiedad inmobiliaria; sin embargo, no es la situación de disociación que se produce tras la constitución y ejercicio de un derecho de superficie.

Podría argumentarse en contra de la opinión de que se estaba contemplando una disociación absoluta y disgregada de la propiedad inmobiliaria, que no se trataba de una enajenación con intención de que se mantuvieran definitivamente separados la propiedad del suelo y la de los pisos, si no sólo de adelantar la transmisión de uno de los dos componentes de la enajenación completa. En mi opinión, esto no cambia las cosas.

Entiendo que este artículo estaba contemplando la posibilidad de que la cesión de solar por obra futura en el momento anterior a la construcción se estructurara como una disociación de la propiedad inmobiliaria, sin percatarse de que las posibilidades de que en nuestro Ordenamiento jurídico se produzcan disociaciones de ese tipo, son muy limitadas.

En mi opinión y conforme a lo dicho, la articulación jurídica de la cesión de solar por edificación futura que se contemplaba en los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario contradecía normas de rango superior y, por lo tanto, no era viable jurídicamente. Esas normas eran, precisamente, los artículos 350 y 358 del Código Civil y todo lo que de dichos preceptos y de su carácter imperativo se deriva (27). Resumidamente y sin extendernos ahora en este punto, conviene decir que estos preceptos determinan que la propiedad del suelo lo sea de todo lo que se encuentra encima y debajo del mismo. Por supuesto, hay excepciones al principio de concentración de las titularidades sobre diferentes partes de la finca en manos del propietario del suelo que se deriva de estos preceptos; sin embargo, debido al carácter imperativo de estas normas, la posibilidad de derogar lo previsto en ellas debe estar contemplada, para ser válida, en una norma de rango legal. Es decir, la propiedad de lo que se encuentra por encima o por debajo del suelo no puede pertenecer a un sujeto diferente al propietario del suelo, salvo que nos encontremos ante un supuesto

Por otra parte, hay que tener en cuenta que si se articulara a través de un derecho de superficie, transcurrido el plazo de duración legalmente establecido para el derecho de superficie, el propietario del suelo —constructor— recobraría la propiedad plena de esos pisos. Por lo tanto, se estaría sometiendo al cedente del solar al riesgo de que el cesionario —constructor— le transmita, en su debido momento, la cuota correspondiente de suelo, ya que si no se produce dicha transmisión, transcurrido el plazo legal, el cedente del solar —propietario de los pisos ya construidos— los pierde.

Desde luego, no creo que se haya querido contemplar, ni que se haya contemplado de hecho, una articulación de la relación de cesión de solar por edificación futura a través del derecho real de superficie.

(27) Sobre esta cuestión, vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 31 y sigs.

autorizado por una norma de rango legal. Al margen de las posibilidades de derogación contempladas expresamente por el propio artículo 350 —la existencia de una servidumbre, lo que pueda derivarse de las Leyes de Aguas o Minas, o lo que pueda derivarse de la normativa urbanística— (28), el derecho de superficie es la única derogación de lo dispuesto en dicho precepto contemplada en una norma de rango legal.

De manera que, si se tiene en cuenta que el supuesto de hecho que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, implicaba la atribución a titulares diferentes del suelo y de parte de lo que se encuentra encima o debajo del mismo, y que dicha derogación de lo dispuesto en el artículo 350 no estaba autorizada ni contemplada en ninguna norma de rango legal —puesto que se trataba de una norma reglamentaria y no era desarrollo ni de un supuesto de derecho de superficie, ni tampoco se incardinaba en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 350—, hay que concluir que: la articulación jurídica de la cesión de solar por edificación futura que contemplaban los párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario contravenía normas de rango legal. En consecuencia, no era viable jurídicamente.

2. *De haber sido viable, ¿se hubieran superado los problemas de la concepción tradicional?*

Demos un paso más. Vamos a dejar al margen los problemas que, a mi modo de ver, planteaba la articulación jurídica conforme a normas de rango legal, de la cesión de solar por edificación futura que contemplaba, para regular su inscripción registral, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario en sus tres primeros párrafos. Supongamos que el supuesto de hecho que estaba contemplando era viable jurídicamente, ¿hubieran quedado solucionados los problemas que plantea la concepción tradicional de esta modalidad contractual?

Para responder a esta pregunta nos vamos a centrar en dos puntos que me parecen claves en este sentido: en primer lugar, si, a través de esta solución, se hubiera evitado la intervención del cesionario del suelo —constructor del edificio— en la recepción del precio —una parte de edificio— por el cedente del suelo; en segundo lugar, me centraré en la circunstancia de que la posibilidad de inscribir esa comunidad especial a la que se refiere el precepto pasaba necesariamente por haber pactado un plazo de construcción que no podía exceder de diez años.

(28) La expresión «Reglamentos de policía» debe interpretarse como referida a la normativa urbanística, según LÓPEZ FERNÁNDEZ, LUIS MIGUEL, «El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pág. 1640 y nota núm. 16 al pie de esa misma página.

A) La intervención del cesionario-constructor en la entrega de los pisos al cedente del solar

El principal problema que, para el cedente del solar plantea la articulación tradicional de la cesión de solar por obra futura es que la entrega del precio se aplaza a un momento posterior y que esta obligación es meramente personal; por tanto, al ser titular de un derecho de crédito se ve sometido al riesgo de que la propiedad de la finca pase a manos de un tercero y no pueda serle entregado el precio pactado porque ese tercero no está obligado a entregar el precio, conforme establece el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Para solventar este problema, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario contemplaba un supuesto en el que se reconoce al tradens del solar un poder directo sobre la parte de edificio que se ha pactado como contraprestación, de tal manera que, al margen de que la finca fuera transmitida a un tercero, él tendría la propiedad de esos pisos desde el momento en que se hubiera pactado la cesión.

Sin embargo, si bien se reconocía ese poder directo sobre los pisos o locales desde el primer momento, no ocurría así con respecto a la cuota de suelo que debe ir unida a la propiedad de esos pisos o locales independientes para que el derecho de propiedad sobre los pisos fuera perpetuo y definitivo (29).

La obligación de entrega de la cuota de suelo tendría carácter personal, por tanto, no era oponible a tercero, salvo que se hubiera establecido como condición resolutoria su incumplimiento en un determinado plazo de tiempo, o se hubiere garantizado su cumplimiento con un derecho real.

Como digo, la relación que parecía contemplar este precepto implicaba una transmisión de los pisos *ab initio*, pero no del suelo, ya que había que incluirlo entre los elementos comunes que *corresponderían* —en el futuro— al cedente del solar. Pero, ¿cómo se producía la transmisión de esa cuota del suelo al cedente del solar? El precepto se pronunciaba en los siguientes términos:

«Salvo que en el título de la cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá, por sí solo, otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.»

(29) La propiedad de los pisos separada del suelo no puede ser sino una disociación de la propiedad inmobiliaria articulable mediante un derecho de superficie, de modo que la duración de la propiedad superficiaria no podría ir más allá del tiempo fijado en el artículo 289 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

En realidad, se estaba suscitando, con respecto a la transmisión de la cuota de suelo, el mismo problema que se plantea en la concepción tradicional con respecto a la entrega de la propiedad de los pisos.

De modo que la concepción que se contemplaba en el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario no eliminaba absolutamente la intervención del cesionario del solar y constructor del edificio en la entrega del precio al cedente, ya que el cesionario debía entregar necesariamente la cuota de suelo correspondiente. Precisamente, esa entrega se formalizaría a través de la escritura de constitución de la finca en régimen de Propiedad Horizontal, que podía ser otorgada unilateralmente por el constructor-cesionario. Y ello pese a que se hablara de no ser necesario formalizar acta notarial de entrega, ¿para qué? si la constitución del régimen de Propiedad Horizontal cumplía esa función, y además, no sólo con respecto al suelo y otros posibles elementos comunes, sino también, con respecto a los pisos y locales independientes.

Por lo tanto, esa supuesta articulación de la cesión de solar por edificación futura no dejaba de producir problemas en el sentido de que el cesionario seguía teniendo que intervenir para entregar el precio al cedente del solar.

No obstante, conviene tener en cuenta que, una vez construido el edificio y constituido en régimen de Propiedad Horizontal, el constructor o, en su caso, los copropietarios del edificio, se podrían ver obligados a transmitir al cedente del suelo y propietario de una parte del edificio, la correspondiente cuota en el suelo y en el resto de los elementos comunes. Así ocurre, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 1990 (RAJ 6128), en la que se obliga a la copropiedad a asignar las correspondientes cuotas de participación en los elementos comunes a los propietarios de unos áticos a los que no se había vinculado dicha cuota, ni en el título constitutivo, ni en el derecho de sobreedificación cuyo ejercicio determina su existencia.

De seguir la doctrina acuñada en esta sentencia, la circunstancia de que el cesionario debiera intervenir en la transmisión de la cuota de suelo correspondiente a la parte de edificio pactada como contraprestación, no hubiera planteado mayores problemas, puesto que quien hubiere cedido el suelo al constructor, si era ya propietario de la parte de edificio pactada como contraprestación, hubiera tenido derecho a que se le entregara la cuota de suelo y del resto de elementos comunes que correspondían a dicha porción de edificio.

B) El plazo de construcción de diez años

Por otro lado, el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario parecía condicionar la posibilidad de articular la cesión de la forma que contemplaba a la circunstancia de que se hubiese fijado un plazo de construcción inferior

a diez años. De modo que en el caso de que no se fijara dicho plazo o el pactado fuera superior, el precepto parecía considerar que la única forma de articular la cesión era conforme al esquema tradicional, es decir, según lo dispuesto en los párrafos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario; en este segundo caso, el Registro de la Propiedad no puede reflejar que el cedente del suelo es propietario de la parte de edificio futuro pactada como contraprestación, habiendo de aplicarse, para la inscripción, el régimen previsto en los párrafos cuarto o quinto. Es decir, que habiéndose pactado una transmisión inicial de los pisos futuros, si se establecía un plazo de construcción superior a diez años o no se fijaba ningún plazo, no era posible aplicar para la inscripción registral lo dispuesto en los párrafos uno a tres del precepto. Concretamente, no podía inscribirse al cedente del solar como partícipe de una comunidad especial; es decir, no se le podía inscribir como titular de un derecho de propiedad sobre unos pisos futuros ya determinados.

Sin embargo, entiendo que la existencia de esa llamada *comunidad especial*, es decir, la posibilidad de que al cedente le pueda ser reconocido un derecho de propiedad sobre los pisos futuros desde el primer momento, no puede establecerse en una norma de carácter reglamentario, ni tampoco una tal norma puede determinar que esos efectos jurídicos de la cesión de solar dependan de que se pacte un plazo máximo de construcción de diez años.

Dejando a un lado esta cuestión, hay que atender a que, en realidad, el artículo 13.1 del Reglamento Hipotecario parecía hacer depender la posibilidad de articular la cesión de solar a través de esa *comunidad especial*, de la circunstancia de que se hubiera fijado un plazo de construcción que no fuera superior a diez años.

La reflexión surge inmediatamente: ¿acaso no era la configuración como condición resolutoria explícita del incumplimiento del plazo de pago del precio —entrega de los pisos— una de las formas de solucionar los problemas que la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura generaba para el cedente del suelo? Entonces, ¿qué es lo que aportaba la articulación contemplada en este precepto frente a la relación tradicional? En mi opinión, no mucho. Es preciso tener en cuenta que el plazo establecido como condición resolutoria explícita que puede aparecer en el Registro en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria protege al cedente frente a la no entrega de los pisos que constituyen la contraprestación por la cesión, y, consecuentemente, frente a la no construcción de los mismos.

En la articulación jurídica de la relación que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario, no era preciso proteger al cedente frente a la no entrega del precio, puesto que este sujeto hubiera tenido —de ser viable— el derecho de propiedad sobre la parte de construcción que constituía el precio, incluso antes de que se construyera el edificio. Por lo tanto, con la solución contemplada en este precepto se le protegía frente a la no

entrega del precio, pero otro flanco que quedaba abierto: ¿y si el constructor no realizaba la construcción? Ante esta situación se hacía necesario proteger al cedente del solar frente a la no construcción. ¿Cómo hacerlo? Pues de la misma manera que se le ampara cuando no se le reconoce ese poder directo sobre los pisos una vez construidos: fijando un plazo de construcción —el Reglamento optó por un plazo máximo de diez años—, cuyo incumplimiento, entiendo, se pretendía que operara como causa de resolución de la relación jurídica concertada.

De tal manera que, con la atribución al cedente de una titularidad jurídico-real sobre los pisos, una vez que ya se han construido, no se evitaba del todo el problema, ya que era necesario protegerle frente a la no construcción; para ello se recurrió al mismo expediente que sirve para ampararle cuando no se le reconoce esa relación directa sobre los pisos. El problema se volvía a plantear en términos similares, pero ya no en relación a la obligación de entrega de los pisos, sino en relación a la obligación de construir, la cual, por supuesto, era meramente personal. De tal manera que si el cesionario-constructor vendía el solar o se le embargaba, podía ocurrir, que el nuevo adquirente construyera, en cuyo caso, no había ningún problema porque el cedente del suelo sería propietario de la parte de edificio que se había pactado como precio por la cesión. Pero hay que tener en cuenta que la obligación de construir es meramente personal; el contrato de cesión, pese a provocar la transmisión de la propiedad de los pisos que constituían el precio desde el primer momento, es decir, antes de que se construyeran, no dejaba de ser una relación personal, de tal manera que el cedente del suelo sólo tenía un derecho de crédito a que se construyera en los términos pactados. Esto suponía que, en caso de que el cesionario-constructor se viera privado de la propiedad del suelo, el nuevo adquirente no estaba obligado ni a construir, ni a hacerlo en los términos en que se había pactado en el contrato de cesión. El derecho-obligación de construir sólo hubiera vinculado a las partes del contrato de cesión, no siendo oponible a terceros aunque apareciera en el Registro. De manera que el cedente del suelo no estaba protegido frente a la no construcción en el caso de que el cesionario del suelo hubiera perdido la propiedad del mismo.

Para poder oponer esta obligación de construir a un nuevo adquirente del solar sería necesario, según el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, establecer un plazo de construcción cuyo incumplimiento operara como condición resolutoria explícita para que se inscribiera en el Registro de la Propiedad —o bien garantizar su cumplimiento a través de un derecho real—; sólo en ese caso el cedente del solar resultaría protegido frente a la no construcción. Por ello, el artículo 13.1 del Reglamento Hipotecario establecía como presupuesto necesario para la posibilidad que contemplaba de articulación de la cesión de solar el plazo de diez años como máximo para poder realizar la construcción.

Pero también sabemos que, en tal caso, el cesionario-constructor iba a tener dificultades para encontrar financiación. La cesión de solar por obra futura que se contemplaba en el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario planteaba, por tanto, el mismo inconveniente que presenta la solución de incluir en el contrato como condición resolutoria el incumplimiento del plazo de entrega de los pisos: debido a la existencia de dicha condición, el constructor que necesita financiación no la va a encontrar fácilmente si sólo puede garantizar la devolución de la cantidad de dinero adelantada con una hipoteca sobre dicho solar, ya que la entidad financiadora se arriesga a que la obligación de devolución del préstamo quede sin cobertura hipotecaria. De modo que el problema que se ha hecho saltar por la ventana, ha entrado por la puerta, ya que no se puede proteger al cedente del solar a costa del interés del constructor en la relación; es decir, a costa de la relación misma.

SEGUNDA PARTE. LAS ALTERNATIVAS EXISTENTES EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS REALES AL CONTRATO DE CAMBIO DE SOLAR POR EDIFICACION FUTURA

PLANTEAMIENTO

Tras haber puesto de relieve los problemas que suscitan tanto la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura, como la modalidad del mismo contemplada en los anulados párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario, de lo que se trata ahora es de analizar si la necesidad económica que se atiende a través de dicho contrato puede encauzarse jurídicamente a través de alguna institución que se enmarque en el campo de los derechos reales.

La necesidad económica que se intenta articular jurídicamente es la siguiente: facilitar que una persona construya sobre un solar que no le pertenece y obtenga la propiedad de parte de lo construido, al mismo tiempo que el propietario del solar, como precio por permitir edificar, recibe en propiedad la otra parte del edificio realizado.

Por su parte, el derecho de superficie permite obtener la propiedad de lo construido en finca ajena. Puede pactarse, como precio por la concesión del derecho de superficie, la adquisición de una parte del edificio construido por el superficiario; esta modalidad de contraprestación la contempla expresamente el artículo 288.3 del TRLS de 1992 (30). De manera que, de entrada,

(30) En este sentido, vid. PRATS ALBENTOSA, L., en LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (COORDS.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 600.

parece que este derecho real puede servir para cubrir la misma necesidad económica que atiende el contrato de cambio de solar por edificación futura.

El derecho real de sobre o de subedificación, por otro lado, permite a su titular construir en finca ajena y obtener la propiedad de lo construido, separadamente de la propiedad que el concedente del derecho conserva sobre la misma finca. Estos derechos pueden permitir al titular obtener la propiedad de todo lo construido, pero, atendiendo al objetivo de este trabajo, me voy a centrar en el estudio de los supuestos en que lo construido debe repartirse entre el titular del derecho —constructor— y el concedente del derecho (31). Por lo dicho, parece que, en principio, el derecho de sobre o de subedificación puede servir para cubrir la misma necesidad atendida por el contrato de cambio de solar por edificación futura.

Sin embargo, pretendo ir más allá y comprobar si estas posibilidades de articular la relación a través de instituciones jurídico-reales superan los problemas que plantea cualquiera de las modalidades contractuales de la cesión de suelo por pisos futuros; se trata de estudiar, en definitiva, si se articula jurídicamente la relación de manera satisfactoria para los intereses de las partes implicadas.

Hasta ahora, casi todas las propuestas hechas para solventar los problemas que suscita la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura —la modalidad que se contemplaba en los párrafos 1 a 3 del Reglamento Hipotecario se ordenaba a su superación— se enmarcan en el ámbito del Derecho de obligaciones, y, las soluciones no resultan enteramente satisfactorias, ni desde el punto de vista práctico, ni desde el punto de vista teórico, como se ha tenido ocasión de comprobar.

Sólo en muy escasas ocasiones, como he dicho en la introducción, se apunta al campo de los derechos reales como posible articulación jurídica de este tipo de relaciones (32). Se trata ahora de profundizar en esta línea y

(31) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN, «Derechos de sobreedificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral*, Seminario de Derecho foral, curso 1975-1976, Facultad de Derecho de San Sebastián, editado por la Diputación Foral de Guipúzcoa, Zarauz, 1978, pág. 167, contempla esta posibilidad de contraprestación cuando se constituye un derecho de sobre o de subedificación.

(32) GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, CÉSAR, en «El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo», *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 495 a 515. SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Pamplona, 2.^a edic., 1999, pág. 137, considera que el derecho de vuelo es una posibilidad de canalizar el contrato de cambio de solar por edificación futura cuando dice: *Al admitirse el derecho de vuelo sobre el edificio en cualquiera de sus fases, creo que es evidente su conexión y posibilidad de configurarse como modalidad de cambio de solar por edificación futura.*

calibrar en qué medida ciertos derechos reales, concretamente el derecho de superficie y los derechos de sobre o de subedificación, sirven para atender la necesidad de construir en finca ajena de manera que la propiedad del edificio se reparta entre el propietario y el constructor, y en qué medida estos derechos superan los problemas que suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura.

En el planteamiento de este estudio se ha evidenciado ya cómo la doctrina, para solventar los problemas que plantea el contrato de cambio de solar por edificación futura, tiende a reconocer al cedente del suelo una relación directa sobre la cosa objeto del contrato, es decir, que pueda hacer efectivo su derecho de crédito directamente sobre la cosa, es decir, sobre la parte de edificio construido que, conforme al pacto, le corresponde. Por otra parte, el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario pretendió resolver el problema contemplando la posibilidad de que el contrato transmitiera *ab initio* la propiedad de los pisos futuros al cedente.

Lo que en este trabajo se propone precisamente es eso: una relación directa del propietario del solar sobre la parte de edificio construido que debe atribuírsele haciéndole titular de una relación jurídico-real sobre la finca. En efecto, la mejor manera de que el propietario del solar tenga acceso directo a la parte del edificio que le corresponde conforme al pacto, es otorgarle un derecho derivado de una situación jurídico-real que le permita hacer efectivo su derecho directamente sobre la cosa, con independencia de la suerte que corra el patrimonio del constructor.

Precisamente, esa es la solución que, a los problemas suscitados por la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por obra futura, parecía dar la modalidad que se contemplaba en el artículo 13.1 a 3 del Reglamento Hipotecario, según la cual, el cedente del solar podía adquirir la propiedad de los pisos antes de que se construyeran, es decir, en el momento en que se celebraba el contrato de cesión. No obstante, han quedado ya expuestos los problemas que suscita dicho supuesto.

Como ha podido observarse por lo dicho hasta aquí, todas las soluciones propuestas a los problemas suscitados por el contrato de cambio de solar por edificación futura, tanto doctrinal como legislativamente, se enmarcan en el ámbito del Derecho de obligaciones y pasan por entender que la titularidad jurídico-real que hay que atribuir al cedente del suelo —para fortalecer su posición— es un derecho de propiedad sobre la parte de edificio que le corresponde como contraprestación.

Sin embargo, en este trabajo la solución que se propone no se centra en analizar posibles soluciones dentro del ámbito de las relaciones obligacionales —que pasan necesariamente por analizar el problema de la transmisión de la propiedad de la obra futura al cedente del suelo—, sino que se supera ese marco para ofrecer la posibilidad de una articulación de la relación a través

de la concesión de un derecho real sobre la finca, lo que va a permitir que el cedente del suelo siga siendo propietario de todo o parte del suelo mientras se construye, sin que esto impida, al constructor que quiere explotar el solar, conseguir sus objetivos.

I. EL DERECHO DE SUPERFICIE. PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA

El derecho de superficie, como he dicho, permite obtener la propiedad de lo construido en finca ajena. Como precio por la concesión del derecho de superficie puede estipularse la adquisición de una parte del edificio construido por el superficiario (33). De manera que, de entrada, el derecho de superficie parece servir para cubrir la misma necesidad económica que el contrato de cambio de solar por edificación futura.

Esta figura ofrece una buena protección al originariamente único propietario de la finca y concedente del derecho, en la medida en que conserva su derecho de propiedad; su titularidad, por tanto, no se va a ver afectada por la suerte que corra el derecho real que el constructor tiene sobre la misma finca. Al mismo tiempo, el hecho de que el concedente del derecho reserve su derecho de propiedad sobre la finca no impide, al titular del derecho de superficie, obtener financiación para la realización de la obra, ya que puede hipotecar su derecho de superficie.

Además, este derecho real no presenta limitaciones desde el punto de vista objetivo, ya que puede constituirse sobre cualquier tipo de finca, con independencia de su configuración física, es decir, al margen de que se encuentre edificada o no.

A la vista de estas apreciaciones, el derecho de superficie se muestra, en principio, como figura jurídica apta para servir de alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura, y así lo ha entendido GARCÍA ARANGO (34).

Sin embargo, el derecho de superficie presenta un condicionante que hace esta figura poco atractiva desde el punto de vista práctico: el titular del de-

(33) En este sentido, vid. PRATS ALBENTOSA, L., en LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (coords.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 600.

(34) GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, CÉSAR, en «El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo», *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 495 a 515. PRATS ALBENTOSA, L., en LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (coords.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

recho obtiene un derecho de propiedad *temporal* sobre lo construido en finca ajena. La duración de la propiedad superficiaria no puede ser superior a setenta y cinco años, si el derecho lo conceden las entidades públicas, ni a noventa y nueve años, si la relación se concierta entre particulares. Sin duda, esta circunstancia sí es determinante de la escasa aplicación práctica del derecho de superficie. Pero aún se va más lejos en el agravamiento de la situación del titular del derecho de superficie, ya que, al caducar el derecho, este individuo va a perder lo construido en favor del propietario del suelo.

Esta caracterización del derecho de superficie que, desde luego, no es compartida unánimemente por la doctrina (35), hace que presente muy escaso interés, desde el punto de vista práctico. Sólo es interesante si el constructor pretendiera obtener una propiedad temporal sobre lo edificado; interés que, obviamente, no es muy frecuente en el mercado inmobiliario.

De todas formas, la limitación temporal del derecho de superficie no es suficiente argumento para inhabilitar a este derecho real como alternativa al contrato de cesión de solar por edificación futura. En efecto, si lo que se pretende es que, una parte concreta de la finca construida pertenezca en propiedad perpetua al concedente del derecho, y el resto del edificio se atribuya al titular del derecho de superficie, la cuestión de la temporalidad de la relación superficiaria no tiene que interferir, en principio, en la consecución de este objetivo. Lo normal es que el período de construcción no agote todo el plazo de duración máxima de la relación superficiaria, sino que lo normal es que se construya en un plazo de tiempo más o menos breve y que, tras la construcción, el titular del derecho de superficie transmita la propiedad de parte del edificio al concedente del derecho, y éste, a su vez, transmita a aquél la cuota de suelo que corresponde a la propiedad de la parte de edificio que

(35) Es preciso tener en cuenta que muchos autores admiten la existencia de un derecho de superficie perpetuo, sería el derecho de superficie urbano propio del ámbito civil y que se diferenciaría del regulado por la legislación urbanística. Vid. en este sentido: GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho de superficie*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, pág. 274; FUENTES LOJO, JUAN V., «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación (Comentario a una importante decisión judicial)», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1967, págs. 590-591; NÚÑEZ-RUIZ, MIGUEL ANGEL, «Dictamen sobre el derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 29, 1972, pág. 113; CAMPOS PORRATA, ALBERTO, «El renacido derecho de superficie», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, Madrid, 1972, en la pág. 248; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS/ LUNA SERRANO, AGUSTÍN, en *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, volumen segundo, *Derechos reales limitados Situaciones de cotitularidad*, 2.^a edición, Editorial J. M. Bosch editor, Barcelona, 1991, pág. 278; DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, «Duración del derecho de superficie urbano», en *Actualidad Civil*, 1996-2, págs. 445 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ/GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, en *Derecho civil español, común y foral*. Tomo II, *Derecho de cosas*, volumen segundo, *Los derechos reales restringidos*, 15.^a, editorial Reus, Madrid, 1994, pág. 471.

el superficiario se reserva (36). Es decir, es como si se pactara una reversión parcial de lo edificado al dueño del suelo y, al mismo tiempo, una adquisición, por parte del superficiario de una cuota de suelo. Y, precisamente, en la posibilidad de pactar esa reversión parcial de lo edificado al dueño del suelo es en lo que se apoya GARCÍA ARANGO para proponer el derecho de superficie como alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura.

Sin embargo, si bien esta posibilidad es viable, plantea, a mi modo de ver, muchos problemas, en la medida en que, una vez construido el edificio por el superficiario, será necesario que éste transmita la propiedad de una parte del mismo —la que se hubiera pactado como precio— al propietario del suelo, con todos los problemas que ello conlleva; además, el propietario del suelo deberá transmitir la propiedad de una cuota del suelo al superficiario.

Nos enfrentamos con el problema de la naturaleza jurídica del precio, es decir, si la obligación de pagar el precio —entregar parte del edificio— es una obligación *propter rem* o meramente obligacional; en definitiva, si el precio pactado por la concesión del derecho de superficie puede afectar a terceros o no. Si es *propter rem* no hay ningún problema porque el propietario del suelo podrá exigir la entrega del precio —la parte de edificio pactada como contraprestación— a cualquier titular del derecho de superficie, aunque éste se haya transmitido. Por otra parte, el constructor, titular del derecho de superficie, podrá exigir la entrega de la cuota de suelo de cualquier propietario del suelo —ya sea el que le concedió el derecho o un tercer adquirente.

Si se trata de una obligación meramente personal, los sucesivos adquirentes del derecho de superficie no tienen obligación de entregar la parte de edificio pactada como contraprestación, salvo que se haya asegurado su cumplimiento mediante una condición resolutoria o a través de algún tipo de garantía real. Todo ello en función de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Pero es que, además, el problema se plantea en los mismos términos en relación a la obligación a cargo del concedente del derecho de superficie de entregar una cuota del suelo a quien ha construido en virtud del derecho de superficie.

Para GUILARTE, ROCA SASTRE y DE LOS MOZOS la obligación de pagar el precio —se suelen referir a la obligación de pagar el canon o renta periódica—, no tiene carácter real (37). En efecto, el precio aplazado —en el caso

(36) Para que la propiedad sea perpetua es necesario tener una cuota de la propiedad del suelo. Vid. en este sentido, ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 224 y sigs.

(37) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, págs. 47 y 48: *el canon periódico sólo atribuye al dominus soli un derecho personal o de crédito, sin que implique una carga real propia*

del derecho de superficie el pago de precio normalmente es aplazado porque la construcción debe realizarse— no puede perjudicar a terceros tal y como se deriva de lo establecido en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, salvo que se garantice con una hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita.

Esto implica, que, si bien —en principio— el derecho de superficie puede servir para cumplir las mismas funciones que el contrato de cambio de solar por edificación futura, la articulación de la relación a través de este derecho real no presenta ninguna ventaja con respecto a la articulación contractual, ya que, en ambos casos, la garantía de la recepción del precio pactado por la cesión —entrega de la parte de edificio acordada como contraprestación— pasa por pactar una condición resolutoria para el caso de que, en determinado plazo, no se haya pagado el precio o una garantía de carácter real.

En mi opinión, ni la obligación de entregar parte de la obra realizada como precio por la concesión del derecho de superficie, ni la obligación de entregar una cuota del suelo son obligaciones derivadas de la relación jurídico-real superficiaria, puesto que no son propias de este derecho real, el cual faculta para construir en finca ajena en los términos señalados por los artículos 287 y siguientes del TRLS de 1992, y para adquirir la propiedad de lo construido; que el precio por la concesión del derecho consista en la entrega de parte del edificio construido y que, posteriormente, el concedente del derecho se obligue a enajenar una cuota del suelo queda fuera del ámbito jurídico-real de la relación. Habría que entender que, tanto una como otra obligación, tienen un carácter meramente obligacional: sólo vincularían y afectarían personalmente a los sujetos implicados directamente en la relación, con todo lo que ello implica.

De tal manera que si, por un embargo, el derecho de superficie del constructor pasa a manos de un tercero, el propietario del suelo corre el riesgo de quedarse sin cobrar la contraprestación —adquirir la propiedad de los pisos—. Aunque, en este caso, la situación en que quedara el propietario del suelo —concedente del derecho de superficie— no sería tan grave como la que concurre cuando, articulada la relación como contrato de cambio de solar por pisos futuros, el constructor pierde la propiedad del solar por un embargo.

de la pensión de los censos, ni menos una obligación ob rem. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho de superficie*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, pág. 268: *la obligación de pagar el canon, aunque inscribible, no parece que tenga tal carácter real.* DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, editado por el Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, pág. 333, también se pronuncia en el mismo sentido.

En contra parece pronunciarse, DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pág. 368.

En el caso de que se trate de un derecho de superficie, el propietario del suelo nunca va a dejar de serlo, y además, aunque no reciba la obra construida cuando se convino, sí va a adquirir su propiedad cuando se extinga la relación superficiaria con el paso del tiempo.

Pero también el titular del derecho de superficie-constructor puede ver frustradas sus expectativas si la propiedad del suelo pasa a manos de un tercero —por ejemplo, por un embargo contra los bienes del concedente del derecho de superficie—. Si se tiene en cuenta que la obligación de entrega de una cuota del suelo al superficiario es meramente obligacional, ese nuevo adquirente no tendrá por qué cumplir esa obligación. De tal manera, que concurriendo estas circunstancias, el superficiario-constructor se ve expuesto al riesgo de perder lo invertido en la construcción, en beneficio del propietario del suelo, cuando transcurran los plazos legales de duración del derecho de superficie.

Desde luego, para los que entienden que la propiedad superficiaria puede llegar a tener una duración perpetua, es indudable que el derecho de superficie podría plantearse más seriamente como alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura. En este caso el superficiario-constructor no se ve sometido al riesgo de que no le transmitan la cuota de suelo —puesto que no deben transmitírsela para que su propiedad sea perpetua—, y por tanto, no se ve sometido al riesgo de que toda su inversión pase, tras la extinción del derecho, al propietario del suelo. Sin embargo, aún subsistiría otro problema, cual es el de la entrega por el superficiario de parte del edificio construido al concedente del derecho y propietario del suelo, entrega que plantearía los mismos problemas que la entrega de la propiedad de los pisos futuros suscita en el contrato de cambio de solar por edificación futura. Y ello porque, esta obligación, a mi modo de ver, habría que considerarla como meramente personal.

II. LA ALTERNATIVA VIABLE: LOS DERECHOS DE SOBRE Y DE SUBEDIFICACIÓN

En este apígrafe se va a analizar si los derechos de sobre y de subedificación sirven para cubrir la misma necesidad que el contrato de cambio de solar por edificación futura de manera satisfactoria.

1. *Breve referencia a la estructura de los derechos de sobre y de subedificación*

Los derechos de sobre y de subedificación permiten construir en finca ajena y obtener la propiedad de lo construido; la contraprestación por la

concesión del derecho puede consistir en una parte del edificio realizado por su titular, de modo que, en principio, parece que pueden servir estos derechos para atender la misma necesidad económica que se cubre a través del contrato de cambio de solar por edificación futura.

Es preciso tener en cuenta que sus efectos son, fundamentalmente, dos. En primer lugar, la constitución de una comunidad en el suelo de la que van a formar parte el propietario de la finca que concede el derecho de sobre o de subedificación y el titular del mismo (38). Por otro lado, el titular del derecho va a adquirir la propiedad perpetua de todo o parte de lo construido, al mismo tiempo que el concedente del derecho conserva su derecho de propiedad sobre otras partes de la finca, lo que va a originar una disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria, que, en la mayor parte de los casos, se va a traducir

(38) Los autores que han estudiado los derechos de sobre o de subedificación convienen en que uno de sus efectos es la formación de una comunidad en el suelo: GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho de superficie*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, pág. 183, para el cual: *el titular de un derecho de levante puede edificar sobre una construcción ya existente porque tan pronto surge su derecho se convierte en copropietario del suelo sobre el que se asienta aquélla*; FONT BOIX, VICENTE, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, vol. 57-58, en la pág. 50 considera que la transmisión del vuelo a un tercero *debe ir unida siempre a la cesión presente o futura de una cuota parte de los elementos comunes del edificio en cuestión*, entre los cuales y en la pág. 51 destaca el solar; SOTO BISQUERT, ANTONIO, «El derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, pág. 930: *puesto que se adquiere ya el espacio aéreo y, como luego veremos, una cuota parte en los elementos comunes, entre ellos, en el solar*. En la pág. 943 insiste en ello: *obliga a entender que el titular de este derecho adquiere con el mismo y desde el mismo momento la correspondiente cuota en los elementos comunes, y entre ellos el solar*; GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN, «Derechos de sobreedificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral*, Seminario de Derecho Foral, curso 1975-1976, Facultad de Derecho de San Sebastián, editado por la Diputación Foral de Guipúzcoa, Zarauz, 1978, pág. 153: *mediante su ejercicio, la facultad de adquirir en propiedad las nuevas plantas, con su cuota correspondiente en los elementos comunes del total edificio (suelo y vuelo)*; DOMENGUE AMER, BARTOLOMÉ, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, editado por el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, pág. 129; BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, págs. 2057, dice que el titular: *hace suyas las edificaciones resultantes. Y no sólo las edificaciones resultantes, sino, con ellas, una cuota de los elementos comunes que existirán entre esas nuevas construcciones y las preexistentes. Sin olvidar que entre esos elementos comunes está el solar de tal manera que la misma constitución del derecho de vuelo supone la preparación de la transmisión de una cuota del solar; y el ejercicio del derecho de vuelo supone la efectiva transmisión de tal cuota*; NAVARRO VÍNUALES, JOSÉ MARÍA, «El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos catalana», en la colección *Cuadernos Notariales*, núm. 16, editado por la Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, págs. 18 y 19: *Lo cierto es que el ejercicio del derecho de vuelo ha de conllevar que el titular de la nueva planta o plantas también sea titular en la participación correspondiente del suelo*.

en la constitución de un régimen de Propiedad Horizontal (39). Hay que tener en cuenta que la posibilidad de adquisición por parte del titular del derecho de sobre o de subedificación de un derecho de propiedad perpetuo sobre parte o todo lo construido pasa necesariamente por la formación de una comunidad en el suelo de la que él sea parte, de tal modo que los dos efectos referidos son interdependientes (40).

Los derechos de sobre y de subedificación pueden configurarse de dos maneras diferentes: puede pactarse la transmisión al titular de una cuota del

(39) Vid. FONT BOIX, VICENTE, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, vol. 57-58, pág. 57: *Como hemos visto, pues, las relaciones entre el derecho de vuelo y la P.H. son íntimas; no se concibe el primero sino para terminar en la segunda*. Por su parte SOTO BISQUERT, ANTONIO, «El derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, pág. 937, dice que: *La «regla de oro», pues, del derecho real de vuelo es que su creación desemboca en una situación de propiedad horizontal*; DOMENGUE AMER, BARTOLOME, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, editado por el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, pág. 128; RUANO BOTELLA, JUAN PABLO, «Comentario de la RDGRN de 5 de febrero de 1986 (RAJ 1006)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, mayo-junio de 1986, pág. 871. También la doctrina más reciente se pronuncia en este sentido: BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pág. 2057: *ese condominio al que el derecho de vuelo se encamina no es un condominio cualquiera, sino un régimen de propiedad horizontal*; ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario. Dinámica registral*, Tomo V, octava edición, edit. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 511: *verificada la construcción de las nuevas plantas surge una situación equiparable en este particular al régimen de propiedad horizontal*; FERNÁNDEZ DOMINGO, JESÚS I., «Controversias del derecho de sobreedificación», en *Revista de Derecho Patrimonial*, editorial Aranzadi, 1998, núm. 1, pág. 105; NAVARRO VIÑUALES, JOSÉ MARÍA, «El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos catalana», en la colección *Cuadernos Notariales*, núm. 16, editado por la Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, lo admite también en las págs. 18 y 19; también cuando, al hilo de la disponibilidad del derecho por su titular, dice en la pág. 32 que, *ejercitado el vuelo (...) aparece la nueva planta o plantas, que son elementos privativos de la propiedad horizontal*.

(40) La posibilidad de que la propiedad adquirida por el titular de los derechos de sobre y de subedificación sea perpetua, está directamente ligada con la adquisición por él de una cuota de la propiedad del suelo. El derecho de superficie, en mi opinión, no puede tener una duración superior a la establecida por el artículo 289 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, porque la disociación de la propiedad que genera implica una derogación del principio de accesión inmobiliaria contenido en el artículo 358 del Código Civil. Al tratarse de la derogación de una norma imperativa, dicha derogación no puede ir más allá de donde permite la norma que lo autoriza: la Ley del Suelo. Por contra, los derechos de sobre y de subedificación, al formar una comunidad en el suelo de la que forman parte todos los titulares de derechos privativos sobre las diferentes partes del inmueble, no deroga lo establecido en los artículos 350 y 358 del Código Civil, no viéndose entonces limitado temporalmente. Sin embargo, no voy a profundizar en esta idea porque no es el lugar, vid. sobre esta cuestión, ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 208 y sigs.

suelo desde el primer momento, o, por el contrario, retrasar la transmisión de la cuota del suelo correspondiente al momento en que se ejercita el derecho. En el segundo caso, el titular del derecho lo es de un derecho real limitado en cosa ajena que le permitirá obtener la propiedad de lo edificado junto a una cuota del suelo en el momento en que ejercite el derecho; en el segundo caso, nos encontramos ante una especial relación de comunidad entre el concedente del derecho y quien es titular de dicha facultad de sobre o de subedificar, teniendo cada uno de ellos la propiedad de una cuota del suelo (41).

A la hora de analizar si este derecho sirve para que un sujeto construya en finca ajena de modo que la propiedad del edificio se reparta entre el titular del derecho y el originariamente único propietario del suelo, es preciso tener en cuenta dos de los elementos estructurales del mismo que pueden condicionar la posibilidad de usar el derecho de sobre o de subedificación para articular tal relación.

El primer elemento estructural al que me refiero es la posible existencia de un plazo para realizar la edificación, que, como se verá más adelante, puede perturbar las posibilidades del titular del derecho a la hora de obtener financiación para hacer la obra. No obstante, de esta cuestión me ocupo más adelante.

El segundo elemento relevante, en este orden de cosas, es el objetivo, ya que hay que tener en cuenta sobre qué tipo de fincas puede constituirse este derecho. Mayoritariamente, se considera que estos derechos se constituyen sobre o bajo fincas ya edificadas (42). No he de negar que, probablemente,

(41) A esta segunda situación podría intentarse la aplicación del régimen de la Propiedad Horizontal, pero ante los recelos que probablemente suscitará tal solución, puede entenderse concurrente el supuesto de hecho del artículo 398.4 del Código Civil. La regulación aplicable a la relación en uno y otro caso es sustancialmente coincidente; la única diferencia significativa es que, de entender aplicable el artículo 398.4 del Código Civil, podría enajenarse separadamente la cuota del suelo de la facultad de sobre o de subedificar; no obstante, la posibilidad de enajenar separadamente la propiedad del suelo y el derecho de sobre o de subedificar sólo supondría la posibilidad de concertar un derecho de superficie. Vid. sobre este particular, ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 270 y sigs.

(42) Entre los autores que niegan la posibilidad de que el derecho de sobre o de subedificación se pueda constituir sobre fincas no edificadas: DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, Madrid, 1959, pág. 36: *el derecho a que se refiere el número 2.º del artículo 16, sólo se ha concebido sobre edificaciones ya construidas o en construcción*; FONT BOIX, VICENTE, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, vol. 57-58, pág. 55; SOTO BISQUERT, ANTONIO, «El derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, pág. 933: *No cabe el derecho real de vuelo sobre finca no edificada*; DOMENGUE AMER, BARTOLOMÉ, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, editado por el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, págs. 170-171.

al regularlos —en el art. 16.2 del Reglamento Hipotecario— se contempló únicamente dicha hipótesis (43). Si esto fuera así, las posibilidades de que esta figura fuera la alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura se limitarían a aquellos casos en los que el constructor pretende, sobre o bajo una edificación ya realizada, construir más plantas, y entregar, al concedente del derecho, parte de lo sobre o subedificado como precio por la concesión del derecho.

Sin embargo, he argumentado y defendido, en otro lugar, que los derechos de sobre y de subedificación se pueden constituir sobre fincas no edificadas, es decir, directamente sobre el suelo. Partiendo, por tanto, de la posibilidad de constituir un derecho de sobre o de subedificación sobre una finca no construida (44), considero perfectamente lícito plantear que este derecho real pueda servir como alternativa al contrato de cambio de solar por edificación. A continuación, paso a analizar las cuestiones que nos permitirán concluir en un sentido o en otro.

2. *¿Se superan, de este modo, los problemas suscitados por el contrato de cesión de solar por edificación futura?*

Ahora bien, aunque, de entrada, parece que los derechos de sobre y de subedificación son una alternativa al contrato de cesión de suelo por edificación futura, no nos podemos detener ahí. Es preciso ver si esa alternativa es viable, es decir, si presenta alguna ventaja sobre la articulación contractual de la relación, o si, por el contrario, presenta más inconvenientes que ésta. Para ello se hace preciso analizar los problemas que dicha modalidad contractual suscita para ver si los derechos de sobre o de subedificación también los plantean o los superan.

(43) Desde luego, los derechos de sobre y de subedificación, tal y como están configurados en las leyes 435 y siguientes del Fuero Nuevo de Navarra, sólo pueden constituirse sobre o bajo fincas edificadas.

(44) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 344 y sigs.

En favor de la posibilidad de que los derechos de sobre y de subedificación sí pueden constituirse sobre solares sin edificar, se han manifestado también: BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pág. 2073. También puede citarse como defensor de esta postura a SANAHUJA TOMÁS, JOSÉ, «En torno al vuelo de las fincas urbanas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972, pág. 833.

Por su parte, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de abril de 1988 (RAJ 3358) y la de 17 de julio de 1998 (BOE de 11 de agosto) contemplan supuestos que, en mi opinión y aunque no se califican expresamente así, pueden considerarse de constitución de derechos de sobreedificación directamente sobre solares no edificados.

A) La obligación de construir

Es obvio que, en las relaciones económicas de que vengo ocupándome, ambas partes tienen interés en que se construya. Esto ha llevado a los autores a analizar las conexiones existentes entre el contrato de cambio de solar por edificación futura y el arrendamiento de obra (45). Es importante garantizar de alguna manera que la construcción se va a realizar, ya que, difícilmente, el cedente del suelo va a cobrar el precio —parte de la edificación— si nadie está obligado a construir. Obviamente, ningún problema se planteará si el constructor, que es parte del contrato, realiza dicha edificación. Pero, ¿qué ocurre si este mismo constructor pierde la propiedad del solar, por ejemplo, como consecuencia de un embargo? ¿Puede, en tal caso, obligarse al adjudicatario del solar a realizar la edificación proyectada o a finalizar la que, acaso, estuviera ya comenzada?

Para responder esta cuestión, hay que atender a que el contrato de cambio de solar por edificación futura es una relación puramente obligacional de carácter personal. En su configuración tradicional, esta relación jurídica tiene acceso al Registro de la Propiedad en la medida en que implica un cambio en la titularidad del derecho de propiedad sobre el solar; otro tipo de indicaciones sin trascendencia jurídico-real no deben tener acceso al Registro de la Propiedad en base a lo dispuesto en el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario. De tal manera que habrá que convenir en que las informaciones relativas a la contraprestación, al no tener naturaleza jurídico-real —puesto que únicamente está obligado a entregarla el adquirente del solar—, sólo van a tener acceso al Registro en los términos que indica —en consonancia con los arts. 10 y 11 de la Ley Hipotecaria— (46), el artículo 13.4 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual se expresará *de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción. No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria.*

(45) Sobre esta cuestión puede consultarse: ZURITA MARTÍN, ISABEL, «El contrato de aportación de solar», en *Cuadernos del Consejo del Poder Judicial*, núm. 51, Madrid, 1995, editados por el Consejo General del Poder Judicial, pág. 11 y sigs.; SERRANO CHAMORRO, M.^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, editorial Aranzadi, 2.^a edición, Pamplona, 1999, págs. 61 y sigs., en la pág. 360 admite que en esta relación hay *impregnaciones del contrato de arrendamiento de obra*.

(46) El artículo 10 de la Ley Hipotecaria señala que en el Registro debe constar el precio, y el artículo 11 de esa misma Ley, establece que si es aplazado, como ocurre en el caso de los contratos de cambio de solar por edificación futura, no va surtir efecto dicho aplazamiento contra tercero, salvo que se garantice con hipoteca, o se dé, a la falta de pago, el carácter de condición resolutoria explícita.

Desde luego, lo que parece obvio es que, en una relación de carácter personal, la obligación de construir por parte del adquirente del solar accede al Registro de la Propiedad, aunque no es oponible a terceros, salvo que se garantice con hipoteca o se establezca que su incumplimiento determinará la resolución del contrato.

Lo que debe quedar claro es que, mediando una garantía hipotecaria o una condición resolutoria explícita, el cedente del solar no corre ningún riesgo en el caso de que no se cumpla la obligación de construir, estando —por tanto— sus intereses suficientemente protegidos. El problema se plantea cuando no se establecen tales garantías (47) y el cesionario del solar pierde la propiedad de la finca por cualquier circunstancia. En tal caso, si la relación se configura como meramente obligacional, la única solución que queda al cedente del suelo es interponer las acciones correspondientes en base al incumplimiento contractual en que ha incurrido el cesionario, no pudiendo esta acción afectar al inmueble en cuestión, puesto que ya no estará en el patrimonio del deudor.

Todos los problemas que en relación a la obligación de construir, suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura, pueden superarse si la relación se configura a través de la concesión al constructor, no de la propiedad del solar, sino de un derecho de sobre o de subedificación. Vamos a analizar la cuestión diferenciando según se trate de un derecho real en cosa ajena o un derecho en el que se ha transmitido una cuota de suelo desde el primer momento.

a) Si se trata de un *ius in re aliena*

En tal caso, la obligación de construir forma parte del contenido del derecho real y sí va a acceder al Registro de la Propiedad, de tal manera que esa obligación de construir va a ser asumida por los sucesivos titulares del derecho de sobre o de subedificación. Es decir, que si el constructor titular del derecho de sobre o de subedificación pierde —por ejemplo, como consecuencia de un embargo— la titularidad del derecho de sobre o de subedificación, quien resulte adjudicatario del mismo va a asumir la obligación de construir en los mismos términos en que habían pactado el concedente del derecho y el ejecutado.

La obligación de construir en los derechos de sobre y de subedificación —al igual que ocurre en el derecho de superficie— forma parte del contenido del derecho real y es una obligación y un derecho de su titular. Podría con-

(47) Es preciso tener en cuenta que si el constructor precisa de financiación, lo habitual es que no se pacte una condición resolutoria explícita en esos términos, ni una garantía hipotecaria.

siderarse, dicha obligación, como una obligación *propter rem* (48), ya que no se trata —como en el caso del contrato de cambio de solar por edificación futura— de una obligación o derecho que ligue a las partes a través de un vínculo de carácter meramente personal, sino que nos encontramos ante una relación jurídico-real que se proyecta sobre la cosa misma, pudiendo, por tanto, hacerse valer directamente sobre la finca, y, consecuentemente, con eficacia frente a terceros. El titular del derecho tiene derecho y obligación de construir —eso sí, en los términos pactados con quien concedió el derecho— frente a cualquier propietario de la finca que adquiriera la posición jurídica del concedente del derecho. Asimismo, este último puede exigir la realización de la construcción no sólo del individuo a quien concedió el derecho, sino también a cualquier otro sujeto que, con posterioridad, adquiriera la titularidad del derecho de sobre o de subedificación (49).

Creo que la configuración de la relación a través de la concesión al constructor de un derecho de sobre o de subedificación ofrece suficientes garantías a quien es propietario de un solar vacío de que la construcción se va a realizar, es decir, de que va a poder adquirir la propiedad de la parte de edificio construido que conforme al pacto le corresponde; todo ello, sin duda, le predispone en favor de la operación inmobiliaria.

Ahora bien, al conservar el propietario del solar su titularidad sobre la finca, en el caso de que éste transmita la propiedad de la finca a un tercer sujeto, podría plantearse que, frente al tercer adquirente, el constructor —titular del derecho de sobre o de subedificación— queda en una posición complicada. Sin embargo, parece claro que su posición jurídica no va a variar en cuanto su derecho se puede ejercitar directamente sobre la cosa. Pese al cambio de propietario de la finca, el titular del derecho de sobre o de subedificación tiene derecho y obligación de realizar la construcción proyectada, y además, tiene derecho y obligación de realizarla en los términos pactados con quien a él le concedió el derecho. Por supuesto, nada impide pactar con el nuevo adquirente cualquier modificación al respecto, que, desde luego, podría tener acceso al Registro de la Propiedad al tratarse de una alteración de la relación jurídico-real; dicha modificación, por otra parte, no afectaría a los derechos reales —por ejemplo, la hipoteca que el constructor haya con-

(48) Vid. sobre este tipo de obligaciones: HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 850 y sigs.; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, «La obligación real. Aproximación a su concepto», en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, vol. 2, Madrid, 1976, págs. 331 y sigs.

(49) Aún puede irse más lejos en la protección del propietario de la finca que permite que un extraño edifique en ella a cambio de la propiedad de parte de la misma, ya que no es que pueda exigir la construcción frente a cualquier titular del derecho, sino que puede construir a costa de quien sea titular del derecho, si éste no lo hace. Aunque también es cierto que esta posibilidad plantearía muchos problemas.

certado con una entidad bancaria— que con anterioridad a dicha modificación se hayan establecido sobre la finca.

Por lo tanto, la configuración de la relación como derecho real permite garantizar al propietario del solar que quien adquiere ese derecho va a construir, de modo que quien ofrece el solar tendrá más segura la obtención la propiedad de la parte de edificio que conforme al pacto haya de atribuírsele.

Desde la perspectiva del constructor titular del derecho de sobre o de subedificación, el hecho de que el propietario del solar siga siéndolo no tiene por qué afectarle, ni tan siquiera cuando se produce una enajenación del solar, ya que puede ejercitar su derecho de construcción directamente sobre la cosa, al margen de que cambie su titular.

b) Si, *ab initio*, se transmite una cuota del suelo

No obstante, lo dicho hasta aquí es predicable de los derechos de sobre o de subedificación que se configuran como derechos reales en cosa ajena, es decir, en relación a los que no implican una transmisión de una cuota del suelo desde el primer momento; pero debemos plantearnos si cabe afirmar lo mismo cuando nos encontramos ante un derecho de propiedad *ab initio*, es decir, cuando se transmite, junto al derecho de sobre o de subedificación, la cuota correspondiente de suelo. ¿El derecho y la obligación de construir que asume el adquirente de una cuota del solar tiene también, *per se*, transcendencia jurídico-real?

Creo que la respuesta no puede ser sino afirmativa. El hecho de que esa facultad de construir vaya vinculada, desde el primer momento, a una cuota de la propiedad del suelo, no cambia las cosas.

En efecto, la facultad-obligación de construir que, en estos casos, se atribuye al cesionario de una cuota de suelo, va a acceder al Registro de la Propiedad, en la medida en que configura el contenido del derecho de propiedad que recae sobre esa finca: la facultad —que, en este caso, también es obligación— de construir es uno de los contenidos del derecho de propiedad, y, en este supuesto, está atribuida en exclusiva a uno de los comuneros de la finca. Sin duda, esta información configura el contenido del derecho de propiedad sobre la finca y debe acceder al Registro de la Propiedad, siendo, por tanto, eficaz frente a terceros.

En mi opinión, tanto en el caso de derecho real limitado en cosa ajena como en el caso de derecho de propiedad *ab initio*, lo importante es configurar la construcción, no sólo como un derecho o facultad del titular del derecho de sobre o de subedificación, sino también como una obligación con carácter jurídico-real, es decir, eficaz frente a cualquier sujeto. Es decir, debe remarcarse la doble vertiente de derecho y de deber que presenta la realización de la construcción. Por otro lado, nada nuevo estoy diciendo con ello, es obvio

que al igual que en el derecho de superficie (50), en los derechos de sobre y de subedificación el titular tiene la obligación de realizar la construcción. Lo que ocurre es que, si estos derechos se analizan como instrumentos jurídicos que permiten construir en finca ajena y obtener la propiedad perpetua de todo lo construido, se remarca que otorgan un *derecho de construcción* al titular de los mismos; si quien concede el derecho no tiene interés en quedarse con ninguna parte de lo que, en virtud de ese derecho, se debe construir, es normal que quede en un segundo plano o se ponga menos énfasis en la configuración de la construcción del edificio como *obligación*. Sin embargo, en la medida en que se analizan estos derechos como mecanismos que sirven para que el propietario de un solar adquiera parte del edificio que un tercero construye en él, habrá que resaltar convenientemente la otra vertiente: el propietario del solar que lo hace disponible para la edificación tiene derecho a que se construya en los términos pactados; es decir, la construcción es, además de un derecho, una *obligación* del titular del derecho de sobre o de subedificación (51).

Desde luego, ni que decir tiene que ese derecho-obligación de construir tiene trascendencia jurídico-real —con todo lo que ello implica— tanto si se configura la relación como derecho real en cosa ajena, como cuando se transmite, desde el primer momento, una cuota del suelo.

B) La posibilidad de obtener financiación y su relación con el plazo para realizar la construcción

En el contrato de cambio de solar por edificación futura, la fijación de un plazo dentro del cual el constructor debe realizar la construcción, resolviéndose la relación en caso de incumplimiento, es la mejor protección que se puede ofrecer al cedente del solar. Sin embargo, esta conformación plantea graves problemas para la viabilidad de la relación cuando el constructor necesita financiación para realizar la obra. En tal caso, las entidades bancarias no se arries-

(50) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo II, *Derecho de cosas*, volumen segundo, *Los derechos reales restringidos*, 15.^a edic. revisada y puesta al día por GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, edit. Reus, Madrid, 1994, págs. 474 a 476: se pone de relieve como la realización de la construcción es tanto un deber y un derecho del superficiario, como un derecho del concedente del derecho de superficie. En este mismo sentido, vid. ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil, III, Derecho de bienes*, volumen segundo, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994, pág. 226.

(51) En este sentido, vid. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN, «Derechos de sobree-dificación y subedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral*, Seminario de Derecho foral, curso 1975-1976, Facultad de Derecho de San Sebastián, editado por la Diputación Foral de Guipúzcoa, Zarauz, 1978, pág. 167.

gan a conceder préstamos si su devolución se garantiza con una hipoteca sobre la misma finca —propiedad del constructor—, en la medida en que el incumplimiento del plazo implica la resolución del derecho del hipotecante, y, consecuentemente, la extinción de la hipoteca; quedando —en caso de cumplirse la condición resolutoria— sin cobertura hipotecaria la obligación de devolución del préstamo, asumida por el constructor frente a la entidad bancaria.

Para suplir este inconveniente, lo que se suele hacer es posponer la condición resolutoria a la hipoteca que, en su caso, haya concertado el constructor-propietario del solar, lo que implica dejar al cedente tan desprotegido frente a esa ejecución hipotecaria como si el incumplimiento de dicho plazo no se estableciera como condición resolutoria explícita. Únicamente se le protege frente a posteriores embargos o hipotecas sobre el solar, pero no frente a la ejecución de la hipoteca que se antepone y que se constituye para financiar la construcción.

Cabe plantearse si la configuración de la relación como derecho de sobre o de subedificación plantea algún problema en este sentido, o si, por el contrario, permite superar los que, en este orden de cosas, suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura.

A este respecto, hay que tomar en consideración dos ideas. En primer lugar, el plazo de construcción en el derecho de superficie. Y, en segundo lugar, la reforma operada en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, que exigía, para los derechos de sobre y de subedificación, la fijación de un plazo de construcción que no podía exceder de diez años; precepto —el art. 16.2.c)— que ha sido anulado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2000.

El plazo de construcción, en relación al derecho de superficie, lo traigo a colación porque creo que el tratamiento que se ha hecho del mismo ha informado el tratamiento de este mismo tema en relación a los derechos de sobre y de subedificación. En principio, se suele pensar que el derecho de superficie se extingue si no se edifica en el plazo pactado, que, según establece el artículo 16.1.c) del Reglamento Hipotecario, no puede exceder de cinco años. Sin embargo, argumenté en otro lugar que el artículo 289 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 —vigente en la actualidad— no podía entenderse en este sentido, y que la extinción del derecho por incumplimiento del plazo de edificación sólo se producía si las partes habían pactado expresamente esa consecuencia o si la normativa urbanística establecía como sanción a dicho incumplimiento la pérdida del derecho a edificar (52). Lo dis-

(52) Vid. sobre este particular, ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 141 y sigs.

puesto en el artículo 16.1.c) del Reglamento Hipotecario no puede contradecir lo dispuesto en una norma de rango superior, de modo que ese precepto no puede impedir la constitución de un derecho de superficie en el que no se fije dicho plazo para edificar o el fijado sea más amplio (53).

En cuanto a los derechos de sobre y de subedificación, pese a que no existe ninguna norma que disponga nada al respecto, los autores, por paralelismo con el derecho de superficie, contemplan una obligación de edificar en determinado plazo de tiempo que, incumplido, extinguiría el derecho. En general, los autores no contemplan la posibilidad de que exista un plazo ilimitado para el ejercicio del derecho, afirmándose la posibilidad de prescripción por no uso del derecho (54), o la necesidad de que las partes fijen un plazo de ejercicio (55).

El Tribunal Supremo no parece contemplar en sus pronunciamientos la existencia de ninguna limitación temporal para la duración de estos derechos (56), ni tampoco la Dirección General de Registros y del Notaria-

(53) En este mismo sentido, vid. CÁMARA AGUILA, M.^a DEL PILAR, «Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, pág. 2007.

(54) DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, Madrid, 1959, págs. 38-39. DOMENGUE AMER, BARTOLOMÉ, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, editado por el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, también parece pronunciarse en favor de la posibilidad de extinción por no uso de estos derechos en las págs. 210 y 211. ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario, Dinámica registral*, Tomo V, octava edición, edit. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 513.

(55) Para BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, págs. 2070: *el derecho de vuelo no ha de ser una excepción en nuestro ordenamiento y que por consiguiente debe constituirse sujeto a plazo: un plazo dentro del que debe ejercitarse terminándose la construcción*. Es decir, que, en su opinión, compartida por otros autores —GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO, «Plazo de edificación en el derecho de superficie, ¿qué ocurre con las obras nuevas declaradas, una vez transcurrido dicho plazo durante la vigencia del derecho de superficie inscrito? Diferencias con el derecho de vuelo», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, noviembre, año 1995, núm. 9, pág. 2186—, las partes deben fijar un plazo de ejercicio del derecho. También entiende necesaria la fijación de esos plazos, CAMPOS PORRATA, ALBERTO, «El renacido derecho de superficie», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, Madrid, 1972, pág. 261. FERNÁNDEZ DOMINGO, JESÚS I., «Controversias del derecho de sobreedificación», en *Revista de Derecho Patrimonial*, editorial Aranzadi, 1998, núm. 1, pág. 103, parece ver como solución al carácter indefinido del derecho el que las partes establezcan un plazo de duración.

(56) Así, por ejemplo, en la STS de 23 de febrero de 1993 (RAJ 1223) se trata de un derecho de sobreedificación que grava una parte de un edificio constituido, todo él en régimen de Propiedad Horizontal. Este derecho, constituido en 1961, se inscribe en el Registro en 1964. Se produce una transmisión de una de las viviendas en 1982, los

do (57). El Real Decreto 1867/1998, al modificar el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario estableció, en la letra c), que debía hacerse constar en la inscripción registral de este derecho el plazo para su ejercicio que no podía exceder de diez años; artículo este que ha sido anulado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2000, por entender, como no podía ser de otra manera, que una norma reglamentaria no puede limitar el ámbito que, a la autonomía de la voluntad, reconocen normas de rango superior (58).

De tal manera que lo dicho sobre el derecho de superficie es predicable de los derechos de sobre y de subedificación; pero también lo era en presencia del artículo 16.2.c) del Reglamento Hipotecario, que, en modo alguno, debía haber impedido el acceso al Registro de derechos de sobre o de subedificación en los que no se pactara plazo de edificación, o en los que el plazo fijado fuera superior a diez años.

adquirentes pretenden que la terraza de la planta baja sobre la que existía el derecho de sobreedificación era elemento común y que los copropietarios que habían hecho una edificación sobre la misma debían derribarla. Es decir, que, aunque en la sentencia no se dice cuándo se llevó a efecto la construcción en virtud del derecho de sobreedificación, lo cierto es que la sentencia es de 1993, con lo que, es perfectamente posible pensar que el ejercicio del derecho se hizo alrededor de esa fecha. Más aún, en la escritura que documenta la venta de la vivienda en 1982, se hace constar que la terraza norte se destinaba a la planta inferior, es decir, que en esa fecha aún existía la terraza como tal, de manera que aún no se había ejercitado el derecho. Es decir, que en 1982 todavía no se había ejercitado el derecho y, desde luego, en el proceso no se plantea su extinción.

(57) Por otra parte, la RDGRN de 16 de mayo de 1996 (RAJ 3939) contempla un supuesto en el que la titular de un derecho de sobreedificación sobre una planta baja de la que era dueña su madre, no consigue edificar —porque no obtiene licencia del Ayuntamiento— durante un largo período de tiempo. Al ver frustradas sus expectativas, su madre y ella otorgan escritura pública declarando extinguido el derecho; cuando se pretende inscribir esta escritura de extinción en el Registro se deniega la inscripción porque había un embargo sobre el derecho de sobreedificación y un mandamiento judicial para hacer constar otro embargo. La titular del derecho parece argumentar que no tiene sentido entender existente ese derecho en la medida en que ha pasado un largo período de tiempo sin poder ejercitarlo. Sin embargo, ni ésta ni otras razones expuestas por quien pretendía la inscripción de la extinción del derecho son atendidas por la Dirección General que confirma la nota del Registrador denegando la inscripción de la escritura de extinción de ese derecho.

Es decir, que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en este caso no contempla en modo alguno la posibilidad de extinción del derecho como consecuencia del transcurso de un período de tiempo sin ejercitarlo; aunque cierto es que el período transcurrido desde la escritura de constitución del derecho (1989) hasta la de extinción (1992) no es significativo. No obstante, tratándose de una cuestión de extinción del derecho podía haber hecho alguna referencia a esta cuestión.

(58) Conviene decir que la doctrina que se deriva de esta misma sentencia sería predicable del artículo 16.1.c) del Reglamento Hipotecario referido al derecho de superficie, en la medida en que este precepto contradice una norma de rango superior. El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 no establece la obligación de construir en determinado plazo de tiempo, ya que el artículo 289 no puede interpretarse en ese sentido.

Lo que quiero dejar claro es que en los derechos de sobre y de subedificación —al igual que en el derecho de superficie— no existe necesariamente un plazo en el que haya de realizarse la construcción; este plazo puede existir o no existir, y corresponde a las partes de la relación decidirlo. Por otra parte, el hecho de que se haya fijado dicho plazo, no significa que su incumplimiento implique necesariamente la extinción de la relación jurídico-real. Si así fuera, la configuración de la relación a través de estos derechos plantearía los mismos inconvenientes, en orden a que el constructor obtuviera financiación para la realización de la obra, que el contrato de cambio de solar por edificación futura cuando el incumplimiento del plazo se establece como condición resolutoria explícita.

Sin embargo, como digo, la extinción del derecho de sobre o de subedificación por incumplimiento del plazo sólo se produce —al igual que en el contrato de cambio de solar por edificación futura— si las partes lo pactan expresamente así, o cuando la normativa urbanística decreta como sanción a dicho incumplimiento la pérdida del derecho a edificar (59).

Que esto sea así, en relación a los derechos de sobre y de subedificación, supone una ventaja con respecto al contrato de cambio de solar por edificación futura, ya que, en este segundo caso, la protección al cedente del solar pasa, en la mayor parte de los casos, por establecer el incumplimiento del plazo para el pago del precio como condición resolutoria o por establecer un pacto de reserva de dominio, mientras que, en el primer caso, la protección dispensada al propietario del solar —concedente de los derechos de sobre o de subedificación— se encuentra al margen de dicha circunstancia. Por supuesto que pactar la extinción por incumplimiento del plazo de construcción en el caso de que la relación se configure como derecho de sobre o de subedificación ofrece un alto nivel de protección al propietario del solar, pero si no se establece así, este sujeto sigue teniendo un alto nivel de protección de sus intereses. Por ello, la configuración de la relación a través de un derecho de sobre o de subedificación es adecuada cuando el propietario del solar pretende una protección elevada y, al mismo tiempo, el constructor precisa de financiación para realizar la construcción.

Lo dicho es predicable tanto del derecho de sobre o de subedificación que se configura como derecho real en cosa ajena como del que se configura desde el primer momento como un derecho de propiedad por ir acompañado de la cesión de una cuota de suelo: en cualquiera de los dos casos, el titular

(59) Ahora bien, hay que tener bien presente que, en este segundo caso, la pérdida del derecho a edificar afecta a quien tenga la facultad de construir en ese momento, sea el propietario del solar, un superficiario o un titular de un derecho de sobre o de subedificación. Para conocer si la sanción administrativa que corresponde cuando no se edifica en plazo es la pérdida del derecho a edificar hay que atender a lo que se dispone en la normativa urbanística propia de cada Comunidad Autónoma.

del derecho de sobre o de subedificar va a poder hipotecar, bien su derecho real en cosa ajena, bien la cuota de propiedad que tiene en el solar vinculada al derecho de construir sobre el mismo. Además, en cualquiera de los dos casos, el plazo puede fijarse o no, y, si se fija, no tiene por qué determinar necesariamente la extinción de la relación.

C) ¿Cómo se opera la transmisión de la propiedad de los pisos al concedente del derecho?

Uno de los principales problemas que suscita la configuración tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura consiste en que, si no se establece el precio aplazado bajo condición resolutoria explícita —que es lo que suele ocurrir para que las empresas tengan acceso a financiación—, dicho precio no consta en el Registro, tal y como se desprende de los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria y del artículo 13 Reglamento Hipotecario; en consecuencia, no perjudica a terceros el hecho de que el propietario del solar se haya comprometido a entregar parte de lo construido sobre ese inmueble al cedente del suelo. La obligación del constructor de entregar una parte del edificio realizado a quien le transmitió el solar es de carácter personal, de tal manera que el cedente del solar —titular de un derecho de crédito— queda expuesto a no cobrar la contraprestación pactada si el constructor no le entrega los pisos, o si la finca ha pasado a manos de un tercero. Más arriba se han expuesto someramente las opiniones doctrinales que tendían a solventar este problema, así como la configuración de la relación conforme a los anulados párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, que no representaban sino un intento del legislador de superar el problema de la transmisión de la obra futura al cedente del suelo que suscita la concepción tradicional del contrato de cambio de solar por edificación futura.

Lo que ahora se plantea es si la articulación de la relación como derecho de sobre o de subedificación suscita, o no, este mismo problema. En este sentido cabría aventurar que, aunque la obligación de construir del titular del derecho de sobre o de subedificación sea eficaz frente a tercero y a que, en consecuencia, parece garantizarse al propietario del terreno, al menos, la realización de la construcción, siempre va a tener que mediar la entrega o *traditio* de la parte de edificio pactada al propietario del solar, con lo que podríamos concluir que el problema que, en este orden de cosas, suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura, se plantea en los mismos términos cuando la relación se configura como derecho de sobre o de subedificación.

Sin embargo, la adquisición de la porción del edificio pactada por parte del propietario del solar —concedente del derecho— no se produce por la

traditio precedida del título que ha supuesto el acuerdo entre las partes, sino que se produce por *accesión*. El pacto inicial por el que el concedente y el concesionario de este derecho determinan que el edificio a realizar por el segundo va a corresponder a los dos en determinada proporción o medida, está regulando los efectos de la accesión para cuando se construya el edificio sobre el solar. En el momento en que la construcción se realiza, opera la accesión en la proporción señalada en el contrato constitutivo del derecho de sobre y de subedificación a favor de uno y de otro.

No obstante, conviene analizar por separado las dos posibilidades de configuración de los derechos de sobre y de subedificación, según se haya transmitido o no, antes de la construcción, una cuota del suelo.

a) Si se trata de un derecho real en cosa ajena

En el caso de que se trate de un derecho real en cosa ajena, es preciso tener en cuenta que su efecto consiste en que, al ejercitarse, produce *ipso iure* una disociación de la propiedad inmobiliaria que debe estar perfectamente determinada en el título constitutivo, y en su caso, inscrita en el Registro de la Propiedad.

El propietario del solar sigue siéndolo, pero cuando el titular del derecho real de sobre o de subedificación lo ejercita —es decir, construye—, el primero va a perder parte de la propiedad del solar en beneficio del segundo, y va a adquirir la parte de construcción a la que, conforme al pacto, tenía derecho y que corresponde a la cuota de suelo que se ha reservado. De manera que, desde el mismo momento en que se construye, lo construido accede, en la proporción pactada, a la cuota de suelo que el propietario del solar se ha reservado. Por supuesto, esta adquisición de parte del edificio en favor de quien era originariamente único propietario de la finca, se produce sin intervención del constructor-titular del derecho real, ya que se deriva del propio título de constitución del derecho, que viene a ser —como he dicho— una regulación de los efectos de la accesión inmobiliaria para cuando se construya sobre la finca.

En cuanto al titular del derecho de sobre o de subedificación podría plantearse que, en la medida en que el concedente del derecho reserva su derecho de propiedad sobre el suelo, todo el edificio construido se incorpora por accesión a la propiedad del suelo. Si esto fuera así, el titular del derecho de sobre o de subedificación que ha construido el edificio, se encontraría, tras la construcción, en una situación similar a la del cedente del suelo cuando la relación se configura como contrato de cambio de solar por edificación futura: debería esperar a que el propietario de la finca le entregara la parte de edificio que, conforme al pacto, le corresponde. De poco serviría, en tal caso,

la alternativa que aquí se está intentando proponer al mencionado contrato, ya que, para solventar el problema del propietario del solar, agravaríamos, en demasía, la posición del constructor; lo que sería acaso más injusto, si se tiene en cuenta que éste ha tenido que realizar toda la inversión que supone construir el edificio.

Sin embargo, no ocurren así las cosas, de manera que la configuración de la relación como derecho real puede presentar también en este sentido alguna ventaja en relación a la estructuración contractual de la relación.

El ejercicio del derecho de sobre o de subedificación tiene como principal efecto para su titular la adquisición de una determinada cuota de la propiedad del suelo —conforme a lo pactado—, al tiempo que se adquiere la propiedad de todo o parte de lo construido (60).

La adquisición de la parte de edificio que le corresponde no plantea ningún problema: dicha porción de construcción se incorpora por accesión a la cuota del suelo adquirida, sin necesidad, por tanto, de intervención de quien le concedió el derecho y, con él, la facultad y la obligación de construir en un solar que no le pertenecía.

Más problemática puede resultar la transmisión de la cuota de suelo, que va a determinar la adquisición por accesión en favor del titular del derecho de la parte de edificio correspondiente. Cabría plantear, en este sentido, la siguiente cuestión: ¿debe mediar *traditio* o entrega de esa cuota del suelo por parte del propietario de la finca y concedente del derecho al titular del derecho de sobre o de subedificación una vez que éste haya construido? Si así fuera, se plantearía el mismo problema que en el contrato de cambio de solar por edificación futura en relación a la transmisión de los pisos en favor del *tradens* del solar. Sin embargo, creo que las circunstancias que rodean la situación son diferentes cuando nos encontramos ante una relación jurídico-real.

La adquisición de la propiedad de una cuota del solar es un efecto del derecho real de sobre y de subedificación, y se produce automáticamente por su ejercicio. En este sentido, es preciso tener en cuenta que el titular del derecho de sobre o de subedificación adquiere desde el principio la posesión del solar, ya que, de lo contrario, no podría construir. De tal manera que se produce la tradición —hay entrega material—, cuando se procede a construir. La adquisición de una cuota de la propiedad del suelo se produce *ipso iure*,

(60) Tener en cuenta que aquí se está analizando únicamente el supuesto en el que se pretende la misma finalidad que con el contrato de cambio de solar por edificación futura, por eso digo que el titular del derecho adquiere una cuota del suelo y una parte del edificio. Pero ningún problema habría en admitir un derecho de sobre o de subedificación que permita al constructor adquirir todo lo construido, por ejemplo, cuando se constituye un derecho de subedificación y el propietario de la finca se reserva, junto a una cuota de la propiedad del suelo, la posibilidad de edificar en el suelo.

y, a medida que se va construyendo, lo edificado se incorpora a una u otra cuota de la propiedad del suelo conforme a lo pactado. En un primer momento, el constructor detenta la posesión de la cosa en cuanto titular de un derecho real, y cuando construye, es decir, cuando ejercita el derecho, se convierte en poseedor a título de dueño de la cuota de suelo correspondiente. La adquisición de la propiedad de una cuota de suelo se produce automáticamente por el ejercicio del derecho; la adquisición de dicha cuota de suelo se deriva del propio título constitutivo del derecho real.

b) Si, *ab initio*, se transmite una cuota del suelo

Puede ocurrir que el derecho de sobre o de subedificación se configure como un derecho de propiedad *ab initio*, porque desde el principio se transmite una cuota del suelo.

En este caso, la adquisición por una y otra parte de la relación de las porciones de edificio que les corresponden conforme a lo pactado, no presenta ningún problema, ya que, cada uno es propietario de una cuota del suelo; de modo que, a medida que se va realizando el edificio, las diferentes porciones del mismo se van incorporando por accesión a una u otra cuota del suelo, según lo convenido. Y esto es así, aunque el constructor —titular de la facultad de sobre o de subedificar a quien se le ha cedido la propiedad de una cuota de terreno—, se vea privado de dicha titularidad. El originariamente único propietario del solar va a adquirir por accesión la propiedad de los pisos que le correspondan conforme a lo pactado, y ello con independencia de que el edificio lo construya el primer titular o un segundo titular a quien se le haya enajenado (voluntaria o forzosamente) la cuota del solar con la facultad de construir.

En este caso, por tanto, la adquisición de la parte de edificio que corresponde a cada una de las partes no plantea ningún problema, ya que se va incorporando por accesión a la cuota de suelo correspondiente, según lo pactado.

3. *Otras ventajas de la articulación de la relación a través de los derechos de sobre y de subedificación*

Pero, al margen de las ventajas que presenta la estructuración de la relación a través de los derechos de sobre o de subedificación —en cualquiera de sus dos modalidades—, es preciso tomar en consideración que se aumentan, de este modo, las posibilidades del tráfico inmobiliario, lo cual, sin duda, puede ser siempre interesante.

Me explico: en el contrato de cambio de solar por edificación futura, únicamente una de las partes, el cesionario-constructor que es el propietario del solar, va a poder obtener crédito en función de dicha finca, o en su caso, enajenar el solar. Es más, tanto la posibilidad de hipotecar la finca para obtener crédito, como la posibilidad de enajenarla, pueden resultar gravemente perjudiciales para los intereses del cedente del solar.

Si, por el contrario, la relación se articula a través de un derecho de sobre o de subedificación en cualquiera de sus dos modalidades, las posibilidades de transmisión de la finca y de obtención de crédito se multiplican: cualquiera de las dos partes de la relación puede enajenar o hipotecar su derecho sobre la finca, ya sea derecho real limitado sobre cosa ajena o derecho de propiedad, y ello —quede claro— sin perjudicar los intereses de la otra parte.

En mi opinión, este es un argumento que merece también ser considerado en favor de la articulación jurídica de este tipo de relaciones a través de los derechos de sobre o de subedificación.

4. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1980, como un posible caso de la utilización de los derechos de sobreedificación para cumplir las funciones del contrato de cambio de solar por edificación futura*

Para acabar este estudio conviene analizar si ha habido alguna aplicación práctica de los derechos de sobre o de subedificación como medio para cumplir las funciones del contrato de cambio de solar por edificación futura. Para ello voy a aludir a la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1980 (RAJ 1233). Se analiza un supuesto en el que se pretende que un sujeto edifique sobre un solar debiendo entregar a su propietario una parte de dicho edificio que, finalmente, se constituiría en régimen de Propiedad Horizontal. Según se desprende del contenido de la sentencia, en el contrato no queda muy claro si se enajena el solar o el derecho de edificar sobre el mismo. El conflicto entre las partes se desata en relación a un sótano construido en el subsuelo, ya que el originariamente único propietario de la finca pretende que la propiedad de dicho sótano le sea atribuida.

En primera instancia se desestima la demanda. La sentencia de apelación revoca dicha sentencia estableciendo que se había enajenado única y exclusivamente el derecho a edificar sobre el vuelo y que, por lo tanto, la propiedad del sótano correspondía al actor —originariamente propietario del solar— previo abono de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, revocando la sentencia de apelación y confirmando la de primera instancia.

La solución del conflicto depende que cómo se interprete el contrato celebrado por las partes: parece que en determinadas cláusulas se mencionaba el suelo y en otras el vuelo. La Audiencia tiene claro que se trata de un derecho de edificar sobre el vuelo; mientras el Tribunal Supremo parece interpretar que lo que se ha enajenado es el suelo; es decir, estaría admitiendo que se trata de un contrato de cambio de solar por edificación futura. Sin embargo, es el razonamiento que lleva al Tribunal Supremo a esta interpretación lo que me lleva a considerar como más acertada la interpretación realizada por la Audiencia. El TS se pronuncia en los siguientes términos:

«...el Juzgador de instancia al interpretar el contrato, en cuanto en el mismo se hace referencia a un edificio en propiedad horizontal, no puede desentenderse de todo aquello regulado, con ese carácter de derecho necesario de la Ley que gobierna dicha propiedad, a cuyos preceptos ha de atemperar, no ya todas y cada una de las cláusulas del contrato afectadas por la misma, sino incluso su propia finalidad, para que éste no resultase ineficaz o contrario a la que era voluntad de las partes, por lo que, resultando inseparable del edificio, no ya físicamente sino jurídicamente, el suelo sobre el que se construye, del que forma un elemento común por naturaleza, en cuya propiedad han de participar todos y cada uno de los que lo son de esa propiedad horizontal del edificio como copropietarios del mismo, forzoso es entender que lo cedido, enajenado, permutado o aportado por el actor, como no menos, lo adquirido por el demandado, lo era el suelo o terreno que siendo de la propiedad del referido actor pasó, en las condiciones que se especifican, a la del demandado para la construcción del edificio, que luego lo había de ser, en razón a aquella propiedad horizontal, en la que se dividía, a la copropiedad de los que constituyesen esa propiedad horizontal y consecuentemente, cuantas cláusulas, ya se hablase de vuelo o suelo, habían de entenderse, como si del suelo se tratase, y en este sentido, como norma hermenéutica aplicable, lo había de ser la del artículo 1.284 del Código Civil, conforme a la cual, si alguna cláusula admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto...»

Sin embargo, el Tribunal se equivoca al considerar que la transmisión del suelo al constructor era la única posibilidad de que el contrato tuviera plena eficacia. También podría haber sido plenamente eficaz la relación si se hubiera interpretado —como la Audiencia— que se transmitió un derecho de sobreedificación en cualquiera de sus dos modalidades. Y esto no hubiera implicado que el suelo no fuera elemento común del posterior régimen de

Propiedad Horizontal: si se hubiera entendido que era un derecho real en cosa ajena, la adquisición de la cuota del suelo por el constructor se hubiera producido con el ejercicio del derecho; también cabía haber interpretado que desde el primer momento se transmitía al constructor la cuota de suelo y no todo el solar.

Todo ello nos lleva a considerar que, al no ser necesario para la plena eficacia de la relación entender que medió una transmisión de todo el solar, es más probable que la interpretación adecuada del contrato fuera la que realizó la sentencia de la Audiencia: se transmitió un derecho de sobreedificar sobre un solar no construido.

En este caso, además, no queda ninguna duda, por el contenido del contrato, de que la finalidad que se perseguía y se consigue es la misma que suele articularse a través de un contrato de cambio de solar por edificación futura.

Ni que decir tiene que la calificación de la relación que realiza el Tribunal determina la solución del conflicto: la propiedad del sótano se atribuye al constructor. Sin embargo, creo que el Tribunal Supremo se equivoca. Es obvio que, para que el contrato pueda cumplir sus fines, hay que entender que al constructor se le transmite la cuota de suelo correspondiente a la porción de edificio que le corresponde, pero no tiene por qué entenderse lo mismo con el subsuelo que, si no se mencionó en el contrato, hay que entender que se lo reservó el propietario del solar. De tal manera que el sótano construido en el subsuelo, o bien debía haberse atribuido al originariamente único propietario del solar —como entiende la Audiencia—, o bien en comunidad a las dos partes de la relación en cuanto que, al no constar su atribución privativa, hay que entenderlo elemento común en el régimen de la Propiedad Horizontal.

CONCLUSION

Tras el estudio realizado creo que cabe concluir que los derechos de sobre o de subedificación representan, conforme al Derecho vigente, una alternativa sólida al contrato de cambio de solar por edificación futura.

Como he puesto de relieve, la mayor parte de las soluciones doctrinales y legislativas que se han propuesto para solventar los problemas suscitados por esta modalidad contractual se mueven dentro del ámbito del Derecho de obligaciones y han pasado por reconocer una titularidad jurídico-real al cedente del suelo, concretamente, pasan por otorgarle un derecho de propiedad sobre la porción de edificio futuro que se había pactado como contraprestación. Así ocurre, por ejemplo, en la modalidad de este contrato que se contemplaba en los anulados párrafos 1 a 3 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario.

Nuestra propuesta pasa por una articulación de la relación en base a titularidades jurídico-reales, más concretamente, de la atribución al constructor

que pretende explotar un solar ajeno de un derecho real que le faculta para construir y le permite adquirir determinada parte del edificio. El propietario del solar, por su parte, sigue siéndolo —total o parcialmente— hasta que se establece la necesaria comunidad sobre el suelo y, además, adquiere por accesión la parte de edificio construido que se pactó como contraprestación. La figura que permite esta articulación de la relación es el derecho de sobre o de subedificación, tanto si otorga un derecho real en cosa ajena, como si otorga un derecho de propiedad por haberse transmitido *ab initio* una cuota de la propiedad del suelo.

A través de esta figura se resuelven los problemas que puede suscitar el contrato de cambio de solar por edificación futura: el propietario del solar tiene mayores garantías de que se va a edificar ya que, en caso de que se embargaran los bienes del constructor y entre ellos el derecho de sobre o de subedificación, la obligación de construir —al tratarse de una obligación *propter rem* que forma parte del contenido del derecho— es oponible y eficaz frente a terceros.

Por otro lado, la protección que esta articulación de la relación ofrece al originariamente único propietario del solar, no se encuentra en función de que se fije un plazo de entrega del precio o un plazo de edificación, transcurrido el cual deba entenderse resuelta la relación. Hay que tener en cuenta que los derechos de sobre o de subedificación no requieren la fijación de un plazo de edificación, transcurrido el cual, se extinga la relación; si bien, no cabe duda, de que se puede establecer tal condición resolutoria. Al no ser necesario para proteger los intereses del propietario del solar la fijación de dicho plazo, se facilita la obtención de financiación por parte del constructor.

Por último, hemos de hacer referencia al que, acaso, sea el argumento más importante para realizar esta propuesta: el constructor no debe entregar al originariamente único propietario del suelo la parte de edificio que, conforme al pacto, le corresponde, para que éste adquiera la propiedad, sino que dicha adquisición se produce por accesión a la cuota de suelo que se ha reservado. Del mismo modo, el constructor adquiere la propiedad de la parte de edificio que le corresponde por accesión, no siendo necesaria la intervención del originariamente único propietario de la finca y concedente del derecho.

M.^a TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

La problemática de la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSJB)

SUMARIO: 1. APROXIMACION AL TEMA: 1.1. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL A LOS DERECHOS CIVILES TERRITORIALES. SU GÉNESIS: 1.1.1. *La génesis de la supletoriedad del Código Civil.* 1.1.2. *La especial situación de Aragón. El origen del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888.* 1.1.3. *La situación de Baleares. Su posterior inclusión en el artículo 7 del Proyecto de Ley de Bases de 1888.* 1.2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL DERECHO CIVIL DE BALEARES. 1.3. LAS LAGUNAS DEL ORDENAMIENTO CIVIL BALEAR Y LAS SITUACIONES NO TIPIFICADAS POR EL LEGISLADOR AUTONÓMICO. DISTINCIÓN.—2. LA APLICACION PREFERENTE DEL DERECHO CIVIL BALEAR SEGUN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998: 2.1. EL OBJETO DEL LITIGIO. 2.2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN. LA CUESTIÓN PRELIMINAR. EL DERECHO APLICABLE. 2.3. LA NORMATIVA APLICABLE AL LITIGIO Y LA NORMATIVA APLICADA. 2.4. LAS SITUACIONES CREADAS CON POSTERIORIDAD AL MATRIMONIO EN RÉGIMEN DE GANANCIALES: 2.4.1. *La adquisición de la vivienda. Su naturaleza y carácter.* 2.4.2. *La constitución unilateral de hipoteca sobre la vivienda familiar.*—3. ESTUDIO DE LA APLICABILIDAD DEL ARTICULO 1.320 DEL CODIGO CIVIL AL NEGOCIO DE CONSTITUCION DE HIPOTECA SOBRE VIVIENDA FAMILIAR, A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TSJB, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998: 3.1. ¿EL DERECHO CIVIL BALEAR CONSIDERA QUE EXISTE LA INSTITUCIÓN «VIVIENDA FAMILIAR» COMO CRITERIO DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.320 A LOS SUPUESTOS REGULADOS POR SU COMPILACIÓN?: 3.1.1. *Calificación jurídica de la «vivienda familiar» en la sentencia de 3 de septiembre de 1998.* 3.1.2. *La no tipificación de la «vivienda familiar» por el legislador autonómico. El Proyecto de Ley núm. 775/87 de Compilació del Dret Civil Balear. Su tramitación parlamentaria.* 3.2. ¿LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA NECESITA LA TIPIFICACIÓN DE LA «VIVIENDA FAMILIAR» COMO LO HACE EL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL? 3.2.1. *La confirmación de la inexistencia de laguna en el Derecho*

Civil balear: La Proposición de Ley de adición a la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación de Derecho Civil de Baleares, de un nuevo artículo (4.1 bis). 3.2.2. ¿Qué se entiende por «vivienda familiar» y por «protección a la familia»? 3.2.3. El Auto del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999.

1. APROXIMACION AL TEMA

Este trabajo tiene por objeto el estudio de los problemas que plantea la aplicación supletoria del Código Civil a los ordenamientos civiles que coexisten en el territorio español.

Nos estamos refiriendo a los ordenamientos jurídico-civiles de los territorios con Derecho Civil propio, reconocidos por nuestra Constitución y con potestad legislativa dentro del ámbito competencial constitucional (ex art. 149.1.8.^a CE). Resulta evidente que cuando nuestra Constitución atribuye competencia en materia de Derecho Civil a las regiones que ya tenían Derecho Civil propio (1), no es una atribución general, sino circunscrita a *allí donde existan* (2). BADOSA (3) entiende que éste es el motivo por el cual la atribución de competencia en materia civil no se incluya en el artículo 148 CE, que hace referencia a las competencias de todas las CCAA, sino en el artículo 149.1.8 donde se establecen las del Estado, excepcionando la competencia del mismo en lo que concierne a «*conservación, modificación y desarrollo...*»

Es importante tener en cuenta la atribución de competencia a los Parlamentos Autonómicos de las CCAA donde existía Derecho Civil propio y en la medida que la asuman sus distintos Estatutos de Autonomía, porque si en determinadas cuestiones civiles no existe regulación autonómica, puede obe-

(1) LASARTE, CARLOS entiende que «al mantenerse en la Constitución de 1978 el planteamiento histórico, ha de decirse que el sistema constitucional sigue estando asentado más que en un verdadero marco autonomista, en el propio esquema tradicional de la cuestión foral». *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, pág. 102.

Por contra, ROCA TRÍAS, ENCARNA, dice que «con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho Foral, para pasar a ser Derecho Civil de la Comunidad Autónoma de que se trate». «El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978», en *RJC*, 1978, pág. 23.

(2) ROCA TRÍAS, ENCARNA, distingue la estructura del Derecho Civil en los modelos constitucionales y distingue el modelo regionalista, que consagró la Constitución Española de 1931, en sus artículos 13 y 16, del modelo autonómico, previsto en nuestra Constitución de 1978. La distinción entre ambos es el reconocimiento de competencia legislativa en materia civil a las CCAA que tengan su propio Derecho Civil vigente al momento de entrar en vigor la Constitución (modelo CE de 1978), en tanto que el modelo regionalista se decanta por otorgar a las regiones la posibilidad para legislar en materia civil, en aquéllas no atribuida en exclusiva al Estado (modelo CE 1931). *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. I, Valencia, 1993, pág. 33.

(3) *Compendi de Dret Civil Català*, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 60.

decer a dos razones distintas (que luego analizaremos y ahora enunciamos), a saber:

1. O bien porque el legislador autonómico en cuestión entiende que no existe necesidad de tipificarla
2. O bien porque aún no ha completado su proceso legislativo (4) que, como es sabido y producto del azaroso período codificador, los derechos civiles territoriales tienen la nota de la insuficiencia (5), y será en tal caso que se deberá acudir a completar la laguna normativa mediante el sistema de fuentes regulado en cada una de las Compilaciones, y de no hallarse solución recurriendo al Código Civil como supletorio.

Por todo ello este estudio se centrará, concretamente, en dilucidar si debe aplicarse supletoriamente el Código Civil a situaciones planteadas bajo la vigencia de uno de los Derechos civiles territoriales, como consecuencia del vacío legal existente, en el concreto supuesto que se planteó o, por el contrario, no es de aplicación la norma contenida en el Código Civil por tratarse de un supuesto en el que no existe vacío legal, sino que estamos ante un supuesto de hecho que el legislador autonómico no toma en consideración, estando por tanto carente de tipificación. Asimismo el estudio sólo se centrará en el ordenamiento civil balear, ya que el detonante de este trabajo es una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 3 de septiembre de 1998, donde se discutía si era de aplicación o no el artículo 1.320 del Código Civil a la situación que se planteó en el litigio.

(4) SALVADOR CODERCH, PABLO, al analizar la reforma de la Compilación de 1960 de Cataluña, y ejercer así el Parlamento autonómico sus competencias legislativas en esta materia, dice: «Ahora bien, a nadie se le oculta que la técnica de la incorporación no puede constituir un proceder *regular*. Lo normal debe ser que, dentro del ámbito de competencias que se le atribuyen la Constitución y el Estatuto, el legislador catalán dicte disposiciones todo lo sistemáticas, bien interrelacionadas y completas que sea posible en vez de proceder por incorporación fragmentaria de otros textos legales al cuerpo de una ley que se va creando. Máxime cuando se trata de una materia que constituye un de las señas de identidad de todo un país.

Se manifiesta así la absoluta insuficiencia y escasa adaptabilidad a la circunstancia actual de la técnica compiladora: en un contexto de autonomía política, la tradición de los Apéndices y de la Compilación no es el camino del Derecho Civil catalán». Más adelante añade: «El legislador catalán debería promulgar una legislación sistemática y razonablemente completa en vez de utilizar al Código Civil para parchear la Compilación en materias que son competencia de la Generalitat». *La Compilación y su Historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las Leyes*. Barcelona, 1985, págs. 308 y 310.

(5) Podemos afirmar con BADOSA COLL, FERRÁN, que el Derecho Civil de Baleares es un Ordenamiento jurídico, porque tiene las notas que le definen como Ordenamiento jurídico, si bien hay que matizarlo con la nota de la «insuficiencia», ya que tiene la pretensión de completud dentro del ámbito de sus competencias porque no se le exige que sean actuadas estas competencias.

Del resultado que se obtenga del previo análisis de la situación planteada, en cuanto a si era o no de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil, entraremos en el posterior estudio de la problemática que plantea el citado artículo. Ahora bien, si del resultado del análisis vemos que no era de aplicación el citado artículo 1.320 del Código Civil, no nos detendremos en su estudio, por tratarse de una regulación ajena a las relaciones que se plantean entre cónyuges sujetos a la normativa de la Compilación balear.

1.1. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL A LOS DERECHOS CIVILES TERRITORIALES. SU GÉNESIS

Es evidente que la supletoriedad del Código Civil a las legislaciones mal llamadas «forales» (6) ha sido mal aceptada por los territorios con Derecho Civil propio, y la razón está en su origen. El mecanismo de la supletoriedad del Código Civil constituyó en 1889, al entrar en vigor nuestro Código [después de largos y arduos años de intentar hallar un punto de encuentro (7) entre el territorio regido por el Derecho de Castilla y los demás territorios con Derecho Civil propio (8)], el sistema para asegurar la vigencia del Código Civil en todo el territorio español en detrimento de los Derechos civiles territoriales y en Baleares con más razón (9), basta recordar el derogado artículo 13 del Código Civil y el artículo 7 de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, que extendían la aplicación del Código Civil a Baleares y Aragón (o mejor a Aragón y Baleares, como veremos) al mismo tiempo que en las provincias no aforadas. La única excepción a la aplicación era que las normas del Código Civil fueran *contra princi-*

(6) Vid. BADOSA COLL, FERRÁN, *Compendi...*, cit., pág. 68.

(7) A propósito de la cuestión, ALONSO MARTÍNEZ replicó a SILVELA en el Congreso de los Diputados: «La única diferencia importante entre esas bases de S.S. y las que yo presenté al Senado en 1881, consiste en que yo consignaba que el nuevo Código sería supletorio de todas las provincias de régimen foral, y S.S., dando en eso gusto a Durán y Bas, y enmendando lo que yo había propuesto, dijo que este Código no sería supletorio, sino a falta de Derecho supletorio de cada una de las regiones forales; es decir, que por ejemplo, en Cataluña, donde forman lo principal de su legislación los usatges, las constituciones y el Derecho consuetudinario y donde el Derecho supletorio es el romano y el canónico, se acudirá al Código vigente en Castilla y en las demás provincias de Derecho común. Yo no establecía esto, y lo que yo establecía había sido votado con mucho gusto por hombres muy conservadores, por conservadores de pura raza». LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la Codificación Española. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Volumen I, Madrid, 1970, pág. 425.

(8) Vid. el estudio de SALVADOR CODERCH, PABLO, en *La Compilación y su historia*, cit., págs. 135 y sigs.

(9) Junto con Aragón. La génesis del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888, respecto a la inclusión de Baleares junto con Aragón. Ver epígrafes 1.1.2 y 1.1.3.

pia (10) («en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes», decía el derogado artículo 13 *in fine*), en tal caso serían de aplicación las normas escritas o consuetudinarias vigentes en Baleares (11).

Estas afirmaciones requieren que entremos en la génesis del derogado artículo 13 del Código Civil y, por tanto, del artículo 7 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

1.1.1. *La génesis de la supletoriedad del Código Civil*

El origen de la supletoriedad del Código Civil respecto de los derechos civiles territoriales, decíamos que fue el mecanismo de asegurar la vigencia del Código Civil en estos territorios que se oponían a la codificación, ya que implicaba la aniquilación de sus Derechos propios, a la vez que el producto transaccional (12) que facilitara la publicación del Código Civil.

En este sentido, dice SILVELA (13), al exponer el Proyecto de Ley de Bases de 1885, que los Proyectos de 1881 y 1882 quedaban «modificados en algún punto por virtud de los principios un tanto diversos que la escuela conservadora —la de SILVELA— representa... El segundo extremo de nuestras diferencias, respecto a las bases de 1881, es el relativo a la legislación foral».

Así, el Proyecto de Ley de Bases de 1885 incorporaba en el artículo 5, el mecanismo de la supletoriedad del Código Civil del siguiente tenor: «En las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones forales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de

(10) BADOSA COLL, FERRÁN, si bien entiende que «La supletorietat del Código Civil no s'entengués mecànicament o per mera manca de norma compilada sinó considerant la Compilació com a Ordenament» (DF 2.^a, «que no se opongan». *Compendi...*, cit., pág. 57.

(11) Ver página 9: *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*. Prólogo de don Antonio Maura. Biblioteca Judicial, Madrid, 1888. Ver el epígrafe 1.1.2 *in fine*.

(12) Este espíritu transaccional lo vemos recogido en las, por lo que se refiere a Baleares, opiniones de los ilustres juristas de la época, que, dada la situación jurisdiccional de Baleares, no vieron con desagrado la implantación del Código Civil en detrimento de nuestro derecho propio. Incluso para juristas del talante de don LUIS PASCUAL GONZÁLEZ, que se expresa en estos términos: «Este artículo (se refiere al derogado art. 13 del Código Civil), plasmación de la tendencia conciliadora de las regiones aragonesas y mallorquina, fue redactado con la firme creencia de que en brevísimo plazo aparecerían los anunciados Apéndices. Constituyó una solución transaccional transitoria, acogida con satisfacción general y particularmente por las personas de ideas liberales partidarias del uniformismo, tan en boga en extensos campos políticos en la segunda mitad del pasado siglo». *Derecho Civil de Mallorca*, Mallorca, 1951, pág. 55.

(13) LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la Codificación Española. Codificación civil*, cit., pág. 419.

suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho romano y el canónico». La Comisión (14), nombrada en el Senado, emitió dictamen favorable de la Ley de Bases, aprobando sin discusión el citado artículo 5. Recibido el Proyecto en el Congreso, la Comisión (15) emitió dictamen aceptando las bases en su conjunto, sin embargo introduce en el artículo 5 unas modificaciones, añadiendo al final el siguiente texto: «en defecto del que lo sea —Derecho supletorio— en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del reino» (16). Esta innovación pasó a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

1.1.2. *La especial situación de Aragón. El origen del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888*

Ahora bien, lo que nos interesa averiguar es el porqué de la peor condición, de Aragón y Baleares, respecto de los otros territorios con Derecho Civil propio en los cuales se permitía mantener su propio derecho supletorio y sólo en su defecto entraba el Código Civil; por el contrario, el Código Civil se aplicaría en Aragón y Baleares, tal como ocurriría en las provincias no aforadas, con la única excepción que las normas del Código Civil fueren contrarias a sus propias normas, en cuyo caso la aplicación del derecho propio sería preferente.

Para ello tendremos que analizar el origen del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888, y lo encontramos en una Propuesta de enmienda al artículo 7 del Dictamen de la Comisión, referente al Proyecto de Ley autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil con sujeción a las bases que en el mismo se establecen, de 18 de junio de 1885, formulada por el señor GIL BERGES, de Aragón, del siguiente tenor: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código Civil empezará a regir como supletorio en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas» (17).

(14) El Presidente de la Comisión era Francisco Cárdenas.

(15) El Presidente era Alonso Martínez.

(16) Alonso Martínez, junto con Gamazo y Canalejas suscribieron un voto particular al artículo 5 para la supresión del Derecho romano y las Decretales como derecho supletorio. Vid. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., pág. 471 y sigs.

(17) El segundo párrafo de la enmienda dice: «El Gobierno, previo informe de las Diputaciones Provinciales y Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión General de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes,

La defensa de la admisión o no de la enmienda corrió a cargo del señor ALONSO MARTÍNEZ, que admitió «con gusto» la enmienda y más en lo que se refiere al segundo párrafo, «que si no estoy equivocado, se debe a la generosa inspiración del señor DURÁN Y BAS, viene a corregir el error de su voto particular, que ha venido dominando toda esta discusión» (18), si bien, finalmente, propuso una variante en la redacción del artículo, en los siguientes términos: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código Civil empezará a regir en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se opongan a aquellas disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente están vigentes. Igual informe deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral». Quedó aceptada la nueva redacción (19). Seguidamente intervinieron el señor DURÁN Y BAS y el señor ALONSO MARTÍNEZ, y se aprobó la redacción del artículo 7 en los siguientes términos: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código Civil empezará a regir en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se opongan a aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

El Gobierno, previo informe de las Diputaciones Provinciales y Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión General de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, dentro de los dos años siguientes a la publicación del nuevo Código, el Proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar.

Iguales informes deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral» (20).

Tenemos la génesis de la aplicación supletoria del Código Civil al Derecho Civil de Aragón en cuanto no se oponga a su Derecho Civil propio, conectada a la propuesta formulada y presentada por sus representantes en el Congreso de los Diputados, el 17 de junio de 1885, y que como resultado del debate parlamentario quedó redactada como hemos indicado, que hacía de peor condición a Aragón en cuanto al mecanismo de la supletoriedad del Código que respecto de los demás territorios forales. No debemos extrañarnos de esta propuesta, basta tener presente el talante unificador que mostró

dentro de los dos años siguientes a la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar».

Palacio del Congreso de 17 de junio de 1885.—Joaquín Gil Berges.—Francisco Fernández de Navarrete.—José Pérez Garchitorena.—Manuel Lasierra.—Manuel Lavin.—El Marqués de Goicoerrotea.—Manuel Sastrón. *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 728.

(18) *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 728.

(19) *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 731.

(20) *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 735 y 908 y 914 y 929.

Aragón, y en este sentido decía GIL BERGÉS: «Ved, señores Diputados, si Aragón da muestras de querer llegar a la unificación del Derecho Civil» (21).

Con la variante a la redacción dada por el señor ALONSO MARTÍNEZ, se introduce el nuevo concepto *contra principia*, es decir, «que no se opongan» (22) a sus disposiciones, que va a suponer la aplicación del Código Civil salvo en el supuesto que contradiga las normas civiles propias.

Esta redacción es la que pasará, posteriormente, al artículo 13 derogado del Código Civil.

1.1.3. *La situación de Baleares. Su posterior inclusión en el artículo 7 del Proyecto de Ley de Bases de 1888*

La inclusión de Baleares, junto a Aragón, en el artículo 7 de la Ley de Bases de 1888 y en el citado artículo 13 del Código Civil es un enigma que trataremos de descifrar, ya que no surge de ninguna enmienda parlamentaria.

La redacción del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888, que incluye a Baleares junto a Aragón, aparece por vez primera el 30 de abril de 1888 (23), con la siguiente redacción: «Artículo 7. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código Civil empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes» (24).

(21) Añadía que don Luis Franco y López fue un defensor de los intereses jurídicos de Aragón, y «como demostración del deseo que le anima a aquel insigne jurisconsulto de que con el futuro Código se facilite en plazo no remoto la verdadera unificación del derecho». *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., págs. 718-719.

(22) Vid. *Crónica...*, cit., pág. 731.

(23) Diario de Sesiones núm. 99. Apéndice núm. 2, de 30 de abril de 1888. *El Código Civil. Debates Parlamentarios, 1885-1889*. Senado 1989, pág. 987.

Si vemos la redacción del artículo 7 de los Diarios de Sesiones de 14 de junio de 1887 (Apéndice 94 al núm. 2, pág. 907), de 19 de marzo de 1888 (Apéndice núm. 1 al núm. 75, pág. 913); y de 11 de abril de 1888 (Apéndice 9 al núm. 90, pág. 929), no incluyen en dicha redacción a Baleares. *El Código Civil. Debates Parlamentarios*, cit., págs. 907, 913 y 929.

(24) El segundo párrafo dice: «El Gobierno, previo informe de las Diputaciones Provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel e Islas Baleares y de los Colegios de Abogados de las mencionadas provincias, y oyendo a la Comisión General de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e Islas Baleares que convenga conservar.

Iguals informes deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral.»

Nuestro representante de Baleares, en la Comisión de Codificación, no asistió a los debates parlamentarios (25), y si bien remitieron la *Memoria* de las Instituciones que se debían conservar, no presentaron enmienda a la Ley de Bases que nos pudiera dar luz sobre la redacción de su artículo 7, aunque sabemos del talante conciliador y de concordia respecto al Código Civil (26).

Con independencia de los debates parlamentarios, en Palma, el Colegio de Abogados y uno de sus destacados miembros, el antes citado señor RIPOLL, seguían con interés el proceso codificador.

Efectivamente, la Propuesta similar a la formulada por Aragón, que dio lugar al artículo 7, no se presentó por parte de los representantes de Baleares, pero don ANTONIO MAURA nos despeja la incógnita del fundamento de la redacción del artículo 7 de la Ley de Bases de 1888, en el que se incluye a Baleares (sin previa Propuesta parlamentaria), junto a Aragón, y que se encuentra en un Acuerdo del citado Colegio de Baleares, de 27 de junio de 1885, en el que se declaraba que: «comprendiendo las ventajas de la unificación del Derecho Civil y vista la transacción que las Bases para la codificación contenían, entiende aceptable para Mallorca el artículo 7.º, tal como ha sido aprobado por el Congreso y significa su tendencia, una vez conocido el Código, de hacer en beneficio de la unidad todas las dimisiones de este Fuero que no perturben el estado jurídico de esta isla» (27). Esta declaración se produce a propósito del ofrecimiento por parte de Cataluña para secundar la campaña por la integridad de las legislaciones forales (28).

(25) Nos relata LASSO GAITE: «reuní privadamente a los señores Durán y Bas, Franco y Morales, y les invité a que formularan... pues, el cuestionario de los representantes de las provincias de Navarra, Aragón y Cataluña... Pero es el caso que a mi llamamiento como Ministro no pudieron acudir los Vocales de Baleares, Vizcaya, Asturias y Galicia... Motivos independientes de su voluntad les mantuvieron alejados de nuestros debates, pero han dicho por escrito y bajo su firma qué instituciones jurídicas especiales deben conservarse en sus respectivas provincias». *Crónica...*, cit., pág. 484.

En el mismo sentido, la Introducción de *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit., pág. 18, cuando dice, refiriéndose a don Pedro Ripoll y Palou: «...en representación de Baleares, causas independientes de su voluntad le impidieron asistir a los debates de aquélla, pero consignó en dicha *Memoria* las Instituciones jurídicas que desea conservar...».

(26) Dice el señor Ripoll: «Esta generosa oferta, no hay que dudarlo, nos obliga a responder al acto oficial con un espíritu de recíproca concordia y levantado sentimiento de fusión y homogeneidad, procurando tan sólo salvar lo puramente fundamental de nuestros Fueros». *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit., pág. 202.

(27) *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 10.

También se reproduce este Acuerdo en *Voto Particular*, de MANUEL GUASP Y PUJOL y SOCÍAS Y GRADOLÍ, JOSÉ, Palma, 1916, pág. 7.

(28) Vid. *Voto Particular*, de MANUEL GUASP Y PUJOL y SOCÍAS Y GRADOLÍ, JOSÉ, Palma, 1916, pág. 7.

La situación que llevó al Colegio de Abogados a tomar este Acuerdo, lo relata don ANTONIO MAURA (29) al comentar las bondades del citado artículo 7 de la Ley de Bases que fue por iniciativa de Aragón y entendió, don ANTONIO MAURA (30), que era, también, de sumo interés para Baleares y por ello consulta al Colegio de Abogados sobre su inclusión. Como vemos, el citado Acuerdo se toma unos diez días después de la presentación de la enmienda al artículo 7 del Dictamen de la Comisión por parte de Aragón (31).

Parece que no desagradó, a Baleares, la redacción del artículo 7 de la Ley de Bases, ni la tendencia unificadora a través del Código Civil, si nos atenemos a lo anteriormente expuesto y también a las manifestaciones de los juristas GUASP y SOCIAS (32) al decir: «clara intuición y presentimiento de ello debió de tener el legislador y del daño irreparable que para Aragón y Mallorca representa simultanear la legislación común y la aforada, cuando en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 previno (art. 7º) ... (añade más adelante). En nuestra precaria situación jurídica es vano y perjudicial el designio de retardar la adopción del Código, que representa la transacción con las legislaciones forales y de ningún modo la imposición de la ley de Castilla» (33).

Más explícito es don Antonio Maura: «Cuando el Congreso se disponía a discutir las bases para el Código, recibidas del Senado, un insigne jurisconsulto catalán convocó a los que representábamos en aquellas Cortes las Islas Baleares, y nos invitó a secundar la campaña que, en pro de la integridad de las Legislaciones forales, tenía proyectada y sostuvo, en efecto, con su poderosa y autorizada palabra, pero fue entre nosotros unánime parecer que convenía a nuestra provincia el *statu quo*, si bien estábamos resueltos a procurar con toda energía el respeto de algunas instituciones sobre las cuales descansan allí felizmente...». *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 9.

(29) Vid. *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 10.

(30) «Hubiérala yo secundado (se refiere a la enmienda), en lo tocante a Baleares, de muy buen grado, desde el primer instante; pero me pareció que, en asunto tan grave, pecaría acaso de ligereza si no consultaba siquiera al órgano más auténtico de la opinión pública de mi país, en esta materia: el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca. Hice, pues, esta consulta, con intervención del dignísimo Vocal correspondiente de la Comisión General de Codificación del Reino, don Pedro Ripoll, seguro de que la respuesta, aunque llegaría después de aprobado el artículo por el Congreso, vendría en sazón oportuna para que pudiera ser atendida en el dictamen de la Comisión mixta de ambas Cámaras, como aconteció en realidad». *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 10.

(31) La enmienda se presentó el 17 de junio de 1885 y el Acuerdo del Colegio de Abogados es de 27 de junio de 1885.

(32) No hay que olvidar la postura que mantuvieron estos juristas respecto de la pervivencia de nuestro Derecho Civil propio. Vid. *Voto Particular*, cit.

(33) *Voto Particular*, cit. pág. 7. Por otra parte, PASCUAL GONZÁLEZ, LUIS se manifiesta en otros términos y admite que los representantes de Aragón y Mallorca admitieron de «buena fe (y con sobrada dosis de ingenuidad, justo es decirlo) la fórmula del artículo

Anteriormente (34), el Colegio de Abogados, respondiendo al encargo que a instancias del Ministro ALVAREZ BUGALLAL y que por Real Decreto de 2 de febrero de 1880, se encomienda a don PEDRO RIPOLL Y PALOU (nombrado por Real Decreto de 16 de febrero de 1880, vocal de la Comisión de Codificación) realizar la *Memoria* sobre las Instituciones que se debían conservar (35), se manifiesta, también con una Exposición sobre nuestro Derecho vigente y que conviene conservar que elevó al Ministro de Gracia y Justicia el día 30 de abril de 1881 (36), que se plasma en trece conclusiones y se muestra «resignado» ante la perspectiva de unificación, y así se desprende de los términos siguientes: «ha procurado condensar en breves conclusiones el derecho especial que nos rige y, haciéndose cargo de las tendencias unificadoras que han de presidir en la redacción del Código Civil, ha consignado también cuáles son las instituciones...» (37). Menor entusiasmo unificador mostró el redactor de la Memoria de las Instituciones que se debían conservar, don PEDRO RIPOLL Y PALOU (38).

lo 13, de acuerdo con unos antecedentes de clarísima significación, y no es justo suponer que el poder legislativo quisiera, a través de una redacción más o menos acertada, verificar un escamoteo o una poda en la parte del derecho foral que deseaban conservar las dos regiones más propicias a la unificación legislativa, Aragón y Mallorca». *El Derecho Civil de Mallorca*. Mallorca, 1951, pág. 54.

(34) Fracasado el Proyecto de Código Civil de 1851, con la restauración de los Borbones (Alfonso XII) se inicia una segunda etapa hacia la codificación. El Ministro Cárdenas, por Decreto de 10 de mayo de 1875, restablece la Comisión General de Codificación, sin embargo la iniciativa de reanudar los trabajos de redacción del Código Civil se debe al Ministro Alvarez Bugallal, mediante el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, y que en su artículo 4 manda redactar las Memorias de las Instituciones vigentes que se debían conservar. Así, por Real Decreto de 16 de febrero de 1880 nombra los miembros de la Comisión General de Codificación, los vocales foralistas que redactarían estas memorias. Respecto al talante y el propósito del Ministro Alvarez Bugallal, dice Antequerra: «un pensamiento muy bien recibido: el respetar en el Código que se formase estas legislaciones especiales, consignándolas en cuanto de ellas fuese necesario conservar, al final del mismo y como excepciones, destinadas a las respectivas comarcas». LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la Codificación*, cit., pág. 375.

(35) Silvela elogia el planteamiento que hizo Alvarez Bugallal, al que califica de «hombre modesto, uno de esos que pudiéramos llamar obreros del buen sentido», y dice que «Óptó... sabía y prudentemente, por el primer extremo y por primera vez, en el Decreto de 1880, se planteó con sencillez, con claridad y con acierto la cuestión; y la cuestión bien planteada era una cuestión casi por completo resuelta». LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la Codificación*, cit., pág. 375.

(36) *Legislación Foral de España...*, cit. Prólogo de don Antonio Maura, pág. 11.

(37) ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*, Palma, 1992, pág. 68. Pueden verse la transcripción de las Actas de la Comisión General de Estudio del Derecho Civil de Mallorca del Ilustre Colegio de Abogados de Palma, 1880-18881, págs. 63 y sigs.

(38) Son elocuentes estas palabras: «no puede menos que felicitarse de que por medio del expresado Real Decreto, de 2 de febrero último, hayan alejado los recelos que inspiraba la tendencia de sobreponer de una manera inconsciente, los principios de la

Posteriormente, en 1918, un prestigioso jurista menorquín, PERE BALLESTER, se lamentará de la situación de las legislaciones civiles territoriales avasalladas por el Código Civil. En una carta dirigida al ilustre jurista FRANCESH MASPONS I ANGLASELL, el 1 de enero de 1918, donde le comunica su imposibilidad de asistir a la Asamblea de organización jurídica a celebrar en Barcelona, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, le comenta: «Així estan molt malament ses regions aforadas; no poden avui estat petjor. I no mellorarien, ans bé passant els anys petjorarien més encara, si fossen sancionats els apèndix» (39).

1.2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL DERECHO CIVIL DE BALEARES

Las decisiones tomadas a lo largo del tiempo, tendentes a unificar y a suplantar el Derecho Civil de Baleares por el Derecho de Castilla, han ido logrando su propósito:

a) Primero se intentó, en 1715, con los Decretos de Nueva Planta. En efecto, las instrucciones que recibió el caballero D'Asfeldt para la conquista de Mallorca no permitían que se transigiera sobre el mantenimiento del ordenamiento mallorquín como contrapartida a evitar la confrontación militar (40). Así, después de la ocupación y a pesar del permiso real otorgado con posterioridad al 2 de julio, D'Asfeldt seguía sin otorgar la facultad de conservación del derecho propio en las relaciones entre particulares (41).

Legislación general al derecho de las provincias, que regidas por las leyes especiales, han conservado a través de los siglos instituciones tan respetables, y de que con tan alta garantía se ofrezca hoy incluir en el futuro Código Civil, la parte más importante de las mismas, cuya desaparición causaría gravísimo trastorno en sus territorios». *Derecho Civil vigente en Mallorca*. Biblioteca judicial, Madrid, 1888, pág. 202.

(39) Revista Jurídica de Cataluña, 1918, pág. 267. Añadía Pere Ballester: «No sera amb transaccions entre's centre i ses regions aforades que arribie a s'unitat legislativa civil, conforme se proposaren els autors d'es Codich que avui regeix».

(40) GAY ESCODA, JOSEP MARIA, *El Corregidor a Catalunya*, Madrid, 1997, pág. 127 y sigs. Sobre el tema de los Decretos de Nueva Planta, consultar este exhaustivo estudio.

(41) El 5 de julio de 1715, en una carta a D'Asfeldt, se le decía: «Ase enterado S.M... y siendo uno de ellos el de juzgar V.E. por combeniente que en la presente coyuntura se podían otorgar a los mallorquines algunos de los privilegios menos importantes, considerando S.M. el buen fin con que V.E. hace esta proposición... y de lo que se interesa en su mayor servicio y deseando evitar la efusión de sangre, ha resuelto (sin hablarle de privilegios, ni de nada que sea contra la autoridad real) conceder a los de la ciudad de Palma (además de lo que ya tiene permiso de otorgarles) sus leyes municipales y estilos practicados entre ellos en todo aquello que no mire ni se oponga su real servicio, ni fuera contra su autoridad ni soberanía, pero esto se entiende con la calidad de haverse de rendir sin resistencia alguna...». El 27 del mismo mes alaba su actuación en los siguientes términos: «Aprueba S.M. a V.E. no ubiese usado de la facultad que le permi-

Por Decreto de 30 de julio de 1715, se consulta sobre la planta de Gobierno a establecer en las islas de Mallorca e Ibiza (42) que después de debatir en el Pleno del Consejo, el 3 y el 8 de agosto, se eleva la consulta al monarca el 18 de agosto. El punto más conflictivo a decidir por el rey (43) fue el tercero, referente a la oportunidad de introducir o no la legislación castellana total o parcialmente en Mallorca (44), se resolvió que se aplicaría Derecho mallorquín sólo «en allò referent al dret substantiu civil (“en pleitos de partes y en que no tiene interés el Fisco”))» (45), en todo lo restante se aplicaría Derecho castellano. Todo ello se plasmó en el Decreto de 28 de noviembre de 1715, que se publicó el 2 de diciembre. Este Decreto de Nueva Planta es el más respetuoso de los Decretos de Nueva Planta (46) al proclamar, «aunque por diferentes Pragmáticas los reyes, mis predecesores, se halla reglado el gobierno de la Isla i Reino de Mallorca, he considerado que las turbaciones de la última guerra le han dexado en estado que necessita de sus naturales, por lo qual he resuelto...» (47); el Decreto sigue, en líneas generales, el de Cataluña, conservando el sistema de fuentes en todo lo que no contraríe el Decreto. El Decreto de 28 de noviembre de 1715 fue desarrollado durante los años 1716 a 1723 por Decretos posteriores, en los que se resolvían consultas (48).

tían las últimas órdenes para conceder a los mallorquines sus leyes municipales y estilos observados entre ellos; pués, como ha comprendido V.E. solamente se debía executar en el preciso caso de reconocerse que el no ejecutarlo podía detener la conclusión de la empresa». GAY ESCODA, *El Corregidor...*, cit., pág. 128, nota 276.

(42) El caso de Menorca lo trata GAY ESCODA, JOSEP M., *El Corregidor...*, cit., págs. 183 y sigs.

(43) La consulta elevada al Monarca se pasó al Secretario de Justicia, don Manuel de Vadillo, el cual contaba con varios informes enviados por D'Asfeldt, entre los cuales figuraba uno que decía: «Privilegios, usos y costumbres con que se han gobernado la Villas y Lugares de la parte forense de la Isla de Mallorca...». GAY ESCODA, *El Corregidor...*, cit., pág. 134.

(44) Nos reproduce GAY ESCODA: la situación: «La propuesta fiscal era que “...considerándose (que) el gobierno y fueros de Mallorca era el mismo que el de Cataluña y que el real ánimo de V. Mgd. no puede ser de que éste se mantenga, pues su entrega y reducción no ha sido voluntaria, sino en fuerza de las armas (...) le parece que devajo de la regla de que todo lo que se executase y hiciere, que fuere conforme a los fueros que tenían aquellas islas, se entienda, no en fuerza de ellos, pues éstos deberán quedar totalmente abolidos, sino de nueva concessión y gracia especial de V. Mgd. sujeta a revocación (...) por quedar reservado a su regalia (...) el alterar, revocar, mudar, añadir y dar las nuevas leyes y providencias que fueren de su real voluntad y parecieren convenientes”». *El Corregidor...*, cit., pág. 130.

(45) GAY ESCODA, JOSEP M., *El Corregidor...*, cit., pág. 131.

(46) En opinión de GAY ESCODA, JOSEP M., *El Corregidor...*, cit. pág. 137.

(47) Supone, al entender de GAY ESCODA, la ruptura con el sistema anterior que era más radical.

(48) Consultar esta cuestión tratada por GAY ESCODA, *El Corregidor...*, cit., págs. 139 y sigs.

b) Posteriormente, en el período codificador (casi un siglo de intentos de unificación que antes hemos analizado) que, en el caso de Baleares casi se consiguió la pretendida unificación. No «extraña» que nos «extrañemos» cuando un Tribunal de Justicia aplica Derecho Civil balear en detrimento del Código Civil, como resulta de la sentencia que comentaremos y que supone la aplicación preferente de nuestro Derecho Civil, así como una correcta interpretación de la vigencia del mismo, cosa que no ha venido ocurriendo (49).

La aplicación supletoria del Código Civil debe producirse en un posterior intento de colmar las posibles lagunas que se presenten. Es evidente que el Derecho Civil balear constituye un Ordenamiento jurídico, y así se autocalifica la Compilación de Derecho Civil de Baleares en su artículo 1.3 (50), aún con el reconocimiento que hace la propia Compilación en su artículo 1.3 y en la Disposición Final 2.^a, de remisión al derecho supletorio (51), a un derecho extraño, en caso de insuficiencia hasta que el Parlament balear las lle-

(49) Vid. FERRER VANRELL, M. PILAR, *El Informe sobre la Reforma de la Compilació de Dret Civil de Balears (Su origen y fundamento. La sentencia de 3 de septiembre de 1998)*, Palma, 2000.

(50) En efecto, si tomamos, además del citado artículo 1.3 CDCB, como referencia el artículo 1 del Código Civil, donde se recoge, por vez primera los términos de Ordenamiento Jurídico, refiriéndose al ámbito civil, lo podemos calificar como un sistema de normas vigentes, por tanto aplicables, en un determinado territorio, que tiene como notas consustanciales las de completud, unicidad y creatividad, siguiendo a BADOSA COLL, FERRAN, *L'àmbit del dret civil català*, en Materials de les Segones Jornades de Dret Català a Tossa, 1982, pág.17 y sigs., y en pág. 29, que dice: «no hi ha dubte que forma part de l'Ordenament jurídic espanyol a partir de la consideració de l'Estatut com a "norma institucional básica" (art. 1.1 Est. que recull l'art. 147.1 Const.) integrada en "l'Ordenament jurídic de l'Estat" (art. 147.1 Const.): el que comporta que tal integració s'exten a tot el Dret derivat de l'Estatut».

(51) En cierta medida, la remisión que hace la Compilación al Código Civil, como derecho supletorio, es producto de los avatares del Derecho Civil balear. Su sistema de fuentes es un «punto negro» a lo largo de los siglos. Nuestro Derecho incorporó el *ius commune* a las fuentes de aplicación preferente por falta de disposiciones propias, y lo que era derecho supletorio se convirtió en «derecho propio». Siendo esto así, es evidente que no existió reacción alguna a lo que disponía el derogado artículo 13 del Código Civil, imponiendo como derecho supletorio el Código Civil, en detrimento del supletorio propio, porque el propio supletorio, el *ius commune*, se aplicaba como derecho propio a través de la costumbre.

Es significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1964 (Repertorio Aranzadi, núm. 4494/1964), en su considerando cuarto dice: «para la región mallorquina, tampoco es admisible la pretendida aplicación que se intenta en el recurso, del Derecho romano, especialmente el justinianeo, de una manera global y subsidiaria, ya que a partir de la publicación del Código Civil y en virtud de lo establecido en su artículo 13 "este Código empezará a regir en Aragón y en Baleares, al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes" y si antes de dicha publicación del Código Civil, es evidente que aquel Derecho romano se aplicaba en Mallorca como reiteradamente puso de manifiesto la jurisprudencia de esta Sala, especialmente contenida

ne (52) mediante el desarrollo de sus competencias. Antes de declarar que existe una laguna, es preceptivo acudir al criterio de autointegración (art. 1.2 CDCB) y sólo en el supuesto que falle se deberá declarar la existencia de una laguna y en tal caso procederá la aplicación supletoria del derecho estatal. Esto es así porque tiene sus propios mecanismos para completarse acudiendo a la autointegración en caso de laguna, antes que acudir a un derecho extraño (53).

en las sentencias de 12 de octubre de 1868, 12 de noviembre de 1872 y 8 de marzo de 1879, entre otras, e incluso después de aquella publicación, como se hizo en los fallos de 6 de junio de 1905, 21 de diciembre de 1921, 28 de diciembre de 1923 y 8 de mayo de 1925, ello no podía en modo alguno significar que fuese considerado en su verdadero sentido de Derecho romano o supletorio, sino más bien con el carácter de consuetudinario con que se invoca o aplica, como hecho cierto e indudable, al margen por completo de que concurriesen o no los requisitos exigidos para su valoración como tal Derecho consuetudinario, porque desde el momento que no constaba la negativa expresa del Soberano, cabía al menos estimar existente su aprobación tácita para su válida admisión como costumbre, que no iría en contra de lo establecido en el artículo 5.º del Código Civil en cuanto no supondría derogación de ninguna ley anterior, sino simplemente, suplencia de las mismas regidas consuetudinariamente y reconocidas por el artículo 13 del propio Código Civil como Derecho típico de Mallorca...».

No deja de causar sorpresa la remisión que hace la sentencia de 24 de octubre de 1964 a las sentencias de 6 de junio de 1905, de 21 de diciembre de 1921, de 28 de diciembre de 1923 y de 8 de mayo de 1925, que declaran como derecho supletorio el Derecho romano en contra de lo preceptuado por el artículo 13 del Código Civil.

Estas sentencias son, probablemente, inercia de las anteriores citadas que lo son del Código Civil y que se fundamentaban en la relación de fuentes que hace la **Ordinació Nova**, que dice: «La observança del dret es totalment necessaria per la bona administració de justícia per quant lo dret municipal fins vuy statuit no ha provehit à tots los casos ni es possible per ço com son mes los negocix que los vocables, statum è ordenam que primerament tot lo ques trobarà disposat per las franquesas, privilegis, pragmatics, ordinations, stils è bons usos de aquest regne sia observat com a dret municipal que es aquell en lo cas empero, ò casos que nos trobarà disposició de dret municipal, sia obserat lo dret canonich y en defete de disposició de dit dret canonich se observe lo dret comú civil», en *Legislación Foral de España. Derecho Civil Vigente en Mallorca*, Biblioteca Judicial, Madrid, 1888, pág. 32.

PLANAS ROSSELLÓ, ANTONIO, en *Recopilación del Derecho de Mallorca 1622 por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*, Palma, 1996, pág. 27, dice a propósito de las Fuentes del Derecho Civil de Mallorca al tiempo de la Recopilación, «El orden de prelación de fuentes se establece en una *ordinació nova*. En primer lugar se debe aplicar el Derecho municipal de Mallorca, y en su defecto se debe acudir al Derecho canónico, y supletoriamente al romano. Se puede interpretar que esta disposición no hace sino elevar a rango legal una norma que tenía carácter consuetudinario».

(52) SALVADOR CODERCH, PABLO, explica el sistema de la «incorporación» de normas civiles estatales por parte del legislador autonómico, y cita a MUÑOZ MACHADO en *Derecho Público de las Comunidades I*, (núm. 49), pág. 415, donde el autor, refiriéndose a la legislación estatal postestatutaria, dice: «siendo válida, está, sin embargo, sometida a una condición suspensiva, ya que su cesación de la producción de un evento *incertus an et quando* como es la generación de las normas autonómicas que la sustituyan». *La Compilación*, cit., pág. 349.

(53) La cláusula de supletoriedad del Código Civil, dice SALVADOR CODERCH, PABLO, «carece de alcance general». En efecto, siguiendo su argumentación, existe un doble

Es evidente que las vicisitudes del pasado han inducido a una aplicación, casi mecánica, del Código Civil. Es suficiente analizar la Compilación de 1961, además de lo dicho respecto a lo que el derogado artículo 13 del Código Civil establecía.

En la derogada Compilación de 1961 (54) podíamos encontrar tres conceptos de aplicación de las normas: 1) aplicación «directa» del Código Civil; 2) aplicación «preferente» de la Compilación y «supletoria» del Código Civil, y 3) aplicación por «remisión» del Código Civil. Ahora bien, la Compilación considera que la materia regulada por el mecanismo de la «remisión» es derecho balear, aún aceptando la regulación de la norma del Código Civil; es decir, no se trata de un supuesto de laguna normativa. Además, en nuestro caso, esta remisión, anteriormente enunciada, se complica con la aplicación por «remisión» de Libro a Libro, como consecuencia de la estructura de la Compilación, estructura que sigue manteniendo la reformada de 1990.

En cuanto al primer concepto: la «aplicación directa» del Código Civil es elocuente el párrafo quinto de la Exposición de Motivos de la CDCEB (55) de 1961, al decir que «la Compilación implica, por definición, la caducidad de los derechos supletorios regionales... (y añade *in fine*), pues las materias que carezcan en él de precepto aplicable entrarán en la órbita del Código Civil vigente como derecho de primer grado». Es evidente que lo que se persiguió durante el siglo XIX en la etapa codificadora, se concreta en este párrafo de la citada E de M.

En segundo lugar, el concepto de «aplicación preferente» de la CDCEB que se dispone en el primer párrafo del artículo 2 (56) que, «de conformidad con lo establecido en el Código Civil, las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal». Son ilustrativos los párrafos 7, 8 y 9 de la citada Exposición de Motivos, especialmente el párrafo 8, cuando dice que se han incorporado a la Compilación las fuentes romanas vigentes (57) en las islas, y añade: «introduciendo en éstas los desarrollos técnicos necesarios para cerrar así, en lo posible, aquellas lagunas que, de otro modo, habrían de ser colmadas con la aplicación directa de las normas del Código».

motivo para tal afirmación, en primer lugar por cuanto hay legislación estatal de aplicación directa (ex art. 149.1.8.^a CE). En segundo lugar porque los preceptos del Código Civil rigen supletoriamente en cuanto no se opongan al ordenamiento jurídico catalán, *La Compilación...*, cit., pág. 356.

(54) También los podemos encontrar en el Código Civil, así los conceptos 1 y 2 los encontramos en el artículo 12 originario y en el artículo 13 vigente.

(55) Las siglas de la Compilación de 1961 incluyen el término Especial, que la Compilación de 1990 ya suprime.

(56) Nos seguimos refiriendo a la Compilación de 1961.

(57) Vid. nota 12 y concretamente la sentencia que se cita, de 24 de octubre de 1964, y la argumentación de su considerando cuarto.

La regulación del artículo 1.1 de la vigente Compilación balear, como la del artículo 1.1. de la Compilación catalana es errónea, porque se preocupa más de asegurar la vigencia (a través de la supletoriedad) del Código Civil que del propio Derecho Balear. Los artículos antes citados de ambas Compilaciones tendrían que preocuparse, exclusivamente, de regular su derecho propio y olvidarse de un derecho ajeno.

En tercer lugar, la CDCEB de 1961 llama al Código Civil «por remisión» en múltiples artículos (58), así como en el seno de la propia Compilación lo hace ésta, también, de Libro a Libro. Resulta clarificador el párrafo 16 de la antes citada Exposición de Motivos en los siguientes términos: «Se da definitivo estado de derecho a la aplicación del Código Civil en materia de sucesión abintestato».

Ahora bien, estas remisiones al Código Civil que hacía la derogada Compilación de 1961, hoy sigue estando en la voluntad del legislador querer seguir la regulación del Código Civil (que no hay que olvidar que estos llamamientos se hacen por la vigente Compilación de 1990 de manera estática, es decir, al contenido normativo vigente al tiempo de la promulgación de la Compilación, ex Disposición Final segunda). En efecto, el legislador autonómico puede ejercer la competencia que le otorga la Constitución y el Estatuto de Autonomía, a fin de llenar las insuficiencias de nuestra Compilación legislando sobre aquella materia no regulada, siempre que esté dentro del ámbito de su competencia. Sin embargo, el legislador autonómico también puede actuar la competencia por medio de otra técnica, la «remisión» a las normas estatales a las que llama (59).

Es evidente la *vis atractiva* del Código Civil en todo aquello que pudiera suplantar al Derecho Civil balear. La aplicación del Código Civil, en Baleares, como en Aragón, se pretendió a costa del propio derecho supletorio (del *ius commune*). Fue la Compilación de 1990, que abrió la posibilidad de actuar el derecho histórico a través de la «integración» (art. 1.2 CDCB).

1.3. LAS LAGUNAS DEL ORDENAMIENTO CIVIL BALEAR Y LAS SITUACIONES NO TIPIFICADAS POR EL LEGISLADOR AUTONÓMICO. DISTINCIÓN

Es ahora el momento de analizar, en primer lugar, la distinción entre las lagunas del Derecho Civil autonómico, distinguiéndolas de los supuestos de hecho no regulados por la Compilación porque el legislador autonómico ha entendido que no existe la necesidad de tipificarlos, es decir, de atribuir una

(58) Es suficiente citar los llamamientos de los artículos 24.2, 51, 54.2, 55, 63.3, 67, 70.2.

(59) En este sentido, SALVADOR CODERCH, PABLO, *La Compilación...*, cit., pág. 347.

consecuencia jurídica a una determinada situación de hecho. La tipificación o no de un supuesto de hecho es una cuestión de política legislativa.

Cuando un conflicto no puede resolverse con la propia legislación, sea escrita o consuetudinaria, porque existe una laguna, debe autointegrarse con los principios generales, siguiendo las fuentes de nuestro Ordenamiento, así como acudiendo a la tradición jurídica balear (ex art. 1.2 CDCB), antes de acudir al Código Civil (60). Las lagunas existen, hoy, debido a que el legislador autonómico no ha colmado, todavía, las insuficiencias propias de los derechos territoriales (61). Antes de 1978, no existían los Parlamentos Autonómicos: desde la organización constitucional del Estado en Comunidades Autónomas con potestad legislativa en el marco de sus competencias, es posible evitar la existencia de lagunas y por tanto no tener que acudir a la regulación contenida en el Código Civil para resolver las cuestiones que se planteen (62).

Cuestión distinta sería acudir a un derecho extrínseco cuando, no existiendo laguna, lo que ocurre es que estamos ante una situación que el legislador autonómico no la ha querido tomar en consideración (63) específicamente.

Esta situación es la que analizaremos a partir de la sentencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia de 3 de septiembre de 1998. En efecto, el Estado no tiene «título competencial» para regular el Derecho Civil balear (art. 149.1.8.^a CE y art. 10.23 EAIB, reformado por Ley 3/1999, de 8 de enero), ni lo es la «supletoriedad» de aquél al Derecho Civil balear (art. 149.3

(60) Ver págs. 18 y sigs.

(61) En sentido contrario, tenemos el ejemplo del legislador catalán, que está terminando el proceso de cerrar las insuficiencias de su Ordenamiento Civil.

(62) Tras la Constitución de 1978, la Compilación Balear ha perdido la «especialidad», así en su Exposición de Motivos, en el párrafo 5, dice: «ya que se ha considerado oportuno suprimir el calificativo de “especial” que adjetivaba a nuestro Derecho Civil...». Incluso añadiría que no podemos hablar en Mallorca de «forales», ni antes ni después de la Constitución, porque no hemos tenido Fueros, cosa que sí ocurría en Valencia y en Aragón.

Según opinión de SALVADOR CODERCH, PABLO, *La Compilación...*, cit., pág. 163.

«Tras la Constitución de 1978 no cabe ya hablar de los derechos civiles “forales o especiales” como de un conjunto de instituciones a considerar a modo de privilegios o excepciones a un pretendido derecho común (arg. ex art. 149.1.8.^a Const.). La supletoriedad del derecho estatal (art. 149.3 Const.) es, estrictamente hablando, *eventual*, pues depende del *defecto de derecho propio*...».

(63) Estas situaciones las califica ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, como «conjunts buits», que entiende, como no podía ser de otro modo, que no pueden llenarse, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. I, Valencia, 1993, pág. 66.

Entiendo que más que denominar «conjunto vacío» se trataría, en términos matemáticos, de una «intersección de conjuntos vacía», al tratarse de una norma que no es de aplicación directa sino que el legislador autonómico puede o no regular, y en nuestro caso el legislador no creyó oportuno introducirla en nuestro ordenamiento jurídico.

CE) y vigente artículo 50 EAIB (antes art. 47) (64). BADOSA entiende que la norma contenida en el artículo 149.3 CE es la «constitucionalización» de la fórmula del artículo 13.2 del Código Civil, por lo cual aboga por la interpretación en el mismo sentido normativo: «referit al dret existent en un moment donat en contraposició a les llacunes legals de l'ordenament autonòmic. No en termes de competència del Estat: ni atribuint-l'hi en defecte del seu exercici per la CA, ni tampoc limitant-l'hi sobre el seu propi dret amb el pretext de la supletorietat» (65).

Son estos conceptos de «supletoriedad» del Código Civil y «preferencia» de aplicación del Derecho Civil balear los que analizaremos al comentar la antes citada sentencia.

Antes de entrar en este análisis debemos preguntarnos, ¿qué entendemos por Derecho Civil balear? Es el Derecho, en materia civil, que se aplica en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma (66).

Estamos acotando no sólo el Derecho en cuanto a la materia que regula, que nos referimos a la materia civil (67), sino que además queremos acotarlo en cuanto a su vigencia territorial, esto es, el Derecho de materia civil vigente en las Islas Baleares.

Es así que nos referimos al Derecho Civil propio (que es además el emanado del Parlamento Autonómico Balear); y el civil estatal (ex art. 1 CDCB), cuya aplicación de uno u otro se resolverá según las propias normas que antes hemos visto, de aplicación directa, preferente, por remisión, por incorporación o supletoriamente.

Ahora bien, resulta extraño que la reciente modificación del Estatuto de Autonomía de Baleares, Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero, de Reforma de

(64) BADOSA COLL, FERRÁN, en este sentido, *Compendi...*, cit., pág. 72.

(65) *Compendi...*, cit., pág. 61.

(66) Para BADOSA la «catalanitat del dret procedeix no sols del seu àmbit de vigència sinó de la competència normativa de la Generalitat», *Compendi...*, cit., pág. 72. Si bien anteriormente incidió en la nota definitoria basada en la competencia territorial, así: «L'art. 7.1 Est., admet com a nota definitoria de la "catalanitat" del Dret, el de la seva vigència territorial. No el de la competència de la Generalitat. El perquè de l'elecció d'un criteri i no de l'altre es clar: si el Dret català està integrat per normes anteriors a l'existència de Generalitat, el criteri competencial no serveix. I, en canvi, sí que serveix el criteri territorial donat que assenyalava un dels límits (i el més vistent) de les competències de la Generalitat». *L'àmbit del Dret civil català*. II Jornades de Dret Català a Tossa, 1982, pág. 29.

(67) BADOSA COLL, FERRÁN, a propósito de la configuración del «dret civil» como «dret comú de l'Ordenament català» dice: «Si es parla de "dret civil" i no de "matèria civil" es precisament perquè "alló que es civil a Catalunya" ja no sols es una matèria susceptible de regulació, sino una regulació efectiva (la continguda fonamentalment en la Compilació de 1960). En definitiva, l'especificitat del Dret civil dintre del Dret català es que la seva "catalanitat" es independent i anterior a l'Estatut». *L'àmbit del Dret civil...*, cit., pág. 31.

la Ley Orgánica 2/1983, del Estatuto de Autonomía de les Illes Balears, en su artículo 1.5 que modifica el artículo 7 suprimiendo, como no podía ser de otro modo, la palabra «especial», que calificaba al Derecho Civil de Baleares, sin embargo, el resto del texto del artículo permanece idéntico (68). Siendo así, ¿qué significado puede tener, hoy, distinguir: 1) las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunitat Autònoma, de 2) el Derecho Civil de Baleares?, tal como sigue rezando en el artículo 1.5 de la antes citada Ley. Posiblemente es un problema de inercia y el legislador no ha pensado que en 1990 el Derecho Civil balear se «balearizó», no tanto en su ámbito territorial (69) de vigencia, cuestión que no se ha modificado respecto a la situación anterior (70), sino por la competencia legislativa y su actuación, es decir, norma emanada del Parlamento autonómico balear en el marco de las competencias que le reconoce la Constitución (art. 149.1.8.^a) y el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (art. 10.23 y art. 50.2). En efecto, el artículo 25 de la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares dice que: «Se autoriza al Govern de la Comunitat Autònoma de las Islas Baleares para aprobar, mediante Decreto Legislativo, un Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares en el plazo de seis meses».

Dicho lo cual, no cabe duda que la distinción que se hace mediante los términos «su Derecho Civil» (que por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares) a los que alude el artículo 7 del EA como concepto diferenciado de las «normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma», no se puede seguir manteniendo porque tan derecho autonómico es uno como otro.

No planteamos esta cuestión por pretender entrar en la ya vieja discusión de lo que debemos entender por Derecho Civil de Baleares, a lo que la respuesta, desde mi perspectiva es clara, es Derecho Civil de Baleares el de

(68) Artículo 7: «Las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su Derecho Civil tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal o por otras normas extraterritoriales». El término «eficacia» tendría que sustituirse por «vigencia».

(69) Así como personal, si bien referido por la pertenencia a un territorio: la vecindad civil balear. El concepto de ámbito territorial no ha cambiado, no es un concepto nuevo, ya lo teníamos en la Compilación y en el Código Civil.

(70) Concretamente por la redacción dada al artículo 2 CDCB por Ley 7/1993, de 20 de octubre, del Parlament Balear, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1983, que declaró nulo el inciso del artículo 2 que haciendo referencia a la eficacia de las normas de la Compilación al territorio de la Comunidad Autónoma, el texto era «y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil».

materia civil que sea exclusivamente vigente en Baleares, desde su ámbito territorial (71), aunque la norma proceda del derecho estatal (72).

Ahora bien, si la distinción que presenta el artículo 1.5, de la Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero, modificando el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1983, del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, es entender que la referencia que se hace a: 1) «normas y disposiciones» es a las que han emanado del Parlamento autonómico balear (en nuestro caso acotado a la materia civil), es evidente que sólo nos referiríamos al conjunto de disposiciones contenidas en la Compilación de Derecho Civil de Baleares. En tanto que, la referencia al «Derecho Civil de Baleares» (73) englobaría todo el Derecho en materia civil que es aplicable en Baleares de acuerdo con su sistema de fuentes (74), que abarcaría el Derecho Civil cuya fuente de producción es el Parlamento Autonómico y el Derecho Civil que conforma la «tradición jurídica balear», que si bien no es derecho vigente, es derecho aplicable porque su aplicabilidad se la otorga una norma (art. 1.2 CDCB) emanada del Parlamento Autonómico.

2. LA APLICACION PREFERENTE DEL DERECHO CIVIL BALEAR SEGUN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998

La sentencia de 3 de septiembre de 1998, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, resuelve la cuestión sobre si es de aplicación el artículo 1.320

(71) «Las normas del Derecho Civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas». Artículo 2.1 CDCB, es decir, el Derecho Civil de Baleares tiene eficacia territorial, salvo las situaciones que deba regir el estatuto personal, tanto intra como extraterritorialmente.

«Admetent aquests criteris de "extraterritorialitat", l'article 7.1 Est., rebla la distinció vigència-aplicació del Dret, tot admetent l'aplicació extraterritorial dels Drets, es a dir, fora del seu àmbit de vigència. I això tant a tall d'aplicació restrictiva: no aplicació del Dret català a Catalunya». BADOSA COLL, FERRÁN, *L'àmbit del Dret civil...*, pág. 29.

(72) Siguiendo a BADOSA COLL, FERRÁN, *Compendi...*, pág. 71. Es Derecho Civil catalán el que es exclusivamente vigente en su territorio, aunque proceda del Estado. Añade BADOSA, «El Dret estatal té com a àmbit de vigència tot el seu territori, mentre que els autonòmics, exclusivament el de la seva CA. D'ací que en el territori d'una CA hi siguin vigents dos drets: el propi i l'estatal (DF 4.ª CDCC). El conflicte d'aplicacions que això genera, es resol per la regla de la supletorietat de l'estatal (art. 149.3 CE), és a dir, de la prioritat de l'autonòmic».

(73) Podemos distinguir lo que entendemos por Derecho balear, de lo que es Derecho vigente y aplicable en Baleares. El Derecho balear (ex art. 7 EAB) es 1) el derecho que sólo es vigente en Baleares, y 2) creado por el poder público balear, por tanto excluimos el Derecho que también siendo vigente en Baleares lo es en toda España (art. 13 del Código Civil).

(74) Que no hay que olvidar que es competencia del Parlamento Autonómico Balear su determinación (art. 149.1.8.ª *in fine* y art. 50 EAIB que modifica el derogado art. 47).

del Código Civil a las relaciones económico-matrimoniales regidas por la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

Esta sentencia que analizaremos, se decanta por la preferencia en la aplicación de las normas de la Compilación de Derecho Civil de Baleares en detrimento de la aplicación del Código Civil, algo que, como se ha dicho, no fue muy frecuente a lo largo de la historia judicial en nuestra tierra.

2.1. EL OBJETO DEL LITIGIO

El litigio que se planteó y resolvió en casación por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares por sentencia de 3 de septiembre de 1998, versaba sobre la cuestión de si era aplicable, a un matrimonio de vecindad civil balear y, por tanto, supuestamente regidas sus relaciones económico-matrimoniales por la Compilación de Dret Civil balear, el artículo 1.320 del Código Civil.

Se trataba de un matrimonio entre un ciudadano español (don Julio López Gómez) y una ciudadana, de apellidos extranjeros (doña Cristina Boule Duret), que lo habían contraído en Palma el 14 de febrero de 1976, y desde el año 1986 habían fijado su residencia en el término municipal de Calviá, en la vivienda de propiedad del marido (75) y gravada con un derecho real de hipoteca (el acreedor hipotecario era el Banco de Santander, S.A.) cuya constitución de tal gravamen, por parte del marido, lo realizó sin el consentimiento de su mujer, siendo este extremo el objeto del litigio. En efecto, el marido constituyó sobre la vivienda familiar una hipoteca para garantizar el pago de un préstamo con la finalidad de liquidar unas deudas y descubiertos que tenía con la entidad bancaria BANCO DE SANTANDER, S.A., y que a la vez era la prestamista.

La esposa formuló demanda, en primera instancia, contra el marido y el Banco de Santander, S.A., en fecha de 4 de mayo de 1995, alegando que su marido había hipotecado la vivienda familiar, que si bien era de propiedad privativa de su esposo, lo hizo sin su consentimiento. Que, por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil, tendría que haberlo prestado, o bien, en su defecto, existir autorización judicial; por lo que pedía la anulación, de acuerdo con el artículo 1.322 del Código Civil. El 6 de mayo de 1996, el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Palma, dictó sentencia, estimando la demanda y declarando la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipo-

(75) Resulta difícil deducir por qué título es propietario de la vivienda el marido. Sólo la STSJB, de la que tratamos, nos dice en el Fundamento de Derecho Primero, que lo es en «virtud de escritura de adjudicación», sin saber cuál es el fundamento de la adjudicación, si lo es en pago de crédito o por otra causa. Las sentencias de los Tribunales inferiores no entran en este punto, ni tan siquiera mencionan en virtud de qué título es propietario el marido.

tecaria, la nulidad de la inscripción registral de la hipoteca y consiguientes asientos y también de las actuaciones del procedimiento sumario hipotecario.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por parte de la Entidad Banco de Santander, S.A., por entender dicha entidad, como motivos de impugnación, que el artículo 1.320 del Código Civil no es de aplicación en el Derecho Civil de Baleares, así como por la buena fe de la entidad accionada recurrente y por entender que no podía negarse el conocimiento por parte de la actora en cuanto a la constitución de la hipoteca, de forma que consintió tácitamente la constitución del derecho real. El 4 de febrero de 1998 dictó sentencia fallando que, «debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Apelación... contra la sentencia de fecha de 6 de mayo de 1996... y, en consecuencia, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos», por entender, el Tribunal de Apelación, que era de aplicación al supuesto planteado el artículo 1.320 del Código Civil (76).

Contra esta sentencia, el Banco de Santander, S.A., interpuso recurso de casación ante el TSJB que falla, el 3 de septiembre de 1998, casando la sentencia de la Audiencia y la anula totalmente, entendiendo que no es de aplicación, en el Derecho Civil de Baleares, el artículo 1.320 del Código Civil. Finalmente, sólo añadir que la señora Boule interpuso recurso de amparo contra dicha sentencia. El Tribunal Constitucional, el 22 de marzo de 1999, dicta auto de inadmisión del recurso y declara que no se lesionó el artículo 14 CE por la inaplicación del artículo 1.320, ni tampoco es contrario a los artículos 32 y 39 del mismo texto constitucional.

2.2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN. LA CUESTIÓN PRELIMINAR: EL DERECHO APLICABLE

Como tema preliminar tenemos que analizar cuál es la norma aplicable al supuesto planteado. Es importante clarificar conceptos, antes de emitir opiniones sobre la correcta o no correcta aplicación de las normas. Sabemos de la coexistencia de ordenamientos jurídico-civiles en el mapa territorial español y por tanto de las diferencias del Derecho contenido en el Código Civil, llamado «derecho común», del contenido en las distintas Compilaciones, mal llamado «derecho foral» (77) o también «especial».

(76) Sólo añadir que las sentencias de los Tribunales inferiores se pronunciaron diciendo que el régimen económico del matrimonio se regía por la Compilación de Derecho Civil balear, por tanto, sometidos al régimen de separación de bienes, como legal supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales.

Más adelante estudiaremos este extremo.

(77) Al respecto, BADOSA COLL, FERRÁN explica el origen del término «dret foral», y añade: «es una expressió no aplicable al dret català que no ha tingut Furs (Nov. Rec.

Debemos centrarnos, en primer lugar, en estudiar cuál es el criterio de aplicación de las normas a los supuestos que se plantean y, más concretamente, cuál es la norma aplicable al supuesto de hecho contemplado en la sentencia que estudiamos. Esta cuestión, como veremos, no es baladí, ya que las consecuencias que pueden derivarse para los sujetos del litigio pueden tener consecuencias adversas.

El concepto de aplicabilidad de la norma jurídica va conexo al concepto de vigencia de la norma, porque una norma vigente tiene aplicabilidad judicial intrínseca por su mera existencia. Sin embargo el concepto de aplicabilidad es más amplio que el de vigencia, porque una norma que ha perdido su vigencia por haber sido derogada puede ser aplicable, bien que la aplicabilidad no es, en este caso, intrínseca a la norma, sino que le viene dada por otra norma, la norma de derecho transitorio.

Esto mismo sucede en el supuesto de una norma no vigente en un determinado territorio que por mandato de otra norma (la de derecho internacional, o en nuestro caso la de derecho interregional), el juez tiene el deber de aplicar derecho no vigente en un determinado territorio. Nos estamos refiriendo a la extraterritorialidad (78).

Vistas las ideas generales en torno al concepto de aplicabilidad de la norma y como cuestión preliminar, debemos estudiar el derecho aplicable al supuesto de hecho que se planteó ante los Tribunales de Justicia. Se trata concretamente de saber, en primer lugar, si al matrimonio formado por don Julio López Gómez y doña Cristina Boule Duret, partes en el litigio, les era de aplicación la Compilación de Derecho Civil de Baleares, o por el contrario estaban sometidos a otra legislación civil, común o territorial, como consecuencia de su estatuto personal.

Encontrar la solución a la cuestión anteriormente enunciada tiene su importancia. Si fuera de aplicación el Código Civil, sería preceptiva la del artículo 1.320, con independencia del régimen económico del matrimonio. En el supuesto que el Derecho aplicable fuera el contenido en la Compilación de Derecho Civil de Baleares, tendremos que dilucidar: 1) si lo era al tiempo de contraer matrimonio, para saber cuál es el régimen económico de los cónyuges, y 2) cuál era o es la legislación aplicable a todo el entramado de las relaciones patrimoniales del matrimonio.

10-2-8, de 1782, «*en otra parte en donde se gobiernen por fueros*») sinó «*Costums*». Siguin locals recopilades privadament... o atorgades per «Privilegi» reial...». *Compendi de Dret...*, cit., Madrid-Barcelona, 1999, pág. 68.

(78) Y a los criterios de extraterritorialidad de las normas, ya sea personal (art. 9 del Código Civil), ya sea real (art. 10 del Código Civil) o formal (art. 11 del Código Civil).

Vid. COCA PAYERAS, MIGUEL, «Condición política, vecindad administrativa y vecindad civil balear (En torno a los arts. 6.º y 7.º del Estatuto de Autonomía)», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 1985, págs. 35 y sigs.

Es evidente que todo ello dependerá del momento de la adquisición de la vecindad civil balear.

Tanto las sentencias de los Tribunales inferiores, como la del Tribunal Superior de Justicia, no entran a estudiar la cuestión del derecho aplicable, es más, dan por probado el sometimiento de los cónyuges a nuestra Compilación (79), así como que el régimen económico matrimonial que rige las relaciones económicas entre los esposos es el de separación de bienes (a falta de capitulaciones matrimoniales). Tal afirmación la hacen sobre el fundamento que, seguidamente, analizaremos en las sentencias de cada una de las Instancias, por tratarse de un punto esencial.

2.3. LA NORMATIVA APLICABLE AL LITIGIO Y LA NORMATIVA APLICADA

Es esencial, como punto de partida, analizar si la normativa que se aplicó al litigio era la normativa que debía aplicarse. Para ello será determinante conocer si los cónyuges, al tiempo de contraer matrimonio, tenían la vecindad civil balear que determinaría un concreto régimen económico del matrimonio (el legal supletorio, de separación de bienes) a falta de capítulos matrimoniales.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma, en su sentencia de 6 de mayo de 1996, en su Fundamento de Derecho Primero dice que en fecha 14 de febrero de 1976, don Julio López Gómez y doña Cristina Boule Duret contrajeron matrimonio en Palma de Mallorca, y desde 1986 constituyeron su domicilio conyugal en la vivienda objeto del litigio. Dicho esto, en el Fundamento de Derecho Tercero añade: «No ofrece dudas que el régimen económico matrimonial de los litigantes es el de separación de bienes, por aplicable a este territorio foral, a falta de capitulaciones matrimoniales, y al haber obtenido la vecindad civil balear por residencia continuada en el mismo desde 1975 y en la vivienda referida desde el año 1986» (aportan como prueba las certificaciones de los Ayuntamientos de Palma y de Calviá).

En esta sentencia encontramos el argumento prioritario que determina la sujeción al Derecho balear (art. 14.1 del Código Civil) y es la «residencia continuada desde 1975» que permite a los diez años de la misma obtener la vecindad civil de donde se reside, sin más requisitos.

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en la sentencia dictada por la Sección cuarta (Plan de Apoyo) el 4 de febrero de 1998, dice (80): «Antes de iniciar el examen de las cuestiones..., conviene resaltar que los litigantes han concordado que los esposos don Julio López y doña Cristina Boule habían ob-

(79) Efectivamente, al momento de entablarse el litigio ya habían adquirido la vecindad civil balear, por tanto quedan sometidos a nuestra Compilación.

(80) En su Fundamento de Derecho Primero.

tenido la vecindad civil balear y su régimen económico matrimonial era el de separación de bienes, a falta de capitulaciones matrimoniales». Añade (81): «ambas partes han explicitado su aquiescencia respecto a que el caso de autos debe ser resuelto mediante la aplicación de las normas vigentes en el Derecho Civil Balear, dada la vecindad civil de los cónyuges litigantes».

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en su sentencia de 3 de septiembre de 1998, en su Fundamento de Derecho Primero dice que en lo referente a su régimen económico conyugal se rige por la Compilación de Derecho Civil de Baleares, «por aplicación de los artículos 9.2 y 13.1 del Código Civil, en relación con el artículo 1 de la aludida Compilación Balear; y según, además, tienen concordado las partes litigantes».

¿Cuál es el punto de partida para otorgar la condición de vecino de Baleares, como fundamento para la aplicación de nuestro Derecho Civil propio? No queda demostrado, sólo «concordado» (82), por utilizar los mismos términos que aparecen en las sentencias referenciadas anteriormente.

En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia vemos que al tiempo de contraer matrimonio no queda demostrada la residencia continuada de diez años para adquirir la vecindad civil balear, ya que expresamente la sentencia dice que contrajeron matrimonio el año 1976 en Palma de Mallorca, una ciudadana de apellidos extranjeros con un ciudadano de apellidos no propios de Baleares (83), y añade que han obtenido la vecindad civil por residencia continuada desde 1975 y que además desde 1986 establecieron su domicilio conyugal en Calviá (lugar donde estaba ubicada la vivienda objeto del litigio).

El Tribunal se olvida de precisar el momento en el que obtienen la vecindad civil balear, que por lo que se desprende de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia debe contarse la residencia continuada desde 1975 (84), pero no queda demostrado, ni se argumenta que al tiempo de contraer matrimonio hubieran adquirido la vecindad civil balear, es más, de los términos que antes hemos apuntado se desprende todo lo contrario, ya que al tiempo de contraer matrimonio (febrero de 1976) hacía un año, aproximadamente,

(81) En el Fundamento de Derecho Segundo.

(82) De las sentencias se desprende que lo «concordado» se refiere a las partes litigantes, no a los esposos, es decir, queda claro que los esposos no capitularon, ya que expresamente se dice que no otorgaron capitulaciones matrimoniales; así, lo «concordado» entre las partes litigantes es a efectos de dirimir el conflicto y se parte de que el régimen económico que rige las relaciones conyugales es el de separación.

(83) Era frecuente en Baleares, en los años setenta, a causa del turismo, estos movimientos migratorios de ciudadanos de la península y extranjeros, como lo sigue siendo ahora.

(84) Resulta imposible haber cumplido el plazo de los diez años, al tiempo de contraer matrimonio, para adquirir la vecindad civil balear, ni para optar mediante manifestación en el Registro Civil, en este sentido, al requerirse dos años de residencia continuada.

que habían fijado su residencia en Palma de Mallorca, por tanto era imposible haber ganado la vecindad civil balear. Es por ello, probablemente, que las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia dicen, como hemos visto, que las partes litigantes tienen «concordado», o «han manifestado su aquiescencia», respecto al sometimiento al Derecho Civil balear, así como al régimen de separación de bienes, como régimen legal supletorio de nuestra Compilación, a falta de capitulaciones matrimoniales. La evidencia de las fechas demuestran la imposibilidad de ostentar la vecindad civil balear al tiempo de contraer matrimonio.

Así, el hecho de haber manifestado los cónyuges, al tiempo del litigio, como se dice en la sentencia, que tienen «concordado» el sometimiento a la legislación civil balear, así como que el régimen económico de su matrimonio es el de separación de bienes, es un acuerdo nulo en los dos supuestos, aún habiéndolo «concordado» al tiempo del litigio, porque: 1) el sometimiento al Derecho Civil balear lo determina la vecindad civil, no la voluntad actual de los cónyuges, y 2) el régimen de separación de bienes, o bien es el régimen legal supletorio y para ello es necesario que previamente estén sometidos al Derecho balear, o bien las partes lo han pactado en capitulaciones matrimoniales (art. 3.1 CDCB).

Dicho esto, retomamos la cuestión que planteábamos anteriormente en cuanto a discernir cuál es el régimen económico matrimonial de los cónyuges y el Derecho aplicable al supuesto, afirmando que, efectivamente, el fundamento que se utiliza para la aplicación del Derecho Civil de Baleares no es totalmente correcto.

Es evidente que al tiempo de formularse la demanda, por parte de la señora Boule (4 de mayo de 1995), tenía vecindad civil balear, ya que la propia sentencia dice que desde 1975 queda demostrada la residencia continuada de los cónyuges. Así, la fecha de inicio del cómputo de los diez años (85) es el año 1975, como queda demostrado en las sentencias citadas. Adquirida la vecindad civil balear, es evidente que el Derecho de aplicación es la Compilación de Derecho Civil de Baleares, hasta aquí no ofrece dudas.

Las dudas se plantean en otro orden de cosas. La afirmación que encontramos en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de Primera Instancia por la que se deduce que el régimen económico matrimonial de los cónyuges es el de separación de bienes «por aplicable a este territorio foral,

(85) No tomamos en consideración la posibilidad de adquisición de la vecindad civil balear por la residencia continuada de dos años junto a la manifestación de voluntad en tal sentido, por cuanto de las sentencias se desprende que el marido (ya que el año 1975 la mujer seguía la condición del marido) no hizo uso de esta forma de adquisición de la vecindad civil. En todo caso, siendo el inicio del cómputo el año 1975 y la celebración del matrimonio 1976, no cabe ninguna posibilidad de poder entender que habían adquirido la vecindad civil balear al tiempo de contraer matrimonio.

a falta de capitulaciones matrimoniales», no es correcto, ya que se parte, en las sentencias antes referenciadas, de haber ganado la vecindad civil balear al tiempo de presentarse la demanda, no al tiempo de contraer matrimonio. Es este el elemento decisivo (art. 9.3 del Código Civil reformado por el Decreto 1836/1974, que era el aplicable al tiempo de contraer matrimonio. En 1990 se reformó, dando lugar al artículo 9.2, y sabemos que los conflictos de leyes en el ámbito interregional se resuelven por la ley personal determinada por la vecindad civil (art. 16.3 del Código Civil).

Al tiempo de contraer matrimonio, la vecindad civil del marido no queda demostrada, ni se intenta porque, incluso, ni se menciona. Es el año 1976 el decisivo, a efectos de vecindad civil, que determinará la normativa aplicable y por tanto, el régimen económico legal supletorio del matrimonio, a falta de capitulaciones.

En caso de conflicto de leyes, como es el caso que nos ocupa, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta de capitulaciones, se regían por el derogado artículo 9.3 del Código Civil, reformado por el citado Decreto 1836/1974, y era la ley de la vecindad común a los dos cónyuges o a falta de ella «la ley nacional del marido al tiempo de la celebración».

Parece que no tenía el matrimonio una vecindad común (porque ni se ha alegado ni se ha demostrado), por ello, a falta de ley común se aplicaría la «ley nacional» del marido, que podía ser la propia de la vecindad civil común (86), o bien cualquier otra vecindad civil propia de un territorio con Derecho Civil propio, siendo, en tal caso, éste el Derecho aplicable. Lo que resulta evidente es que no tenía la vecindad civil balear, cosa que posibilitaría la aplicación de nuestra Compilación al tiempo de contraer matrimonio y determinar que el régimen económico al que quedaron sujetos los cónyuges, en 1976 al contraer matrimonio, por defecto de capítulos matrimoniales era el de separación de bienes, como régimen legal supletorio contemplado en nuestro Derecho.

En la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 3 de septiembre de 1998, se argumenta (87) que el régimen económico de los cónyuges era el legal supletorio de nuestra Compilación, es decir, el de separación de bienes, «por aplicación de los artículos 9.2 y 13.1 del Código Civil, en relación con el artículo 1 de la aludida Compilación Balear»; añadiendo, «y según, además, tienen concordado las partes litigantes».

Endeble el fundamento en el que se basa la sentencia para deducir que el régimen económico de los cónyuges es el de separación de bienes, porque al referirse a los artículos 9.2 y 13.1 vigentes del Código Civil, no son éstos los aplicables al supuesto que se planteó, ya que contrajeron matrimonio el año

(86) Si lo deducimos por los apellidos, lo cual sería lo más verosímil, y por todo lo anteriormente argumentado.

(87) En su Fundamento de Derecho Primero.

1976 y éste es el momento que se determinó el régimen económico: esto es «al tiempo de contraer matrimonio», ya que, posteriormente, no se modificó por capítulos y sabido es que el régimen económico no se modifica por cambio de vecindad civil.

En efecto, el vigente artículo 9.2 del Código Civil, que se alega en la sentencia, es el reformado por Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que preceptúa unos criterios que no son los del derogado artículo 9.3 en redacción de 1974, como ya se ha dicho, y es este derogado artículo 9.3 el aplicable en cuanto a determinar el régimen económico que, a falta de ley nacional común (88), era la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, que en nuestro caso, y a efectos de vecindad civil del aplicable artículo 14 del Código Civil derogado, no era la balear, como ha quedado demostrado del contenido de las sentencias estudiadas.

En ningún caso podemos argumentar (para el supuesto de hecho planteado en el litigio), con base en el vigente artículo 9.2 del Código Civil, que los efectos del matrimonio en cuanto al régimen económico se determina, a falta de la elección que preceptúa en su texto, por la ley del lugar de residencia habitual común posterior a la celebración, o en su defecto por la ley del lugar de celebración, y de ello deducir que el régimen al que quedaron sometidos era el legal supletorio de la Compilación de Derecho Civil balear de separación de bienes, por la simple razón que esta norma no existía al tiempo de la celebración del matrimonio.

Es el argumento que parece deducirse de las sentencias citadas anteriormente, al indicar que queda demostrado que desde 1975 tenían fijada su residencia en Palma de Mallorca y desde 1986 concretamente en la vivienda objeto del litigio, y al no haber pactado en capítulos matrimoniales otro régimen, será el de separación de bienes.

Es evidente que el régimen económico, a falta de Capitulaciones, vendrá determinado por el legal supletorio contemplado en la legislación aplicable «al tiempo de contraer matrimonio», que en nuestro caso es el año 1976, y será el determinado en la ley personal del marido al tiempo de contraerlo (ex derogado art. 9.3 del Código Civil en su redacción de 1974), que como hemos visto no queda demostrado que hubiera ganado la vecindad civil balear. Así, lo que podemos aseverar es que el régimen económico de los cónyuges no será el contemplado en la Compilación de Derecho Civil Balear. De ser así, y parece evidente que lo es, el régimen económico de los cónyuges por el cual rigen sus relaciones económico matrimoniales es el régimen de gananciales (salvo que fueren vecinos de un territorio con Derecho propio que

(88) De existir se hubiese alegado en juicio.

estableciera como legal supletorio el régimen de separación de bienes, cosa improbable, porque hubiese quedado demostrada la vecindad civil).

2.4. LAS SITUACIONES CREADAS CON POSTERIORIDAD AL MATRIMONIO EN RÉGIMEN DE GANANCIALES

En el supuesto planteado en el litigio, es esencial analizar las situaciones que se crearon con posterioridad a la celebración del matrimonio, el año 1976, que podemos concretar en:

- 1) la adquisición de una vivienda, posiblemente de naturaleza ganancial, por lo anteriormente expuesto, y
- 2) la constitución unilateral por parte del marido de una hipoteca sobre la citada vivienda.

El régimen económico del matrimonio López-Boule, por lo antes argumentado y con toda probabilidad, era el de sociedad de gananciales. De ser así la titularidad de la vivienda, salvo que se demostrara que era privativa del marido (ex art. 1.361 del Código Civil), debía ser de titularidad ganancial.

Además, será necesario estudiar si la vivienda sobre la que se constituye la hipoteca tiene el carácter de familiar y por ello si puede constituirse o no unilateralmente por el marido o bien se precisa la intervención de su cónyuge.

Por tanto, dos son los fundamentos de la intervención de su cónyuge: 1) el posible carácter ganancial de la vivienda, y 2) el carácter de vivienda familiar.

2.4.1. *La adquisición de la vivienda. Su naturaleza y carácter*

En primer lugar estudiaremos la naturaleza de la vivienda; saber si nos encontramos ante un bien ganancial o por el contrario tiene carácter de privativo. Serán las sentencias, tanto de los Tribunales Inferiores como la del Superior de Justicia, que podrán darnos luz sobre la titularidad dominical de la vivienda.

En el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que comentamos, dice: «La vivienda objeto de autos —sita en la calle San José, núm. 16 de la villa de Calviá— en la que ambos esposos convivían, había sido adquirida por el marido don Julio López Gómez, en virtud de escritura de adjudicación; y a su nombre aparece inscrita en el Registro de la Propiedad de Calviá». En la sentencia no se cuestiona la posible titularidad ganancial, por cuanto en el párrafo anterior

se dice que el régimen económico conyugal es el vigente en Mallorca, esto es, el de separación de bienes, y se inscribió en el Registro de la Propiedad de titularidad del marido. Sin embargo, el hecho que la inscripción en el Registro de la Propiedad aparezca como bien de titularidad privativa del marido, no es obstáculo para declarar que el bien es de titularidad ganancial de acuerdo con el artículo 94.1 del Reglamento Hipotecario, que si bien se inscriben a nombre del cónyuge adquirente lo serán con carácter presuntivamente ganancial.

Siguiendo el razonamiento antes expuesto (89), analizaremos la posible titularidad del inmueble objeto del litigio. Que sea la vivienda de titularidad privativa del marido, y teniendo en cuenta que la adquirió constante matrimonio, esto sólo sería posible si se diera alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 1.346 del Código Civil, lo que resulta difícil de encajar, por lo que se deduce de la sentencia, salvo que pudiera tratarse del número 3 del citado artículo, «los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos», como podría ser el supuesto del litigio que adquiere la vivienda «en virtud de escritura de adjudicación», como se ha visto en el caso que esta adjudicación lo sea en pago de un crédito privativo.

Así, la vivienda objeto del litigio, adquirida constante matrimonio, posiblemente el año 1986, podría ser de titularidad privativa del marido, si la adquirió en adjudicación en pago de un crédito que tuviera el carácter de privativo, o bien, dependiendo del fundamento de la adjudicación, podría tratarse de un bien ganancial. En definitiva y de acuerdo con el artículo 1.361 del Código Civil, podría tener naturaleza ganancial.

Al tiempo de adquirir la vivienda, seguramente los esposos ya habían ganado la vecindad civil balear. En las sentencias analizadas no se referencia la fecha de adquisición de la vivienda, tan sólo se dice que en 1986 los cónyuges constituyeron su domicilio familiar en la citada vivienda. Seguramente ésta es, también, la fecha de su adquisición. Como también nos demuestra que la vivienda tiene el carácter de familiar (90).

De ser así, los esposos ya habrían adquirido la vecindad civil balear, por residencia continuada de diez años, pues queda demostrado en la sentencia que desde 1975 establecieron la residencia en Baleares.

Esto no altera el régimen económico, que seguiría siendo el de gananciales, al no haber otorgado en ningún momento capitulaciones, sin embargo, la

(89) Al tiempo del matrimonio había adquirido la vecindad civil balear. Además, el Fundamento de Derecho Primero de la citada sentencia del Tribunal Superior dice que «ni antes ni durante su matrimonio, dichos cónyuges convinieron capitulaciones matrimoniales».

(90) Para el estudio de la calificación del domicilio como «familiar», ver *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*. ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, Barcelona, 1992, págs. 30 y sigs.

legislación aplicable a sus relaciones patrimoniales sería la Compilación de Derecho Civil de Baleares (91).

2.4.2. *La constitución unilateral de hipoteca sobre la vivienda familiar*

Hemos tomado como hipótesis de referencia la fecha de 1986, de adquisición de la vivienda familiar, por entender que si esta anualidad establecieron en ella el domicilio familiar fue a resultas de su adquisición, ya que no se desprende de la sentencia otra situación.

En esta fecha, la vecindad civil de los esposos era la balear, pero al no haber modificado por capitulaciones el régimen económico, seguía siendo el de gananciales, así la titularidad de la vivienda resultó ganancial, como antes hemos dicho. Esto viene a colación porque el segundo aspecto que hemos de analizar es si al tiempo de constituir la hipoteca era necesario el consentimiento de su mujer. Dicho de otro modo: ¿Era de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil?

La fecha en la que el marido constituye sobre la vivienda familiar la hipoteca es el año 1993, tal como se dice en la sentencia, por tanto posterior a 1986, fecha, presumiblemente, de adquisición de la vivienda.

Además, la garantía hipotecaria se constituyó, no para asegurar el pago de la vivienda, que en tal caso seguramente se hubiera constituido en 1986, sino para garantizar unas deudas contraídas por el marido con la Entidad bancaria, Banco de Santander. S.A., para hacer frente a unos costos de un negocio de restauración (92).

Ya hemos dicho que la legislación aplicable era la Compilación, al ser ya vecinos de Mallorca y como después analizaremos, de acuerdo con nuestra Compilación (93), no es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil, por lo que para los actos de disposición de la vivienda familiar, no es necesario el consentimiento del cónyuge no titular, tal como sentenció el Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

Pero el problema que se plantea en este supuesto es el que sigue: el régimen de gananciales que rige las relaciones de los cónyuges, al no estar regulado en

(91) La fecha a la que hacemos referencia era el año 1986, así la Compilación vigente en este momento era la Compilación de 1961.

(92) Este punto lo analizaremos más adelante, para ver si es o no relevante la naturaleza de la deuda a los efectos que estudiamos.

(93) Al tiempo de constituir el gravamen hipotecario, la Compilación vigente en Baleares era la de 1990, lo que nos lleva a determinar con más razón, que no era de aplicación al supuesto planteado el artículo 1.320 del Código Civil.

Vid. FERRER VANRELL, M.^a PILAR, *El informe sobre la reforma...*, cit., págs. 24 y sigs., donde se trata el debate parlamentario sobre el proyectado artículo 4 de la CDCB.

la Compilación, se rige por el Código Civil como supletorio, sin embargo las relaciones patrimoniales de los cónyuges se rigen, preferentemente, por la Compilación balear en todo lo regulado, al haber ganado ya, éstos, la vecindad civil balear, y es por ello que no es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil. El problema se plantea porque el otro cónyuge era titular, aunque en el Registro constara como privativo, como consecuencia de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil y del artículo 94.1 RH. Por ello, el consentimiento del otro cónyuge, para gravar la vivienda familiar, sería necesario, en este caso, no por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil y ser vivienda familiar, sino por ser el otro cónyuge titular, al tratarse de un bien ganancial ex artículo 1.361 del Código Civil, y tal como dispone el artículo 1.377 del Código Civil sólo permite actuar, en actos de disposición de un bien ganancial, bajo tres modalidades, a saber: 1) que el acto de disposición se otorgue por ambos cónyuges; 2) que se otorgue por parte de uno con el consentimiento del otro; 3) o bien por uno de ellos con la autorización judicial contemplada en el segundo párrafo del citado artículo 1.377 del Código Civil. Estas son las posibilidades que se plantean, desde la reforma del Código Civil en el año 1981, al introducirse la necesidad de actuación conjunta de los cónyuges, y el acto de disposición que analizamos es de 1993, en consecuencia en una fecha posterior a la citada reforma.

Fundamento del préstamo garantizado con hipoteca

Visto lo cual todavía nos queda analizar otra hipótesis que también se desprende del texto de la sentencia y que antes hemos indicado que retomáramos. Se trata de la naturaleza de la deuda cuya devolución se garantiza mediante la constitución de la hipoteca sobre la vivienda. Si bien es irrelevante su naturaleza y lo que es primordial es la constitución de la hipoteca, nos puede ayudar en el estudio de la sentencia.

Nos centraremos en analizar el fundamento o motivo que compele al cónyuge a solicitar un préstamo con garantía hipotecaria a la Entidad bancaria, para indagar si nos encontramos en algún supuesto de excepción al principio del artículo 1.375.

De la sentencia de primera instancia se deduce que el préstamo se formaliza para atender unas deudas de un negocio de restauración. Dice la sentencia de 6-6-1996 (94): «Por demás, la entidad bancaria reconoce que el préstamo hipotecario no fue concedido para la adquisición o construcción de la vivienda habitual y familiar, el codemandado reconoce que el préstamo concedido

(94) En su Fundamento de Derecho Tercero.

fue destinado a saldar las deudas y descubiertos que el mismo mantenía con el “Banco de Santander”, que éste le solicitó relación de bienes y que la actora desconocía el gravamen sobre el domicilio conyugal, por lo que, transformados las deudas y créditos personales relacionados con un negocio de restauración en un préstamo hipotecario, la prestamista modificó su naturaleza de obtención de mayores garantías...». De la lectura de este párrafo queda claro que el préstamo solicitado y obtenido por el señor López, era para hacer frente a las deudas derivadas del ejercicio del comercio mediante un negocio de restauración.

Si esto es así, que parece que lo es por lo que se desprende de la anterior lectura y las posteriores sentencias ya no entran en este punto, por cuanto lo que se dilucida es la necesidad o no del consentimiento del otro cónyuge a efectos del artículo 1.320 del Código Civil, tan sólo en la sentencia de 4-2-1998, de Apelación, en el Fundamento de Derecho Cuarto se dice: «Por último hay que poner de relieve que la actora ha aducido que el importe dinerario obtenido con el préstamo hipotecario se destinó exclusivamente a afrontar débitos del esposo, don Julio López, y no cubrió deudas de doña Cristina Boule ni fue dispuesto por ésta»... Nos confirma que el préstamo lo solicitó y obtuvo el cónyuge para el ejercicio del comercio en su negocio de restauración.

Estas afirmaciones que hace la sentencia son ciertas si se parte de la premisa equivocada que el régimen económico del matrimonio en cuestión es el de separación de bienes; sin embargo, serán otras las consecuencias si partimos de la afirmación que el régimen económico del matrimonio es el de sociedad de gananciales, como hemos argumentado. En tal caso tendremos que analizar los artículos 1.375 y 1.365 *in fine* del Código Civil.

El principio general del artículo 1.375 del Código Civil es claro: para actos de disposición es necesaria la actuación conjunta de los cónyuges. Sin embargo hay que tener en cuenta que si se trata de cónyuge o cónyuges comerciantes, no sólo es de aplicación el Código Civil, sino también el Código de Comercio. Ahora bien, la reforma del Código Civil de 1981 es posterior a la del Código de Comercio, sin embargo la opinión mayoritaria de la doctrina entiende que, si bien la ley posterior deroga la anterior, dada la especialidad y la remisión expresa que hace el artículo 1.365 *in fine* al Código de Comercio, se entiende subsistente lo preceptuado en el Código de Comercio.

Es desde esta perspectiva que se tiene que analizar la facultad de los cónyuges para disponer de los bienes adquiridos con los beneficios del ejercicio del comercio.

La adquisición de la vivienda, por parte del cónyuge comerciante, es evidente que lo hizo con los resultados del ejercicio del comercio (95), como lo

(95) Parece evidente (es una hipótesis) que si se dedicaba a negocio de restauración, y esto es lo que se desprende de la sentencia, y dado que la adquisición de la vivienda

sería el supuesto de adquisición por «adjudicación en pago», y también el acto de disposición que es objeto del litigio: la constitución de una garantía hipotecaria sobre el inmueble, que es la vivienda familiar, se encuadra dentro de la facultad dispositiva del citado inmueble.

Respecto de estos bienes adquiridos como consecuencia del ejercicio del comercio, son bienes susceptibles de ser enajenados o hipotecados de manera individual por el cónyuge comerciante, sin ser necesario el consentimiento del otro cónyuge, siendo como son bienes gananciales; es decir, el Código de Comercio excepciona lo preceptuado por el Código Civil. En este caso, también apoya esta interpretación, que se trate de la responsabilidad del cónyuge que ejerce el comercio en el cumplimiento de sus obligaciones, que siendo bienes adquiridos de las resultas, el Código de Comercio presume el consentimiento del otro cónyuge para afectar estos bienes al cumplimiento de sus obligaciones (ex art. 1.365 *in fine* del Código Civil y 7 del Código de Comercio).

3. ESTUDIO DE LA APLICABILIDAD DEL ARTICULO 1.320 DEL CODIGO CIVIL AL NEGOCIO DE CONSTITUCION DE HIPOTECA SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR, A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TSJB, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1998

Visto cuál fue el objeto del litigio (96) y las situaciones creadas con posterioridad a la celebración del matrimonio de los cónyuges López-Boule (97) y concretamente nos referimos a la adquisición de la vivienda y la constitución unilateral de una hipoteca, tenemos que analizar si es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil al negocio de disposición (consti-

familiar se realizó, constante matrimonio, al cabo de diez años de contraerlo, que se adquiriera con las resultas del ejercicio del comercio. O lo que es lo mismo, de acuerdo con el supuesto de hecho de la sentencia, que el marido comerciante adquiere la vivienda por escritura de «adjudicación» en pago, seguramente de un crédito del que era titular por el ejercicio del comercio, salvo que se tratara de un crédito privativo, si bien se hubiera apuntado esta situación en los antecedentes de hecho.

Se entiende por bienes gananciales adquiridos con las resultas del comercio los que se adquieren con sus beneficios, aunque queden fuera de la empresa. Esta es la opinión mayoritaria. Entre los que así lo entienden, GARCÍA VILLAVERDE, RDM, 1982, pág. 508. PÉREZ JOFRE, AAMN, XXVIII, pág. 210. PRETEL SERRANO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, Madrid, 1993, pág. 711.

(96) Vid. resumen de las sentencias de 6 de mayo de 1996 en Primera Instancia. De 4 de febrero de 1998 en apelación. De 3 de septiembre de 1998 en casación del TSJB. Y declaración de inadmisión en amparo por el TC de 22 de marzo de 1999, en el punto 2.1.

(97) Ver epígrafe 2.4 donde ya anunciamos el doble fundamento de la intervención de ambos cónyuges en los negocios de disposición y que ahora analizaremos.

tución de hipoteca) celebrado por el marido sobre la vivienda familiar. En otras palabras, en los supuestos de ser los sujetos un matrimonio, los actos dispositivos sobre un inmueble requieren la intervención de ambos cónyuges cuando se dan dos fundamentos: *a)* que se trate de un bien ganancial (art. 1.377 del Código Civil), o *b)* en los supuestos que siendo el bien privativo de un solo cónyuge, el bien constituya la «vivienda familiar» y sea de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil.

No entramos a analizar los supuestos que los cónyuges sean cotitulares del inmueble porque no supone ninguna modificación del régimen general de la copropiedad.

a) Que se trate de un bien ganancial.

El supuesto del litigio que analizamos no consideró la posible naturaleza ganancial del bien que se hipotecó unilateralmente por parte del marido, el señor López, sin la intervención de su cónyuge, porque como hemos expuesto se «concordó» (98) entre las partes litigantes que el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes. Así descartamos el primer fundamento que requiere la intervención de ambos cónyuges.

b) Supuestos en que el bien privativo de un cónyuge sea «vivienda familiar».

El segundo supuesto que fundamenta la intervención de ambos cónyuges en un acto dispositivo es que el inmueble, de titularidad privativa que se dispone, sea vivienda familiar por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil.

En nuestro caso, el bien inmueble es, según se dice en la sentencia que analizamos, «vivienda familiar» de titularidad privativa del marido (99). Así, en principio, cualquier acto dispositivo sobre este inmueble requerirá la intervención de ambos cónyuges por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil, cosa que no ocurrió en el caso de autos, ya que el marido gravó, unilateralmente, la vivienda familiar de su propiedad (100) con una hipoteca que garantizaba el cumplimiento de un préstamo, sin el consentimiento de su mujer. Esta es la situación que se plantea en la sentencia que analizamos.

Acotado así el tema y lo que ahora procede es determinar si el Derecho Civil balear considera que existe la institución de «vivienda familiar». Si efectivamente considera que existe y no la ha regulado, existirá una laguna en nuestro ordenamiento que precisará llenarse mediante el mecanismo establecido para ello. Es decir, resulta necesario determinar si la «vivienda familiar»

(98) «Y según, además, tienen concordado las partes litigantes». Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del TSJB de 3-9-98.

(99) «La vivienda objeto de autos... en la que ambos esposos convivían había sido adquirida por el marido don Julio López Gómez, en virtud de escritura de adjudicación; y a su nombre aparece inscrita en el Registro de la Propiedad de...». Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del TSJB de 3-9-98.

(100) Ya hemos cuestionado esta titularidad unilateral en el punto 2.4.1.

es una institución de Derecho Civil balear que no está regulada y nos encontramos ante una laguna que es necesario cubrir con la aplicación supletoria del Código Civil.

Si concluimos que la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho Civil balear, no entraremos en el estudio propiamente del artículo 1.320 del Código Civil, como hemos dicho anteriormente (101), al tratarse de un precepto que no es de aplicación a los supuestos anteriormente descritos en los que el derecho aplicable no es el Código Civil, sino que están regulados por la Compilación balear.

3.1. ¿EL DERECHO CIVIL BALEAR CONSIDERA QUE EXISTE LA INSTITUCIÓN «VIVIENDA FAMILIAR» COMO CRITERIO DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.320 A LOS SUPUESTOS REGULADOS POR SU COMPILACIÓN?

Para el estudio de la aplicabilidad o no del artículo 1.320 del Código Civil al litigio que comentamos, lo haremos a partir de las argumentaciones contenidas en los Fundamentos de Derecho de las sentencias de los citados Tribunales inferiores para, posteriormente, entrar en el estudio de los criterios que mantiene el Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Constitucional en su auto de inadmisión del Recurso de Amparo. Estudiaremos si los Tribunales entienden que la «vivienda familiar» es una categoría que requiere defensa constitucional y si existe una laguna en el Derecho balear que tiene que colmarse, por entender que existe esta institución y en consecuencia se tiene que regular.

Tres son las cuestiones que tenemos que averiguar del contenido de las sentencias:

La primera cuestión se concreta en averiguar si consideran la «vivienda familiar» una categoría jurídica constitucional y por tanto tiene que regularse en el Derecho Civil balear.

La segunda cuestión, estudiar si los Tribunales detectaron la existencia de una «laguna» en el Derecho Civil balear, consistente en la ausencia de regulación de la «vivienda familiar».

La tercera cuestión consistirá en demostrar si la primera cuestión se tiene que resolver negativamente y por tanto no es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil. O bien, por el contrario demostrará que tenemos que acudir a la aplicación supletoria del Código Civil.

De las tres cuestiones enumeradas, la fundamental es la primera, esto es, ver si: *¿La Compilación balear considera la «vivienda familiar» como una*

(101) Ver pág. 4.

institución jurídica contemplada en ella, aunque carente de tipificación?, porque de esta primera deriva la segunda y la tercera. Así, en función de la consideración que tenga la Compilación balear sobre la «vivienda familiar» derivará la existencia o no de «laguna» en nuestra Compilación, y en consecuencia la necesidad o no de la aplicación supletoria del Código Civil. Así, según se resuelva la anterior cuestión, será aplicable al supuesto del litigio el artículo 1.320 del Código Civil. Ahora bien, de esta primera cuestión deriva otra vertiente a tener en cuenta, que analizaremos en el siguiente apartado y que fundamentaría la necesidad o no de tipificar la «vivienda familiar» como categoría jurídica en nuestra Compilación. Nos referimos al ámbito constitucional de la «vivienda familiar» y la efectividad en la protección de la familia como fundamento constitucional que determinará la inclusión de la figura «vivienda familiar» como categoría jurídica en la Compilación balear. Para ello nos referiremos especialmente a la argumentación que hace el Tribunal Constitucional en el Auto de inadmisión del Recurso de Amparo de 22 de marzo de 1999.

Del estudio de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 3 de septiembre de 1998, que resolvió en casación el litigio antes comentado, así como del estudio de las sentencias de los Tribunales inferiores de 6 de mayo de 1996, en Primera Instancia; de 4 de febrero de 1998 en Apelación; podremos dar respuesta a las cuestiones planteadas, como también estudiaremos el rechazo del Parlament balear a la inclusión en nuestra Compilación de la institución jurídica «vivienda familiar», así como el citado Auto de declaración de inadmisión del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999 (102), ya que es muy preciso en la cuestión que planteamos.

3.1.1. *Calificación jurídica de la «vivienda familiar» en la sentencia de 3 de septiembre de 1998*

Antes de entrar en los Fundamentos de Derecho de la sentencia citada del TSJB, veremos los argumentos que nos proporcionan los Fundamentos de Derecho de las sentencias de los Tribunales inferiores.

La sentencia de 6 de mayo de 1996, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma, dictó sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, la nulidad de la inscripción registral de la hipoteca y consiguientes asientos y también de las actuaciones del procedimiento sumario hipotecario.

Esto significa que el Tribunal de Primera Instancia entendió que el artículo 1.320 del Código Civil era de aplicación al supuesto planteado en el

(102) Ver en el epígrafe 3.2.3, el resumen de estas sentencias.

litigio, porque, según entendió el Tribunal, para el Derecho balear la «vivienda familiar» es una institución jurídica protegible.

El Tribunal sentenciador basa tal afirmación en los siguientes términos (103): «el Código Civil rige como derecho supletorio respecto de los especiales o forales [art. 13.14 del Código Civil y art. 3 (sic) (104) de la Compilació de Dret civil de Balears], pero también lo es que el Capítulo I, sobre disposiciones generales, del Título III (del régimen económico matrimonial) del Código Civil (arts. 1.315 a 1.324) constituyen reglas primarias, de aplicación prioritaria en el caso, en aras de la defensa constitucional de la vivienda y el interés familiar...». Asimismo fundamenta la sentencia tal afirmación en que, aún siendo el principio contenido en el artículo 1.320 del Código Civil una excepción a los principios básicos del derecho de propiedad, tiene su fundamento por ir en aras de «la defensa de los intereses de la familia y de su seguridad futura».

Sin embargo, deducimos que la «vivienda familiar» no es una institución jurídica de Derecho Civil balear, porque si bien el Tribunal de Primera Instancia fundamenta (105) la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil en la modificación, por Real Decreto 2388/1984, de 10 de octubre, modificador del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, que en su artículo 91.1.º requiere la manifestación del carácter no familiar de la vivienda, para la inscripción del acto dispositivo cuando pertenezca a uno sólo, sin embargo, tenemos que puntualizar que es el propio artículo 91.1.º RH que lo acota a los supuestos «cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia...».

Ahora bien, el Tribunal sentenciador entiende que el artículo 1.320 del Código Civil es una norma imperativa, aplicable con independencia del régimen económico (106), además, con el apoyo del artículo 91 RH dice que este artículo juega «a modo de presunción del carácter familiar del inmueble, e incumbía a la parte demandada probar lo contrario o cuando menos que la manifestación estaba incorporada en la escritura»; acaba invocando la necesidad de aplicar el artículo 1.320 del Código Civil por tratarse de «una disposición legal de destinación, que no se traduce en creación de derechos

(103) En el Fundamento de Derecho Tercero.

(104) Se refiere al apartado 3 del artículo 1 de la CDCB.

(105) En el Fundamento de Derecho Cuarto.

(106) No se discute si es aplicable o no el artículo 1.320 del Código Civil a unos cónyuges cuyo régimen económico se «concordó» que era el de separación de bienes, sino a unos cónyuges que se dice que su régimen económico es el que dispone la Compilación de Balears a falta de capítulos, y esto es distinto, porque lo que se discute en definitiva es si a unos cónyuges de vecindad civil balear, y por tanto la legislación aplicable es la Compilación, si se debe aplicar el artículo 1.320 del Código Civil.

reales o personales sino en un mantenimiento de situaciones familiares normales durante el matrimonio».

En grado de Apelación, la Sección 4.^a (Plan de Apoyo) de la Audiencia Provincial, fundamenta la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil a la situación planteada por el matrimonio López, en los siguientes términos (107): 1) Que no sería de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil por aplicación del artículo 1.1 CDCB en relación al artículo 13.1 del Código Civil, es decir, aplicación preferente de la Compilación frente al Código Civil, excepto que se trate de normas de «aplicación general y directa», que no es el caso. 2) Tampoco parece aplicable ex artículo 1.3 CDCB en relación al artículo 13.2 del Código Civil. Sin embargo, llegado a este punto, dice: «la Sala entiende que debe declarar la vigencia del precepto cuestionado en el Derecho Civil Balear...»

Importante afirmación, cuando el Tribunal de Apelación dice que «declara la vigencia» del artículo 1.320 del Código Civil, lo que está declarando es que la «vivienda familiar» es una institución de Derecho Civil balear que nuestro Derecho no regula, por tanto existe una «laguna» que se debería cubrir con la aplicación supletoria del Código Civil.

¿Qué razones esgrime la Sala para declarar la supletoriedad del Código Civil respecto a la aplicación del citado artículo 1.320? Resumiremos los principales argumentos, todos con un marcado carácter proteccionista de la familia: dice la Sala que es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil: 1) porque trasciende el ámbito puramente patrimonial, al tener por finalidad la salvaguarda del domicilio conyugal de la «arbitrariedad o mala fe del cónyuge», al ser la norma un reflejo del «carácter transpersonalista del Derecho de Familia». Además esta tutela se tiene que dar con «independencia de que los esposos estén sujetos al Derecho Común o al Derecho Balear» y cualquiera que sea su régimen económico. 2) Que la ubicación sistemática del artículo 1.320 del Código Civil, régimen económico matrimonial primario, es compatible con cualquier régimen, incluso el de separación de bienes, que no difiere del regulado en la Compilación balear; 3) De no aceptarse, se cuestionaría «la efectividad del artículo 70 del Código Civil» derivado del artículo 14 CE, a la vez que «conculcaría el artículo 39.2 de la Consitución». 4) Que al ser de aplicación a los cónyuges sujetos al Derecho Civil balear los artículos 90 y sigs. del Código Civil, se daría la paradoja que «estaría menos protegido el esposo no titular de la casa familiar constante la convivencia matrimonial que el mismo consorte a quien la sentencia recaída en el proceso conyugal le atribuyera el uso de la vivienda...» 5) Que es irrelevante que en la tramitación parlamentaria de la refor-

(107) En el Fundamento de Derecho Segundo.

ma de la Compilación de 1990, se rechazara la inclusión de una norma de contenido similar al del artículo 1.320 del Código Civil (108)». En consecuencia, que «le son aplicables al supuesto... los artículos 1.320 y 1.322 del Código Civil, y, por ende, lo establecido en el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario».

En casación, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares casa la sentencia y entiende que no es de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil. Estudiaremos con detenimiento, en cada uno de los Fundamentos de Derecho, la argumentación respecto a la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil. Veremos cómo se cuestiona el Tribunal si el régimen económico de nuestra Compilación tiene una regulación completa. De todo ello concluiremos si para nuestro Tribunal Superior de Justicia, la «vivienda familiar» es una institución jurídica del Derecho Civil balear que debe regularse.

Las argumentaciones que se plantean, con acierto, en el Fundamento de Derecho Segundo, son los principios sobre los que basa la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil y se concretan en analizar cuál es la legislación aplicable, entendiendo la no excepcionalidad de la Compilación frente al Código Civil, como Derecho común, que es «algo perfectamente extraño, en tanto no haya de actuar como supletorio». Dicho esto, el Tribunal Superior concreta: *a)* Averiguar si la Compilación ofrece una regulación del régimen económico conyugal y si tal regulación es completa. *b)* Averiguar si la cuestión litigiosa «tiene adecuada solución dentro de tal normativa, o si por el contrario... resulta preciso acudir, para colmar la laguna... a las normas supletorias...» *c)* Averiguar si existe «costumbre o principio informador del Derecho balear que regule el caso... al ser Derecho supletorio aplicable, en primer lugar... en defecto de la Ley... mientras que el Código Civil está relegado al último lugar como Derecho supletorio».

Ante tales cuestiones afirma (109) que nuestro régimen económico matrimonial de separación de bienes tiene una regulación «completa y sin fisuras, actualizada... que aúna la tradición jurídica de la isla con la progresividad de los tiempos modernos...», así es posible realizar por parte de los cónyuges cualquier acto de dominio por parte de cada uno sobre sus bienes.

(108) Peligrosa afirmación para el desarrollo de los derechos civiles propios. Sólo cabría esta afirmación si la regulación surgida de un Parlamento Autónomo es inconstitucional, por excederse del ámbito de sus competencias, en cuyo caso se habría interpuesto el pertinente recurso de inconstitucionalidad; de lo contrario estamos ante la aplicación preferente del Código Civil cuando al Tribunal sentenciador se le antoje.

¿Acaso el rechazo por parte del Parlamento balear, de la incorporación a la Compilación de una norma de similar contenido del artículo 1.320 del Código Civil no es argumento suficiente para que no sea de aplicación a quien esté sujeto a la Compilación? No vale el argumento, como veremos, de la protección constitucional de la familia.

(109) En el Fundamento de Derecho Tercero.

Concluye que existe ley aplicable al caso, que es la Compilación balear, que imposibilita la entrada de las normas supletorias, sea las fuentes propias de la Compilación o en su defecto el Código Civil.

Afirmados estos principios, la sentencia entra a razonar el motivo por el que se casa la sentencia, esto es, porque «infringe frontalmente la Compilación Balear al hacer aplicación del artículo 1.320 del Código Civil».

¿Cuál es el razonamiento principal que se argumenta (110)? Entiende el Tribunal Superior que no se puede desnaturalizar el sistema de separación de bienes, regulado en nuestra Compilación, por la aplicación supletoria del artículo 1.320 del Código Civil, que es extraño a nuestra Compilación y sistema jurídico. Esta afirmación se formula, no por entender que el artículo 1.320 del Código Civil es incompatible con el régimen de separación de bienes, que no se discute, sino porque lo que se tiene que analizar es si en el derecho que es aplicable al litigio, la Compilación balear, existe o no laguna para dar entrada al derecho supletorio, cosa que no ocurre.

En consecuencia, al no existir laguna y la sentencia recurrida haber aplicado el artículo 1.320 del Código Civil, determina el Tribunal Superior de Justicia que se han infringido los artículos 1, 2 y 3 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

Así, lo que está concluyendo nuestro Tribunal Superior es que la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho Civil balear y no existe laguna. Si se hubiera declarado que la «vivienda familiar» era una institución de Derecho balear, como hizo el Tribunal de Apelación, en tal caso, al no estar regulada en nuestra Compilación estaríamos ante una laguna que deberíamos cubrir con la aplicación supletoria del Código Civil.

También la sentencia argumenta (111) la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil a los «matrimonios sujetos al Derecho Civil de Mallorca... por vía colateral o indirecta, si se contemplan las incidencias acaecidas en el Derecho catalán, en relación precisamente con el tan citado artículo 1.320 del Código Civil y con un precepto reglamentario: el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario».

En efecto, la reacción del Consejo Ejecutivo de la Generalitat a propósito de la aplicación en Cataluña del artículo 1.320 del Código Civil por la vía del artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario modificado por Real Decreto 3215/1982, sobre reforma del Reglamento Hipotecario (112), que extendía la apli-

(110) En el Fundamento de Derecho Cuarto.

(111) En su Fundamento de Derecho Quinto.

(112) Es importante estudiar la Exposición de Motivos de este Real Decreto, ya que uno de los objetivos de la modificación del Reglamento fue para adaptarlo a la Reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo. La citada Exposición de Motivos fundamenta la modificación del Reglamento Hipotecario en materia de normas limitativas para actos de disposición otorgado por sólo uno de los cónyuges sobre la vivienda fami-

cación del citado artículo a «cualquiera que sea el régimen económico...», motivó una nueva modificación por Real Decreto 2388/1984, del 10 de octubre, que es la redacción en vigor, de este tenor: «Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges...». Como bien dice la sentencia, el artículo 1.320 del Código Civil «no es de aplicación general a todo el territorio nacional, sino que solamente lo es cuando sea aplicable». Así en Cataluña, por Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, el «Parlament de Catalunya decidió cambiar de criterio (113), y estimó oportuno introducir en su Compilación una norma de contenido idéntico a la del tan repetido artículo 1.320 del Código Civil». Y ahora lo es de aplicación en Cataluña, porque el Parlament así lo acordó, no por aplicación del artículo 1.320 del Código Civil.

Esta situación no se dio en Baleares como se dirá (114), ya que el Parlament autonómico se manifestó contrario a la introducción de una norma de la naturaleza del artículo 1.320 del Código Civil, al tiempo de proceder a la reforma de la Compilación efectuada por Ley 8/1990, de 28 de junio.

El Tribunal Superior (115) apoya la no inclusión de un artículo proyectado de contenido semejante al artículo 1.320 del Código Civil, en la Reforma de nuestra Compilación en 1990, argumentando que si el Parlament Balear no incluyó la norma proyectada en nuestra Compilación, «tanto desde la óptica de la *mens legislatoris*, como según el criterio (hoy dominante) de la *mens legis*»: Un rechazo que obliga a esta SALA, cuya misión es la de aplicar la ley (art. 117 de la Constitución y art. 2 LOPJ) a atenerse al texto de la Compilación y a no suplantar al Parlament en su función legislativa —exclusiva y excluyente—, dando virtualidad a una norma inexistente, por muy acertada y justa que ésta pudiere estimarse.

La Sala entiende que si han transcurrido dieciocho años desde la reforma del Código Civil de 1981 y nuestra Compilación no se ha modificado en este punto, acredita la plena vigencia del régimen (116). Ahora bien, hace una

liar con el siguiente argumento en el párrafo cuarto: «se pretende, mediante ciertas normas limitativas, que el Registro coadyuve a la defensa y conservación del hogar familiar, a que tienden varios de los nuevos preceptos de dicho Código».

(113) En el apartado II, párrafo tercero de la Exposición de Motivos, dice que este cambio de criterio se fundamenta «como medida de protección de la familia».

(114) Ver epígrafe 3.1.2.

(115) En su Fundamento de Derecho Séptimo.

En el Fundamento de Derecho Sexto argumenta sobre la base de la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial de aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil por principios de orden constitucional, que el Tribunal Superior magistralmente entiende que estos principios no pueden sostener la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil, como hará posteriormente el Tribunal Constitucional.

(116) La sentencia recoge las palabras de don Pedro Ripoll y Palou, Vocal de la Comisión de Codificación del Reino, que en su conocida Memoria sobre las Instituciones

observación de *lege ferenda*, en el sentido que bien pudiera ocurrir en el futuro incorporarse al texto de la Compilación un artículo del tenor del artículo 1.320 del Código Civil, si el Parlament así lo decide. Añade: «Pero mientras ello no ocurra (si es que llegare a ocurrir), es insoslayable que el artículo 1.320 del Código Civil y la norma en él contenida son elementos extraños al Derecho mallorquín, como pudieran serlo las normas existentes en el Derecho alemán o el Derecho inglés, reguladoras de la cuestión planteada. Y por ello, obviamente, son inaplicables».

La argumentación (117) que hace el Tribunal Superior sobre la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil a unos cónyuges sujetos al Derecho balear es impecable, no sólo por su argumentación, sino también por defender la aplicación preferente de nuestro Derecho, ya que nos encontramos ante un supuesto no tipificado por el legislador autonómico (118), cosa que los Tribunales de Justicia no nos tienen muy acostumbrados, y en otras ocasiones y sobre otras materias se han decantado por la aplicación del Código Civil en detrimento de nuestra Compilación (119).

3.1.2. *La no tipificación de la «vivienda familiar» por el legislador autonómico. El Proyecto de Ley número 775/87, de Compilació del Dret Civil Balear. Su tramitación parlamentaria*

La cuestión fundamental que nos planteábamos era si el Derecho Civil balear entendía que la «vivienda familiar» era una institución contemplada por nuestro Derecho, porque de ser así, estaríamos ante una laguna que tendría que suplirse su regulación por la aplicación supletoria del Código Civil, en tanto quedara pendiente de regulación autonómica.

Hemos visto que en la sentencia del TSJB, de 3 de septiembre de 1998, que estamos estudiando, se concluyó que la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho Civil balear, el legislador autonómico no la ha tipificado otorgándole protección; siendo así, no existe laguna y no tiene que

del Derecho Civil de las Baleares, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, decía: «Los bienes de los casados revisten en este país un carácter asimismo excepcional (sic) tan encarnado en nuestras costumbres que la introducción de nuevas leyes respecto de ellas produciría lamentable conflicto»... «La completa separación de patrimonios entre el marido y la mujer (sic) ha producido, naturalmente, una verdadera independencia en la adquisición de los bienes, y esta circunstancia presta tal carácter y tal distintivo a la familia que sería difícil en su actual organización que pudiese acomodarse a otro sistema».

(117) El ponente de la sentencia fue el Ilmo. señor don Rafael Perera Mezquida.

(118) Ver el epígrafe 1.3.

(119) Basta ver las sentencias del TS desde sus comienzos, vid. *Jurisprudencia Civil Balear, 1852-1998*. Coordinado por ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, Palma, 1999.

acudirse a la aplicación supletoria del Código Civil. En consecuencia, se concluye que al no existir tipificación no existe laguna, como tampoco existe la necesidad de su regulación y, en todo caso, se trata de un supuesto que queda al arbitrio del legislador autonómico su tipificación si entiende que la sociedad así lo demanda (120).

Podemos encontrar la base de esta argumentación expuesta por nuestro Tribunal Superior, en el rechazo del Parlament balear a la tipificación y protección de la «vivienda familiar» a modo de la regulación contenida en el artículo 1.320 del Código Civil, al tiempo de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley número 775/87, de Compilación del Derecho Civil de Baleares, que después sería la vigente Compilación de 1990 (121). Como también estudiaremos el rechazo que manifiesta nuevamente el Parlament autonómico a la propuesta de regulación (122).

En efecto, la Comisión Redactora (123) del Anteproyecto de revisión de la Compilación de 1961 había introducido un párrafo segundo al artículo 4, cuyo texto decía: «Los actos de disposición y gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar y de sus muebles, requerirán el consentimiento de ambos cónyuges y, de no prestarlo el cónyuge titular, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

En la tramitación parlamentaria del texto de nuestra Compilación, se presentó un voto particular por parte del Grupo Parlamentario Socialista, pidiendo que de nuevo se introdujera el texto dado por los redactores del Anteproyecto al citado párrafo segundo del artículo 4. Este voto particular tenía su fundamento en la posición que mantuvo el Grupo Socialista a lo largo de los debates en Ponencia y más concretamente en Comisión, en defensa del texto remitido al Parlamento (124). En fase de Ponencia, los ponentes habían fun-

(120) No fue esta la conclusión de la Audiencia Provincial, como hemos visto, que en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia antes citada, dice: «la Sala entiende que debe declarar la vigencia del precepto cuestionado en el Derecho Civil balear». En realidad lo que está declarando es que la «vivienda familiar» es una institución de Derecho balear, que éste no regula, y por tanto existe una laguna que se debe cubrir con la aplicación supletoria del Código Civil.

(121) Publicada por Ley 8/1990, de 28 de junio (BOCAIB, núm. 86, de 17 de julio de 1990). Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre.

(122) Ver punto 3.2.1.

(123) Los miembros de esta Comisión que concluyeron el trabajo, ya que inicialmente la composición era algo distinta, estaba compuesta por: don Francisco Noguera (Presidente), don Román Piña, don Miguel Coll, don José Cerdá, don Guillermo Vidal, don Miguel Masot, don Bernardo Cardona, don Raimundo Clar, don Eduardo Martínez-Piñeiro, don Juan Vidal, don Juan Blascos, don Juan Verger, don Jaime Ferrer, don Francisco Samper, don Tomás Mir (Secretario).

(124) Ver Diari de Sessions, núm. 93, de 20 de juny de 1990, en el Dictamen de la Comissió D'Assumptes Institucionals i Generals sobre el citado Proyecto de Ley, núm. 775/87, de Compilació del Dret Civil Balear.

damentado la introducción del texto del artículo 4 en las líneas maestras que eran las bases de la reforma de la Compilación, esto es, en la Constitución. En efecto, el diputado socialista (125) que fue el encargado de defender, en el Parlament balear, el voto particular de su grupo parlamentario, reprodujo el parecer de los ponentes (126) y en este sentido fundamentó la introducción del texto propuesto por la Comisión Redactora en el artículo 39 y 53 de la Constitución Española (127); asimismo argumentó que la regulación de la indisponibilidad de la vivienda familiar no atentaba al régimen de separación de bienes (128) como sistema fundamental.

Parece que se presentó como una dicotomía «derecho fundamental» (protección a la familia a través de la vivienda familiar) *versus* «sistema fundamental» (refiriéndose al sistema económico matrimonial de separación de bienes, como se ha dicho). Incluso el diputado señor Martín Peregrín terminó la defensa del voto particular diciendo que no se trata de un problema de régimen económico, sino de estabilidad de la institución, de protección a la familia.

Finalmente, el Parlamento balear entendió que la regulación propuesta por la Comisión redactora del párrafo segundo del artículo 4, sobre la protección jurídica de la «vivienda familiar», no debía formar parte del texto legal. En otras palabras, el legislador autonómico entendió que no era necesaria la tipificación de la «vivienda familiar».

(125) Correspondió a don José Luis Martín Peregrín.

(126) Dijo textualmente: «Dando un paso más en la línea de progresividad mostrada por nuestras tradiciones jurídicas en esta materia, se han introducido en la normativa proyectada una serie de modificaciones inspiradas en la mayor protección de la familia, se establece que los actos de disposición y gravámenes de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar y de sus muebles, requerirán el consentimiento de ambos cónyuges y, de no prestarlo el cónyuge no titular, autorización judicial». Diari de Sessions, núm. 93, cit., pág. 1705.

(127) Dijo: «Todo esto no tiene más razón de ser que la Constitución Española prima esencialmente el principio de estabilidad familiar y que los cónyuges no están el uno sobre el otro, sino en el plano horizontal de igualdad y que, en consecuencia, tienen que ser mirados desde esta perspectiva, desde la óptica de esa igualdad, los preceptos que posteriormente desarrollen positivamente la Constitución». Diari de Sessions, núm. 93, cit., pág. 1704.

En el siguiente epígrafe veremos el parecer del Tribunal Constitucional al respecto.

(128) En tal sentido afirmaba: «Señoras y señores Diputados, ¿qué se pretende con la eliminación de este artículo? Yo no he oído más razones que la de decir que aquí estamos vulnerando un derecho fundamental en estas islas, que es el régimen de separación de bienes. Yo les digo a ustedes que no lo estamos vulnerando, sino que lo estamos delimitando, yendo al fondo de una cuestión esencial y singular que es, primero, la protección de la familia; en segundo lugar, la estabilidad de esa familia y, en tercer lugar —y es hoy notorio y conocido por todos los que estamos en los tribunales— proteger y defender a la parte más débil, que da la casualidad que hoy en día todavía se puede concretar en los hijos y en las mujeres que trabajan a diario en su casa y después resulta que porque la propiedad está inscrita a nombre del marido, la participación o la decisión le corresponde única y exclusivamente a él». Diari de Sessions, núm. 93, cit., pág. 1705.

La defensa de esta postura corrió a cargo del Grupo Parlamentario Popular (129), al entender que el régimen económico matrimonial de separación de bienes está arraigado de tal forma en nuestra sociedad como símbolo de «un cant a la llibertat individual, aquesta llibertat propugnada per Martí el Humà quan demanava: “Qual poble és al món que sigui així franc de franquesses e llibertats o que sigui així lliberals que vosaltres”» (130). Argumentaba así el diputado popular el rechazo al voto particular del Grupo Socialista, añadiendo que el régimen de separación de bienes, donde se plasma esta libertad absoluta de los cónyuges, es una de las cuatro instituciones con más arraigo en la sociedad balear. Así cualquier intromisión en cuanto a autorizaciones, ya sean del cónyuge no titular, ya sean del juez, decía el diputado popular, opinamos que implica una modificación sustancial al régimen de separación de bienes. Además, añadía el diputado popular, que la supresión del apartado segundo del artículo 4 proyectado, no afecta a la defensa de la familia, ya que existen otros mecanismos para ello.

Del debate parlamentario resultó que el texto compilado no recogió la tipificación sobre la protección jurídica de la «vivienda familiar», entre otras razones porque no vulneraba un derecho fundamental, que es el punto que ahora estudiaremos a la luz del Auto de inadmisión de 22 de marzo de 1999, del Tribunal Constitucional.

3.2. ¿LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA NECESITA LA TIPIFICACIÓN DE LA «VIVIENDA FAMILIAR» COMO LO HACE EL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL?

La tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial se fundamentaba (131) en la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil al litigio que se planteó por principios de orden constitucional, y el Tribunal Superior magistralmente entendió que estos principios constitucionales no pueden sostener la aplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil, como hará posteriormente el Tribunal Constitucional mediante el Auto de 22 de marzo de 1999, que dicta declarando la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por la cónyuge, señora Boule.

Esta es la cuestión que nos planteamos, vista la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en la que entendió que la «vivienda familiar» no era una institución del Derecho Civil balear.

Si la «vivienda familiar» tuviera reconocimiento constitucional por tratarse de una institución esencial para la protección de la familia, deberíamos

(129) Fue defendido por el diputado popular señor Gilet i Girart.

(130) Diari de Sessions, núm. 93, cit., pág. 7107.

(131) Ver el epígrafe 3.1.

concluir que el ordenamiento civil balear tiene una laguna que debería suplirse con la regulación contenida en el Código Civil, en tanto el legislador autonómico no regule la institución.

Por tanto, antes de entrar en este análisis, debemos detenernos en el estudio de varias cuestiones: 1) La confirmación de la inexistencia de laguna en el Derecho Civil balear, de acuerdo con la Proposición de Ley d'addició a la Llei 8/1990, de 28 de juny, sobre la Compilació de Dret civil de Balears, d'un nou article (4.1 bis). Y 2) ¿Qué se entiende por «vivienda familiar»? y ¿Qué se entiende por protección a la familia?

3.2.1. *La confirmación de la inexistencia de laguna en el Derecho Civil balear: La Proposición de Ley d'addició a la Llei 8/1990, de 28 de juny, sobre la Compilació de Dret Civil de Balears, d'un nou article (4.1 bis)*

A la mesa del Parlament Balear se presentó una proposición de Ley (132) de adición de un nuevo párrafo bis, al primero del artículo 4 de nuestra Compilación; proposición que presentó el Grupo Parlamentario Socialista el 14 de septiembre de 1998, a raíz de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 3 de septiembre de 1998, que es objeto de estudio en este artículo.

El rechazo del Parlament balear a la proposición que ahora estudiaremos no hace sino confirmarnos el rechazo que ya manifestó en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley número 775/87, de Compilación del Derecho Civil balear al legislador autonómico a una institución que entiende no debe tipificarse por ser extraña a nuestro Derecho, por tanto no existe laguna que permita al juez acudir al Código Civil a través de su aplicación supletoria.

El texto que se pretendía adicionar, a través de un párrafo bis al artículo 4.1 de nuestra Compilación (133), era una reproducción del artículo 1.320 del Código Civil.

No se había echado en falta desde el debate parlamentario de tramitación de la vigente Compilación de 1990 (134), la existencia de una norma del

(132) El fundamento y viabilidad de esta propuesta se estudia por M.^a PILAR FERRER VANRELL, en *El informe sobre la Reforma de la Compilación de Dret Civil de Balears*, cit.

(133) El texto propuesto decía: «Els actes de disposició i gravamen dels drets en virtut dels quals s'ocupa l'habitatge que constitueix la llar familiar i dels mobles d'aquest requereix el consentiment d'ambdós cónyuges, i si el cónyuges no titular no el donava, requerirà l'autorització judicial.

La manifestació errònia o flasa del disponent sobre el caràcter de l'habitatge no perjudica l'adquirent oneros de bona fe».

(134) Vid. epígrafe 3.2.1.

tenor que se propuso, de lo contrario, si la sociedad lo hubiese reclamado, se hubiese presentado con anterioridad una proposición en este sentido. Sólo diez años después de la tramitación parlamentaria de la revisión de la Compilación y a consecuencia de la citada sentencia del Tribunal Superior, se presentó la proposición de adición, que fue rechazada por el Parlamento Autonómico por las razones que expondré.

1. En primer lugar, la técnica jurídica de la proposición de adición de un párrafo bis al uno del artículo 4, no es de recibo, el motivo es que el artículo 4 está ubicado en el Libro Primero de la Compilación, que corresponde a Mallorca y no se cuestiona qué sucede con el Libro Segundo, que corresponde a Menorca, ni el Tercero de Ibiza.

Bien es cierto que la falta de esta adición al Libro II quedaría salvada porque la propia Compilación lo salva en general con el artículo 65 (135). Sin embargo, para Ibiza, Libro Tercero, no sería de aplicación la norma que se propone adicionar.

Esta misma situación se planteó con el voto particular presentado por el Grupo Parlamentario Socialista al artículo 4 del Proyecto de Ley número 775/87 de Compilación del Derecho Civil balear (136), ya que sólo se presentó al artículo 4 del Proyecto de Ley, por tanto, correspondiente al Libro Primero de aplicación en Mallorca.

¿Acaso la protección a la familia a través de la tipificación de la «vivienda familiar» sólo es necesaria en Mallorca?

Además, también adolece de buena técnica jurídica y que podría provocar inseguridad jurídica por la falta de propuesta de regulación de una norma transitoria para las situaciones anteriores pendientes, de lo contrario quedaría a la apreciación de los Tribunales y ya hemos visto que el criterio no es uniforme.

2. En segundo lugar, porque en la proposición que se planteó, basa la necesidad de regular esta materia en el principio constitucional de protección a la familia, tal como se desprende de la Exposición de Motivos de la proposición.

Se argumenta basándose en dos extremos:

1. En el artículo 33.2 CE, que establece limitaciones al derecho de propiedad por la función social que debe perseguir tal derecho, y

2. Que esta proposición recoge el sentir social en el sentido que la protección a la familia sea una realidad.

(135) Artículo 65: «Rige en la isla de Menorca lo dispuesto en el Libro I de esta Compilación, excepción hecha de los artículos 6 y 7, en lo referente a la donación universal de bienes presentes y futuros, del Capítulo II del Título II, de los artículos 50 y 51 y del Título III».

(136) Ver el epígrafe 3.1.2.

Por lo que atañe al primer extremo, la función social de la propiedad no se da entre particulares; lo que pretende el artículo 33.2 CE es que el derecho real de propiedad ceda ante intereses colectivos de la sociedad en general.

En cuanto a la protección de la familia, entraremos ahora en su estudio.

3.2.2. *¿Qué se entiende por «vivienda familiar» y por «protección a la familia»?*

¿Cuál es el sistema para atribuir a la «vivienda» el carácter de «familiar»? Si es determinante el calificativo de «familiar» que pueda tener la «vivienda» a efectos de una especial regulación tendente a protegerla porque con tal regulación se protege a la familia (137), tendremos que estudiar cuándo una «vivienda» entra en este régimen de protección por ser «familiar».

En primer lugar, lo que podemos constatar es que estando la «vivienda familiar» sujeta a un régimen jurídico específico (el del art. 1.320 del Código Civil), esta circunstancia no tiene constancia registral, que sería esencial para una real protección. En efecto, esta circunstancia la tiene en cuenta nuestro ordenamiento civil, así el párrafo segundo del artículo 1.320 del Código Civil determina que «la manifestación errónea o falsa del disponente, sobre el carácter de la vivienda, no perjudicará al adquirente de buena fe», y reza en estos términos en el citado artículo porque no ha tenido medios para poder conocer la afección de la vivienda como «familiar», cosa que ocurriría si tuviese constancia registral (138).

La «vivienda» adquiere el carácter «familiar» porque constituye el domicilio conyugal y si hablamos de domicilio conyugal parece que nos estamos refiriendo a la «vivienda habitual» de los cónyuges. Esta situación no deja de presentar sus problemas, ya que actualmente existen diversas dificultades en este aspecto, tanto por lo que se refiere al concepto de familia de lo que tiene que derivar el carácter «familiar», como por lo que respecta al domicilio.

Hoy, para nuestro Código Civil, es «vivienda familiar» el domicilio conyugal.

El domicilio, en nuestros días, es cambiante, es inestable; conjugar la movilidad geográfica de las personas con la permanencia real de la propiedad

(137) En efecto, si vemos el fundamento que determinó la modificación de la Compilación catalana, en este extremo lo fue la protección a la familia. En la Exposición de Motivos de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, del Parlamento catalán, en su punto II, párrafo tercero dice: «...y una limitación de la facultad de disposición de la vivienda conyugal y de sus muebles de uso ordinario como medida de protección de la familia».

(138) Tampoco es suficiente la regulación del párrafo 1.º del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, redactado conforme al Real Decreto de 10 de octubre de 1984.

inmueble y sus garantías, que es un derecho estable, es, cuando menos, dificultosa.

El domicilio conyugal se determina en un doble sentido (139), frente a los cónyuges y frente a terceros. Respecto a los cónyuges es el lugar donde se desenvuelve o debiera desenvolverse la relación jurídica creada entre los cónyuges; respecto a terceros el domicilio conyugal es el lugar de localización de marido y mujer, unificando en uno el domicilio individual de cada uno. La doctrina es unánime en reconocer la existencia de una pluralidad de domicilios para una misma persona. Así, la «consideración del domicilio conyugal como conjunto de domicilios individuales no excluye —en cuanto sede jurídica de cada uno de los cónyuges— la existencia de otros domicilios individuales, distintos e independientes del localizado en el conyugal y que coexisten con él» (140), si bien esta coexistencia de domicilios individuales de cada uno de los cónyuges no afecta a la existencia del domicilio conyugal. Asimismo el «domicilio conyugal» se relaciona con el «deber de convivencia» de los cónyuges (141) en cuanto que, normalmente, es el domicilio conyugal el lugar donde se puede exigir el deber de convivencia, si bien no presupone que el deber de convivencia se desarrolle siempre en la vivienda familiar. Ahora bien, lo que se puede afirmar es que la convivencia conyugal se desarrolla siempre en un domicilio que es en un momento dado habitual, pero que no presupone que sea la vivienda familiar, o más concretamente, no es sobre la que pesa la indisponibilidad unilateral de uno de los cónyuges.

Esto viene a colación por la introducción en la Llei catalana 10/1998, de 15 de julio, d'unions estables de parella, que si bien no se trata de situaciones equiparables al matrimonio (142), como se desprende de la Exposición de Motivos y de la propia jurisprudencia constitucional, sí que se aplica a estas parejas la restricción equivalente a la del artículo 1.320 del Código Civil (art. 11 para la pareja de hecho heterosexual y art. 28 para la pareja homosexual de la citada Ley), respecto a la llamada, por la ley, «vivienda común», equivalente a la «vivienda familiar». Así, en el artículo 1 se define como pareja estable heterosexual al hombre y mujer que en los casos en que no

(139) En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a DEL CARMEN, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, 1984, pág. 348 y sigs. ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*, Barcelona, 1992, págs. 25 y sigs.

(140) ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, *La vivienda familiar...*, cit., pág. 28.

(141) En opinión de la doctrina, vid. per tot ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, *La vivienda familiar*, pág. 33 y sigs. y notas.

(142) En el párrafo 8 de la Exposición de Motivos de la citada Ley, dice: «Per aquesta raó, les unions matrimonials són objecte de regulació en el Codi de família i les altres relacions de convivència diferents del matrimoni, que constitueix l'element bàsic de la distinció constitucional, ho són en aquesta Llei, en capítols separats, respectant l'especificitat de cada modalitat».

hayan otorgado escritura pública, cumpliendo unos determinados requisitos, hayan vivido maritalmente durante un período ininterrumpido no inferior a dos años; esta situación se demuestra, además de por cualquier medio de prueba, artículo 2, según el artículo 10 (respecto de los derechos enumerados en el art. 9) mediante un acta de notoriedad de convivencia durante dos años.

La convivencia se determinará en relación a un «domicilio común» (que será el lugar donde han convivido los dos años exigidos por la ley), si bien este «domicilio» no tiene porqué ser el «común» de la pareja, el cual queda afecto a la indisposición unilateral, más bien será aquél que existiendo una continuidad en el uso, es el último que reúne la condición de poder determinar la convivencia por acta de notoriedad.

Las normas contenidas en la Llei d'unions estables no determinan cómo se debe fijar el domicilio común, incluso en el artículo 4 habla de la posible existencia de una pluralidad de viviendas (143) de uso de la pareja, al enumerar los gastos que son de cuenta de los dos. Por otra parte, la Llei no entra a regular la protección de la familia constituida por la pareja de hecho heterosexual, respecto a atribuir la vivienda común a quien tenga atribuida la guarda de los hijos en supuestos de crisis, tan sólo atribuye una facultad posesoria que le legitima durante un año para poder habitar la vivienda común, en el supuesto de fallecimiento de un miembro de la pareja, precepto que echamos en falta en la regulación matrimonial del Código Civil (144), que sólo regula el ajuar de la vivienda familiar (art. 1.321). Entiendo que resulta más necesario un precepto similar a las situaciones de crisis conyugales (otorgar un *ius posidendi* sobre la vivienda familiar en tanto exista la necesidad) que el texto del artículo 1.320 del Código Civil.

Si hemos visto que el domicilio es cambiante, es inestable; también lo es la familia. El concepto de familia es hoy difícil de definir. Existen «uniones» que pueden tener el carácter de «familia» y sin embargo no gozan de la protección del artículo 1.320 del Código Civil, por tratarse de uniones no matrimoniales, excepto en los supuestos que están regulados estos extremos en algunas de las autonomías con Derecho Civil propio.

Citemos, además de las uniones estables de pareja de hecho, sea homosexual o heterosexual, las situaciones de familias monoparentales, madre que adopta un hijo o varios, o que lo concibe o los concibe mediante técnicas de reproducción asistida. ¿Acaso se duda que esta situación conforma una familia? La misma situación se puede dar respecto del hombre en cuanto a la

(143) En su apartado b) dice que son gastos comunes de la pareja b) la conservación y mejora de las viviendas... de uso de la pareja. Lo dice en plural.

(144) Por el contrario, el Parlament de Catalunya en la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, en el artículo 11 otorga este *ius posidendi* al cónyuge supérstite.

adopción. Incluso en los supuestos de cónyuge viudo con hijos. En estos supuestos, ¿resulta necesaria la protección del domicilio familiar respecto de las personas más necesitadas de protección como son los hijos?, ¿se tendría que convenir la necesidad del consentimiento judicial para disponer el progenitor de la vivienda «familiar»? ¿o acaso estas situaciones no constituyen una familia digna de protección? Todo ello por no citar otros supuestos o situaciones que hoy existen (145).

Este tema es materia de la otra cuestión a tener en cuenta, esto es, la protección a la familia, ¿qué se entiende por protección a la familia a través de la protección de la «vivienda familiar»? La regulación de la «vivienda familiar» ¿constituye un modo de protección de la familia?

Si a través de la regulación del artículo 1.320 del Código Civil se pretende la protección constitucional a la familia protegiendo la «vivienda familiar» al impedir que se disponga de ella sin el consentimiento de ambos cónyuges, hay que decir que el propio artículo 1.320 del Código Civil, o el artículo que se propuso (146) adicionar a nuestra Compilación, que antes hemos visto, no presta una eficaz protección en el sentido que se pretende y para ello es suficiente detenernos en el segundo párrafo, al regular que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda es suficiente para no perjudicar al adquirente de buena fe. ¿Qué eficacia tiene el artículo 1.320 del Código Civil, en caso de producirse estos supuestos, para una efectiva protección de la familia?

Además, si se tratara de proteger a la familia no debería distinguirse entre actos a título gratuito y a título oneroso. ¿Qué sucedería si por acto de destinación, como es el testamento, dispusiera el cónyuge titular de la vivienda en favor de un extraño?, cosa que puede hacer mientras deje a salvo las legítimas, y ya hemos dicho que el Código Civil no atribuye la «vivienda familiar» al cónyuge supérstite, sólo el ajuar doméstico.

Asimismo no se da la posibilidad a los hijos (147) de impugnar el acto de disposición otorgado unilateralmente por uno de los padres o cónyuge de su padre o madre con quienes conviven.

(145) Todos conocemos las situaciones de parejas que no conviven por determinados motivos, bien sean fiscales o por los hijos respectivos, y sin embargo forman pareja y familia, lo único que cada progenitor vive independiente del otro con sus propios hijos de una anterior relación. ¿Es necesaria la protección de las «viviendas familiares»? si se trata de proteger a la familia mediante la protección de la «vivienda», ¿cómo se solucionan estos supuestos?

(146) Ver epígrafe 3.2.1.

(147) El Código de Familia de Cataluña, en su artículo 9, da acción a los hijos menores, siempre que sean convivientes, para instar la anulabilidad del acto de disposición o que comprometa el uso de la vivienda familiar. Lo que resulta de difícil interpretación es si la acción para instar la anulabilidad (debería decir ineficacia) la otorga

En definitiva, el sistema que presenta la regulación del artículo 1.320 del Código Civil no garantiza la protección de la familia, por todo lo expuesto, y especialmente porque el artículo 1.320 del Código Civil actúa constante matrimonio que sabemos que se actúa de consuno. En efecto, es la pareja quien de común acuerdo se da sus reglas (elige el domicilio, el régimen económico, el quantum a la contribución a las cargas del matrimonio, etc.), o cuando menos tendría que actuar de consumo, sea expresa o tácitamente.

En cambio, el artículo 1.320 del Código Civil no prevé las situaciones que puedan derivarse por el fallecimiento del cónyuge propietario de la vivienda, a excepción que sea titular de un contrato de arrendamiento, en cuyo caso se subroga el otro cónyuge.

Si bien el legislador catalán ha previsto el supuesto, en el artículo 11 de la citada Ley 8/1993, de 30 de septiembre, como ya hemos visto, lo que tenemos que hacer mención es que la protección de la «vivienda familiar» se otorga siempre a la extinción de una situación convivencial (148), sea supuesto de separación o divorcio, nulidad, o bien en los supuestos de extinción de la relación en las uniones de hecho, como ya hemos visto, que es cuando tiene razón de ser este tipo de regulación.

Es en los supuestos de crisis o contienda cuando el Derecho debe intervenir y no en las situaciones en las que la familia actúa de consuno como son las circunstancias que puedan ocurrir contante matrimonio, por entender que es excesivo el intervencionismo público en la familia. En cambio, en los supuestos de crisis, el Derecho debe atender la necesidad y proteger a la familia. Así en los casos de separación, divorcio o nulidad se atribuye el uso de la vivienda familiar a aquel de los cónyuges que tenga la guarda de los hijos. En los supuestos de crisis matrimonial, el Código Civil atribuye el uso de la vivienda familiar en función del interés más necesitado de protección y

a los hijos menores del cónyuge que otorga el acto inconstituido, o de su cónyuge, o sólo se refiere a los hijos de ambos. Entiendo que la interpretación debería ser en sentido amplio, los hijos sean de uno u otro o de ambos, siempre que sean menores y convivientes, porque lo que se persigue es la salvaguarda del domicilio familiar en interés de la familia.

(148) En este sentido es claro lo argumentado por VILA RIBES, CARMEN: «O sea, que estas normas se aplicarán para resolver las relaciones de los cónyuges de los hijos en situaciones de nulidad, separación o divorcio, y no en situación de normalidad. Creo, pues, que la regulación de la separación de bienes... y entiendo como más discutible el otro criterio, el más citado, de protección a la familia, que a mi modo de ver debería sustituirse por el de protección a los hijos y de protección al cónyuge perjudicado, pero de esto se encargan otro tipo de normas distintas a las del régimen económico, que son las de disolución del matrimonio». *El régimen económico matrimonial en el Proyecto de Reforma de la Compilación de Derecho Civil de Baleares*. Cuadernos de la Facultad de Derecho, núm. 16, Palma, pág. 233.

en tanto dura la necesidad, momento en que se extinguiría la legitimación posesoria (149).

Estas conclusiones son las que tendremos que estudiar a la luz del Auto del TC de inadmisión del recurso de amparo promovido por doña Cristina Boule Duret, de 22 de marzo de 1999, contra la sentencia de 3 de septiembre de 1998 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, para concluir, en definitiva, si la protección a la «vivienda familiar» es esencial para la protección constitucional de la familia.

3.2.3. *El Auto del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999*

El Tribunal Superior, en su sentencia de 3 de septiembre de 1998, no utiliza argumentaciones basadas en principios proteccionistas de la familia que, por otra parte, fundamentaron la sentencia de la Audiencia (150). Entiende, más bien, que las argumentaciones de la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil se encuentra en las normas generales de aplicación del derecho contempladas en nuestra Compilación y en el Código Civil.

Entraremos a analizar el Auto de inadmisión del recurso de amparo interpuesto por la cónyuge señora Boule ante el Tribunal Constitucional que, a mi entender, es esencial para dirimir definitivamente el tema que hemos planteado, y en concreto sobre si era necesaria la aplicación de normas supraprincipiales, extraídas de la Constitución Española de 1978, a supuestos regulados en los distintos Derechos Civiles territoriales y que, como es en nuestro caso, el legislador entendió expresamente que no debía incluirse en nuestra Compilación un precepto del tenor del artículo 1.320 del Código Civil.

Si por el contrario, la protección constitucional de la familia necesita de un artículo del tenor del 1.320 del Código Civil, nuestro Parlamento autonómico debería proceder a su inclusión en nuestra Compilación. Si bien es cierto, como ya hemos argumentado, que no existe relación entre la protección de la familia y la regulación del artículo 1.320 del Código Civil.

(149) En este sentido, ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, 1984, pág. 608.

(150) La Audiencia Provincial de Baleares entendió que era de aplicación el artículo 1.320 del Código Civil: entre otras razones: 1) Porque la finalidad es la salvaguarda del domicilio conyugal de la «arbitrariedad o mala fe del cónyuge», al ser la norma un reflejo del «carácter transpersonalista del Derecho de Familia», además se tiene que dar con independencia de que los esposos estén sujetos al Derecho Común o al Derecho Balear y cualquiera que sea el régimen económico. 2) De no aceptarse se cuestionaría «la efectividad del artículo 70 del Código Civil» derivado del artículo 14 CE, a la vez que «conculcaría el artículo 39.2 de la Constitución». Ver epígrafe 3.1.1.

Ahora bien, antes de proceder a este análisis, nos detendremos a analizar la argumentación que sobre este punto emitió el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, por ser especialmente clarificadora.

El TSJB (151) se pregunta: «¿hasta qué punto la Constitución Española exige una norma como la establecida en el artículo 1.320 del Código Civil? Y ... consecuentemente, ¿hasta qué punto el artículo 3.1 de la Compilación Balear podría ser inconstitucional por omisión, al no exigir el consentimiento del cónyuge para actos dispositivos sobre la vivienda familiar? Y de ser así, ¿cómo es posible que el TSJB, en su sentencia de 3 de septiembre de 1998, no declara la existencia de una laguna en nuestro Derecho y por tanto la aplicación supletoria del Código Civil?

La Sala, ante tales cuestiones, es contundente, como lo será el Tribunal Constitucional, afirmando que la protección jurídica a la familia puede darse de múltiples formas y «ni el artículo 39, ni el 32, ni ningún otro precepto imponen una medida concreta al efecto».

Finaliza afirmando que en los artículos 3, 4 y 5 de nuestra Compilación, «ninguna sombra de inconstitucionalidad puede proyectarse sobre dicha regulación».

El Tribunal Constitucional, el 22 de marzo de 1999, acordó la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por la señora Boule y declaró que no se lesionó el artículo 14 CE por la inaplicación del artículo 1.320 del Código Civil, «puesto que la sentencia que se impugna se limitó a aplicar la regulación vigente en el Derecho Civil balear, sin que la diferencia de trato existente entre la regulación del artículo 1.320 del Código Civil, que rige el Derecho Común y la que la sentencia declara aplicable en Baleares, constituya una desigualdad contraria al artículo 14 CE al estar admitida en el artículo 149.1.8.º CE, que acepta la coexistencia en nuestro ordenamiento de diferentes regímenes jurídico-civiles en función de los llamados Derechos Civiles Forales o Especiales existentes en el territorio español y sin que la no aplicación al Derecho balear de la regulación prevista en el artículo 1.320 citado contrarie lo establecido en el artículo 32 CE...»

La conclusión del Tribunal Constitucional es acorde con la argumentación que hemos venido manteniendo a lo largo de este trabajo. Por un lado, hay que afirmar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia aplicó con rigor nuestro Derecho Civil propio por entender que no existía laguna legal que determinara la aplicación supletoria del Código Civil. En segundo lugar, el legislador autonómico por dos veces (152) no quiso entrar a tipificar la «vivienda familiar» como institución con función protectora de la familia a través de un texto

(151) En el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia comentada de 3 de septiembre de 1998.

(152) Lo hemos estudiado en los epígrafes 3.1.2 y 3.2.1.

similar al del artículo 1.320 del Código Civil y por ello, la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho balear (153), por voluntad expresa del legislador autonómico, porque así lo quiere y es el sentir de nuestra sociedad.

Sólo añadir y terminar con unas palabras elocuentes del texto del Auto del Tribunal Constitucional, para que no vuelva a utilizarse como fundamento (154) de una posible modificación de la Compilación en este tema, la protección constitucional de la familia: *«dicha protección es perfectamente compatible con la opción legislativa elegida por el legislador autonómico que, con fundamento en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que históricamente rige en las Islas Baleares, conscientemente no consideró oportuno la vigencia (155) que establece el artículo 1.320 del Código Civil»*.

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

(153) Hemos expuesto este punto en el epígrafe 3.1.

(154) El fundamento de una posible y futura modificación de la Compilación e incorporación de la «vivienda familiar», como institución de Derecho Civil balear, sólo debería ser, salvo supuestos de inconstitucionalidad, la demanda social. El legislador debe atender lo que la sociedad mayoritariamente le demanda porque siempre va por delante la sociedad al legislador, y es bueno que así sea, no fuera cosa que en Derecho Privado y concretamente en Derecho Civil se utilizara el «dirigismo» público.

(155) El Tribunal Constitucional recalca que la «vivienda familiar» no es una institución de Derecho Civil balear, por consiguiente no hay laguna.

El crédito preferente del hotelero

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. ORIGEN HISTORICO Y APOYO LEGISLATIVO ACTUAL DE LA PREFERENCIA ATRIBUIDA AL CREDITO POR HOSPEDAJE.—II. FUNDAMENTO DE DICHA PREFERENCIA.—III. NATURALEZA DE ESTA PREFERENCIA, DEL ESPECIAL DERECHO CONCEDIDO AL HOTELERO.—IV. AMBITO DE APLICACION DE LA PREFERENCIA LEGAL DEL HOTELERO: A) ACREEDOR TITULAR DE LA PREFERENCIA. B) SUJETO PASIVO DE LA MISMA. C) CRÉDITOS PROTEGIDOS. D) OBJETOS SOBRE LOS QUE RECAE LA PREFERENCIA. E) EJERCICIO DE LA PREFERENCIA. F) CONCURRENCIA DE VARIOS DERECHOS PREFERENTES SOBRE UN MISMO OBJETO.—V. TRASCENDENCIA PRACTICA DE ESTA PREFERENCIA.—VI. CONCLUSION.

INTRODUCCION

Como sabemos, la vida económica descansa en una base fundamental, la de que las obligaciones se cumplan, pues no podría haber movimiento económico si los acreedores no tienen seguridad de que sus créditos serán satisfechos; de ahí la necesidad de que todo Ordenamiento jurídico establezca medios para hacer efectiva la seguridad del crédito. Por supuesto, el deudor responde de sus obligaciones con todo su patrimonio, de manera que en caso de impago el acreedor puede exigir ser satisfecho sobre el mismo mediante la venta de los bienes: es la llamada responsabilidad patrimonial universal, cuyos orígenes se remontan al Derecho romano, y que se encuentra recogida en el artículo 1.911 de nuestro Código Civil. Aún así, todos los Ordenamientos han previsto la posible existencia de garantías específicas, que atribuyan una mayor seguridad a créditos concretos, para que su titular se sienta más protegido. Esto es lo que ocurre con relación al crédito de los establecimientos hoteleros: prácticamente todas las legislaciones latinas han intentado asegurarlo de manera especial, y casi todas han optado por hacerlo concediéndole una preferencia de cobro. Es el caso de nuestro Código Civil, que establece en el artículo 1.922, número 5, que

«Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: los (créditos) de hospedaje sobre los muebles del deudor existentes en la posada».

La finalidad de nuestro trabajo es examinar este especial derecho de preferencia. Para ello intentaremos, en primer lugar, determinar la naturaleza jurídica del mismo, analizando si se trata de un verdadero derecho de prenda sobre los objetos introducidos en el establecimiento, de un simple derecho de retención de los mismos, o de uno de los tradicionalmente llamados «privilegios» para cobrar. En segundo lugar, estudiaremos quién es el titular de este derecho al que se protege con la preferencia, cuál es el concreto crédito protegido, sobre qué objetos recae dicha preferencia, y la forma de ejercicio de la misma. Finalmente, nos plantearemos la aplicación práctica de esta preferencia legal, su frecuencia y su éxito; y, a la vista de su escasísima efectividad, propondremos vías alternativas para lograr la seguridad del crédito del establecimiento hotelero, que es lo que en definitiva buscaba el legislador cuando estableció este tipo de garantía.

I. ORIGEN HISTORICO Y APOYO LEGISLATIVO ACTUAL DE LA PREFERENCIA ATRIBUIDA AL REDITO POR HOSPEDAJE

El Derecho Romano (1), por la «justa» desconfianza que inspiraban los hoteleros, agravó notablemente su responsabilidad, creando en su contra una *actio in factum*, e invirtiendo la carga de la prueba. Sin embargo, no se preocupó de asegurarles el pago de sus prestaciones, olvidando el aspecto inverso de la cuestión.

(1) Digesto, 9 . 1 a 7: «Que los navieros, mesoneros y estableros restituyan lo que asumieron bajo su custodia»: «...porque muchas veces es necesario fiarse de ellos y encomendar objetos a su custodia. Y no se piense que este edicto es muy severo con ellos, porque está en su arbitrio el no custodiar nada a nadie; y si no se hubiese establecido así, se daría ocasión para la complicidad con los ladrones... y ni aún con esto se abstienen ciertamente de tales fraudes...». Añaden estos preceptos que responderán de cualesquiera cosas, propias y ajenas, por su conducta y la de sus empleados en su negocio, y aunque el hospedaje fuese gratuito, a manos que se tratase de fuerza mayor (accidente inevitable), o que se hubiese advertido formalmente que no se iba a responder del daño sin protesta del viajero. Digesto, 47 . 5 . 1: «Sobre la acción de hurto contra navieros, mesoneros y estableros»: «...el mesonero responde del acto de aquellos que tiene en su mesón para el servicio del mismo, y también de los que están allí hospedados; pero no del acto de los viajeros, porque no aparece que el mesonero ni el establero pueda elegir ni rechazar al viajero que va de paso, en tanto los hospedados de manera permanente sí que los ha elegido, en cierto modo, al no echarlos, y debe responder por el acto de aquellos...». Como vemos, ya en el Derecho Romano se partía del paralelismo entre el transporte por mar y el hospedaje, paralelismo que se ha mantenido en nuestra legislación hasta la actualidad, como demuestra el artículo 1.601 del Código Civil, que atribuye a los conductores de efectos por tierra o por mar las mismas obligaciones establecidas para los posaderos en cuanto a la responsabilidad por pérdida o deterioro de las cosas que se les confían. También se atisba en dichos preceptos la obligación del hotelero de prestar sus servicios a los viajeros, seguramente por el carácter de público de tales servicios, obligación que en la actualidad está consagrada de manera expresa.

Este mismo criterio fue acogido por las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X «El Sabio», que igualmente hicieron referencia a la especial responsabilidad de los «ostaleros» (2). Recogieron además la obligatoriedad de prestar sus servicios, aunque sólo con relación a los peregrinos o romeros, «que

(2) Partida 5.^a, Tít. 8, Ley 26: «Como los ostaleros, e los aluergadores, e marineros, son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas, e en sus navios, aquellos que ay rescibieren»: *Caualleros, o mercaderos, o otros omes que van camino, acaesce muchas vegadas, que han de posar en casa de los ostaleros, e en las tauernas; de manera, que han de dar sus cosas a guardar a aquellos que y fallaren, fiandose en ellos, sin testigos, e sin otro recabdo ninguno; e otrosi los que han a entrar sobre mar, meten sus cosas en las naues en essa misma manera, fiandose en los marineros; e porque en cada una destas maneras de omes acaesce muchas vegadas, que ay algunos que son muy desleales, e fazen muy grandes daños, e maldades, en aquellos que se confian en ellos, porende conuiene, que la su maldad sea refrenada con miedo de pena. Onde mandamos, que todas las cosas que los omes que van camino, por tierra, o por mar, metieren en las casas de los ostaleros, o de los tauerneros, o en los nauios, que andan por mar, o por los rios; aquellas que fueren y metidas, con sabiduria de los señores de los ostales, o de las tauernas, o de las naues, o de aquellos que estouieren y en lugar dellos, que las guarden de guisa que se non pierdan, nin se menoscaben; e si se perdiessen por su negligencia, o por engaño que ellos fiziesen, o por otra su culpa, o si las furtassen algunos de los omes que vienen con ellos; estonce, ellos esrian tenudos de les pechar todo quanto perdiessen, o menoscabassen. Ca guisada cosa es, que pues que fian en ellos los cuerpos, e los aueres, que los guarden lealmente, a todo su poder, de guisa que non resciban mal, nin daño. E lo diximos en esta ley, entiendese de los ostaleros, e de los tauerneros, e de los señores de los nauios, que vsan publicamente a recebir los omes, tomando dellos ostalage, o loguero. E en esta misma manera dezimos que son tenudos de los guardar estos sobredichos, si los resciben por amor, non tomdo dellos ninguna cosa. Fuera ende en casos señalados. El primero es, si ante que lo reciba, le dize, que guarde bien sus cosas que non quiere el ser tenudo de las pechar si se perdieren. El segundo es, si le mostrare, ante que lo rescibiesse, arca, o casa, e le dize: Si aqui queredes estar, meted en esta casa, o en esta arca vuestras cosas; e tomad la llaue della, e guardadlas bien. El tercero es, si se prediessen las cosas por alguna ocasion que auiniesse, assi como fuego que las quemasse, o por auenidas de rios, o si se derribasse la casa, o peligrasse la naue, o se prediessen por fuerça de enemigos. Ca perdiendose las cosas por algunas destas maneras sobredichas, que non auiniesse por engaño, o por culpa dellos, estonce non serian tenudos de las pechar. Partida 7.^a, Tít. 14, Ley 7: «Como aquel que tiene el ostalage en su casa, e los Almozarifes que guardan al aduana, e los otros que guardan el alfondiga del pan, son tenudos de pechar las cosas que furtran en cada uno destos lugares»: *En su casa, o en su establia, o en su naue, recibiendo un ome a otros, con sus bestias, o con sus cosas, por ostalaje, o por precio que reciba, o aya esperança de auer dellos; si el Ostalero mesmo, o otro qualquier por su mandado, o por su consejo, furtasse alguna cosa a aquellos que assi recibiesse, tenudo es de pechar la cosa furtada a aquel cuya es, con la pena del furto. E si por auentura non la furtasse el, mas algund su ome que estuuiesse con el a soldada, o de otra guisa, tenudo es otrosi el Ostalero de pechar doblada aquella cosa que le furaron, maguer non fuesse furtada por su mandado, nin por su consejo, porque el es en culpa, teniendo ome malfechor en su casa. Pero si este que fiziesse el furto fuesse sieruo, estonce en escogencia es del señor de desamparar el sireuo en lugar de la cosa furtada, o de la pechar doblada, qual mas quisiere. Mas si lo furtare otro extraño, e el Ostalero non fuesse en culpa del furto, estonce non seria tenudo de la pechar; fuera ende si la ouiesse el recebido en guarda de aquel cuya era, ca estonce tenudo seria de la tornar, o la estimacion. Otrosi dezimosque el Almozarife es tenudo de**

van de viaje con intención de servir a Dios y ganar el perdón de sus pecados y el Paraíso» (3). Sin embargo, tampoco hacen alusión al pago de sus prestaciones, ni a posibles garantías de dicho pago.

No hemos encontrado otras disposiciones sobre estas materias en el Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, en el Fuero Real de España, en el Fuero Viejo de Castilla, en el Ordenamiento de las Leyes de Alcalá de Henares, en la Nueva Recopilación, ni en el Suplemento de ésta.

Sí, en cambio, en la Novísima Recopilación de las Leyes de España, que contiene ya una regulación más sistemática de las posadas (4). En concreto, la Ley 5 del Título 36 del Libro VII establece la obligación, ya con carácter general, de suministrar a viandantes naturales y extranjeros los mantenimientos necesarios, y por un precio justo.

En cualquier caso, en ninguno de los cuerpos legales citados aparece ninguna garantía para los «ostaleros» del cobro de sus servicios. La única posible referencia al deseo de proteger dicho cobro la hemos encontrado en la Ley 12 del Título XI del Libro X de la Novísima, que, bajo el epígrafe de «*pago privilegiado*», manda que quede derogado el fuero de toda distinción de clases de personas privilegiadas, en todo el Reino,

dar recabdo de toda la mercaderia que se mete, e se pone en el aduana. Esso mesmo dezimos que deue fazer el que guarda el alfondiga del trigo, o de la ceuada, o de la farina, que aduzen ay Arroqueros. E si alguna cosa destas sobredichas fuere furtada, ellos son tenudos de la pechar, por dos razones. La una, porque aquellos que la aduzen, la dexan en su guarda, e en su poder, e en su fieltad. La otra es, porque toman ende su derecho. Regula además la Partida 7.^a, Tít. 15, Ley 26: «Como los hostaleros que tienen colgadas algunas cosas a las puertas, las deuen poner de manera que non fagan daño a otri».

(3) *Partida 5.^a, Tít. 8, Ley 27*: «Como los ostaleros, e los aluergadores, deuen recibir a los pelegirinos, e guardar a ellos e a sus cosas».

(4) Libro VII, Tít. 36: De las ventas, posadas y mesones. En las 13 leyes que componen este Título se hace especial referencia al deseo de garantizar el buen trato de los pasajeros («camas limpias», «habitaciones cómodas», y «bien abastecidas de paja y cebada para las bestias y de los alimentos necesarios para los viajeros»), y al de asegurar el precio justo de las cosas que se venden y los servicios que se prestan («por la avaricia de los dueños de las posadas y sus arrendatarios o posaderos»); igualmente, se alude a la exención de determinadas alcabalas y otros privilegios que se conceden a ventas, posadas y mesones, a fin de fomentar su existencia. Como curiosidad, podemos recordar que en el Libro III, Tít. XIV, leyes 1 a 24, se regula a los Aposentadores de la Corte, y los criterios que deben seguir para aposentar a las diferentes personas de la misma, incluida la Guardia Real, en los distintos pueblos por donde pasen. También destacaremos que en las leyes 25 y 27 el Título XIX del mismo Libro se establecen reglas que han de observarse en las posadas públicas y secretas de Madrid, por ser sede de la Corte; entre ellas la necesidad de licencia del Alcalde para posadas secretas; la de poner tablilla sobre puerta principal o balcón que diga «posada», para que no se confundan con los demás vecinos; la de dar cuenta de los huéspedes que admiten, indicando su nombre, pueblo del que son naturales, motivo de su venida a la Corte y salida de la posada; o la prohibición de dar albergue en cuadras, cocheras, sótanos o guardillas, ni a pretexto de caridad.

«...para que los artesanos, menestrales, jornaleros, criados y acreedores alimentarios de comida, posada y otros semejantes, como también los dueños de los alquileres... puedan cobrar los créditos de lo que fiaren executivamente... y sin admitirse inhibición ni declinatoria de fuero... guardando únicamente a la Nobleza las excepciones que señalan las mismas leyes respecto á sus personas, armas y caballo... por quanto abusan las clases distinguidas y gentes acomodadas de su prepotencia para impedir el pago de sus deudas... y burlar la autoridad de los Jueces ordinarios...».

Parece, por tanto, que en dicha época se quiso ya buscar algún tipo de protección en favor del hotelero.

Con el tiempo, este silencio se consideró un grave error, porque la relación contractual que se formaba entre el hotelero y el cliente no podía fundarse en la confianza personal que ofreciera el alojado.

A este error trató de proveer en Francia la *Coutume de Paris*, que en su artículo 175 establece que

«*Dépenses d'hôtelage livrées par hotes à pèlerins ou à leurs chevaux sont privilégiées, et viennent à préférer devant tout autre sur les biens et chevaux hotelés, et les peut retenir jusqu'à paiement, et si aucun autre créancier les voulait enlever, l'hôtelier a juste sujet de s'y opposer*».

Así, concede al hotelero una preferencia para cobrar su crédito, preferencia que no existió en Derecho romano ni en las legislaciones europeas posteriores que en él se basaban, e incluso le reconoce un derecho de retención de las caballerías y efectos del viajero hasta el pago de los gastos causados por el hospedaje.

La preferencia pasó de aquí al *Code francés*, en concreto al artículo 2.102, número 5, en cuya virtud

«*Les créances privilégiées sur certains meubles sont: les fournitures d'un aubergiste, sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge*».

De este Código, que no reconoce expresamente al hotelero derecho de retención de tales objetos, pasó luego a las legislaciones europeas posteriores.

En concreto en España aparece por primera vez en el artículo 1.926, número 4 del Proyecto de Código Civil de 1851, como una innovación tomada del derecho francés (5). Dicho precepto establece que

(5) Establece GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Cometa, S.A., Zaragoza, 1974, pág. 283, que este precepto es el número 5 del artículo 2.102 del Código francés, «copiado en todos los Códigos modernos».

«Gozan de privilegio especial sobre los bienes muebles que respectivamente se designan en los números siguientes, los créditos procedentes de: 4. El haber de los posaderos por razón de hospedaje sobre los efectos existentes en la posada».

Hoy, y desde la redacción inicial del Código Civil vigente, esta preferencia se encuentra consagrada en el artículo 1.922.5, de acuerdo con el cual:

«Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia: 5. Los créditos de hospedaje sobre los muebles de aquél existentes en la posada».

No concede expresamente el Código Civil al hotelero derecho de retención de tales objetos, para asegurar su preferencia, ni en este precepto ni en ningún otro.

Desde 1885, no obstante, y para un supuesto muy similar, el de los transportes de viajeros por mar, aparece recogida una preferencia análoga, y con expreso derecho de retención para facilitarla, en el Código de Comercio, en concreto en su artículo 704, de acuerdo con el cual

«El Capitán, para cobrar el precio del pasaje y gastos de manutención, podrá retener los efectos pertenecientes al pasajero, y en caso de venta de los mismos gozará de preferencia sobre los demás acreedores, procediéndose en ello como si se tratase del cobro de los fletes».

La preferencia para cobrar del hotelero también aparece en otras legislaciones, como la italiana (6), la alemana (7), la argentina (8), la chile-

(6) Artículo 2.760 del Codice: *«I crediti dell'albergatore per mercedi e somministrazioni verso le persone albergate hanno privilegio sulle cose da queste portate nell'albergo e nelle dipendenze e che continuano a trovarvisi. Il privilegio ha effetto anche in pregiudizio dei terzi che hanno diritti sulle cose stesse, a meno che l'albergatore fosse a conoscenza di tali diritti al tempo in cui le cose sono state portate nell'albergo».*

(7) Aunque en esta legislación aparece derivada de un «derecho de prenda» que expresamente se reconoce al «posadero sobre las cosas introducidas en el establecimiento por el huésped, como garantía de sus créditos derivados del alojamiento y otros servicios facilitados al huésped para satisfacer sus necesidades, incluyendo los gastos», en concreto en el párrafo 704 del BGB alemán. La remisión que dicho párrafo hace a los párrafos 559.3 y 560 a 563 lleva a que dicha prenda se extienda a las cosas no sujetas a embargo, y que se extinga por la salida de las mismas del establecimiento, a menos que dicha salida tenga lugar sin conocimiento o con la oposición del posadero, o como consecuencia de la normal explotación del negocio del cliente, o de acuerdo con las circunstancias normales de la vida, o si las cosas que quedan son notoriamente suficientes para garantizar el pago. En relación a las cosas a cuya salida del establecimiento puede oponerse, se concede al posadero derecho de retención, e incluso de persecución durante un plazo de un mes desde que haya conocido tal sustracción.

(8) Artículo 3.886 del Código Civil: *«El posadero goza del privilegio del locador, bajo las mismas condiciones y excepciones, sobre los efectos introducidos en la posada,*

na (9), o la mejicana (10). No todas ellas reconocen expresamente derecho de retención en su garantía (11). Incluso hay países que, sin reconocer preferencia para cobrar al hotelero, sí le conceden derecho de retención de los objetos del cliente hasta que éste verifique el pago (12).

II. FUNDAMENTO DE DICHA PREFERENCIA

La doctrina española actual entiende que el fundamento de la preferencia que se atribuye al hotelero, que por naturaleza sólo es aplicable en los supuestos de pluralidad de acreedores, podemos encontrarlo en dos argumentos:

En primer lugar, en la especial responsabilidad que se impone al hotelero en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil (13). Si es natural que la

mientras permanezcan en ella, y hasta la concurrencia de lo que se le deba por alojamiento y suministros habituales de los posaderos a los viajeros. El privilegio no comprende los préstamos de dinero, ni se da por obligaciones que no sean las comunes de los viajeros».

(9) Artículo 2.474.1 del Código Civil: reconoce un privilegio «al posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños».

(10) Artículo 2.993.VI del Código Civil: «El crédito por hospedaje será pagado preferentemente con el precio de los muebles del deudor que se encuentren en la casa o establecimiento donde está hospedado».

(11) Sí lo hace el Código Civil mejicano en su artículo 2.669, y el BGB alemán en su parágrafo 704 en relación con el 561, pero no los demás citados.

(12) Es el supuesto, por ejemplo, del Código holandés (en sus arts. 283 a 289, dedicados a regular los créditos preferentes, no establece ninguna preferencia para el hotelero, aunque sí le atribuye derecho de retención en el art. 609.3). Es también el caso del Código Civil portugués (tampoco reconoce ninguna preferencia al hotelero en sus arts. 733 a 753, dedicados a los privilegios crediticios, y en cambio sí le concede derecho de retención sobre las cosas que las personas albergadas hayan llevado a la posada, y sobre sus accesorios, por el crédito de hospedaje). E igualmente del Código suizo de las Obligaciones (el art. 491 le reconoce derecho de retención en garantía de sus créditos). Supuesto distinto es el del Código cubano que, aunque no concede directamente preferencia alguna al hotelero para el cobro de su crédito, sí le atribuye derecho de retención sobre el equipaje y demás pertenencias de los usuarios (art. 442), mientras que en preceptos anteriores establece expresamente que el retentor goza de preferencia en cuanto al bien retenido sobre cualquier otro acreedor (art. 278.3).

(13) «Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento, a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos. La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor». El artículo 1.601 del

tenga, por la confianza que el viajero deposita en él, es lógico que el hotelero goce, como contrapartida, de un derecho especial sobre los bienes de aquél, pues en la mayor parte de los casos no lo conocerá, ni podrá comprobar su solvencia (14).

El estudio de estos preceptos ha dado lugar a una abundantísima bibliografía (15), cuyo examen excede del propósito de nuestras líneas. Tan sólo vamos a destacar dos cuestiones:

mismo Código extiende estas mismas obligaciones a los conductores de efectos por tierra o por agua, sin perjuicio de lo dispuesto respecto al transporte en el Código de Comercio y leyes especiales. En todo caso, destaca NAVARRETE, en «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en la *RDM*, octubre-diciembre de 1958, pág. 274, que resulta curioso que el Código Civil, que no se preocupa para nada de los daños que pueda sufrir el viajero en su persona, se preocupe en cambio, y con preceptos de mucho rigor, de los daños que puedan producirse en su equipaje; recuerda además un suceso ocurrido en Barcelona, de mucha notoriedad, planteándose que si el delincuente se hubiese llevado las maletas del huésped, la Dirección del hotel hubiese tenido que responder de tal hecho, y en cambio cuando lo que se lleva es la vida misma de un hombre, la responsabilidad del establecimiento no está definida en ningún precepto legal.

(14) Esta responsabilidad aparece, excepto en la portuguesa, en todas las legislaciones consultadas (arts. 2.241 a 2.248 del Código chileno, 2.230 a 2.233 del argentino, 609 del holandés), si bien en algunas de ellas se limita su cuantía a un número determinado de veces el precio diario del alojamiento cuando los daños no derivan de culpa del hotelero, y en relación a los objetos que no le fueron entregados expresamente en depósito, a menos que rechazara dicho depósito sin motivo (es el caso de la legislación francesa, arts. 1.952 a 1.954 del Code; y de la italiana, arts. 1.783 a 1.785 del Codice). En otras legislaciones se limita la responsabilidad en los mismos supuestos a una cantidad máxima por viajero (así lo hace el Código suizo de Obligaciones en sus arts. 487 a 491, o el Código mejicano en sus arts. 2.535 a 2.538). La legislación alemana acoge un criterio mixto, y en los párrafos 701 a 703 del BGB limita la cuantía de la responsabilidad del posadero a cien veces el coste de alojamiento de un día, con un límite máximo de 6.000 marcos, que se reducen a 1.500 tratándose de dinero, títulos y joyas.

(15) Por todos, véase a mi maestro, el profesor LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, T. III «Contratos», Trivium, Madrid, 1998, pág. 349. Podemos destacar también los trabajos de BARCELÓ DOMENECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995; BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, L., «El seguro turístico», en las *II Jornadas sobre Derecho y Turismo*, Andanzas IV, Fundación Cultural Santa Teresa ed., Avila, 1997, págs. 57 a 66; FELIÚ REY, M. I., «La responsabilidad civil extracontractual del hostelero», en las *I Jornadas sobre Derecho y Turismo, Temas de Derecho Privado*, Andanzas III, Fundación Cultural Santa Teresa ed., Avila, 1995, págs. 91 a 105; JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la sentencia de 27 de enero de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo de 1994, núm. 34, págs. 357 a 377; MARTÍN-GRANIZO, M., «Comentarios a los artículos 1.769, 1.783 y 1.784 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por J. L. Albacar López, T. VI, Trivium, Madrid, 1991; NAVARRETE, A., «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en la *RDM*, octubre-diciembre de 1958, págs. 265 a 281; PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en el *Centenario del Código Civil*, T. II, págs. 1561 a 1591, Ed. Ceura, Madrid, 1990; PASCUAL ESTEVILL, L., «La responsabilidad que se puede contraer por daños causados por las cosas inanimadas que se tienen *ad custodiandum* en circunstancias determinadas», en la *RDP*, 1990, págs. 967 a 982; PASCUAL NIETO, G., «Los contratos de

1. Parece necesario que el hostelero se dedique de manera habitual o profesional al ejercicio de la industria hostelera, es decir, el carácter de habitualidad o profesionalidad de quien asume esta carga. Por ello no serían de aplicación los artículos 1.783 y 1.784, antes citados, al llamado hospedaje civil (16).

2. No parece que deba existir diferencia entre la responsabilidad contractual del hotelero por la custodia directa, de los objetos especialmente entregados en depósito, y por la custodia indirecta, de los efectos simplemente introducidos por los clientes, a la vista de lo dispuesto en el artículo 78 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, de clasificación de establecimientos hoteleros (17), que establece en su párrafo primero que

«En todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que a tal efecto sean entregados, bajo recibo, por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro en los supuestos y en las condiciones establecidas en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil».

Este precepto aplica el mismo régimen de imputación de responsabilidad, el de los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil, a ambos supuestos, el de la simple introducción de los efectos y el de la entrega específica para su custodia.

Por tanto, la responsabilidad del establecimiento hotelero, tanto en cuanto a las cosas simplemente introducidas como en cuanto a las cosas especialmen-

espectador y guardarropas en los cinematógrafos», en la *RGD*, 1952, págs. 2 a 11; ROCA JUAN, J., «Comentarios a los artículos 1.769, 1.783 y 1.784 del Código Civil», en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982; RODRÍGUEZ BUJÁN, J., «La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes según el Derecho español y alemán», en la *RGLJ*, 1974, 2, págs. 149 a 169; RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 11 de enero de 1971, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospederero», en las *I Jornadas sobre Derecho y Turismo, Temas de Derecho Privado*, Andanzas III, Fundación Cultural Santa Teresa ed., Avila, 1995, págs. 25 a 43; VICENTE GELLA, F., «Convenciones de no responsabilidad», en la *RCDI*, 1928, págs. 401 a 413, 481 a 496, 561 a 576, 641 a 656 y 721 a 736.

(16) En contra se pronuncia NAVARRETE, *op. cit.*, pág. 276, al entender que donde la ley no distingue no debemos distinguir, y en los preceptos del Código Civil sobre esta cuestión no se distingue.

(17) El artículo 148.1.18 de la Constitución española ha autorizado a las Comunidades Autónomas a asumir competencias en cuanto a la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial, y a la luz de dicho precepto prácticamente todas las Comunidades han dictado ya disposiciones en estas materias. No vamos a hacer referencia a las mismas, sin embargo, porque son de tipo administrativo, y no alteran el régimen general civil de la materia que estudiamos.

te depositadas, será más extensa que la de un depositario normal (18), al responder siempre, salvo fuerza mayor, o bien más reducida, si las prevenciones hechas a los clientes llegan de hecho casi a excluirla.

También debemos resaltar que, en la medida requerida por la buena fe o los usos, de acuerdo con el artículo 1.258 de Código Civil (19), este tipo de depósito expreso puede formar parte también de la prestación debida por el hotelero, de manera que éste sólo por causa justificada podrá negarse a recibir en depósito, para su custodia, efectos de sus clientes (20) (por ejemplo, por su valor desproporcionado, tamaño excesivo, o carecer de las instalaciones adecuadas) (21).

De cualquier manera, que el contrato de depósito sea obligatorio para el establecimiento no quiere decir que deje de ser tal contrato, y de estar sometido a las disposiciones del mismo.

En segundo lugar puede fundamentarse la preferencia del crédito del hotelero en la obligación de contratar que le impone la legislación turística. Debemos recordar aquí que el hospedaje es un contrato obligado para el empresario hostelero, por el carácter de público del servicio que presta, y por encontrarse en una situación de oferta constante al público a través de la explotación con carácter profesional y exteriorizada y la publicidad del establecimiento.

Esta obligación de contratar ya aparecía en las Partidas y en la Novísima Recopilación, como hemos visto, y se encuentra hoy expresamente dispuesta en el artículo 16 del Estatuto Ordenador de las Empresas y Actividades Turísticas Privadas, que establece que

(18) Artículo 1.766 del Código Civil: el depositario responderá de los daños causados por dolo o negligencia, pero no de los ocurridos por caso fortuito o fuerza mayor.

(19) «*Los contratos obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso...*».

(20) Esta obligación de aceptar depósitos expresos sí está específicamente recogida en el *Codice* italiano (art. 1.784) y en el BGB alemán (parágrafo 702), con respecto al dinero, títulos valores y objetos valiosos, y en cualquier caso a menos que se trate de objetos peligrosos, de valor excesivo en relación al tipo de establecimiento, o de tamaño desproporcionado o naturaleza voluminosa. Ambos cuerpos legales, que como regla limitan la cuantía de la responsabilidad del establecimiento, declaran ilimitada a la misma en relación a los objetos recibidos en custodia, o cuya custodia se ha rehusado sin motivo. También puede afirmarse la existencia de la obligación de recibir bienes en depósito en los Códigos francés (art. 1.953.2), y suizo de Obligaciones (art. 488), en cuanto que imponen responsabilidad ilimitada respecto de los objetos que se haya rehusado recibir en depósito sin motivo justificado, cuando como regla general limitan la responsabilidad.

(21) Recordemos que, de acuerdo con el artículo 1.776 del Código Civil, el depositario que tenga justo motivo para no conservar el depósito podrá restituirlo al depositante, aún antes del término designado, y si éste se resiste podrá obtener del Juez la consignación.

«Los establecimientos de las empresas turísticas a que se refiere el presente Estatuto tendrán la consideración de públicos, siendo libre el acceso a los mismos, sin otra restricción que la de someterse la clientela a las prescripciones de esta disposición y reglamentaciones específicas de cada actividad. Sin embargo, por razones de edad, moralidad, higiene, enfermedad o convivencia podrán autorizarse las oportunas limitaciones».

Por su parte, el artículo 36 de la Orden Ministerial de 28 de julio de 1988, sobre campamentos de turismo, dice expresamente que *«queda prohibida cualquier discriminación injustificada por razones de edad, sexo, condición social, nacionalidad u otras similares».*

Por tanto, únicamente razones de moralidad, enfermedad, higiene, y otras semejantes, pueden autorizar la no prestación de este tipo de servicios.

Entre las limitaciones posibles a dicha obligación de contratar se encuentra también la derivada de la existencia de un Registro de Morosos, en la Federación Española de Hoteles, autorizado por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de julio de 1994, como medio de los empresarios de transmitirse recíprocamente informaciones sobre sus clientes; quizá con base a la inscripción en este Registro pueda denegarse también el hospedaje al cliente concreto afectado ante el riesgo de impago de su cuenta.

En todo caso, la obligación de contratar con personas desconocidas, que en el momento de ser requeridas para pagar pueden sorprender con su insolvencia, constituye también razón suficiente para explicar la preferencia.

III. NATURALEZA DE ESTA PREFERENCIA, DEL ESPECIAL DERECHO CONCEDIDO AL HOTELERO

Ahora bien, si está claro el fundamento de esta especial preferencia, no lo está tanto la naturaleza de la misma, la determinación de qué tipo exacto de derecho se quiere conceder al hotelero.

La doctrina había propuesto tres posibles soluciones para explicar esta preferencia:

- Entender que al fondista se le atribuye un auténtico derecho de prenda sobre los efectos del viajero, una prenda tácita (22).

(22) Es el criterio de la doctrina tradicional francesa. Véanse por todos, BONNECASE, *Précis de Droit Civil*, T. II, 2.^a ed., Paris, 1939, pág. 665, y más recientemente MARTY Y RAYNAUD, *Droit Civil*, T. III, vol. 1, Sirey, Paris, 1971, págs. 267 y 328; DUPONT DELESTRAINT, *Droit Civil. Sûretés. Privilèges et hypothèques. Publicité foncière*, Dalloz, Paris, 1973, págs. 19 y 21, y VOIRIN, *Manuel de Droit Civil*, T. I, Paris, 1984, pág. 574. En Italia han defendido la configuración como una prenda tácita, POCHINTESTA, *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il Codice Civile italiano*, vol. I, Librería Editrice Brero,

- Considerar que se le concede un verdadero derecho de retención sobre los mismos.
- Calificar su derecho como un simple privilegio o preferencia para el cobro sobre el valor en dinero de dichos bienes.

Las diferencias como vemos son importantes. La prenda (23) es una garantía real perfecta, que recae directamente sobre las cosas específicas y determinadas sujetas a ella, y concede a su titular derecho a retenerlas en su posesión hasta que se le pague, derecho de persecución de las mismas si salieran fuera de su ámbito de poder (24), la facultad de imponer su enajenación para proceder con el importe obtenido al pago de su crédito (el llamado *ius distrahendi*), y un derecho de preferencia para el cobro sobre tal producto líquido con relación a los demás acreedores.

El derecho de retención (25), en cambio, sólo atribuye la facultad de conservar la cosa hasta el pago del débito; pero no concede por sí mismo ni *ius distrahendi* ni preferencia para el cobro, es necesario que estas facultades se le hayan unido por otras vías (como ir adherido a una garantía real, o existir disposición legal expresa en este sentido) para gozar de ellas. Además se extingue necesariamente con la pérdida de la posesión, no existiendo posibilidad de perseguir la cosa una vez que haya salido del ámbito de poder del titular; y por último no recae sobre el dinero procedente de la venta de la misma, sólo sobre la cosa específica. En definitiva, sólo implica superioridad de hecho sobre otros acreedores, no de derecho.

El privilegio, o preferencia privilegiaria de cobro, por su parte, se puede definir como el derecho que tienen ciertos créditos de ser pagados antes que

Torino, 1880, págs. 39 y 101; LUZZATI, *Dei Privilegi*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1895, pág. 670; CIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I, Fratelli-Bocca, Torino, 1917, pág. 328, y BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Unione Tipografico Editrice, Napoli-Torino, 1924, págs. 268 y 564, señalando este último que dicha prenda tácita es configurada por la ley, no tanto en beneficio del hotelero como en interés del viandante, pues en su virtud podrá verse acogido con mayor facilidad y podrá obtener un crédito que, si no existiera el privilegio, vería denegado. En nuestro Ordenamiento también lo concibió así, como una presunción *iuris et de iure* de prenda, GARCÍA GOYENA, en *Concordancias...*, cit., pág. 987. En todo caso, la legislación alemana expresamente configura el derecho del hotelero como una prenda, en el parágrafo 704 del BGB.

(23) Véanse los artículos 1.857 a 1.873, y 1.922, números 2 y 3 del Código Civil.

(24) Tanto respecto del mismo propietario de la cosa, a la vista del artículo 464.1 del Código Civil (que permitiría al hotelero reclamar la cosa cuando haya sido privado ilegalmente de ella, lo que ocurrirá si el dueño la recupera antes de haber pagado su crédito), como respecto de terceros extraños (pues el art. 1.869 del mismo cuerpo legal le autoriza a ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa para reclamarla o defenderla contra tercero).

(25) Véase, en relación a este derecho, el estudio que realiza mi maestro, el profesor LASARTE ALVAREZ, en *Principios...*, cit., T. II, págs. 243 a 248.

otros con el producto de la venta de algunos bienes, o de todos los del deudor, derecho que además tiene su único fundamento en la ley.

Ahora bien, no recaen dichas preferencias en sentido estricto sobre la cosa, sino sólo sobre el precio que se obtiene de su venta; no conceden derecho de retención por sí mismas, a menos que expresamente así lo diga la ley, o se atribuyan ligadas a derechos de garantía real (26). Tampoco conceden derecho de persecución de la cosa (excepción hecha de la preferencia del arrendador, a la vista de la redacción del último apartado del art. 1.922); y ni siquiera aseguran que un determinado bien va a ser objeto de acción ejecutiva, sino que, en el caso de que efectivamente lo sea, con el importe de su liquidación deberá ser pagado preferentemente el acreedor privilegiado.

Las consecuencias de configurar el derecho del hotelero de una u otra forma son trascendentales, como vemos.

En nuestro Ordenamiento, la doctrina excluye unánimemente la configuración de este derecho como una verdadera prenda o garantía real, a pesar de la calificación que realiza el artículo 1.783 del Código Civil de la introducción de efectos en hoteles como «depósito necesario», que se regirá en defecto de sus propias normas por las generales del depósito, y del tenor literal del artículo 1.780 del mismo cuerpo legal, en cuya virtud el depositario puede retener «en prenda» la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito.

Las razones son claras: no parece que haya un auténtico desplazamiento de la posesión, ni posibilidad de imponer la ejecución de la cosa; por otro lado, la voz «prenda» no está utilizada en aquel precepto en sentido propio, sino en un sentido amplio muy perturbador, y, en cualquier caso, existe un precepto específico para este supuesto, que por lo tanto ha de aplicarse con preferencia a uno general, el artículo 1.922.5 del Código Civil, antes citado, que incluye dicho supuesto entre las preferencias de cobro.

Por otra parte, la configuración como un supuesto de prenda tácita debía suponer la existencia no sólo de la preferencia que estudiamos, sino también del resto de derechos inherentes a aquélla, especialmente el de persecución de la cosa, y tal derecho es negado por la doctrina categóricamente. El hotelero, entienden nuestros autores de manera unánime (27), no puede reclamar los bienes cuando han salido de su establecimiento, entre otras razones porque sería difícil comprobar la identidad de los mismos, así como que fueron introducidos en dicho lugar.

(26) E incluso a veces son incompatibles con el mismo, como ocurre con la preferencia del apartado 1 del artículo 1.922 del Código Civil.

(27) Véase, por todos, GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1962, págs. 56 y sigs.

Frente a sustracciones de terceros, aunque el hotelero pueda perseguir los objetos, no lo podrá hacer por la vía del artículo 1.869.2 del Código Civil (28), que permite al acreedor pignoraticio ejercer la acción reivindicatoria del dueño deudor, ni por la vía del artículo 464.1 del mismo Código, subrogándose en la acción real del propietario; en todo caso, la posible persecución de los bienes será una consecuencia de su responsabilidad como depositario (29).

Ni siquiera vemos claro que pueda ejercitar las acciones que protegen la posesión, puesto que ésta en realidad la tiene el cliente, y el derecho del hotelero sobre los bienes se traduce sólo en que puede impedir su traslado.

Con relación a las posibles sustracciones realizadas por el propio cliente deudor, o personas que sigan sus instrucciones, no parece que el hotelero pueda inutilizar la acción del propietario mediante la prueba de que ha realizado una sustracción o privación ilegal, pues en todo caso más que una verdadera sustracción lo que habría es una negligencia del hotelero (30); y tampoco la prueba de que la readquisición de la posesión por el deudor-cliente no fue querida por el acreedor-hotelero sirve para garantizar el derecho de éste, como sí pasa con la prenda (31), pues la salida de los efectos puede interpretarse como una presunción de renuncia de la preferencia, y en todo caso se debe a la negligencia misma del hotelero, como ya hemos señalado.

En nuestra opinión, el artículo 1.922.5 del Código Civil lo que consagra es una preferencia de cobro, para ser el crédito del hotelero satisfecho antes que los demás créditos del deudor.

(28) «Mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella. Esto, no obstante, el acreedor podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero».

(29) Así se deduce de los artículos 1.783, 1.782 y 1.766 del Código Civil.

(30) Ya AUBRY Y RAU, en *Cours de Droit Civil français*, T. III, Marchal et Billard ed., Paris, 1900, pág. 272, nota al pie núm. 78, se pronunciaron en contra de la aplicación al hotelero de los derechos reconocidos al acreedor pignoraticio, sobre todo en lo que se refiere a la posible reivindicación de la cosa en caso de sustracción, por entender que el desplazamiento realizado, no por terceros, sino por el dueño, no reviste los caracteres de «vol» (robo), y que tal derecho de reivindicación debería extenderse, a falta de disposición específica, durante tres años, lo que resulta extraño a la vista del corto plazo que se reconoce al arrendador para reclamar los objetos desplazados por el arrendatario. En el mismo sentido se pronuncia BIANCHI, *op. cit.*, pág. 578: si el hotelero hubiese sido diligente y hubiese dado órdenes precisas al portero, o persona encargada de la custodia del establecimiento, la salida de los bienes, que supone el fin de su privilegio, no se hubiera podido realizar, él debe por tanto sufrir el daño causado por dicha salida; otra solución además llevaría al absurdo de que el arrendador, a quien expresamente se concede el derecho de persecución, sólo pueda ejercerlo en un plazo muy corto, y en cambio el hotelero, a quien se niega implícitamente dicho derecho, pueda en cambio ejercerlo en un plazo de tres años.

(31) Artículo 1.191 del Código Civil: «Se presumirá remitida la obligación accesorio de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor», en sentido contrario.

Dentro de esta categoría general, establece en concreto una preferencia privilegiaria (32), por disponer de un privilegio en sentido propio, y ello porque su origen no depende de la existencia de una garantía real que acompañe al crédito protegido, ni de una publicidad registral específica, ni de la constancia en documento público, sino de una disposición legal que expresamente lo establece.

Se trata de una preferencia privilegiaria especial, por recaer sobre bienes concretos del deudor, y no sobre todos ellos en general, y mobiliaria, por ser ésta la naturaleza concreta de los bienes afectados.

Por último, se configura como una preferencia privilegiaria especial mobiliaria y posesoria, ya que su vigencia se hace depender del mantenimiento de los bienes en un lugar determinado, la posada o establecimiento hotelero. Se plantea, por tanto, el mismo problema común a todo este tipo de preferencias, que es el de determinar si va acompañada de derecho de retención de dichos bienes en el citado lugar, como medio de conservar tal preferencia.

La doctrina española desde antiguo ha entendido que la preferencia atribuida al hotelero sí va acompañada de dicho derecho de retención, aunque el carácter excepcional de este derecho requiera en principio un reconocimiento expreso que en aquel supuesto no existe (33).

Con especial claridad lo expuso VIÑAS MEY (34) cuando explicó la preferencia del hotelero como una figura híbrida, mezcla de puro privilegio y auténtica retención, y destacó que, aunque es cierto que el Código Civil no establece de modo categórico el derecho de retención del hotelero, si el deseo del legis-

(32) Recordemos aquí que en nuestra opinión, ya puesta de relieve en otros trabajos, los tradicionalmente llamados «privilegios» no constituyen hoy sino un subtipo concreto dentro de la figura más general de la preferencia de cobro, que es el verdadero criterio, junto con el de la proporcionalidad o *solutio pro rata*, que nuestro Ordenamiento jurídico recoge para solucionar los concursos de créditos.

(33) Así lo sostienen VIÑAS MEY, «El derecho de retención», en la *RDP*, 1922, págs. 110 y 114; BONET CORREA, *Régimen jurídico del hospedaje y la hostelería*, Rialp, Madrid, 1955, págs. 34 y 35; DE BUEN, en sus *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil*, de COLIN Y CAPITANT, Reus, Madrid, 1982, pág. 276; GULLÓN BALLESTEROS, «El crédito privilegiado en el Código Civil», en el *ADC*, 1958, pág. 467, y *La prelación de créditos*, cit., pág. 58; LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, Murcia, 1960, págs. 97, 143, 144 y 207; Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, pág. 410; ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, «Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», en la *RCDI*, marzo-abril de 1995, pág. 328; GARRIDO GARCÍA, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 424 y sigs., o CASTILLO MARTÍNEZ, «Prelación de créditos», en la *RGD*, marzo de 1993, pág. 1295. También parece reconocer derecho de retención al hotelero la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941 (RJA núm. 758), cuando, aunque sea como *obiter dicta*, afirma que «el derecho de retención se traduce en una preferencia o prioridad en los eventos a que alude ... el número 5... del artículo 1.922 del Código Civil».

(34) VIÑAS MEY, «Más sobre el derecho de retención», en la *RDP*, 1923, págs. 1 y sigs.

lador fue dar una garantía al fondista, si para ello le otorgó un privilegio especial para el cobro, y si hizo recaer éste sobre los bienes muebles del deudor «existentes» en la posada, parece lógico pensar que iba implícito en su ánimo el concederle un derecho de retención sobre los mismos, pues en otro caso bastaría para dejar sin efecto tal preferencia legal con sacar los bienes del establecimiento, sustracción a la que además no podría oponerse el hotelero.

Para este autor, por tanto, el precepto que estamos estudiando sería uno de los casos en que el derecho de retención no se limita a ser una mera excepción que puede oponer el acreedor frente a la reclamación de restitución de la cosa del deudor que posee, ni un simple medio de conservación del privilegio, o preferencia privilegiaria, sino que se conjuga con ella, viniendo a ser un elemento de la misma y contribuyendo decisivamente a su efectividad.

Esta es, igualmente, nuestra opinión, pues además el derecho de retención sí está recogido de manera expresa en nuestro Ordenamiento para un supuesto muy parecido al de hospedaje, como es el de transporte marítimo de viajeros, en el artículo 704 del Código de Comercio, que antes citamos, cuando establece que

«El Capitán, para cobrar el precio del pasaje y gastos de manutención, podrá retener los efectos pertenecientes al pasajero, y en caso de venta de los mismos, gozará de preferencia sobre los demás acreedores, procediéndose en ello como si se tratase del cobro de los fletes».

Y aunque es cierto que resulta curioso reconocer derecho de retención a un acreedor que no posee la cosa, porque ésta en realidad continúa en poder del cliente, para estos efectos entendemos que el establecimiento es poseedor por intermedio del cliente deudor, si no posee directamente (35).

El hotelero podrá, por otra parte, ejercitar su derecho de retención no sólo respecto de los objetos simplemente introducidos en el establecimiento, sino incluso respecto de los entregados en custodia directa, en depósito; y con relación a estos últimos podrá ejercitarlo, igualmente, no sólo por los gastos derivados de dicho depósito expreso, sino en general por todos los ocasionados por el hospedaje. Así lo deducimos del artículo 1.780 del Código Civil, que expresamente concede el derecho de retención al depositario (36), y de la consideración que realizamos inicialmente de ser dicho depósito expreso de

(35) Hay que recordar que el hotelero no se desposee totalmente de las habitaciones, en las que casi constantemente tiene entrada; en otro caso estaríamos ante un arrendamiento y no un hospedaje.

(36) Como curiosidad, destacaremos que el derecho de retención del depositario aparece tomado del Derecho francés, pues no aparecía en nuestros textos legales históricos, ni en el Fuero Real, ni en las Partidas, ni en los posteriores. Al contrario, en ellos se entendía que la confianza que había dado lugar al depósito convertía en sagrada la obligación de restituir la cosa.

carácter obligado para el establecimiento, en la medida requerida por la buena fe o los usos, como una prestación más del hospedaje, de acuerdo con el artículo 1.258 de Código Civil.

Cosa distinta es la efectividad que pueda tener este derecho de retención, como más adelante veremos.

En todo caso, la solución afirmativa a la cuestión sobre el posible derecho de retención del hotelero es también el criterio de la doctrina portuguesa (37), holandesa (38), mejicana (39), cubana (40), e incluso de la francesa (41) y la argentina (42), aunque en estos dos últimos supuestos no exista consagración legal expresa.

La doctrina italiana, en cambio, rechaza la existencia del derecho de retención para este acreedor hotelero, a la vista de la regulación de su *Codice* (43).

(37) Artículo 755.1.b del Código Civil: «*Gozam ainda do direito de retenção: o albergueiro, sobre as coisas que as pessoas albergadas hajam trazido para a pousada ou acessórios dela, pelo crédito da hospedagem*».

(38) Artículo 609.3 del Código Civil: el hotelero tiene, sobre las cosas de las que es responsable (las cosas introducidas en el establecimiento por el cliente), un derecho de retención, hasta el pago de lo que se le debe por sus servicios como hotelero. No se atribuye a éste, sin embargo, una preferencia de cobro.

(39) Artículo 2.669 del Código Civil: los dueños de los establecimientos podrán retener en prenda los equipajes de los pasajeros hasta que obtengan el pago de lo adeudado.

(40) Artículo 442: La entidad tiene el derecho de retención sobre el equipaje y las demás pertenencias de los usuarios hasta el completo pago de lo que se le deba por el hospedaje y demás servicios prestados.

(41) Véanse, por todos, COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2.^a ed. francesa por la RGLJ, con notas sobre el Derecho Civil español por D. De Buen, Reus, Madrid, 1982, pág. 171, que afirman este derecho de retención para el hotelero, aunque no esté consagrado de manera expresa, a la vista del principio de equidad, del que es corolario la *exceptio non adimpleti contractu*, dado que existe una relación contractual entre propietario y retenedor. Véanse también MARTY Y RAYNAUD, *op. cit.*, págs. 268 y 328. Además, el artículo 1.948 del *Code* atribuye derecho de retención al depositario, y el artículo 1.952 configura la introducción de efectos en establecimientos hoteleros como depósito (necesario).

(42) El Código Civil argentino, que regula el derecho de retención como figura general en sus artículos 3.939 a 3.946, no lo concede expresamente al hotelero; no obstante, sí parece que le será aplicable, pues según el artículo 3.940 existirá derecho de retención siempre que la deuda aneja a la cosa retenida haya nacido por ocasión de un contrato o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella. Véase CABANELLAS, «Derecho de retención», en el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Heliasta, Buenos Aires, 1979, pág. 615.

(43) Se alega para ello que el *Codice* concede de manera expresa derecho de retención al depositario que haya realizado gastos de conservación o mejora en el bien mueble, en los artículos 2.761 y 2.756, y sin embargo en el artículo 2.760, inmediatamente anterior, al recoger la preferencia del hotelero, no se lo reconoce, por lo que no se le puede aplicar por analogía. La única defensa posible para el hotelero, desde este punto de vista, sería utilizar el secuestro conservativo que establece el artículo 2.769. Todo esto a menos

IV. AMBITO DE APLICACION DE LA PREFERENCIA LEGAL DEL HOTELERO

En el examen del ámbito de aplicación de la preferencia legal del hotelero vamos a estudiar los siguientes puntos:

- A) Acreedor titular de la preferencia.
- B) Sujeto pasivo de la misma.
- C) Créditos protegidos.
- D) Objetos sobre los que recae la preferencia.
- E) Ejercicio del privilegio.
- F) Concurrencia de varios derechos preferentes sobre un mismo objeto.

A) ACREEDOR TITULAR DE LA PREFERENCIA

El Código Civil no utiliza ninguna palabra para designar al titular de esta preferencia, haciendo mención tan sólo a los «*créditos por hospedaje*».

La primera cuestión que se plantea, por tanto, a la vista del tenor literal del precepto, es determinar qué se entiende por una «posada». El Diccionario (44) la define como mesón, casa de huéspedes; casa pública donde por dinero se alberga a viajeros, caballerías y carruajes; casa en la que, mediante cierto precio, se da estancia y comida, o sólo alojamiento, a algunas personas. Esto supone que el precepto se aplica hoy a las llamadas Empresas de Hostelería, o Establecimientos Hoteleros, que cumplen actualmente esa misma función (45).

que los objetos le hayan sido específicamente entregados en custodia, en cuyo caso devendrá un auténtico depositario, con todos los derechos de éste, entre ellos los de retención y preferencia. Véase RUBINO, «La responsabilità patrimoniale. Il pegno», en el *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por F. Vasalli, vol. XIV, T. I, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1956, pág. 115; DI FILIPPO Y VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale. Privilegi. Pegno*, Ed. Jandi Sapi, Roma, 1966, pág. 256; RUISI, *I privilegi*, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1980, págs. 225 y 364; MERZ Y ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, CEDAM, Padova, 1990, pág. 117; o DEL VECCHIO, *I privilegi nella legislazione civile fallimentare e speciale*, Giuffrè ee., Milan, 1994, pág. 213. En contra se pronunciaba BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Unione Tipografica Editrice, Napoli-Torino, 1924, págs. 142 y 581, quien, en relación al *Codice* de 1865, claro, sí reconocía dicho derecho de retención al hotelero. También lo reconocía LUZZATI, *Dei privilegi. Commento teorico-pratico del Codice Civile italiano*, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1895, pág. 684, si bien para este autor el hotelero lo que podía oponer, cualquiera que fuera el nombre que se diera a esta facultad, era su derecho a la posesión, que derivaba de su contrato de prenda tácita, y que era condición indispensable para el ejercicio de su preferencia.

(44) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésimo primera edición.

(45) El artículo 2 del Estatuto Ordenador de las Empresas y Actividades Turísticas Privadas (Decreto de 14 de enero de 1965) las define como las empresas dedicadas de

Por tanto, serán titulares de esta preferencia todos los que se dediquen de modo habitual y profesional a la prestación de alojamiento retribuido; es decir, los establecimientos hoteleros, aunque carezcan de medios exteriores de publicidad que hagan evidente su existencia, siempre que se entienda que sus contratos son de hospedaje y no de arrendamiento.

Dichos establecimientos hoteleros son clasificados por las disposiciones administrativas (46) en muy diversas categorías, pero todas ellas deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la preferencia, de acuerdo con el criterio de ejercicio profesional de sus actividades, siempre que se entienda que celebran contrato de hospedaje en el ejercicio de su actividad, pues éste es el tipo de crédito protegido. Quedan así incluidos hoteles, hostales, pensiones, albergues, fondas, campings, y demás en que se dé aquella circunstancia, no haciéndose ninguna distinción entre ellos.

Quedarán excluidos en cambio los establecimientos de comidas y bebidas (restaurantes y bares) (47).

modo profesional o habitual, mediante precio, a proporcionar habitación a las personas, con o sin otros servicios de carácter complementario; añadiendo que la simple tenencia de huéspedes, del modo autorizado por la legislación de arrendamientos urbanos, siempre que sean estables, no será reputada como actividad hotelera. Con palabras muy similares se expresa el Real Decreto de 15 de junio de 1983, de Ordenación de los Establecimientos Hoteleros: empresas y establecimientos dedicados de modo habitual y profesional al alojamiento de personas mediante precio, y quedando exceptuada la simple tenencia de huéspedes con carácter estable, y el alquiler de apartamentos para su ocupación por motivos vacacionales o turísticos.

(46) De tipo estatal y autonómico. Véase la nota a pie núm. 17.

(47) Para BONET CORREA, *Régimen jurídico del hospedaje...*, cit., la especial responsabilidad del hotelero, que en nuestra opinión justifica la condición de preferente de su crédito, había de hacerse extensiva a todos los locales en los que se ejerciera una industria abierta al público, incluidos restaurantes, bares, cafeterías, salas de fiestas, balnearios y demás, por razones de analogía legal, y por darse aquí también el riesgo profesional de la industria, ya que el uso del local por los clientes casi no se concibe sin despojarse de los propios efectos. En consecuencia, parece que la preferencia en el cobro debería existir también en beneficio de dichos establecimientos. Esta postura, en cambio, nos parece excesiva, porque el carácter excepcional de aquella responsabilidad y de la preferencia de cobro, excluye su aplicación analógica, y porque en muchos de dichos supuestos la prestación de alojamiento, que justificaba originariamente la responsabilidad y la preferencia, no existe. En la legislación italiana el artículo 1.786 del *Codice*, en relación a la responsabilidad, establece que «*Le norme di questa sezione si applicano anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili*». Este precepto ha llevado a algunos autores, como DI FILIPPO, *op. cit.*, pág. 254, o DEL VECCHIO, *op. cit.*, pág. 212, a defender la extensión de la preferencia a dichos establecimientos. En contra, en cambio, se pronuncian LUZZATI, *op. cit.*, pág. 671; BIANCHI, *op. cit.*, pág. 565 (estos servicios se suelen pagar de manera inmediata, son cantidades de poca entidad, y además no es normal que al acudir a un café o restaurante se lleven efectos sobre los cuales pueda luego entenderse que se constituya una prenda tácita); GAETANO, *op. cit.*, pág. 114, o RUBINO, *op. cit.*, pág. 114, nota al pie núm. 2 (quien recuerda que la designación concreta de la persona a la que se atribuye el privilegio —*albergatore*—, el

Tampoco se aplicará la preferencia a los supuestos de subarriendo, o admisión de un huésped en casa, sin perjuicio de los derechos que se ostenten como arrendador, ni cuando la estancia o permanencia del demandante fue un acto de puro obsequio (48).

En general, no se aplicará en aquellas situaciones en las que no exista esa reiteración profesional de prestación de alojamiento retribuido como prestación principal. Será el caso tanto del alojamiento gratuito de un amigo, como de la tenencia de un huésped en una casa particular de manera retribuida pero sin ánimo profesional, del arrendamiento de vivienda, y de aquellos establecimientos en los que la prestación de alojamiento es tan solo una prestación accesoria, siendo la principal otra, como los internados, clínicas, sanatorios o balnearios.

B) SUJETO PASIVO DE LA PREFERENCIA

Es lógicamente «*el deudor*», la persona albergada (49), que concertó el contrato de hospedaje y utiliza el establecimiento para alojarse.

carácter excepcional de la institución y el análisis de los trabajos preparatorios del nuevo *Codice* excluyen el abandono de la teoría tradicional de este privilegio y su extensión a los casos antes citados). No se ha encontrado un precepto similar al italiano en la legislación francesa, de hecho en las disposiciones relativas a la responsabilidad se habla siempre de los «*aubergistes*» o de los «*hoteliers*». En cuanto al Código argentino, establece expresamente en su artículo 2.233 que la responsabilidad impuesta a los posaderos no se aplica a los administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos semejantes.

(48) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1896.

(49) Así se deduce de la parca redacción de nuestro Código Civil. El *Codice* italiano, en cambio, sí habla explícitamente de «*le persone albergate*». No ya de «*le viandante*», los viajeros, como en 1865, con lo que han desaparecido las discusiones que había planteado tal expresión, en relación a si el privilegio era aplicable con respecto a quienes no eran viajeros, sino habitantes de la ciudad donde se encontraba el establecimiento, pero que lo frecuentaban, y en relación a los cuales el posible conocimiento de su solvencia excluía en principio la existencia de la preferencia (con respecto a la redacción antigua, véase BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., págs. 565 y 566). En cambio el *Code* francés sigue hablando del viajero, el «*voyageur*» (tanto en su art. 2.102, en relación a la preferencia, como en su art. 1.952, en relación a la responsabilidad). En cuanto al Código argentino, establece expresamente en sus artículos 2.233 y 2.234 que la responsabilidad impuesta a los posaderos no se aplica respecto de los «viajeros» que entren en las posadas sin alojarse en ellas, ni respecto de los particulares que no fuesen viajeros, o que no estén como huéspedes, ni respecto de las personas que viviendo o pudiendo vivir en los pueblos alquilan piezas como locatarios en las posadas; y en relación a la preferencia para cobrar del hotelero habla siempre de los efectos y de las obligaciones de los «viajeros» (art. 3.886). El Código cubano por su parte, en su regulación del contrato de hospedaje, se refiere siempre al «usuario» (arts. 438 a 443). En cualquier caso, las personas que se alojan en el establecimiento, pero porque trabajan en él, deberán regirse por las normas del tipo de contrato laboral que hayan celebrado.

Como regla general ambas cualidades, de persona contratante y persona hospedada, coincidirán en la misma persona.

Cabe sin embargo la posibilidad de que no sea así, si el hospedaje fue contratado por una persona pero para alojar a otra, sean sus empleados, familiares o en general dependientes. En este caso se plantea el problema de determinar si los objetos de quienes concretamente utilizaron el establecimiento, es decir, de los usuarios, deben o no quedar sometidos a la preferencia, y por tanto a la posible retención de los mismos por parte del susodicho establecimiento.

En nuestra opinión la preferencia, y por tanto la retención, sólo deben recaer sobre los bienes del deudor, es decir, de quien concertó el contrato de hospedaje y se obligó a pagarlo; los bienes de otras personas, aunque hayan sido las beneficiarias del alojamiento, no deben quedar sometidos a esta especial afectación (50).

Otra solución nos parece, aparte de toda consideración de justicia y equidad, absurda, pues la retención de bienes de alguien que no es el deudor, difícilmente presionará a éste para pagar.

Muy especialmente defendemos este criterio si el contrato fue concertado por una persona jurídica para alojar a sus empleados, o simplemente a personas que contrataron con ellas unos servicios más amplios que incluían el hospedaje (51), y esto aunque las personas jurídicas por naturaleza no pueden ser destinatarias de los servicios de hospedaje, y lo serán personas físicas relacionadas con las mismas. Resulta aquí fuera de toda lógica que personas que han cumplido todas sus obligaciones, y que seguramente han pagado el precio total de los servicios concertados, se vean sujetas a la posible retención de sus bienes a cuenta de deudas que no son suyas (52).

Por todo ello, si la persona contratante del hospedaje resulta ser una deudora morosa, la solución para el establecimiento es no volver a contratar con ella, pero no someter bienes que no pertenecen a la misma a una afectación especial al pago.

(50) Sostiene LÓPEZ ALARCÓN, *op. cit.*, pág. 97, que también quedarán incluidos los objetos de los acompañantes del deudor, sean familiares, amigos o criados, criterio con el que en términos generales no estamos de acuerdo, por vetarlo el tenor literal del precepto y un mínimo sentido de justicia material.

(51) Nos referimos concretamente a los contratos celebrados con Agencias de Viajes, en los que se incluyen normalmente servicios de transporte y hospedaje durante un determinado tiempo. Estos contratos reciben en nuestra legislación la designación de «contratos de viaje combinado», estando regulados en la Ley 21/1995, de 6 de julio. También se encuentran regulados en la legislación alemana, con el nombre de «contratos de viaje», en el párrafo 651 del BGB.

(52) En contra defiende DI FILIPPO, *op. cit.*, pág. 255, que sujetos pasivos serán tanto el contratante del hospedaje como la persona que ha sido beneficiaria del mismo, pudiéndose ejercitar la preferencia sobre los bienes de ambas introducidos en el establecimiento.

El criterio decisivo en definitiva para determinar quién es el sujeto pasivo de la preferencia, y qué bienes deben quedar sometidos a la misma, sobre los cuales se podrá ejercer derecho de retención hasta el pago, es el de tener en cuenta a nombre de quién se encuentra la habitación, o en términos generales el contrato.

La única excepción que quizá podríamos defender es la del contrato concertado por una persona para alojarse ella misma y sus familiares, porque la retención de bienes de éstos sí ejercerá una fuerte presión para estimular el pago (53).

Otra cosa sería que los objetos se encuentren en posesión del deudor, desconociendo el hotelero su pertenencia a terceras personas; en este caso, sí estarían afectados por la preferencia, hasta que se demuestre la propiedad del tercero (art. 464 del Código Civil). Luego lo veremos.

En cualquier caso, tampoco alcanzará la protección legal que supone la preferencia a los familiares del dueño, empleados de éste, ni en general a las personas que viven en el establecimiento y trabajan allí, todas las cuales deberán someterse a las disposiciones del depósito voluntario (54), a no ser que su permanencia se rija por las normas del hospedaje, por ser éste el contrato en cuya virtud están en el establecimiento.

C) CRÉDITOS PROTEGIDOS

Los créditos que gozan de esta preferencia son los «*créditos de hospedaje*», es decir, los que tienen su causa en el contrato de hospedaje.

No vamos a hacer ahora un examen específico de este tipo de contrato (55), pero sí tenemos que destacar las siguientes cuestiones:

(53) LUZZATI, *op. cit.*, pág. 678: los Tribunales deberán determinar si el «*trattamento*» dado por el establecimiento ha sido individual para cada miembro de la familia, o conjunto. En este segundo supuesto surge una obligación solidaria de todos los miembros de la familia para el pago, y dicha solidaridad se extiende a todos los objetos introducidos por la familia en el establecimiento, con independencia de a quién pertenecen singularmente. La indivisibilidad del privilegio o preferencia hará el resto.

(54) En el mismo sentido, PELLISÉ PRATS, *op. cit.*, pág. 875.

(55) Véanse los trabajos de PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, 1.^a ed., Imprenta Asilo de Huérfanos S.C. de Jesús, Madrid, 1930; MORENO MOCHOLÍ, «Convivencia, subarriendo y hospedaje (estudio sobre el art. 27 de la Ley de Arrendamientos de fincas urbanas)», en la *RDP*, 1953, págs. 111 a 121; BONET CORREA, J., *Régimen jurídico del hospedaje y hostelería*, Rialp, S.A., Madrid, 1955; FRAGALI, M., *Contratto di albergo*, en la *Enciclopedia del Diritto*, T. I, págs. 963 a 1002, Giuffrè ed., 1958; NAVARRETE, A., «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en la *RDM*, octubre-diciembre de 1958, págs. 265 a 281; DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Diccionario de Derecho Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1984, T. I, voz «Contrato de hospedaje»; RODES, J. E., «El contrato de reserva de alojamiento

Ha de tratarse del crédito actual de hospedaje. Por ello los efectos introducidos en el hotel no pueden quedar sujetos a la preferencia por deudas contraídas por el viajero en una estancia anterior. Ahora bien, los objetos dejados en el establecimiento en una estancia anterior y que permanezcan en él, sí responderán de los gastos ocasionados durante aquella estancia y durante la actual.

en régimen de contingente en el Ordenamiento español», en la *RJC*, 1993, 4, págs. 1027 a 1050; y del mismo autor, «El (mal llamado) depósito de garantía en los contratos de contingente (reserva) de alojamiento», en la *RJC*, 1995, 4, págs. 1045 a 1064; CIURNELLI, G. (y otros), *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Giuffrè ed., Milan, 1994; MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *La prohibición de compensar las deudas derivadas de depósito y comodato*, Bosch, Barcelona, 1994; NAVAS NAVARRO, S., *Compensación, depósito y comodato*, Marcial Pons ed., Madrid, 1997; MASTROPAOLO, F., «Il deposito in albergo», en el *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por P. Rescigno, UTET, Torino, 1997, vol. 12, págs. 546 a 569. El hospedaje es aquel contrato en cuya virtud el empresario hostelero, «fondista» o «mesonero» en terminología del Código Civil, se obliga a ceder al cliente el uso de determinadas habitaciones para su alojamiento, y a suministrarle servicios complementarios de agua, energía eléctrica y limpieza, y de custodia o vigilancia de sus efectos, a cambio de un precio. El suministro o venta de alimentos no es un elemento esencial de este contrato, aunque suele ser frecuente su prestación. Sobre todo, hay que destacar que el fondista no se desposee totalmente de las habitaciones, en las que casi constantemente tiene entrada; en otro caso, estaríamos ante un arrendamiento de local. Presenta esta figura notables semejanzas con la del subarriendo, en el campo del hospedaje civil, pero la diferencia entre ellas se explica fácilmente, pues en el subarriendo se cede al arrendatario la posesión de una habitación, sin facilitarle ningún servicio personal; cuando el arrendador presta, él mismo o sus dependientes, algún servicio al alojado, habrá hospedaje. Resulta interesante el estudio que sobre estas dos figuras realiza MORENO MOCHOLÍ en su obra citada, págs. 117 a 120. Este autor, además de diferenciarlas claramente, llama la atención sobre el hecho de que el subarriendo ha estado siempre bastante regulado en las Leyes de Arrendamientos Urbanos (se refería a la legislación vigente en los años cincuenta, pero lo mismo ocurre en las leyes de 1964 y 1994), en lo que se refiere a los requisitos necesarios para constituirlo (autorización expresa y escrita del arrendador), sus efectos (límite máximo de su precio o atribución de un porcentaje al arrendador), y consecuencias de las infracciones (resolución del contrato de arrendamiento), mientras que el hospedaje ha preocupado mucho menos al legislador, y aún hoy no aparece regulada ninguna de estas cuestiones, al menos en el ámbito civil. Véanse también las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1963 (RJA núm. 3384) y 28 de septiembre de 1964 (RJA núm. 4095). En todo caso, no estamos ante una yuxtaposición de contratos, sino ante una relación unitaria, con sustantividad propia, que reúne un conjunto de prestaciones que no son independientes, sino que están conectadas entre sí. Esta relación de hospedaje es atípica civilmente, al no tener regulación legal reconocida (sí contiene regulación general expresa el Código Civil de Cuba, en sus arts. 438 a 443); ahora bien, está muy bien definida por la doctrina y por la práctica social, y sí dispone de muy diversa regulación administrativa, no sólo en el campo estatal, sino también en el autonómico, pues al autorizar el artículo 148.1.18 de la Constitución a las Comunidades Autónomas a asumir competencias en cuanto a la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial son ya muchas las Comunidades que han dictado disposiciones en estas materias. Añade NAVARRETE, *op. cit.*, pág. 272, que podrán aplicarse por analogía los artículos 693 a 705 del Código de Comercio, relativos a la situación de los pasajeros en los viajes por mar; por lo tanto, si el

Tampoco estarán protegidos por la preferencia los créditos existentes contra el cliente «con ocasión» del hospedaje, pero basados en otra «causa», como préstamos que se le hubiesen hecho, o suministro de entradas para espectáculos, ni las deudas derivadas de contratos conexos con el de hospedaje, pero autónomos, como el de garaje.

En general quedarán protegidos todos los créditos que deriven de las prestaciones propias de la industria hotelera, de servicios normalmente incluidos en el contrato de hospedaje, como teléfono, o lavado de ropa, todo en función, lógicamente, de la categoría del establecimiento, pero no los demás (56).

Así, el problema no tiene una solución de carácter absoluto, sino que hay que examinar caso por caso, puesto que algunos servicios, normales para determinadas categorías de establecimientos, no lo son para otros (57).

En nuestra opinión, incluso los gastos derivados de asistencia médica, de excursiones programadas, o por la utilización de instalaciones deportivas, y

cliente no llegase al establecimiento a la hora prefijada podrá exigírsele el precio del hospedaje; si el derecho al alojamiento fuese nominativo no podrá transmitirse sin consentimiento del establecimiento; si éste no pudiese prestar el servicio, o debiera interrumpirlo, deberá devolver al cliente el precio pagado e indemnizarle los daños, a no ser que tal denegación o interrupción fuesen debidas a caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo supuesto sólo deberá devolver el precio; y finalmente el establecimiento podrá retener los efectos pertenecientes al viajero para cobrar el precio del alojamiento y gastos de manutención, y en caso de venta de los mismos gozará de preferencia sobre los demás acreedores. La duración del contrato de hospedaje será la convenida entre el establecimiento y el cliente, y deberá constar expresamente en la notificación entregada en el momento de la admisión, si bien podrá prorrogarse por mutuo acuerdo; quedando en pie las cuestiones de una posible indemnización si, hecha la reserva por un cierto tiempo el cliente abandona antes el establecimiento, o la posible negativa del cliente a desalojar el establecimiento cuando éste pretenda su lanzamiento, ya que ni podrá sin más efectuar el desalojo, ni el cliente puede permanecer en el local si contraviene lo pactado o el régimen interior de la empresa. Por lo demás, el contrato de hospedaje es consensual, no siendo necesaria la entrega de equipaje, y pudiéndose concertar por correo o por teléfono, si bien su perfección definitiva tiene lugar cuando el cliente se presenta en el establecimiento; es además un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y forzoso para el empresario, como ya hemos visto.

(56) Resulta expresivo, en este sentido, el artículo 3.886 del Código Civil argentino, conforme al cual «*el posadero goza del privilegio del locador ... sobre los efectos introducidos en la posada ... hasta la concurrencia de lo que se le deba por alojamiento y suministros habituales de los posaderos a los viajeros. El privilegio no comprende los préstamos de dinero, ni se da por obligaciones que no sean las comunes de los viajeros*». El Código cubano en cambio reconoce al hotelero derecho de retención «*hasta el completo pago de lo que se le deba por el hospedaje y demás servicios prestados*» (art. 442).

(57) En el mismo sentido, DI FILIPPO, *op. cit.*, pág. 255. En 1924 ya afirmó BIANCHI (*op. cit.*, pág. 570), que ni siquiera podemos excluir que los préstamos de dinero, como regla general no incluidos entre los créditos protegidos por la preferencia, no estén protegidos también en algunos casos en función de las circunstancias, pues entre el hotelero y el cliente se establece en muchos casos una verdadera apertura de crédito, garantizada con la prenda tácita de los efectos del segundo.

demás que haya que pagar aparte, deben quedar incluidos como créditos protegidos, como prestaciones no necesarias pero que complementan estrechamente el contrato de hospedaje (58).

En cuanto a los créditos derivados de un depósito expreso en una caja de seguridad, es decir, de la «custodia directa», el establecimiento dispondrá del derecho de retención de tales objetos hasta el completo pago de lo que se deba por razón de dicho depósito (59).

Por otro lado, y en nuestra opinión, el carácter de obligado o de necesario para el establecimiento de dicho depósito, en función de la relación más amplia de hospedaje, debe hacer que, aunque el Código no concede preferencia al depositario para el cobro de dicho crédito, deba extenderse la preferencia que sí se reconoce a dicho hospedaje. Dicha preferencia, además, deberá recaer sobre tales bienes, no sólo por el crédito del depósito propiamente dicho, sino por el crédito en general del hospedaje.

Por lo demás, tratándose de prestaciones normales de este tipo de contrato, en función de la categoría del establecimiento, no parece que haya que distinguir si son o no excesivas, pues una de las razones de esta preferencia es precisamente la ignorancia del hotelero respecto a la solvencia mayor o menor de los clientes que recibe.

Tampoco tendrá relevancia que la duración del hospedaje fuera superior o inferior a la inicialmente pactada, extendiéndose la preferencia a todos los gastos ocasionados durante la estancia.

Por otra parte, el contrato de hospedaje puede ser de naturaleza civil o mercantil, según se configure como una manifestación contractual aislada, o como una industria ejercida profesionalmente con ánimo de lucro (60).

Si es de carácter civil, se regirá por las libres estipulaciones de las partes, pues la regulación existente se refiere siempre al hospedaje mercantil, prestado por empresas turísticas privadas o empresas de hostelería (61).

(58) Así lo defiende, igualmente, DEL VECCHIO, *op. cit.*, pág. 213.

(59) Artículo 1.780 del Código Civil.

(60) Para BONET CORREA, *Régimen jurídico del hospedaje...*, cit., el contrato de hospedaje civil queda reducido a los casos en que predomina el sentido familiar, donde se atiende al vivir diario de personas poco acomodadas con este auxilio, pero faltando el sentido profesional. Señala así este autor como características esenciales del hospedaje civil las siguientes: matiz de familiaridad, componerse de un reducido número de personas, ofrecer conjuntamente alojamiento y manutención, y carencia de signos de dedicación industrial. Debemos recordar aquí el artículo 3 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual «Existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio (y por tanto hospedaje mercantil), desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil».

(61) De hecho, establece el artículo 2 del Estatuto Ordenador de las Empresas y Actividades Turísticas Privadas que «Son empresas de hostelería las dedicadas de modo

Dado que, como acabamos de explicar, es necesario que el hostelero se dedique de manera habitual o profesional al ejercicio de la industria hostelera para la existencia de su especial responsabilidad, no serían de aplicación los artículos 1.783 y 1.784 antes citados al llamado hospedaje civil. Tampoco le sería de aplicación la obligación de contratar que establece la legislación para los establecimientos comerciales. En consecuencia, no parece que esté justificada la existencia en él de una especial preferencia de cobro (62).

En todo caso, el reconocimiento del crédito del hotelero supone la presentación de una factura que debe reunir todos los requisitos establecidos en los artículos 12 a 14 de la Orden de 15 de septiembre de 1978, de precios y reservas en alojamientos turísticos (63).

Finalmente, debemos recordar que el plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago es de tres años, contados desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.967.4 del Código Civil.

profesional o habitual, mediante precio, a proporcionar habitación a las personas, con o sin otros servicios de carácter complementario. La simple tenencia de huéspedes, del modo autorizado por el artículo 18 de la Ley de Arrendamientos urbanos, siempre que sean estables, no será reputada como actividad hostelera». En el mismo sentido, añade el artículo 1 del Decreto de Ordenación de los Establecimientos Hoteleros de 1983 que «Quedan sujetos a la presente norma las empresas y establecimientos dedicados de modo profesional o habitual al alojamiento de personas mediante precio. Los establecimientos hoteleros tendrán la consideración de establecimientos abiertos al público. Se exceptúan de la presente normativa: 1. La simple tenencia de huéspedes con carácter estable a que se refiere el artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. 2. Los apartamentos turísticos, entendiéndose por tales...».

(62) En contra se pronuncia LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., pág. 96, quien defiende la existencia de la preferencia tanto en los supuestos en que se practique el hospedaje en masa, cuanto en los que se practique en ocasiones aisladas, por entender que a esta interpretación amplia conduce la redacción lacónica del Código Civil.

(63) De acuerdo con la misma, todos los alojamientos turísticos deberán fijar unos precios máximos y mínimos, que deberán notificar a la Administración. En todo caso, deberá comunicarse al cliente antes de su admisión el precio que le va a ser aplicado, a cuyo efecto se le entregará una hoja, cuya copia quedará en el hotel, en la que ha de constar el nombre y categoría del establecimiento, identificación del alojamiento, precio del mismo y fechas de entrada y salida. Los precios se contarán por días o jornadas, entendiéndose que salvo pacto la jornada termina a las doce horas; y se especificarán por alojamiento y demás prestaciones que formen parte del funcionamiento habitual de la industria, teniendo en cuenta que no se podrá cobrar suplemento alguno por la utilización de los servicios comunes a todo el establecimiento, como las piscinas, mobiliario propio de las mismas y de jardines o parques particulares, o los aparcamientos exteriores de vehículos. A falta de pacto, el pago deberá efectuarse en el mismo establecimiento y en el momento en que sea presentada al cobro la factura, que deberá expresar indubitadamente los servicios prestados, nominalmente o en clave, procurando la separación entre los servicios ordinarios y los extras, y desglosando los días y conceptos.

D) OBJETOS SOBRE LOS QUE RECAE LA PREFERENCIA

Los objetos sobre los que recae la preferencia para cobrar del hotelero son «*los bienes muebles del deudor existentes en la posada*», es decir, los mismos a los que alcanza su especial responsabilidad.

Este es el criterio que a nuestro juicio debe resolver todas las posibles dudas que puedan plantearse, el de plantear la conexión entre la especial responsabilidad del hotelero que justifica su preferencia de cobro, y ésta, de manera que todos los bienes de los que responde conforme a las reglas de los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil son los que a su vez quedan sujetos a su facultad de cobro preferente.

Con relación a ellos, y dada la amplitud del término «bienes muebles» utilizado por el precepto legal, podemos decir lo siguiente:

1. Quedarán incluidos entre los «efectos» del cliente los animales que se puedan encontrar en el establecimiento, cuando su entrada estuviese permitida en el mismo y hubiese sitio adecuado para ellos, aunque no es probable que sea esto frecuente en la práctica, pues en muchos establecimientos no se permite su entrada (64).

2. No se hace referencia a la propiedad de dichos bienes; por ello quedarán incluidos todos los que el deudor haya introducido en el establecimiento, y esto a pesar de que se habla de «...*bienes... del deudor*», ya que sería imposible que el hotelero comprobara la exacta propiedad de los objetos introducidos en su industria; además, así puede deducirse de la aplicación del artículo 464.1 del Código Civil.

Ahora bien, quedará excluida la preferencia cuando se trate de cosas hurtadas o robadas, en cuyo caso el propietario podrá reclamarlas, y también si el hotelero conocía la pertenencia de los objetos a otra persona, por habersele hecho saber expresa o tácitamente; así se deduce también del precepto que acabamos de citar.

La buena fe del hotelero que justifica la afectación de los bienes a su preferencia debe existir en el momento en que entran aquéllos en el establecimiento, y debe subsistir en nuestra opinión durante todo el tiempo del contrato, pues *mala fides superveniens nocet*. La prueba de que el hotelero conocía la pertenencia de los bienes a otra persona incumbe a quien tiene interés en demostrarlo (65).

(64) En contra establece el artículo 1.954.3 del *Code* francés que la especial responsabilidad del hotelero no se aplica a los animales vivos, y en términos similares se pronuncian el artículo 1.785.5 del *Codice* italiano y el parágrafo 701.4 del BGB alemán. Si no están vivos, en cambio, su régimen se equipara al de cualquier otro objeto.

(65) En contra, en cambio, se pronuncia DI FILIPPO, *op. cit.*, pág. 255, para quien *mala fides superveniens non nocet*.

Este criterio, de sujetar en principio a la preferencia a todos los bienes que el deudor haya introducido en el establecimiento, puede causar algún perjuicio al propietario de buena fe de dichos bienes, si no es el cliente deudor del establecimiento en cuestión, pero lo cierto es que la causa será la confianza que ha depositado en dicho cliente deudor, y parece más razonable hacer sufrir las consecuencias de esta apariencia jurídica de propiedad a quien la ha creado, que no al fondista que no ha cometido ninguna negligencia. Todo sin perjuicio de la posible responsabilidad del cliente deudor con respecto al propietario de las cosas afectadas.

No será necesario, por tanto, que los efectos sean de la propiedad del viajero, pudiendo pertenecer a un tercero ante el que luego deba responder aquél.

En cualquier caso, si se probase antes de la ejecución de los bienes que pertenecen a otra persona distinta del deudor, prosperará la tercería de dominio que se hubiera interpuesto y cesará lógicamente la preferencia.

Se plantea, por último, la cuestión de si deben o no quedar incluidos en el ámbito de la preferencia los objetos que conocidamente no pertenecen al contratante del alojamiento, sino a personas que son, sin embargo, las beneficiarias del mismo, sean familiares, empleados, o incluso extraños relacionados contractualmente con el contratante.

A esta cuestión hemos hecho referencia anteriormente, al estudiar el sujeto pasivo de la preferencia, de manera que sólo vamos a recordar que, en nuestra opinión, como regla general los bienes de los usuarios no contratantes no deben quedar afectados por la preferencia, ni la consiguiente retención, dado que no son los deudores del pago. Todo esto salvo que dichos objetos estuvieran en posesión del deudor, desconociendo el hotelero su pertenencia a terceras personas.

No nacerá tampoco el derecho de retención respecto de los efectos introducidos en el establecimiento, pero no por el cliente, sino por visitas particulares que pueda recibir, pues éstas no se consideran clientes.

3. Los objetos introducidos con posterioridad a la llegada del viajero son también objeto de la preferencia, y no sólo por los gastos ocasionados después de dicha introducción, sino también por los generados antes, pues la ley no distingue entre los bienes que el viajero llevaba consigo al llegar y los que trajo después, y habla simplemente de los existentes en el establecimiento.

4. De cualquier forma, sólo quedan sujetos a la preferencia los bienes «*existentes en la posada*»; en consecuencia, una vez que hayan salido de la misma, cesa la preferencia, y aunque vuelvan al establecimiento no quedarán obligados por deudas que el mismo viajero contrajo pero en una estancia anterior.

Esto supone que si el hotelero entrega la posesión de los objetos al cliente deudor, o éste los saca del establecimiento por falta de diligencia de aquél, la preferencia se extingue y no puede resucitar, por lo que, aunque el cliente vuel-

va de nuevo al establecimiento, el hotelero será un simple acreedor común respecto del crédito anterior, aunque lo sea preferente respecto del nuevo.

También los objetos introducidos momentáneamente en el establecimiento se podrán retener en garantía del crédito de hospedaje (66), pues el texto legal no distingue entre dichos objetos y los existentes continuadamente en el local.

5. La expresión «bienes» ha de interpretarse en un sentido amplio y no restrictivo, incluyendo no sólo los artículos de viaje y cosas de uso personal del viajero, sino también el dinero, joyas, objetos destinados a la venta si se trata de un agente comercial (aunque aquí la propiedad de un tercero puede estar muy clara), o cualesquiera otros elementos que introduzca en el establecimiento el viajero (67). Ahora bien, ha de darse el requisito de embargabilidad de los mismos (68).

En cuanto a los objetos que el cliente pueda llevar encima de su persona, como el reloj, joyas o la cartera, en nuestra opinión no es responsable el establecimiento de la sustracción de los mismos (69), por la negligencia del viajero, por lo que en principio no quedarían afectados por la preferencia. En todo caso, la aplicación aquí del derecho de retención de tales objetos dentro del establecimiento es muy dudosa (70).

Cuestión especialmente interesante es la de si deben incluirse en el concepto de efectos los automóviles (71), objetos transportados en los mismos,

(66) En contra, sostiene RUBINO (*op. cit.*, pág. 76) que dichos objetos no deben quedar sometidos a la preferencia, pues se encuentran en el establecimiento en virtud de un acontecimiento extraño al crédito privilegiado (se refiere expresamente a los objetos introducidos momentáneamente para llevarlos a reparar).

(67) En términos expresivos, habla el Código cubano (art. 442) de «equipaje y demás pertenencias de los usuarios».

(68) Esto excluiría el mobiliario y menaje de la casa, las ropas del deudor y su familia, alimentos, combustible, y en general todo lo imprescindible para atender a la subsistencia del ejecutado y las personas de él dependientes con razonable dignidad. Excluiría igualmente todos los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de su profesión, arte u oficio, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda. Todo ello en los términos establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. Por tanto, en los supuestos normales no quedará mucho para el establecimiento hotelero. Expresamente lo dice así el artículo 3.878.2 del Código argentino, añadiendo que sobre estos bienes tampoco podrá ejercerse el derecho de retención.

(69) El Código de Comercio, que en sus artículos 618 a 620, en relación al transporte de viajeros por mar, impone al capitán del buque la responsabilidad por todos los daños que sobrevengan al cargamento, incluidas las sustracciones cometidas por la tripulación, y con la única excepción de los que sobrevengan por fuerza mayor, en su artículo 703 añade que el capitán no responderá de los efectos que el viajero conserve bajo su inmediata y peculiar custodia, a no ser que el daño provenga de hecho del capitán o de la tripulación.

(70) LACRUZ BERDEJO, en *Derecho de Obligaciones*, cit., 3.^a ed., pág. 289, niega expresamente tal derecho de retención en cuanto a dichos objetos.

(71) El precio considerable de los automóviles, la frecuencia de su empleo y su facilidad para experimentar daños han hecho que la cuestión de la responsabilidad haya

las bicicletas, o los botes transportables, y en general todo lo que los viajeros dejen en el garaje del establecimiento (72).

La doctrina parece inclinarse por extender a tales objetos la especial responsabilidad del establecimiento cuando el servicio de garaje vaya incluido en el precio del alojamiento, como una prestación más de éste; no en cambio cuando este servicio haya de pagarse por separado, en cuyo caso estaremos ante un contrato aparte, con sus propias reglas. De acuerdo con el criterio de decisión que antes hemos defendido, en el primer supuesto sí dispondrá el establecimiento de preferencia, y por tanto de derecho de retención, en el segundo supuesto no.

En todo caso, señalaba RODRÍGUEZ BUJÁN (73) que si los automóviles se dejan en aparcamientos exteriores, que se ponen a disposición de los clientes, no existirá la especial responsabilidad del establecimiento, dado que el artículo 1.783 se refiere a efectos «introducidos» en el establecimiento. En consecuencia, tampoco se dispondría de derecho de retención de los mismos, al no tratarse de objetos «existentes» en aquél.

6. Para que exista la facultad de cobro preferente, y con ella el derecho de retención de los efectos, al igual que para que se produzca la responsabilidad respecto de los mismos, es preciso que hayan sido introducidos en el establecimiento, sin importar si se trata del edificio principal o de anejos del mismo susceptibles de recibir los objetos.

Por lo demás, no es necesario que se hayan introducido materialmente, bastando con que se entreguen a las personas autorizadas para recibirlos, o con dejarlos en el sitio que dichas personas hayan indicado (vestíbulo, salón, etc.).

sido muy estudiada en los últimos años. Véanse ALVAREZ LATA, N., *Construcción jurisprudencial del contrato de aparcamiento de vehículos*, en Aranzadi Civil, núm. 11, octubre de 1996, págs. 11 a 49; ARROYO LÓPEZ-SORO, J., *Plazas de garaje*, Dykinson, Madrid, 1998; ESPIAU ESPIAU, S., «Relaciones contractuales de hecho y contratos de adhesión: notas para el estudio del contrato de aparcamiento público», en la *RDP*, 1996, págs. 787 a 814; HERRADA ROMERO, R. I., «Reflexiones sobre la caracterización jurídica del contrato de garaje», en la *RDP*, 1994, págs. 827 a 873, y ZARZUELO DESCALZO, J., «La responsabilidad del garajista: evolución jurisprudencial», en la *RGD*, 1996, págs. 175 a 178.

(72) Expresamente parecen pronunciarse los Códigos argentino (art. 2.231: el posadero responde de los carros y efectos de toda clase que hayan entrado en las dependencias de la posada), y francés (art. 1.954.2: los hoteleros responden de los objetos dejados en vehículos estacionados en lugares de los que tienen el uso privativo, hasta cincuenta veces el precio diario del alojamiento), pues al aplicar la especial responsabilidad del hotelero, respecto de dichos bienes, debe entenderse que quedan también afectos a la preferencia del mismo. En cambio, el artículo 1.785-*quinquies* del *Codice* italiano establece que las disposiciones sobre responsabilidad del hotelero no se aplicarán a los vehículos ni a las cosas dejadas en los mismos, por lo que tales bienes no parece que deban quedar sujetos a su preferencia para cobrar. En los mismos términos del *Codice* se pronuncia el parágrafo 701.4 del BGB alemán.

(73) *Op. cit.*, pág. 156.

Tampoco es necesario que hayan llegado al hotel con el viajero, pues la responsabilidad y la preferencia (y retención) alcanzan también a los efectos enviados previamente, y a los que el cliente pueda recibir después (74).

El establecimiento responderá de los objetos entregados al autobús del hotel para su traslado al mismo, pues, aunque el contrato de hospedaje aún no se haya concertado, es en consideración a él por lo que dichos objetos fueron entregados a tal transporte y no a otro. Igualmente responderá el establecimiento de los objetos desaparecidos mientras el cliente concierta el contrato, o examina la habitación, en aplicación también de la teoría del riesgo profesional.

En ambos supuestos, sin embargo, no parece que deba existir derecho de retención de los mismos, pues aún no se ha concertado el hospedaje, y por tanto no se ha producido el impago de la cuenta, ni hay motivos para pensar que se vaya a producir. En cambio sí lo habrá respecto de los objetos entregados al transporte del establecimiento para su traslado a estaciones de tren, autobuses o aeropuertos, y en general respecto de los existentes en el establecimiento o sus dependencias cuando el cliente se prepara para abandonarlo sin abonar su factura, o ya lo ha hecho pero los objetos permanecen en el establecimiento para ser recogidos más tarde.

En cualquier caso, la aplicabilidad de este derecho de retención de los efectos del viajero creemos que es muy discutible, por las razones que luego vamos a exponer.

E) EJERCICIO DE LA PREFERENCIA

El Tribunal Supremo tiene reiterado desde los años veinte (75) que las normas reguladoras de la prelación de créditos son aplicables con independencia de la solvencia o insolvencia del deudor ejecutado. En consecuencia la preferencia del hotelero se podrá ejercitar:

- a) De manera individual, extraconcursalmente. El medio será la tercería de mejor derecho, regulada en los artículos 614 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.
- b) En concurso de acreedores, si el cliente deudor no es comerciante, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.911 a 1.929 del Código

(74) El artículo 1.783 del *Codice* italiano, a los efectos de responsabilidad, establece que se considerarán cosas introducidas en el establecimiento aquéllas con respecto a las cuales el hotelero, un miembro de su familia o uno de sus dependientes han asumido la custodia, dentro o fuera del establecimiento, durante el tiempo en que el cliente dispone del hospedaje, y un período de tiempo «razonable» anterior o posterior al mismo.

(75) Sentencias de 29 de octubre de 1927 y 11 de febrero de 1928.

Civil y 1.130 a 1.317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que continúa transitoriamente vigente en esta materia.

- c) En quiebra o suspensión de pagos si el deudor es comerciante, de acuerdo con los artículos 870 a 941 del Código de Comercio, y 1.318 a 1.396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, transitoriamente vigente.

El examen de todos estos procedimientos no debe hacerse aquí, sólo nos interesa la fase de reconocimiento y graduación de los créditos. Dentro de ella hay dos puntos a destacar:

1. El reconocimiento del crédito del hotelero supone la presentación de una factura, que debe reunir todos los requisitos establecidos en los artículos 12 a 14 de la Orden de 15 de septiembre de 1978, de precios y reservas en alojamientos turísticos (76).

2. La graduación de las diferentes preferencias obliga a coordinar los preceptos civiles, mercantiles y procesales existentes.

F) CONCURRENCIA DE VARIOS DERECHOS PREFERENTES SOBRE EL MISMO OBJETO

El supuesto planteado es muy simple: sobre un mismo objeto recaen varios créditos preferentes, siendo uno de ellos el del hotelero. La cuestión debe resolverse en varios niveles, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.926, 1.928 y 1.929 del Código Civil; así:

1. Los créditos preferentes excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del bien al que la preferencia se refiere. De esta forma, si el crédito preferente del hotelero concurre con otros créditos no preferentes será siempre satisfecho el primero con el valor de los bienes a los que la preferencia se refiere.

2. Si con relación a un mismo bien concurren varios créditos preferentes, siendo uno de ellos el del hotelero, el orden de prelación, de acuerdo con las reglas examinadas en las páginas anteriores, será el siguiente:

- Serán pagados los primeros los créditos que dispongan de un «super-privilegio», como los salariales del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, los derivados de la propiedad intelectual en los términos del artículo 54 de la Ley de Propiedad Intelectual, y los recogidos en el artículo 66 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.
- La concurrencia de varios créditos preferentes del mismo tipo, es decir, de varios créditos preferentes de hospedaje, no es posible, ya que

(76) Véase el subepígrafe anterior sobre los créditos protegidos.

sobre una cosa introducida en un establecimiento hotelero no puede recaer una preferencia por razón de deudas contraídas con anterioridad en otro establecimiento del mismo tipo; la preferencia cesa cuando el objeto sale del establecimiento, como se vio.

- Sí es posible la concurrencia sobre los bienes muebles existentes en el hotel de preferencias especiales, pero con diferentes causas (como ocurrirá si tales bienes han sufrido obras de construcción, conservación o reparación, han sido comprados por el cliente, han sido ofrecidos en prenda, o transportados, o son el fruto de una cosecha en los términos de los números 1 a 4 y 6 del art. 1.922 del Código Civil).

En estos supuestos, a menos que el objeto introducido por el cliente en el hotel estuviese sometido a una prenda, en cuyo caso el crédito pignoraticio excluirá a todos los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda, en los demás casos el precio del bien se distribuirá a prorrata entre todos los créditos que gozan de especial preferencia con relación a dicho bien, entre ellos el del hotelero.

- Si el crédito preferente del hotelero concurriese con otros créditos que sólo disponen de una preferencia general, será pagado primero aquél, de acuerdo con las reglas generales.
- Las disposiciones contenidas en el Código Civil han de ser concordadas con las establecidas para concurso y quiebra de acreedores en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código de Comercio, lo que en algunos supuestos puede plantear problemas, pues el orden de prelación no es siempre el mismo.

En concreto habrá que tener en cuenta si sobre el bien mueble introducido en el establecimiento había sido trabado un embargo para garantizar otras deudas, puesto que entonces, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el acreedor que haya conseguido el embargo de ese determinado bien del deudor para la ejecución de su crédito, una vez que tal bien sea realizado recibirá su pago sin dilación, sin perjuicio de que los gravámenes anteriores o preferentes continúen subsistentes.

También habrá que tener en cuenta que el crédito del hotelero se configura, en caso de declaración en quiebra y no en concurso de acreedores, como un «crédito privilegiado por derecho común», a pagar por tanto después de los créditos con superprivilegio, de los créditos singularmente privilegiados por el Código de Comercio, y de los créditos privilegiados por este mismo cuerpo legal (77), lo que puede alterar el orden de las preferencias.

(77) Véase el artículo 913 del Código de Comercio.

- En cualquier caso, será la Junta de Acreedores la que decida el orden de pago de los créditos concurrentes, mediante sus acuerdos, por lo que habrá de estarse en cada supuesto concreto a lo que ella decida.

V. TRASCENDENCIA PRACTICA DE ESTA PREFERENCIA

La trascendencia práctica de la facultad de cobro preferente reconocida al crédito de un establecimiento hotelero no es muy grande, de todas maneras, y ello por varias razones, entre las que podemos destacar las siguientes: concertarse el hospedaje de manera aislada cada vez con menos frecuencia, ser relativo el valor de los bienes que se suelen introducir en el establecimiento, y en todo caso, ser muy fácil sacarlos del mismo antes de que haya razones para pensar en un impago del crédito y, finalmente, tener la posible retención de dichos bienes una perspectiva penal que no se puede soslayar.

Veamos por separado cada una de dichas razones.

En primer lugar, es cada vez más pequeño el número de clientes que contrata y paga individualmente su hospedaje; es ya una práctica muy extendida utilizar bonos de hotel, o contratar viajes organizados en una agencia, que será la que se encargue de pagar al hotel en función de los conciertos que existan entre ambos (78).

En estos supuestos, la comunicación, con la antelación prevista, al hotelero, de la conversión efectiva de las reservas en alojamiento (la llamada confirmación de la ejecución del contrato mediante la *rooming list*), convierte la relación jurídica en un verdadero contrato de hospedaje.

El establecimiento queda entonces obligado con los clientes como si hubieran concertado directamente con él el alojamiento, e incluso tendrá frente a ellos la especial responsabilidad del hotelero que consagra el Código Civil. Sin embargo, dado que el pago de dicho hospedaje ya ha sido realizado al operador, los clientes no son deudores frente al establecimiento;

(78) Ha realizado un interesantísimo estudio sobre el contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente en el Ordenamiento español, RODÉS, J., en la *RJC*, 1993, 4, págs. 1027 a 1050. En virtud de este contrato, el hotelero atribuye al «operador» el derecho a disponer en favor de terceros de un determinado cupo de servicios hoteleros y habitaciones durante un período temporal predeterminado, obligándose a prestar el alojamiento si se le comunica el consumo en el plazo convenido. El «operador» se obliga a promocionar la oferta hotelera en el mercado en el que opera y asume los riesgos derivados de la infraestructura, pero no se obliga a consumir el alojamiento reservado, porque tal consumo depende de terceros, los clientes; en su caso el «operador» deberá pagar el hospedaje efectivamente facilitado, al precio y en los términos contratados, y sin perjuicio de que el pago que haya recibido del cliente haya sido superior para posibilitar los márgenes de rentabilidad. En todo caso, el objeto de este tipo de contrato es la celebración de los posteriores contratos de hospedaje.

éste, por tanto, no podrá reclamarles dicho pago de nuevo, ni podrá retener sus bienes en garantía del mismo, ni tendrá preferencia alguna para cobrar sobre ellos.

En definitiva, aunque exista un contrato de hospedaje, el deudor del mismo no es el cliente que lo utiliza, sino el operador; a él deberá dirigirse el establecimiento hotelero en demanda de su pago, y en esta relación entre ellos no se plantea la existencia de una preferencia de cobro como la consagrada para el hospedaje propiamente dicho.

Como garantía de dicho pago, lo que pueden hacer dichos establecimientos es pedir un depósito o pago previo al operador (79).

También disminuye la trascendencia real de la facultad de cobro preferente del establecimiento hotelero el hecho de que dicha preferencia, con el derecho de retención que la posibilita, sólo recae sobre los bienes muebles existentes en el hotel, y en la mayor parte de los casos el valor de éstos, en cuanto a que puedan venderse y cobrar con el dinero obtenido, no será mucho (80), y ello partiendo del supuesto de que el cliente conserve tales bienes dentro del establecimiento, y no los haya sacado previamente.

Vamos a distinguir varios supuestos en los que dicho valor puede ser más importante

(79) El mismo autor antes citado, RODÉS, J., ha estudiado el (mal llamado) depósito de garantía en los contratos de contingente (reserva) de alojamiento, en la *RJC*, 1995, 4, págs. 1045 a 1064. En relación al mismo destaca que no se puede configurar como depósito propiamente dicho (porque la obligación de custodia y restitución de lo específicamente depositado no casa bien con la transmisión al hotelero de la propiedad del dinero, y el establecimiento de calendarios de recuperación de éste), ni tampoco como una prenda irregular (la doctrina no pone reparos a la atribución al acreedor pignoraticio de la facultad de disponer de la cosa, obligándose a restituir otra cosa equivalente, pero la función de garantía de una obligación no se advierte en estos depósitos que puede realizar el operador, pues éste no se obliga a consumir efectivamente los alojamientos), sino que se acerca más al tipo de una cuenta corriente, con recíproca concesión de crédito y exigibilidad parcial en fechas prefijadas. En cualquier caso, se trata de una obligación conexa con el alojamiento que le sirve de causa, y en realidad de un pago anticipado del mismo, que queda pendiente, lo que hace que en caso de quiebra del establecimiento hotelero no es que el operador pueda compensar su derecho a la devolución del depósito con las deudas que tenga contra él, que podría si son deudas conexas, en opinión de la doctrina más generalizada, sino que estamos ante un pago anticipado de un contrato que queda pendiente, y que en principio interesa mantener para la no depreciación mayor de los activos; el riesgo real será el de la capacidad efectiva del establecimiento para cumplir su prestación pendiente.

(80) Recordemos que el mobiliario, ropa y objetos imprescindibles para la subsistencia del deudor y su familia, así como los instrumentos necesarios para su profesión u oficio, son inembargables, y por tanto no se pueden retener para cobrar sobre ellos. Expresamente establece el artículo 3.878.2 del Código argentino que sobre los bienes inembargables, sobre los que no se podrá ejercer ningún privilegio, tampoco podrá ejercerse el derecho de retención.

a) *Objetos depositados en cajas de seguridad del establecimiento*

De acuerdo con la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, de clasificación de establecimientos hoteleros, todos los establecimientos hoteleros deben ofrecer a sus clientes servicio de custodia; y los de tres, cuatro y cinco estrellas además en caja fuerte individual, sea en recepción o en las mismas habitaciones en un determinado porcentaje; los demás simplemente un servicio de custodia general (81).

Ahora bien, si la caja fuerte se encuentra dentro de la misma habitación, el cliente se puede llevar los objetos cuando quiera, y es absurdo pensar que los va a dejar allí cuando se marcha sin pagar. Y lo mismo ocurrirá aunque la caja se encuentre en recepción, e incluso aunque no haya cajas fuertes individuales; si tiene previsto marcharse sin pagar, irá el día anterior a retirar todos sus objetos, y normalmente no habrá motivo para desconfiar y se le entregarán.

No se puede pensar, por tanto, en que un cliente que sabe que se va a marchar sin abonar su factura utilice los servicios de custodia del hotel, a menos que se le ofrezcan dentro de su misma habitación y los controle personalmente, y si lo hace desde luego irá con anterioridad a la salida a retirar sus objetos; la aplicación de la preferencia en estos casos será un supuesto raro por tanto, y de cualquier manera condicionado a que se pueda utilizar derecho de retención de tales objetos, puesto que una vez

(81) En concreto establece el artículo 78 de dicha Orden Ministerial, que «*En todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que a tal efecto sean entregados, bajo recibo, por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro en los supuestos y en las condiciones establecidas en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil. Sin perjuicio de la obligación a que se refiere el número anterior, en los establecimientos de cinco y cuatro estrellas (también en los de tres, desde el Real Decreto de 15 de junio de 1983, Anexo II, núm. 4) existirán cajas fuertes individuales a disposición de los clientes que deseen utilizarlas, a razón de una por cada veinte habitaciones, salvo que se encuentren instaladas en éstas. De la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en las citadas cajas fuertes no serán responsables los hoteleros, a no ser que mediare dolo de ellos o de sus empleados (es éste un supuesto de responsabilidad contractual legalmente limitada, respetando el mínimo inderogable de imputación de dolo y culpa grave, como pone de relieve JORDANO FRAGA, op. cit., pág. 372). En todas las habitaciones, apartamentos o "suites" en lugar que permita su lectura sin dificultad, figurará la indicación, en los idiomas español, francés, inglés y alemán, de que el establecimiento no responde del dinero, alhajas u objetos de valor que no sean depositados en la forma establecida en el número primero de este artículo*». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 46 de la Orden de 28 de octubre de 1968, sobre las ciudades de vacaciones. Incluso los campamentos de turismo (campings) deben tener servicio de custodia de valores en caja fuerte, excepto los de tercera categoría (arts. 12 y sigs. de la Orden Ministerial de 28 de julio de 1966). En términos muy similares se pronuncian las disposiciones autonómicas sobre esta materia.

que salen del establecimiento quedan libres de esta afección, como antes se vio (82).

b) *Coche introducido en el garaje del hotel*

El Decreto de 19 de diciembre de 1970, sobre requisitos mínimos de infraestructura de todo tipo de establecimientos hoteleros y alojamientos turísticos, exige que se ofrezcan facilidades de aparcamiento según las características de la zona con carácter general. Por su parte, la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1978, también para todo tipo de establecimientos, incluye como servicio común comprendido en el precio, y por el que no se podrá exigir suplemento alguno, el de aparcamiento exterior, no vigilado y sin plaza reservada (83).

Ahora bien, de acuerdo con la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sólo los establecimientos situados dentro de núcleo urbano, y de cuatro o cinco estrellas, tienen obligación de tener garaje, cerrado y vigilado, con una capacidad mínima que se establece con relación al número de habitaciones.

En todo caso, el de garaje es normalmente un servicio que se cobra aparte (84), y en definitiva un contrato de garaje autónomo. Por ello en estos supuestos los automóviles no se considerarán un bien del deudor existente en el establecimiento hotelero y sometido al régimen del hospedaje, sino un objeto sometido a un contrato autónomo. De esta forma, no podrán verse afectados por la preferencia que sí alcanza a aquél, y que no podrán ser retenidos para obtener un cobro preferente, sobre su valor, del crédito del hospedaje.

Por otra parte, como la preferencia sólo se concede a los créditos derivados del hospedaje, y no de otros contratos anejos, su aplicación parece excluida con relación a dichos contratos de garaje, por lo que los automóviles de los clientes tampoco podrán ser retenidos para lograr el cobro preferente del crédito derivado de estos últimos.

(82) En estos supuestos de custodia directa estaremos ante un auténtico contrato de depósito. Ahora bien, como dicho depósito es de obligada aceptación para el hotelero por su estrecha conexión con el hospedaje mismo, y salvo supuestos excepcionales, entendemos que los derechos de depositario, sobre todo en lo que se refiere a la retención de los objetos hasta el pago del crédito, deben extenderse no sólo a lo debido por el depósito mismo, sino a todo lo debido por el contrato de hospedaje; e igualmente la preferencia de éste debe aplicarse también sobre dichos objetos.

(83) Recordemos de nuevo la existencia de legislación autonómica.

(84) La legislación turística configura a este servicio como común, por lo que se puede facturar aparte.

Únicamente quedarían sujetos a la preferencia del hotelero los vehículos para cuyo estacionamiento no se hubiera celebrado un contrato independiente, y se encontrasen en las zonas de aparcamiento del hotel, y desde luego siempre que se admita el derecho de retención sobre los mismos.

- c) *Letras de cambio, cheques al portador o dinero en efectivo encontrados en la habitación del cliente una vez que éste ya se ha marchado*

Con relación a estos bienes habría que plantearse la posible aplicación del mecanismo de la compensación (85), en cuya virtud el establecimiento podría aplicar directamente al pago de su crédito los que fuesen necesarios, custodiando los demás si los hubiese, o bien siendo acreedor sólo por el resto si no fuesen suficientes.

Desde el punto de vista civil no parece haber ningún problema para la compensación, pues al tratarse de un crédito de hospedaje no sería aplicable el artículo 1.200 del Código Civil, que excluye aquélla cuando las obligaciones proviniesen de depósito o de las obligaciones de depositario (86).

Ahora bien, este criterio sólo es defendible con relación a los bienes simplemente introducidos en el establecimiento, pero no con relación a los supuestos de custodia directa, de verdadero depósito, en los que la compensación debe excluirse por imperativo legal.

Ni siquiera podría defenderse en realidad la compensación respecto de los primeros bienes citados, habida cuenta de que hospedaje se configura como un depósito necesario.

En todo caso, la compensación sólo procede respecto de deudas de dinero o de cosas fungibles u homogéneas.

(85) Artículos 1.195 y 1.202 del Código Civil: La compensación tendrá lugar cuando dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y su efecto es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tuvieran conocimiento de ella acreedores ni deudores.

(86) Desde luego sería muy aconsejable que tanto la entrada en la habitación como el recuento de los objetos encontrados y la aplicación de este mecanismo de la compensación, se hicieran en presencia de testigos, o incluso mejor de un Notario, que diera fe, para evitar problemas.

- d) *Hay un grupo de bienes, sin embargo, que sí tienen un importante valor, incluso económico, y con respecto a los cuales la retención de los mismos puede suponer un importante estímulo al deudor para pagar; nos estamos refiriendo a ordenadores portátiles, disquetes y demás material informático, a muestrarios y objetos destinados a la venta en general, sobre todo los de gran valor intrínseco, como los de joyas (siempre que sean de propiedad del deudor), y en general a objetos relacionados con la profesión u oficio del deudor*

No obstante, si podemos entender que estos bienes son un instrumento necesario para la profesión tendrán la consideración de inembargables, y por tanto no retenibles.

Finalmente, además de la cada vez menor utilización del contrato de hospedaje de manera aislada, y del relativo valor de los bienes muebles que se suelen introducir en estos establecimientos, encontramos que hay un grave problema para la aplicación de esta preferencia que el Código Civil consagra para el crédito derivado del hospedaje, y es el hecho de recaer sólo sobre los bienes del deudor existentes en el establecimiento.

Si esto se entiende literalmente, una vez salidos los bienes del lugar, cesa la preferencia, por lo que sería imprescindible conceder derecho de retención sobre aquéllos para la efectividad de la misma, y la aplicabilidad de este derecho de retención es muy discutible.

Es muy discutible, por un lado, porque el derecho de retención sólo se concede, y además de manera tácita, para el supuesto de que el establecimiento concorra con otros acreedores y entre en juego la preferencia que consagra el artículo 1.922 del Código Civil, para cuya eficacia es necesario. Pero no se establece de manera expresa y como regla general para cuando su crédito sea el único existente y no entre en juego ninguna facultad de preferencia.

Y lo cierto es que cuando un cliente se marcha sin pagar el hotelero no sabe, ni tiene por qué saber, si existen otros acreedores de la misma persona.

En el caso de que tal situación fuese pública y notoria, entendemos que sí podría utilizar el derecho de retención que el Código implícitamente le concede, pero en la práctica totalidad de los supuestos no sabrá si existen o no otros acreedores, y la posibilidad de retención sólo se reconoce para el supuesto de que sí los haya y deba conservar su preferencia, no como regla general, recordemos de nuevo.

Por otra parte, la única referencia legal expresa al derecho de retención del hotelero se encuentra en el artículo 58 de la Orden Ministerial de 28 de octubre de 1968, de ordenación turística de las ciudades de vacaciones, de acuerdo con el cual

«Las empresas podrán establecer, como condición del hospedaje, la facultad de retener los efectos introducidos en los alojamientos por los clientes, hasta tanto éstos abonen la factura o consignen la cantidad que...»

Si las empresas pueden establecer mediante pacto este derecho de retención, es que no lo tienen legalmente como regla general, aunque sí pudieran gozar de él en los supuestos de pluralidad de acreedores para hacer efectiva su preferencia.

A ello hay que añadir que desde la perspectiva penal, la cuestión de la posible retención no está tan clara, y quizá se podría alegar por el cliente deudor la existencia de los delitos o faltas de apropiación indebida (87), de realización arbitraria del propio derecho (88), o incluso de coacciones (89).

El camino adecuado entonces para el establecimiento hotelero no sería retener el dinero, valores, o en general los bienes del deudor existentes en el local, sino realizar un depósito o consignación judicial de dichos bienes, señalándolos luego para la ejecución en el procedimiento de cobro de la deuda correspondiente.

VI. CONCLUSION

En definitiva, cuando un cliente se marche sin pagar, será raro que el hotelero encuentre bienes suyos dentro del establecimiento, que no se hubiese llevado antes; si los encuentra, normalmente serán de poco valor, o incluso

(87) Artículo 252 del Código Penal: Serán castigados con las penas del artículo 249, o 250 en su caso (prisión de seis meses a seis años), los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable. Artículo 623.4 del mismo Código: Serán castigados con arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses: 4. los que cometan... apropiación indebida... en cuantía no superior a cincuenta mil pesetas.

(88) Artículo 455 del Código Penal: El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.

(89) Artículo 496.1 del Código Penal: El que sin estar legítimamente autorizado impidiese a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas. Artículo 585.5 del Código Penal: Serán castigados con la pena de uno a cinco días de arresto menor o multa de 750 a 7.500 pesetas los que causaren a otro una coacción o vejación injusta de carácter leve.

inembargables; y aunque fuesen muy valiosos, si utiliza su derecho de retención se expone a ser denunciado por el cliente por apropiación indebida o por coacciones.

Por todo ello no creemos que esta preferencia legal se haya utilizado ni se vaya a utilizar mucho en la práctica; de hecho no ha llegado al Tribunal Supremo ningún recurso en este sentido, porque las cantidades dejadas a pagar en los hoteles no suelen ser tan grandes como para justificar la iniciación y continuación de un pleito, y porque la retención necesaria para hacerla efectiva no tiene una clara existencia y podría plantear problemas en el ámbito penal.

De esta forma, la finalidad de esta preferencia, que justificaría económica y socialmente su existencia, y que es la de asegurar el cobro de su crédito a los establecimientos hoteleros, no se cumple en realidad con ella; pervive únicamente por la inercia de la tradición iniciada en 1851, pero no se utiliza en la práctica, siendo poco efectiva e inútil.

Por lo tanto, nosotros abogamos por la supresión de dicha preferencia, porque tal cosa no perjudicaría en realidad a los establecimientos hoteleros, y en cambio ayudaría a clarificar el complejo panorama de las preferencias para cobrar, ya bastante oscuro.

No obstante, entendemos que sí deben arbitrarse, a la vista de su especialísima responsabilidad, y de la obligación legal de prestar sus servicios que tienen, garantías específicas del derecho del hotelero, y garantías *a priori*, que son más efectivas.

Entre ellas podría encontrarse la posibilidad de acudir al Registro de Morosos que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha autorizado a formar a la Federación Española de Hoteles, en demanda de información sobre su futuro cliente, para actuar en consecuencia.

En el supuesto de tratarse de un viajero que contrata individualmente con el hotel, la garantía más efectiva del cobro de su crédito es, para el establecimiento, utilizar la facultad que concede el artículo 11 de la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1978, a cuyo tenor

«El titular del alojamiento podrá exigir a los que efectúen una reserva de plaza un anticipo de precio en concepto de señal, que se entenderá a cuenta del importe resultante para los servicios prestados» (90).

Sí se puede exigir este «depósito» como garantía al hacer la reserva (91), lógicamente se podrá exigir igualmente si el cliente llega directamente al

(90) A continuación el precepto establece los porcentajes máximos permitidos de anticipo y la indemnización que se podrá detraer en caso de anulación de la reserva.

(91) Aunque en realidad no se trata de un depósito propiamente dicho, ni aún de carácter irregular (en el que se faculta al depositario a disponer de lo recibido restituyendo

hotel, aunque no haya avisado previamente, pues el interés tutelado es el mismo (92), y en general se podrá solicitar siempre que se concierte un contrato de hospedaje.

Con este tipo de desembolsos anticipados, el establecimiento tiene mucho más asegurado el cobro de su crédito, al menos hasta la cuantía de aquéllos, que con la atribución de una facultad de cobro preferente.

Si la relación del establecimiento hotelero con los clientes se ha establecido, no de manera directa, sino a través de un operador intermediario (agencia o mayorista de viajes), el mejor modo para el establecimiento de garantizar el cobro de su crédito contra aquélla es también la exigencia de un «depósito» o anticipo previo, puesto que en sus relaciones además no se plantea la existencia de una preferencia de cobro, al no ser el contrato entre ellos de hospedaje, sino de reserva de alojamientos.

En definitiva, nosotros proponemos la imposición, a voluntad del establecimiento hotelero, de un pago anticipado de los servicios prestados, o al menos de una parte de los mismos; de lo que en terminología no muy correcta se suele denominar un «depósito en garantía» de dicho pago.

Este depósito, hoy por hoy dependiente de la voluntad de las partes, podría configurarse como obligatorio, tanto en los supuestos de contratos concertados a través de agencias intermediarias, como en los de contratos concertados directamente con el establecimiento por los clientes, y solucionaría más problemas que la preferencia que hemos estudiado.

en su día el *tantumdem*), porque falta toda intención de transmitir algo en custodia. En todo caso se trataría de una prenda irregular (a la que la doctrina no pone reparos, y en la que se atribuye al acreedor pignoraticio la facultad de disponer de la cosa, obligándose a restituir otra cosa equivalente cuando se cumpla la obligación principal), y en realidad de unas arras confirmatorias que se utilizarán como pago a cuenta del precio definitivo de los servicios, o de la indemnización correspondiente, es decir, de un pago anticipado.

(92) Los artículos 41 y 42 de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1967, de ordenación de apartamentos, «bungalows», y otros alojamientos similares de carácter turístico, distinguen expresamente entre el depósito «en reserva» del alojamiento, y el depósito exigible «en el momento de ocupar» éste, para responder de la pérdida o deterioro de las instalaciones, mobiliario y enseres que sean imputables a los clientes, así como del cumplimiento de las demás obligaciones derivadas del contrato, entre las que se encuentra pagar el precio de dicho alojamiento.

BIBLIOGRAFIA

- AHRENS, E., *Enciclopedia jurídica*, traducida por F. Giner, G. de Azcárate y A. G. de Linares, 3 tomos, Madrid, 1880.
- ALBACAR LÓPEZ, J. L., y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. VI (arts. 1.921 a 1.929), Trivium, Madrid, 1995.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. II, «Derecho de Obligaciones», vol. 1, Bosch, Barcelona, 3.^a ed. de 1975, y 9.^a ed. de 1994.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid.
- ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, T. 1 y 2, Madrid, 1884.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», en la *RCDI*, marzo-abril de 1995, págs. 291 a 358.
- AUBRY M. et RAU, M., *Cours de Droit Civil Français*, T. III, 5.^a ed., Marchal et Billard ed., Paris, 1900.
- BARASSI, L., *Instituciones de Derecho Civil*, traducción y notas de comparación al Derecho español por R. García de Haro de Goytisolo, vol. II, Bosch, Barcelona, 1955.
- BARRIO Y MIER, M., *Historia general del Derecho español*, 4 tomos en dos volúmenes, Madrid (no figura la fecha, pero es de principios de siglo).
- BAUDRY-LACANTINERIE G., et DE LOYNES, P., *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. XXIV «Du nantissement» (T. I), 3.^a ed., Paris, 1906.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «El derecho de retención», en la *RDP*, núm. 424-425, julio-agosto de 1952, págs. 1005 a 1032.
- *El derecho de retención en el Código Civil español*, Universidad de Salamanca, 1955.
- BIANCHI, E., *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Unione Tipografica Editrice, Napoli-Torino, 1924.
- BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1972.
- BONET CORREA, J., *Régimen jurídico del hospedaje y hostelería*, Rialp, Madrid, 1955.
- *Código Civil concordado y con jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1993.
- BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè ed., Milano, 1987 (reproduce la 10.^a edición de G. Giappichelli ed., Torino, 1946).
- BONNECASE, J., *Précis de Droit Civil*, T. II, 2.^a ed., Rousseau ed., Paris, 1939.
- *Supplement V al Traité théorique et pratique de Droit Civil français* de Baudry-Lacantinerie, Paris, 1930.
- CABANELLAS, G., «Depósito necesario, Derecho de retención, Hospedaje y Privilegio», en el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, revisado por L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1979.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Dependientes (responsabilidad por), Preferencia y prelación de créditos, y Privilegio», en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vols. II y III, Civitas, Madrid, 1995.
- CAMACHO EVANGELISTA, F., «Las siete partidas del Rey Alfonso X El Sabio (del estado de la cuestión)», en los *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. V, págs. 475 a 516, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1972.

- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La retención de cosa ajena*, Bosch, Barcelona, 1990.
- CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, traducción de la 1.^a edición por M. Zorrilla Ruiz, tomo I, vol. I, Bosch, Barcelona, 1960.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, Común y Foral*, T. III: «Derecho de Obligaciones», 11.^a ed., revisada y puesta al día por G. García Cantero, Reus, Madrid, 1974, y 16.^a ed., revisada y puesta al día por el mismo autor, Reus, Madrid, 1992.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., «Prelación de créditos», en la *RGD*, T. 49, marzo de 1993, núm. 582, págs. 1279 a 1318.
- CIAN, G., y TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice Civile*, 4.^a ed., Cedam, Padova, 1992.
- CICCARELLO, S., «Privilegio (Diritto Privato)», en la *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXV, págs. 723 a 746, Giuffrè ed., 1986.
- CIURNELLI, G. (y otros), *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Giuffrè ed., Milán, 1994.
- *Code Civil français*, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris, y Litec, Paris.
- *Codice Civile italiano*, Giuffrè ed., Milano.
- *Código Civil português*, Ediforum, Lisboa.
- *Code fédéral des obligations*, y *Code Civil*, Suiza.
- *Código Civil holandés*, Kluwer, Deventer (Holanda).
- *Código Civil argentino*, Zavalia, Buenos Aires.
- *Código Civil de Cuba* (ley núm. 59).
- *Código Civil chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- *Código Civil de Méjico*, Univ. Autónoma de México, México.
- COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2.^a ed. francesa por la RGLJ, con notas sobre el Derecho Civil español por D. De Buen, T. IV revisado por F. Ortega Lorca, 1981, y T. V revisado por P. Marín Pérez, 1982, Reus, Madrid.
- *Comentario del Código Civil*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- CHESI, G., *Nuovo Codice delle cause di prelazione*, Zanichelli ed., Bolonia, 1990.
- CHEVALLIER, J., *Droit Civil*, 1.^a année, 5.^a ed., Sirey, 1972.
- CHIRONI, G. P., *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I «Parte Generale», Ed. Fratelli-Bocca, Torino, 1917.
- DE ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, Livraria Almedina, Coimbra, 6.^a ed. de 1994, y 7.^a ed. de 1998.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., «El derecho de retención del mandatario, ¿un derecho de prenda?», en *AC*, 1988, págs. 521 a 533.
- DE BUEN, D., *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil*, de Colin y Capitant cit., Reus, Madrid.
- DE COSSÍO Y CORRAL, À., *Instituciones de Derecho Civil*, T. I «Parte General, Derecho de Obligaciones», 1.^a ed., Alianza Editorial, Madrid, 1975, y 2.^a ed., revisado por M. De Cossío y Martínez, y J. León-Castro Alonso, Civitas, Madrid, 1988.
- DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, A., «Consideraciones en torno al privilegio en el Código Civil», en la *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 11, 1958, págs. 3 a 26.

- DEL POZO CARRASCOSA, P., *El derecho de retener en prenda del depositario*, PPU, Barcelona, 1989.
- DEL VECCHIO, F., *I privilegi nella legislazione civile fallimentare e speciale*, Giuffrè ed., Milán, 1994.
- DI FILIPPO, A., y VIGNALE, M., *La responsabilità patrimoniale. Privilegi. Pegno*, Ed. Jandi Sapi, Roma, 1966.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I «Introducción. Teoría del Contrato. Las relaciones obligatorias», 1.ª ed., Tecnos, Madrid, 1979, y vol. II «Las relaciones obligatorias», 4.ª ed., 1993, y 5.ª ed., 1996, Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1, 1.ª ed., 1973, y vol. I/2, 2.ª ed., 1998, Tecnos, Madrid.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, Madrid, 1992.
- *Dizionario Giuridico Romano (a cura di F. del Giudice e S. Beltrani)*, Esselibri-Simone, Napoli, 1995.
- DUPONT DELESTRAINT, P., *Droit Civil. Sûretés. Privilèges et hypothèques. Publicité foncière*, 3.ª ed., Dalloz, Paris, 1973.
- *El Código Civil: Debates parlamentarios* (con un estudio preliminar de J. L. de los Mozos), T. 1 y 2, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General del Senado, Madrid, 1989.
- *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, vols. II y III, 1995.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. II «Derecho de Obligaciones», segunda parte, por L. Enneccerus, traducción española con anotaciones de B. Pérez González y J. Alguer, 3.ª ed., con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por J. Ferrandis Vilella, Bosch, Barcelona, 1966.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III «Obligaciones y Contratos», 6.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- ESTRADA ALONSO, E., «La prelación de créditos en la ejecución singular», en AC, núm. 46, 15 al 21 de diciembre de 1997, págs. 1147 a 1175.
- FRAGALI, M., «Contratto di albergo», en la *Enciclopedia del Diritto*, T. I, págs. 963 a 1002, Giuffrè ed., 1958.
- *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces* (siglo VII).
- *Fuero Real de España* (seguramente anterior a 1255).
- *Fuero Viejo de Castilla* (año de 1356).
- GAETANO, G. P., «I privilegi», en el *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por F. Vassalli, vol. XIV, T. I, págs. 27 a 176, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1956.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Cometa, S.A., Zaragoza, 1974.
- GARRIDO GARCÍA, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000.

- GIL RODRÍGUEZ, J., «La protección del crédito, II», en el *Manual de Derecho Civil*, de Puig i Ferriol, Gete-Alonso y Calera, Gil Rodríguez y Hualde Sánchez, T. II «Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato», Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «El crédito privilegiado en el Código Civil», en el *ADC*, 1958, págs. 435 a 484.
- *La prelación de créditos en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1962.
- «Comentario a los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil», en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXIV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988 (T. III de las Obras Completas).
- JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la sentencia de 7 de enero de 1994», en los *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo de 1994, núm. 34, págs. 357 a 377.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; LUNA SERRANO, A., y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, T. II «Derecho de Obligaciones», vol. I, Bosch, Barcelona, 2.ª ed. 1985, y 3.ª ed. 1994. T. V «Derecho de Sucesiones», 1998.
- LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. II «Derecho de Obligaciones» (3.ª ed. 1995, 4.ª ed. 1996, 5.ª ed. 1998). T. III «Contratos» (3.ª ed. 1995, 4.ª ed. 1996, 5.ª ed. 1998).
- LÓPEZ ALARCÓN, M., *El derecho de preferencia*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1960.
- LUZZATI, A. I., *Dei privilegi. Commento teorico-pratico del Codice Civile italiano*, 2.ª ed., Unione Tipografico Editrice, Torino, 1895.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. XII. Artículos 1.921 y sigs., 6.ª ed., revisada por J. J. Gómez Ysabel, Reus, Madrid, 1973.
- MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Droit Civil*, T. III, vol. 1 «Les suretés. La publicité foncière», Sirey, Paris, 1971.
- MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. española de Santiago Sentís Selendo, T. IV, Buenos Aires, 1955.
- MORENO MOCHOLÍ, «Convivencia, subarriendo y hospedaje (estudio sobre el art. 27 de la Ley de Arrendamientos de fincas urbanas)», en la *RDP*, 1953, págs. 111 a 121.
- NAVARRETE, A., «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en la *RDM*, octubre-diciembre de 1958, págs. 265 a 281.
- *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (año de 1805).
- *Nueva Enciclopedia Jurídica*, C. E. Mascareñas dir., Seix, Barcelona.
- *Nueva Recopilación de las Leyes de España* (año de 1567), y *Suplemento* de las leyes de ésta no recogidas en la Novísima (año de 1808).
- *Ordenamiento de las Leyes de Alcalá de Henares* (año de 1348).
- PELLISÉ PRATS, B., «Depósito», en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, dirigida por C. E. Mascareñas, T. VI, págs. 867 a 879, Seix, Barcelona, 1954.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El anteproyecto del Código Civil español (1882/1888)*, Madrid, 1965.

- PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, 1.^a ed., Imprenta Asilo de Huérfanos S. C. de Jesús, Madrid, 1930.
- POCHINTESTA, F., *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il Codice Civile italiano*, vol. I, Libreria Editrice Brero, Torino, 1880.
- PUIG I FERRIOL, LL.; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.; GIL RODRÍGUEZ, J., y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Civil*, T. II «Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato», Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- RODES, J. E., «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente en el Ordenamiento español», en la *RJC*, 1993, 4, págs. 1027 a 1050.
- «El (mal llamado) depósito de garantía en los contratos de contingente (reserva) de alojamiento», en la *RJC*, 1995, 4, págs. 1045 a 1064.
- RODRÍGUEZ BUJÁN, J., «La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes según el Derecho español y alemán», en *RGLJ*, 1974, II, págs. 149 a 169.
- RUBINO, D., «La responsabilidad patrimoniale. Il pegno», en el *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por F. Vassalli, vol. XIV, T. I, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1956, págs. 5 a 25 (*La responsabilità...*) y 177 y sigs. (*Il pegno*).
- SABATER BAYLE, I., «La facultad de retención posesoria», en la *RJN*, núm. 13, enero-junio de 1992, págs. 75 a 101.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, 6 tomos, Madrid, 1910.
- SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «La facultad de retención posesoria», en los *Estudios de Derecho Civil*, I, págs. 245 y sigs., Pamplona, 1978.
- SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1.921 y siguientes», en el *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por J. L. Albacar López, T. VI, Trivium, Madrid, 1991.
- *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Licenciado Gregorio López de Tovar, del Consejo Real de Indias de S.M.*, traducida y adicionada por I. Sanpontos y Barba, R. Martí de Eixala, y J. Ferrer y Subirana, Imp. A. Bergnes y C.^o, Barcelona, 1844.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^o R. (coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- VINAS MEY, J., «El derecho de retención», en la *RDP*, 1922, págs. 102 a 115.
- «Más sobre el derecho de retención», en la *RDP*, 1923, págs. 1 a 23.
- VOIRIN, P., *Manuel de Droit Civil*, 21.^a ed., T. I, par Goubeaux, G., Paris, 1984.

PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ
 Profesora Asociada de Derecho Civil
 Universidad Nacional de Educación a Distancia

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario (1)

SUMARIO: I. EL DERECHO DE VUELO EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE VUELO. LA NECESIDAD DE FIJACIÓN DE UN PLAZO MÁXIMO PARA SU EJERCICIO.

(1) EL OBJETO DE LOS PRESENTES COMENTARIOS no es el de abordar la exégesis de la totalidad del contenido de la sentencia de 24 de febrero de 2000, sino tan sólo la parte de la misma, relativa a la declaración de nulidad de los artículos 16.2.c), 155, párrafo 4.º y la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, que modifica los artículos 12, apartados 4 a 8, 81.3 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil (derecho de vuelo, crédito refaccionario e inscripción registral de las sociedades civiles). Este criterio selectivo se ve reforzado por la necesidad de obtener una mayor perspectiva temporal para abordar el comentario de otros extremos de la referida sentencia del Tribunal Supremo respecto de los que la misma obvió cualquier declaración de nulidad, ya que dicho criterio ha sido revisado recientemente por la misma sección (sexta), de la misma sala (tercera), del mismo Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 31 de enero de 2001, declarando ahora la nulidad que antes había negado en relación con diversos artículos del Reglamento Hipotecario reformado. Baste ahora destacar sobre este particular la perplejidad que produce una regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa que permite mantener un concepto de cosa juzgada que permite estos agravios a la seguridad jurídica, al tolerar que cosa tan de orden público como el contenido del Ordenamiento jurídico, al que pertenecen los reglamentos sujetos al control judicial de su legalidad, quede al albur de las alegaciones de las partes personadas en el proceso, de modo que el resultado de la revisión de legalidad no será producto definitivo de un conocimiento exhaustivo de la cuestión sometida a la misma, sino resultado provisional (declarándose la validez de la norma reglamentaria, no así en caso de declararse su nulidad; cfr. art. 26.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio) y tributario de las motivaciones alegadas por las partes, en medida correlativa a la erosión del clásico principio *iura novit curia*. La eficacia general de la anulación judicial de una disposición general (vid. art. 72.2, Ley 29/1998), destinada a producir efectos en una comunidad indeterminada de sujetos no personados en el procedimiento, debería ser motivo suficiente para recapacitar sobre la admisibilidad legal de una sucesión indefinida de recursos directos contra normas cuya validez haya sido declarada previamente por sentencia firme.

CIO. 3. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE VUELO. 4. POSICIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA. CARACTERES PRINCIPALES DEL DERECHO DE VUELO. 5. EL CARÁCTER TEMPORALMENTE LIMITADO DE LOS DERECHOS REALES SOBRE COSA AJENA. 6. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA SOBRE LA NECESIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE UN PLAZO MÁXIMO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VUELO: A) *El criterio de la doctrina científica*. B) *El criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. 7. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 16.2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO COMO CONCLUSIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN TORNO AL DERECHO DE VUELO, Y SU ANULACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO.—II. EL CREDITO REFACCIONARIO Y SU ANOTACION PREVENTIVA EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ANULACIÓN DEL NUEVO PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 155 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. 3. LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL EN TORNO A LA NECESIDAD DE FAVORECER LA REHABILITACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN LOS CENTROS DE POBLACIÓN URBANA. 4. BREVE REFERENCIA A LAS PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1998 EN MATERIA DE CRÉDITO REFACCIONARIO. 5. EL CONCEPTO DEL CRÉDITO REFACCIONARIO Y SU NATURALEZA JURÍDICA. 6. REFACCIÓN DE EDIFICIOS SUJETOS A UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. 7. VIGENCIA Y CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO.—III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SOCIEDADES CIVILES EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998: 1. CONTENIDO DE LA REFORMA. 2. LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA REGLAMENTARIA. LA CONTROVERTIDA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 31 DE MARZO DE 1997. 3. EL RECHAZO JURISPRUDENCIAL DE LA REFORMA.—IV. LA AUSENCIA DEL REQUISITO DEL PREVIO DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACION CON LA REFORMA DEL ARTICULO 12 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL: 1. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL Y SU DECLARACIÓN DE NULIDAD POR OMISIÓN DEL TRÁMITE DE DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO. 2. EFECTOS INVÁLIDATORIOS DE LOS VICIOS DE FORMA Y EN PARTICULAR DE LA OMISIÓN DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS.

I. EL DERECHO DE VUELO EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998

1. INTRODUCCIÓN

La regulación del llamado derecho de vuelo urbano, o derecho de sobree-dificación y subedificación, contenida en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario fue modificada en la última reforma de este Reglamento operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (2), dejando redactado dicho precepto en los siguientes términos:

(2) BOE del 29 de septiembre de 1998.

«2.º 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 transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.
- b) Determinación concreta del número máximo de plantas a construir.
- c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no podrá exceder de diez años.
- d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».

Cotejando la nueva redacción de este precepto con la anterior, se observa que la modificación en sede de derecho de vuelo se limitó a añadir la necesidad de que en el título de constitución del derecho se haga constar el número máximo de plantas edificables o a construir al amparo del derecho constituido [cfr. art. 16.2.º,b)] y el plazo máximo de duración del derecho, que en ningún caso podrá exceder de diez años [cfr. art. 16.2.º,c)]. La Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, refiriéndose a este último aspecto y haciéndose eco de una abundante doctrina científica y una moderna jurisprudencia registral, aporta como justificación de la reforma la necesidad de acomodar la regulación del derecho de vuelo al principio hipotecario de especialidad, exigiendo la fijación de un plazo máximo para su ejercicio, sin perjuicio de que, una vez ejercitado, lo construido sea propiedad de su titular.

Esta nueva regulación del derecho de vuelo fue combatida por los demandantes en el recurso interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contra el citado Real Decreto 1867/1998, y que dio lugar a la sentencia aquí comentada pronunciada por la Sección sexta de dicha Sala de fecha 24 de febrero de 2000 (3). Alegaban los recurrentes en su demanda que la nueva redacción del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario está en abierta contradicción con el artículo 1.255 del Código Civil en cuanto introduce una limitación temporal para el ejercicio del derecho de vuelo al disponer que su duración no podrá exceder de diez años para tener acceso al Registro de la Propiedad. Es decir, de las dos novedades introdu-

(3) Ponente señor SIEIRA MÍGUEZ.

cidas por la reforma de 1998 (necesidad de determinar en el título el número máximo de plantas a edificar y la fijación de un plazo máximo que no podrá exceder de diez años) la acción impugnativa de los recurrentes se dirige exclusivamente contra la segunda (4).

Pues bien, la pretensión judicialmente deducida en este punto prosperó, si bien en base a un esquema argumental distinto del empleado por los recurrentes, afirmando al respecto la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico cuarto, lo siguiente:

«Aún cuando pueda estimarse como cierto que el precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos para que dicho derecho pueda acceder y beneficiarse de la publicidad registral, así como que tampoco afecta al principio de libertad de pactos contenida en el artículo 1.255 del Código Civil, ya que lo dispuesto en el precepto impugnado no impide en absoluto que pueda pactarse un derecho de vuelo con una duración superior a diez años, no lo es menos que, al establecerse como requisito para que tal derecho acceda al Registro de la Propiedad que el plazo máximo para su ejercicio tenga una vigencia no superior a diez años, de alguna manera se está alterando su alcance y eficacia frente a terceros, puesto que los derechos reales tienen acceso al Registro de la Propiedad sin limitación de tiempo por imperativo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, siendo necesario, cuando se trata de derechos reales o de cargas o limitaciones del dominio, el derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios o copropietarios de inmuebles que no son partícipes del mismo, que conste su inscripción para que surtan efecto frente a terceros. Por esa razón, aun reconociendo que el principio de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados, una limitación del tipo de la que se pretende en el artículo 16 del Reglamento impugnado en relación con el derecho de vuelo debe necesariamente venir establecida por Ley al afectar a lo dispuesto en el precepto mencionado de la Ley Hipotecaria. Así lo demuestra el hecho de que otras limitaciones, como las relativas al alcance de la garantía hipotecaria, se establecen en la propia Ley, en este caso en el artículo 114 de la misma.

Podrá sostenerse —continúa el Tribunal Supremo— que no se afecta con el precepto impugnado el contenido del derecho de vuelo ni de libertad de pacto, pero no es menos cierto que al limitar la posibilidad de su acceso al

(4) Un nuevo recurso contencioso-administrativo, núm. 507/1998 interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Reglamento Hipotecario, extendiendo en este caso su pretensión impugnatoria también contra la novedad del requisito de fijación del número máximo de plantas a construir, ha sido resuelto por la reciente sentencia de la Sala 3.^a (sección 6.^a) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, acogiendo también favorablemente dicha pretensión.

Registro, en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, que no establece limitación alguna, condicionando así su eficacia frente a terceros, supone en definitiva el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley».

Si analizamos el fundamento transcrito observaremos que la decisión del Tribunal de anular el apartado c) del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario se basa en un único motivo consistente en la confrontación o contradicción que, a juicio del órgano sentenciador, se produce entre el citado apartado y el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, que no establece límites temporales a la publicidad registral de los derechos reales, por lo que el novedoso plazo máximo de diez años que fija el Real Decreto 1867/1998 al derecho de vuelo, supone un condicionamiento de su eficacia frente a terceros, lo cual «supone, en definitiva, el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley». Este razonamiento teórico o deductivo lo apoya el Tribunal con otro de tipo inductivo y sistemático, pretendiendo ver confirmada su conclusión en el «hecho de que otras limitaciones, como las relativas al alcance de la garantía hipotecaria, se establecen en la propia Ley, en este caso en el artículo 114 de la misma» (5).

Se trata de un fallo sorprendente, especialmente considerando las premisas conceptuales y dogmáticas de las que parte el Tribunal, a la vista de las siguientes afirmaciones que igualmente se contienen en la fundamentación transcrita:

1.º El precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos para que dicho derecho pueda acceder a la publicidad registral.

2.º El mismo precepto no afecta al principio de libertad de pactos contenido en el artículo 1.255 del Código Civil (6), ya que lo dispuesto en aquél no impide que se pueda pactar un derecho de vuelo con una duración superior a los diez años.

(5) Alude el precepto citado a un tema por completo diferente al aquí tratado, relativo a la limitación que, para favorecer la transmisibilidad de las fincas hipotecadas, establece el mismo respecto de los intereses devengados por el crédito garantizado de forma que frente a terceros la hipoteca no garantizará sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto en contrario que en ningún caso podrá imponer una extensión de la garantía por los intereses a un plazo superior a cinco años.

(6) El postulado contrario era precisamente el argumento en que se basaban los recurrentes para impugnar este precepto.

3.º El derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios del inmueble gravado.

4.º El principio hipotecario de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados.

A pesar de todo ello el Tribunal Supremo entiende que las limitaciones temporales del tipo de las establecidas en el artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario sólo puede establecerlas una disposición con rango de Ley por afectar al mandato del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, que no establece límites temporales al regular el acceso al Registro de la Propiedad de los derechos reales, conclusión, a nuestro juicio, incongruente con las propias premisas dogmáticas de las que parte el Tribunal, según vemos a continuación.

2. Naturaleza jurídica del derecho de vuelo. La necesidad de fijación de un plazo máximo para su ejercicio

Para poder valorar el acierto o desacierto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, al declarar la nulidad del artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario en su nueva redacción de 1998, en cuanto imponía la exigencia de fijar un plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, resulta necesario entrar previamente a debatir sobre la naturaleza jurídica de este singular derecho. Para ello partiremos de la regulación positiva del mismo, tanto en el Reglamento Hipotecario como en la Compilación navarra, únicos cuerpos normativos que acometen tal regulación, y del examen de la misma que ha realizado nuestra doctrina científica.

3. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE VUELO

La única norma de ámbito estatal que contiene una regulación positiva del derecho de vuelo es precisamente el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario (7), derecho al que describe como atributivo de las facultades de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo propias [del titular del derecho de vuelo] las edificaciones resultantes. El Código Civil ni regula este derecho, ni siquiera se refiere a él *in nominem*, sin perjuicio de que se pueda encontrar en dicho cuerpo legal alguna referencia indirecta al derecho de vuelo, como la incluida en la referencia genérica a las figuras similares al derecho de superficie al aludir el artículo 1.611 a «los gra-

(7) Introducida en la reforma del Reglamento operada mediante Decreto de 17 de marzo de 1959.

vámenes semejantes» a éste. Lo cual, por demás, es lógico pues, como después se verá, el derecho de vuelo está íntimamente relacionado con la figura jurídica de la propiedad horizontal como instrumento de organización jurídica de las comunidades constituidas sobre edificios construidos por plantas, por lo que surgida esta última institución al comienzo de los años sesenta, nada tiene de extraño que el Código Civil deje preterida la regulación del derecho de vuelo.

Si parca es la regulación de este derecho en la normativa estatal, equívoca es la forma en que se le denomina, pues ora se habla de derecho de vuelo, ora se especifica como derecho de vuelo urbano, ora se le identifica como derecho de sobreedificación o subedificación. Y si bien es verdad, como indica RUANO BORRELLA (8), que esta última es la denominación más ajustada al verdadero contenido del derecho y la más inequívoca por permitir su clara diferenciación tanto del derecho de superficie como del derecho de vuelo sobre finca rústica, a que se refiere el artículo 30 del Reglamento Hipotecario como derecho diferente del que nos ocupa, tampoco deja de ser cierto que se ha venido generalizando en la práctica documental y en la literatura jurídica la expresión más breve de «derecho de vuelo», que es la empleada por la sentencia comentada y a la que personalmente nos acogemos.

Pero junto a la citada regulación del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, debemos destacar la que sobre el mismo derecho, si bien bajo la denominación «derechos de sobreedificación y subedificación», se contiene en las leyes 435 a 444 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, regulación que, sobre estar dotada de mayor rango normativo al venir acogida por una norma con rango de Ley, resulta mucho más precisa y completa que la contenida en aquel artículo del Reglamento Hipotecario. Y es que, ciertamente, como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, el Reglamento Hipotecario no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos necesarios para que dicho derecho pueda acceder a la publicidad registral, por lo que resulta extraño a su finalidad establecer una normación completa del mismo, la cual, por afectar al derecho de propiedad, sólo podría ser establecida mediante norma de rango legal, dada la reserva formal de Ley que en dicha materia establecen los artículos 33 y 53.1 de la Constitución española (cfr. sentencias del Tribunal Constitucional 33/87, de 26 de marzo, y 71/82, de 30 de noviembre).

Y es que, ciertamente, en ausencia de regulación normativa, la práctica notarial y registral vinieron conformando los caracteres básicos del derecho de vuelo al amparo del *numerus apertus* que rige en materia de derechos reales, según se desprende del artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria, al definir

(8) RUANO BORRELLA, JUAN PABLO, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1986», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, mayo-junio 1986.

como susceptibles de reflejo registral los títulos por los que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, censos, servidumbres «y cualesquiera otros reales». Confirma este criterio de *numerus apertus* el artículo 7 del Reglamento Hipotecario al sancionar que «Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino *cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*».

Por tanto, deben tener acogida en el Registro de la Propiedad no sólo los que podemos denominar como derechos reales típicos o acuñados por el Derecho positivo, sino también los atípicos o configurados al amparo de la libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil, siempre que reúnan los requisitos exigidos por la propia naturaleza jurídica y elementos estructurales de todos los derechos reales y en los que concurran, además, los requisitos que en orden a permitir su acceso al Registro establezca en cada caso la legislación hipotecaria, entre los que presentan particular importancia los derivados del principio de especialidad o determinación hipotecaria que, en atención a la necesidad de claridad y precisión en los pronunciamientos registrales —dada su finalidad de publicidad y eficacia *erga omnes*—, imponen como condición para obtener el ingreso en el Registro la perfecta determinación del contenido del derecho en cuanto a sus facultades y, tratándose de derechos reales limitados sobre cosa ajena, especificando igualmente su plazo de duración, lo cual, por lo demás, resulta asimismo congruente con el principio de libertad de la propiedad inmueble (que dio lugar en el proceso codificador del siglo XIX a la abolición de la amortización y vinculaciones perpetuas de la propiedad).

De ahí se deriva la necesidad, como exigencia estructural de las cargas, gravámenes e *ius in re aliena*, de someterlos a un plazo máximo de duración para evitar aquellas vinculaciones o desmembraciones perpetuas del dominio. Ahora bien, que estas limitaciones sólo las pueda imponer la Ley, es algo lógico respecto de los derechos reales típicos, pero exigir la intervención de la Ley con tal finalidad respecto de los atípicos supone tanto como negar la existencia de éstos en tanto que precisamente son tales por no venir definidos y regulados en la Ley. Pero claro es que la atipicidad de tales derechos no debe ser tampoco confundida con una situación de anomia total de los mismos, pues en todo caso están sometidos a aquellas exigencias estructurales de todos los derechos reales a que antes nos referimos, deducidas tanto de los principios generales del Derecho como en relación con aquellos derechos reales atípicos que pretenden su acceso registral, de los denominados «principios hipotecarios», entre los que,

en lo tocante a la perfecta delimitación del contenido del derecho, destaca el principio de especialidad antes aludido que, junto a sus manifestaciones generales y comunes para todos los derechos (cfr. arts. 9 LH y 51 RH), presenta otras manifestaciones singulares para categorías específicas de ciertos derechos, como sucede precisamente en el caso del artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario respecto del derecho de vuelo urbano.

Es precisamente este entronque del artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario con los preceptos generales de la Ley Hipotecaria relativos al mismo principio hipotecario de especialidad lo que le habilita, a pesar de su rango, para definir el alcance del mismo en el ámbito del concreto derecho de vuelo, al establecer un plazo máximo para su ejercicio, y para fijarlo en el tope de diez años, medida temporal que, como veremos, lejos de ser arbitraria, se encuentra acomodada y resulta congruente con diversas normas de rango legal. Y es que la concreta reserva de Ley que realiza en materia de propiedad el artículo 33 de la Constitución española lo que prohíbe, según reza la sentencia del Tribunal Constitucional 33/87, de 26 de marzo, son las operaciones de deslegalización de la materia y los intentos de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por Reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo del Gobierno para completar la regulación legal, y sin perjuicio de que este desarrollo reglamentario realizado por la Administración haya de hacerse dentro de los criterios normativos fijados por la misma Ley. Y este es, ciertamente, el caso que nos ocupa, de forma que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, al igual que los artículos 7 a 15 del mismo Reglamento, constituye no una regulación independiente de la Ley Hipotecaria, sino que subviene a la necesidad de desarrollar el mandato genérico enunciado por ésta en su artículo 2.2.º al referirse y autorizar el acceso registral de los títulos relativos a la constitución, modificación, transmisión o extinción de «cualesquiera otros derechos reales».

4. POSICIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA. CARACTERES PRINCIPALES DEL DERECHO DE VUELO

Por orden de menor a mayor extensión o nivel de aceptación entre los autores, se pueden enunciar las siguientes teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de vuelo, cuestión íntimamente vinculada a la de determinar la necesidad o no de establecer un límite temporal o plazo máximo de duración del mismo:

1.º El derecho de vuelo es un verdadero dominio o derecho de propiedad, y no un mero derecho real limitativo del dominio ajeno, si bien reviste

la particularidad de que dicho dominio se proyecta, no sobre un objeto material o corpóreo, sino sobre «el espacio aéreo de una finca» perteneciente, al menos en parte, a distinto titular. Es una tesis sugerente pero minoritaria que ha sido mantenida casi en solitario por SOTO BISQUERT (9).

2.º El derecho de vuelo es un mero derecho real limitativo del dominio, asimilable al derecho de superficie, según unos, o caracterizado como un derecho propio y autónomo distinto del de superficie, según otros. Esta es la tesis defendida por VENTURA TRAVESET (10) y por CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (11).

3.º Finalmente, como tesis más extendida en la actualidad, no confrontada con la anterior pero sí más completa y precisa, a nuestro juicio, cabe reseñar la que, adaptada a la propia complejidad del derecho, diferencia dos fases en la existencia del mismo, una inicial en la que se trata de un derecho a construir sobre cosa ajena, y otra posterior que nace con la materialización de la facultad inicial de construir, que da paso a un derecho de dominio pleno en régimen de propiedad horizontal sobre las plantas o edificaciones realizadas. Militan en esta corriente, hoy mayoritaria, LA RICA (12), ROCA SASTRE (13), NAVARRO VIÑUALES (14), ALBALADEJO (15), ALONSO PÉREZ (16) y BALLESTEROS ALONSO (17). Este último autor ha realizado aportaciones doctrinales muy precisas y certeras, a nuestro modo de ver, y desarrollando la tesis antes sintetizada, en línea con la regulación del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario y con la interpretación mantenida por los autores recién citados, destaca las siguientes notas o caracteres del derecho de vuelo, como derecho llamado a mutar sobre sí mismo:

(9) SOTO BISQUERT, ANTONIO, «El derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, págs. 923 y sigs.

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

(11) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1983.

(12) LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, *Comentarios a las reformas del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959.

(13) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA, en *Derecho Hipotecario*, III, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 644 y sigs.

(14) NAVARRO VIÑUALES, JOSÉ MARÍA, «El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana», en *Cuadernos notariales-16*, Fundación Matritense del Notariado, 1997.

(15) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «El derecho de sobreelevación del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario», núm. 30 de los *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2000, págs. 60 y sigs.

(16) ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA, *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000; si bien esta autora introduce matizaciones en cuanto a la vocación del derecho de vuelo a integrarse en una futura propiedad horizontal al aceptar la posibilidad de la constitución de dicho derecho sobre finca no edificada.

(17) BALLESTEROS ALONSO, MANUEL, «Derecho de vuelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, págs. 2055 y sigs.

- a) es un derecho real, en cuanto implica para su titular la posibilidad de actuar directamente sobre la cosa gravada. Destaca esta misma idea ROCA SASTRE, al apuntar que la cualidad de «inscribible» que atribuye al derecho de vuelo el Reglamento Hipotecario es suficientemente elocuente para atribuirle los caracteres de derecho real inmobiliario transmisible, pues el precepto reglamentario lo que prevé que se inscriba no es el contrato relativo a tal derecho (como en materia de arrendamientos y de opción de compra), sino directamente el derecho que examinamos;
- b) es un derecho que no implica, en tanto esté pendiente su ejercicio, un contacto posesorio con la cosa gravada. Destaca con acierto BALLESTEROS la importancia que esta circunstancia comporta en relación con la publicidad registral del derecho, al no existir la publicidad posesoria, y precisamente por ello produce cierta extrañeza que, a diferencia de lo que sucede con un derecho muy próximo como el de superficie, la inscripción del derecho de vuelo tenga carácter meramente declarativo y no constitutivo. Reflexiona sobre este particular VIÑUALES e indica certeramente que las razones de ser de aquel carácter constitutivo para el derecho de superficie (la falta de publicidad posesoria y la falsa apariencia de que el volumen edificable corresponde al propietario del suelo) son por completo predicables respecto del derecho de vuelo, por lo que aboga desde una perspectiva de *lege ferenda* por imponer la inscripción constitutiva del vuelo en el Registro de la Propiedad, innovación, no obstante, que sí requeriría, a mi juicio, la intervención de una norma de rango legal, pues con ser novedad demandada por la lógica jurídica, es lo cierto que supondría excepcionar el régimen común del carácter declarativo de la inscripción;
- c) se trata, además, de un derecho real con vocación al dominio (*ius ad dominium*) en la medida en que quien lo ejercita, construyendo en los términos autorizados por el título de su constitución, adquiere la propiedad de lo así edificado. En este sentido se puede afirmar que el derecho de vuelo atribuye el dominio sobre lo construido *sub conditione* de materializar la edificación habilitada ejercitando el previo *ius aedificandi* que ostenta su titular desde el momento de su constitución. Esta idea, que habla en favor de la tercera de las tesis antes apuntadas, ha sido igualmente asumida por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de mayo de 1999 (18), en la que se

(18) Sentencia que, por otra parte, mantiene la inaceptable tesis de que no cabe la reserva del derecho de sobreedificación a favor del constructor, establecida en el título constitutivo, cuando éste es el dueño único del inmueble, a pesar de estar tal cosa admitida expresamente por el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, por considerar este

explica ese tránsito del derecho limitado a construir hacia el derecho de pleno dominio a que da lugar el desenvolvimiento de aquella vocación *ad dominium* que muestra el derecho de vuelo diciendo que «la condicionalidad subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una *conditio iuris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario» (19). Ello supone la asunción jurisprudencial de la tesis mayoritaria, antes expuesta, sobre la naturaleza jurídica del derecho de vuelo.

Pero, además, la adquisición por tal título de las edificaciones resultantes va acompañada de la simultánea adquisición sobre los elementos comunes a la obra nueva amparada en el derecho de vuelo y a la cuota correspondiente de la parte común de la misma edificación preexistente al ejercicio de tal derecho. Esta adquisición simultánea es consecuencia de la propia naturaleza de las cosas, pues tratándose de un derecho a construir o *ius aedificandi* sobre una edificación ya existente, o por debajo de la misma, nos encontramos ante un supuesto que responde a la tipología arquitectónica de la construcción por plantas, por lo que, dada la concurrencia de más de un titular sobre partes físicas diferenciadas de dicha construcción (al menos, se mantienen separadas las propiedades correspondientes a las plantas objeto del derecho de vuelo y el resto de la edificación),

precepto contrario al Código Civil y a la Ley de Propiedad Horizontal que, en la medida en que configuran la cubierta del edificio como elemento común impedirían, a juicio del Tribunal, la reserva de tal derecho. Sin embargo, como ha señalado ALBALADEJO en su crítica a dicha sentencia (*opus cit.*, pág. 72), si el elemento común cubierta puede hacerse privativo por acuerdo unánime de los propietarios —cosa que admite la sentencia— «es que no es no privatizable nunca y absolutamente, y, ese presupuesto, no se ve por qué no pueda reservarse la facultad de privatizarlo el constructor cuando él es todavía dueño íntegro del edificio o dueño de todos los pisos ya constituidos en régimen de propiedad horizontal». El mismo autor pone de manifiesto la extravagancia de la sentencia citada por contraponerse con el criterio unánime de la doctrina y de la jurisprudencia (cfr. sentencias del propio Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1964, 15 de diciembre de 1973, 11 de octubre de 1991, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de abril de 1970 y 5 de febrero de 1986).

(19) En otros aspectos esta sentencia fue más polémica y menos afortunada al apreciar una supuesta colisión entre el artículo 16 del Reglamento Hipotecario en materia de derecho de vuelo y el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, y 396 del Código Civil en cuanto atribuyen el vuelo a la comunidad de copropietarios en proporción a sus cuotas, al definirlo como elemento común del régimen de la propiedad horizontal con carácter imperativo, impidiendo, a juicio del Tribunal, la estipulación de pactos o el establecimiento de derechos que contradigan dicha naturaleza en el título constitutivo de dicho régimen.

siendo aquéllas susceptibles de aprovechamiento independiente, surge necesariamente una comunidad de las especiales reguladas por el artículo 396 del Código Civil y por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 (20), y sabido es que estas normas prescriben el carácter común, es decir, atribuido en régimen de copropiedad a todos los titulares de elementos privativos y en proporción a su respectiva cuota de copropiedad, de ciertos elementos constructivos entre los que se encuentra el suelo de la finca sobre la que se asienta la construcción. Es precisamente por ello por lo que en el título de constitución del derecho de vuelo debe establecer necesariamente «a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento». Es decir, las cuotas sobre los elementos comunes que hayan de corresponder a las nuevas plantas en la propiedad horizontal ya existente o futura (será inexcusable su aparición al tiempo de ejercitarse el derecho de vuelo, pero puede existir ya al tiempo de la constitución inicial de este derecho) debe quedar determinada *ab initio* en el propio título de constitución del derecho, o bien deberá fijar el título los elementos que permitan su inequívoca determinación futura;

- d) todo lo anterior conduce a que el derecho real de vuelo tenga, junto con aquella vocación al dominio, una vocación o propensión al condominio, condominio que, además, debe organizarse a través de un régimen de propiedad horizontal;
- e) dentro de la triple tipología de los derechos reales reconocidos en nuestro Ordenamiento jurídico (de goce, de garantía y de adquisición preferente), BALLESTEROS ALONSO (21) se ha pronunciado a favor de la asimilación del derecho de vuelo a este último grupo en cuanto su ejercicio supone el acceso a la propiedad de lo construido, idea que compartimos, si bien sólo resulta válida, como es obvio, para la definición del derecho de vuelo durante la pendencia de su ejercicio, pues, como hemos subrayado, a diferencia de los derechos obligacionales que se extinguen por su ejercicio, y de los restantes derechos reales cuyo ejercicio no los altera sino que los reafirma en sus propios términos evitando el juego de la prescripción, en este caso tal ejercicio transforma el derecho que muta sobre sí mismo, viniendo a desembocar en otro de naturaleza distinta, cual es el derecho de dominio pleno sobre lo edificado, abandonando la categoría de derecho de adquisición.

(20) Modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril.

(21) BALLESTEROS ALONSO, *opus cit.*, pág. 2058.

Creo que todos estos caracteres, por encajar plenamente en la regulación positiva tanto del Reglamento Hipotecario como de la Compilación navarra, vienen a avalar el acierto de la tercera de las tesis doctrinales antes expuestas. No obstante, y con todo, se ha de reconocer que ninguno de los dos cuerpos normativos citados se decanta abiertamente por ninguna de las teorías expuestas, eludiendo un pronunciamiento expreso, por lo que se mueven más en el terreno de las descripciones que en el de las categorías. Y es lo cierto que el decantamiento por alguna de las teorías expuestas es algo previo y necesario para poder tomar una posición definitiva en el tema del carácter perentorio e ineludible del señalamiento de un plazo limitado durante el cual se pueda ejercitar el derecho de vuelo, pues, como vamos a ver, la delimitación temporal del derecho es consustancial a los derechos reales limitativos sobre cosa ajena y, por el contrario, resulta contradictoria con la naturaleza del derecho de propiedad, como derecho de dominio pleno que es.

5. El carácter temporalmente limitado de los derechos reales sobre cosa ajena

Es postulado básico de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de Derecho de cosas que la propiedad se presume libre y no puede ser sometida a regímenes de vinculación o amortización de forma directa ni indirecta mediante la constitución sobre la misma de gravámenes o limitaciones perpetuas. Congruentemente con ello, y de forma paralela, no resulta admisible la existencia de cargas, gravámenes o derechos reales sobre cosa ajena perpetuos o constituidos por tiempo indefinido. Son múltiples las manifestaciones de estos principios en nuestro Derecho positivo. En sede de Código Civil se pueden destacar los siguientes supuestos:

- a) en materia de limitación de llamamientos en las sustituciones fideicomisarias, el artículo 781 del Código limita su validez a las que «no pasen del segundo grado o se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»;
- b) en relación con los censos, si bien la cesión del capital o del bien inmueble puede ser perpetua o por tiempo indefinido, el artículo 1.608 del Código establece que, sin embargo, el censatario podrá redimir el censo a su voluntad, «aunque se pacte lo contrario, siendo esta disposición aplicable a los censos que hoy existen», es decir, con carácter de Derecho imperativo y con eficacia retroactiva;
- c) en materia de usufructo, ninguna limitación de plazo se impone a los constituidos en favor de personas físicas, pues es causa de extinción de aquel derecho el fallecimiento de su titular (cfr. art. 513.1.º), que

- es evento incierto en el cuándo, pero cierto en sí. Sin embargo, no existiendo limitación biológica a la vida de las personas jurídicas, el artículo 515 del Código previene el carácter perpetuo de los usufructos constituidos a su favor, imponiendo un límite máximo a su duración de treinta años, transcurrido el cual se extingue el usufructo;
- d) en relación con el derecho de retracto convencional es precepto imperativo que en ningún caso se podrá constituir por un plazo superior a diez años y que, a falta de estipulación en contrario, se limita su plazo a cuatro años (cfr. art. 1.508);
 - e) igual criterio se adivina en la regulación de la hipoteca de rentas o prestaciones periódicas del artículo 157 de la Ley Hipotecaria que, además de prescribir la necesidad de que en la inscripción se haga constar el plazo y el modo o forma en que aquéllas se hayan de satisfacer, velando por el principio del *favor libertatis* que rige en materia del derecho de propiedad, previene un mecanismo de cancelación simplificada de tales inscripciones al establecer que transcurridos seis meses desde la fecha señalada para el pago de la última pensión, el titular del inmueble podrá solicitar su cancelación;
 - f) también el Reglamento Hipotecario contiene manifestaciones importantes de aquellos principios de libertad de la propiedad y de limitación de sus gravámenes en diversos artículos, como el 14 en relación con los derechos de opción de compras, el 16 respecto del derecho de superficie (acogiendo en este caso los límites temporales que establece la legislación urbanística), etc. En la misma línea debe interpretarse la derogación tácita operada sobre el artículo 199 del Reglamento Hipotecario en virtud de la nueva redacción dada al artículo 86 de la Ley Hipotecaria por la Disposición Adicional 9.^a de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al limitar la duración de las prórrogas de las anotaciones preventivas a un máximo de cuatro años, eliminando las prórrogas indefinidas que amparaba el artículo 199 del Reglamento (22);
 - g) finalmente, también respecto de los negocios jurídicos de mutación jurídico-real cuya eficacia, en sentido suspensivo o resolutorio, se haya sometido a cualquier tipo de condición (cfr. arts. 1.117 y 1.118 del Código Civil) resulta necesario para obtener su reflejo y desenvol-

(22) La excepción entre los derechos reales del caso de las servidumbres y otros derechos prediales *propter rem*, que sí admiten su constitución por tiempo indefinido, responde al hecho de que tales derechos constituyen, en la terminología del artículo 13 de la Ley Hipotecaria, «cualidades del predio», por lo que pasan a integrarse entre las facultades del dominio del predio dominante, con una vocación de permanencia indefinida en el tiempo a imagen y semejanza de la tendencia a la perpetuidad propia del derecho de propiedad.

vimiento registral el acotamiento de un plazo máximo en el que se habrá de cumplir o quedar incumplido el evento puesto en condición. Así lo afirmó la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 28 de febrero de 1994, confirmando el criterio del Registrador que había suspendido la inscripción de una transmisión sujeta a condición resolutoria por no fijarse el plazo para el cumplimiento del hecho en que consistía la condición. Como dice GIMÉNEZ DUART (23) en su comentario a aquella Resolución, «es absurdo que la prohibición de disponer sólo quepa imponerla en actos a título gratuito y con los límites de la fideicomisaria y no en los actos a título oneroso, pero que, en cambio, quepa sujetar una transmisión cualquiera a un condicionamiento eterno equivalente en la práctica a una prohibición de disponer. Y mientras unas condiciones encubren o equivalen a una limitación de disponer, otras simplemente producen una situación de indefinición o pendencia, que casa mal con la claridad y certeza que debe presidir los pronunciamientos del Registro». Comentarios llenos de sentido común y de buen sentido jurídico que compartimos plenamente.

Es más, el Tribunal Supremo viene declarando la nulidad radical de los contratos *ad perpetuam* por ilicitud del objeto. Es el caso de la sentencia de 26 de octubre de 1998, de la Sala 1.^a de dicho Tribunal, en la que se distinguen como categorías diferenciadas a estos efectos de su grado de ineficacia entre, por un lado, los «contratos de duración indefinida», es decir, aquellos que carecen de pacto alguno sobre su vigencia temporal, respecto de los que considera admisible su revocación mediante la denuncia del mismo por parte de uno de los contratantes (con indemnización o no de los daños y perjuicios) y, por otro lado, los «contratos a perpetuidad», en los que sí existe una estipulación sobre la duración del contrato en la que se establece su carácter *ad perpetuam*, en los que no se aplica el régimen de revocación a denuncia unilateral, sino la nulidad radical, «ya que esa estipulación es contraria a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (art. 1.583 del Código Civil)» y cuya causa se considera ilícita por el mero hecho de pactarse a perpetuidad (cfr. art. 1.275 del Código Civil).

Siendo todo ello así, ¿es que el derecho de vuelo debe erigirse en excepción a tan unánime criterio legal?; ¿es que acaso existen elementos en la naturaleza jurídica, ya examinada, de tal derecho que abonen aventurar una justificación para tan extravagante excepción?; de no ser así, ¿cuál es la razón de las dudas

(23) GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, «Comentario a la Resolución de 28 de febrero de 1994», en *La Notaría*, marzo de 1994.

sobre la necesidad de establecer un plazo máximo? Ya hemos visto que por la vía de la concepción del derecho de vuelo como un derecho real limitativo del dominio no habría escapatoria posible, pues no caben gravámenes perpetuos sobre la propiedad ajena. Pero también dijimos que algún sector doctrinal entiende que cabe aplicar al derecho de vuelo el concepto de verdadero dominio, si bien que «sobre el espacio aéreo» de finca ajena. Quizá sea precisamente por la falta de decisión del legislador sobre la naturaleza jurídica de este derecho por lo que ni el Reglamento Hipotecario, hasta su reforma de 1998, ni la Compilación navarra (24) establecen formalmente el requisito del plazo.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta indefinición sobre la naturaleza jurídica del derecho no debería justificar una paralela indefinición sobre el problema de la necesidad del establecimiento del plazo, por cuanto de forma inversa, y por sus propios fundamentos, de la misma manera que se afirma el carácter temporalmente limitado de los derechos reales sobre cosa ajena, hay que afirmar el postulado contrario respecto del derecho de propiedad o dominio pleno. Y es que no cabe el sometimiento a plazo temporal del derecho de propiedad. Podrá quedar sujeto a una sustitución fideicomisaria, a un retracto convencional, a una condición resolutoria a cumplir en plazo determinado, al régimen legal de la prescripción extintiva, pero no cabe sin más establecer una limitación temporal a la vigencia del derecho de propiedad mediante la fijación de un simple plazo. Lo que sí se puede y debe sujetar a un plazo son los regímenes forzosos de condominio, a excepción del régimen de la propiedad horizontal, pues la comunidad ordinaria sólo admite el pacto de exclusión de la *actio communi dividundo* por un plazo máximo de diez años, sin perjuicio de su prórroga por nueva convención, conforme al artículo 400 del Código Civil. Obsérvese que el plazo coincide con el señalado por el artículo 16.2.º,c) del Reglamento Hipotecario, declarado nulo por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000. La cuestión presenta relevancia, pues la exigencia del plazo se refiere al ejercicio del derecho de vuelo, es decir, a su primera fase, anterior a la patrimonialización de lo edificado por su titular (pues, en la segunda fase, al hacer tránsito a un régimen de división horizontal ninguna limitación de tiempo se prescribe), fase inicial en la que alguna doctrina apunta la existencia de un verdadero derecho de dominio sobre el espacio aéreo de la finca, lo que da lugar, por la concurrencia de distintos titulares sobre el vuelo y sobre el suelo de una misma finca, con carácter en ambos casos de titularidades dominicales, a la existencia de una especial comunidad o cotitularidad sobre el conjunto del inmueble a la que, por la vía de la aplicación analógica de una norma imperativa e indero-

(24) Esta última incluso llega a admitir expresamente la posibilidad de que el derecho de vuelo se constituya a perpetuidad, con una presunción favorable a la misma en ausencia de pacto en contrario (cfr. Ley 428).

gable por la voluntad de sus titulares, como es el artículo 400 del Código Civil, le resultaría aplicable la limitación temporal de los diez años prescritos por tal precepto. Pero si a ello le añadimos el carácter esencialmente transitorio que presenta el derecho de vuelo, en la medida en que sin materializar la edificación a que faculte ningún interés jurídico ni económico presente reporta a su titular, no es de ver cómo se puede razonar solventemente la inexistencia de un plazo máximo como elemento estructural y consustancial a la propia naturaleza jurídica del derecho de vuelo.

Veremos a continuación cómo ésta ha sido también la posición que ya desde 1996 viene manteniendo de forma sostenida y sin quiebra la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones, y la que viene avalada por la doctrina científica más autorizada.

6. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA SOBRE LA NECESIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE UN PLAZO MÁXIMO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VUELO

Diferenciaremos en apartados distintos la posición de la doctrina científica y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

A) *El criterio de la doctrina científica*

Ciertamente, la claridad y contundencia de los anteriores argumentos no ha escapado al análisis de los autores de forma que, si bien es cierto que algunos sólo incorporan a su reflexión las consecuencias derivadas del principio de especialidad en materia de derecho de vuelo en tanto se pretenda su acceso al Registro de la Propiedad de una forma limitada, como en el caso de ROCA SASTRE que, a pesar de la omisión del artículo 16.2.º, defiende la necesidad de especificar en el título constitutivo del derecho y en su inscripción registral las características de la nueva construcción incluyendo el número de plantas (25), sin embargo no emplea el mismo criterio en relación con el plazo de duración del derecho del que estima que, dado aquel silencio de su norma reguladora, «no es de duración tasada» (26), igualmente es cierto que entre los autores más modernos, y no hemos de echar en olvido lo reciente de la aparición de esta figura, dada su vinculación con la propiedad horizontal, es mayoritaria la opinión contraria.

(25) Además, aboga por incorporar los datos de sus alturas, capacidad y demás medidas.

(26) Si bien advierte de que el derecho de vuelo está sujeto a la prescripción extintiva por no uso del mismo.

En este sentido, debemos destacar las aportaciones de BALLESTEROS ALONSO (27) que claramente se muestra contrario a que el derecho de vuelo sea una excepción en nuestro Ordenamiento jurídico, por lo que entiende que debe constituirse sujeto a un plazo, destacando que la omisión al respecto del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, antes de la reforma de 1998, debe interpretarse como una indefinición del mismo sobre la verdadera naturaleza de este derecho como un derecho real limitado o como un verdadero dominio. Pero incluso admitiendo esto último a efectos argumentativos, el plazo seguiría siendo necesario, pues aún entendiendo aquel derecho como una propiedad separada sobre el vuelo, aquella separación entre la propiedad del vuelo y la del suelo no podría aceptarse como perpetua. Esta misma es la opinión de NAVARRO VIÑUALES (28), quien cita en su apoyo un auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 de julio de 1995, dictado en vía de recurso gubernativo contra la calificación de un Registrador que denegó la inscripción de un derecho de vuelo por falta de sujeción a plazo, calificación confirmada por el Tribunal.

Dicho autor utilizaba en su razonamiento argumentos de tipo lógico (la naturaleza del derecho de vuelo como real limitado con vocación de dominio), sistemáticos (su proximidad y analogía con lo dispuesto en materia de derecho de superficie y de vuelo rústico por los arts. 16.1.º y 30.3.º del RH) e históricos (en los trabajos preparatorios de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 se preveía la introducción del plazo con carácter obligatorio, si bien finalmente se suprimió). Igualmente partidario de la fijación de un plazo se muestra ARNÁIZ EGUREN (29), sin perjuicio de su posible prórroga (dentro del límite máximo de los diez años permitidos tras la reforma de 1998). Igual criterio favorable manifiesta GIMÉNEZ DUART en sus atinados comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de noviembre de 1996 (30), a la que nos referimos a continuación.

B) *El criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

La citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de noviembre de 1996, tuvo que abordar frontalmente el

(27) BALLESTEROS ALONSO, *opus cit.*, pág. 2071.

(28) NAVARRO VIÑUALES, *opus cit.*, pág. 29.

(29) ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, en sus «Comentarios a los artículos 13, 16 y 68 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en el libro colectivo *La reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 119.

(30) GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, «Comentario a la Resolución de 6 de noviembre de 1996», en *La Notaría*, núms. 11-12 de 1996.

problema que venimos examinando al resolver un recurso gubernativo contra la calificación de un Registrador que suspendía la inscripción de un derecho de vuelo no sujeto a plazo de ejercicio. Se trataba del siguiente supuesto: dividido un edificio en régimen de propiedad horizontal, las dueñas del mismo se reservan en los estatutos respectivos, el derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales para ellas y sus sucesores. El Registrador entiende que el principio de especialidad queda conculcado tanto por no concretarse el número de plantas a edificar, como por no fijar plazo para el ejercicio del derecho. En ambos aspectos confirma la Dirección General la nota de calificación.

Respecto de lo primero, aclara el Centro Directivo que en este caso bajo la falta de determinación indicada subyace, no un derecho real de los configurados en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino «la sustracción a los propietarios de la finca edificada (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, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística». Respecto del segundo defecto indicado por el Registrador, la Dirección General enlazando su razonamiento con el anterior, indica con precisión que la situación jurídica antes definida «en modo alguno pueda considerarse como verdadero derecho real pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro Ordenamiento jurídico (vid. art. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), pues 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 (vid. arts. 513, 526, 546, 1.608, 1.655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad».

Este criterio se ha mantenido en ocasión reciente por la misma Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 26 de septiembre de 2000, en la que reitera que la no especificación del plazo en que deben realizarse las obras autorizadas por el derecho de vuelo concedido, «aunque ciertamente tal determinación no figura en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario vigente al tiempo de formularse la calificación impugnada, resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se constituye (cfr. art. 9 LH), como por la necesidad de observar y respetar las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes, entre ellas la exclusión, cuando no haya causa que lo justifique de gravámenes perpetuos e irredimibles (arts. 781, 785, 400, 515, 640 del Código Civil)».

7. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 16.2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO
COMO CONCLUSIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA
EN TORNO AL DERECHO DE VUELO, Y SU ANULACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, impulsada fundamentalmente por la necesidad de su adaptación a los cambios legislativos introducidos por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y por la Ley de condiciones generales de la contratación, de 13 de abril de 1998, aprovechó la ocasión para actualizar la regulación hipotecaria de algunas figuras jurídicas. Este fue el caso del artículo 16.2.º en relación con el derecho de vuelo, que modifica en el sentido de incorporar de forma expresa la exigencia de aquellas determinaciones que en cuanto a número de plantas y plazo de ejercicio ya habían venido exigiendo al título constitutivo la práctica registral y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, para lo que introduce sus nuevos apartados *c)* y *d)*.

En nuestra opinión, la reforma en este punto fue plenamente acertada, según de forma prolija se ha razonado. Por ello, el juicio que en este extremo nos merece la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, al anular el nuevo apartado *c)* de dicho precepto, en el que se impone la necesidad de establecer en el título de constitución del derecho «un plazo máximo para su ejercicio que no podrá exceder de diez años», debe ser necesariamente crítico. La novedad, como se ha dicho, respecto a una correcta inteligencia de la naturaleza jurídica del derecho de vuelo, era congruente con las exigencias estructurales de los derechos reales, con el principio de especialidad hipotecaria, con el principio general del Derecho de la proscripción de los gravámenes perpetuos y de cualquier forma de vinculación de la propiedad y, finalmente, resultaba acorde con la opinión más extendida entre nuestros autores y con la jurisprudencia registral. Por otra parte, dicha innovación ningún reproche mereció por parte del Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen de 9 de julio de 1998 (31). La conclusión anulatoria de la sentencia resulta tanto más inconsecuente e incongruente consigo misma si observamos que la propia Sala se decanta entre las distintas teorías en liza en lo tocante a la naturaleza jurídica del derecho de vuelo por la que lo define como un derecho real, desde cuyo prisma es todavía más evidente la acotación de un plazo a la duración del derecho. La inconsecuencia sube de tono al advertir que la sentencia niega que la nueva regulación suponga una limitación a la libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil.

(31) Que, sin embargo, fue especialmente crítico con otros aspectos del Proyecto de Real Decreto de reforma, llegando a formular hasta cinco observaciones esenciales a otros tantos artículos del mismo que, en atención a dicho Dictamen, fueron suprimidos del texto definitivamente aprobado.

Y es que el único apoyo argumental de la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo consiste en la existencia de una pretendida confrontación o contradicción que, a juicio del órgano sentenciador, se produce entre el citado apartado y el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, precepto que no establece límites temporales a la publicidad registral de los derechos reales, por lo que el novedoso plazo máximo de diez años que fija el Real Decreto 1867/1998, al derecho de vuelo, supone un condicionamiento a su eficacia frente a terceros, lo cual «supone, en definitiva, el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley». Este razonamiento no se puede compartir. El objeto y finalidad del artículo 1 de la Ley Hipotecaria es fijar genéricamente el objeto y eficacia de los asientos del Registro de la Propiedad, de forma que cuando su párrafo 3.º señala, como primera manifestación del principio de legitimación registral, que aquellos asientos «están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley», ello no supone la afirmación del carácter perpetuo de tales asientos, sino que, de acuerdo con la finalidad básica de lograr la mayor exactitud posible del pronunciamiento de tales asientos y la concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral, se dictan en la propia Ley Hipotecaria un conjunto de normas (cfr. arts. 76 a 103, integrantes de su Título IV) relativas a la extinción o cancelación de las inscripciones, cancelaciones y demás asientos en caso de extinción del derecho inscrito o anotado, cualquiera que fuera la causa jurídica eficiente de dicha extinción, incluyendo la caducidad del derecho por transcurso del plazo señalado para su ejercicio. Es aquí, en el Título IV de la Ley Hipotecaria, donde se ubican con correcta sistemática los límites temporales que al reflejo registral de los derechos inscritos el Tribunal Supremo ve omitidos en su artículo 1.º Es más, sensible la reforma hipotecaria a una muy mayoritaria demanda social en el sentido de facilitar la eliminación en los libros del Registro de la Propiedad de los asientos relativos a derechos extinguidos, dio nueva redacción al artículo 177 del Reglamento Hipotecario, estableciendo que «Los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal», sujetando tal posibilidad a la condición de que «no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento», modificación que el Consejo de Estado (32) destaca «por su importancia y acierto».

(32) En su Dictamen de 9 de julio de 1998, pág. 24.

Tampoco puede sostenerse el argumento traído en socorro de la tesis anulatoria por vía de ejemplo, consistente en la cita del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pues sobre no referirse a una limitación temporal a la vigencia del derecho de hipoteca, sino al período máximo de devengo de intereses remuneratorios generados por la obligación garantizada que podrán reclamarse en perjuicio de tercero, otros numerosos ejemplos, y de mayor proximidad institucional al derecho de vuelo, extraídos del Reglamento Hipotecario, se podrían citar como réplica a tal argumento. Dada la amplitud de los supuestos, nos limitaremos a citar los de mayor relación institucional con aquel derecho: el artículo 13 en un supuesto de prehorizontalidad (33) consistente en la cesión de suelo por obra futura, indica que, en caso de que la cesión vaya acompañada de una transmisión de presente de los futuros departamentos que corresponden en contraprestación al cedente, en la inscripción «se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación que no excederá de diez años» (34); el artículo 16.1.º al regular el derecho de superficie diferencia dos tipos de plazos distintos: en su apartado *a*) impone una duración máxima de setenta y cinco o de noventa y nueve años (según que sea urbano o civil) para el derecho de propiedad superficiaria, y en su apartado *c*) exige la fijación de un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; el artículo 30.3 que impone como dato de constancia obligada en la inscripción del derecho de vuelo rústico el de su duración; finalmente, el artículo 14.3.º respecto del contrato de opción de compra (35), prescribe con carácter imperativo para la inscripción del mismo la necesidad de establecer un «plazo para el ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años».

Visto todo lo cual, no cabe sino concluir manifestando un claro desacuerdo en este extremo con el fallo de la sentencia de 24 de febrero de 2000, pues claramente resulta desafortunada en su tacha de nulidad del nuevo apartado *c*) del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario introducido por la reforma de 1998.

(33) También en la constitución de un derecho de vuelo existe una situación de prehorizontalidad, dada la vocación de aquél de integrarse en una propiedad horizontal.

(34) Plazo coincidente con el del anulado artículo 16.2.º, *c*) del Reglamento Hipotecario. Recientemente una nueva sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, anula también los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 13 del Reglamento Hipotecario en su versión dada por el Real Decreto 1867/1998, pero por nada que tenga que ver con la determinación de un plazo a un régimen de comunidad *pro diviso*, sino por entender que altera el régimen legal de adquisición de la propiedad, consagrado por el artículo 609 del Código Civil, al convertirlo en disponible por los contratantes a pesar de su naturaleza imperativa.

(35) Recuérdese lo indicado anteriormente sobre la naturaleza jurídica del derecho de vuelo como derecho de adquisición preferente.

Finalmente, como ya se anticipó al comienzo de este capítulo, un nuevo recurso contencioso-administrativo número 507/1998, interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Reglamento Hipotecario, extendiendo en este caso su pretensión impugnatoria también contra la novedad del requisito de fijación del número máximo de plantas a construir que se incorporó como letra *b*) al párrafo 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, ha sido resuelto por la reciente sentencia de la Sala 3.ª (sección 6.ª) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, acogiendo también favorablemente dicha pretensión. Como ya vimos, se trataba de una especificación que viene exigida por el principio hipotecario de determinación, que obliga a que todos los derechos que acceden al Registro de la Propiedad están perfectamente delimitados en su alcance y contenido (cfr. art. 9, núm. 2 LH). No niega tal principio el Tribunal Supremo en esta nueva sentencia, pero entiende que dicha exigencia [fijación de un número máximo de plantas] «excede abiertamente de la función propia del Reglamento (desarrollo y colaboración) al exigir que conste la determinación concreta del número máximo de plantas a construir, con lo que éstas han de quedar precisadas desde un principio a pesar de lo que pueda autorizar el ordenamiento urbanístico en cada momento, viniendo así, en definitiva, a prohibir por el Reglamento que el referido derecho pueda extenderse a cuantas plantas permitan las determinaciones urbanísticas». Remacha el Tribunal su planteamiento declarando nulo de pleno derecho el apartado *b*) del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, «por exigir un requisito para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo, cual es el número de plantas a construir, que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer».

A título de comentario de tales asertos baste recordar aquí lo que ya se dijo sobre el principio de determinación hipotecaria y el carácter legalmente atípico del derecho de vuelo, en el sentido de no estar regulado por ninguna norma legal de ámbito estatal, para excusar mayores argumentaciones de rechazo a tal declaración de nulidad. Añádase tan sólo la inaceptable confusión en que incurre el Tribunal entre la necesaria determinación del contenido y alcance del derecho de vuelo, en que la fijación del número máximo de plantas tiende a evitar precisamente que los eventuales aprovechamientos urbanísticos futuros no incluidos en el título de constitución del derecho de vuelo puedan ser patrimonializados por su titular (¿en base a qué título jurídico?), por un lado y, por otro, las determinaciones del planeamiento urbanístico y de sus instrumentos de ejecución, que si en el futuro atribuyesen nuevos derechos de aprovechamiento urbanístico a un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal corresponderían civilmente al conjunto de la comunidad de propietarios (cfr. art. 396 del Código Civil), aunque alguno de ellos lo fuera en virtud del ejercicio de un previo derecho de vuelo, y no con carácter exclusivo a favor de este último, que sería la conclusión que se

alcanzaría de seguirse la errada línea argumental de la sentencia comentada (36).

II. EL CREDITO REFACCIONARIO Y SU ANOTACION PREVENTIVA EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la anotación preventiva del crédito refaccionario, contenida en el artículo 155 del Reglamento Hipotecario, fue modificada en la última reforma de este Reglamento operada por el ya citado Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (37), dejando redactado dicho precepto en los siguientes términos:

«Según lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley, la anotación preventiva a favor de los acreedores refaccionarios podrá solicitarse en virtud de documento privado que conste por escrito. A este fin deberán concurrir ante el Registrador todos los interesados en la anotación, personalmente o por medio de representante especialmente autorizado, asegurándose aquél de la personalidad de los comparecientes y de la autenticidad de las firmas puestas al pie del contrato, salvo el caso de que éstas estuvieren legitimadas notarialmente, en que no será necesaria dicha concurrencia personal.

También podrá solicitarse en la misma forma la anotación preventiva en virtud de los documentos de concesión de subvenciones públicas o de créditos de entidades públicas destinados a la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes.

Tratándose de edificios en régimen de propiedad horizontal, bastará con la comparecencia del presidente de la Comunidad auto-

(36) Tampoco para mientes la sentencia en la existencia de las llamadas servidumbres *altius non tolendi*, cuyo contenido propio (la limitación del número de plantas a construir sobre la finca gravada), siguiendo la línea argumental trazada en la sentencia de 31 de enero de 2001, implicaría una inaceptable prohibición de construir todas las plantas que permitan las determinaciones urbanísticas, número de plantas que «sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer». La conclusión habría de ser, pues, la erradicación de tales servidumbres a manos de las previsiones urbanísticas. Y es que una cosa es que el contenido de los planes urbanísticos delimiten el contenido del derecho de propiedad y otra distinta es que los derechos reales limitados que sobre dicha propiedad se constituyan a favor de terceros, respetando aquellos límites urbanísticos, determinen el alcance concreto que a las facultades que integran dichos derechos sobre cosa ajena se quiera atribuir en el título de su constitución.

(37) BOE del 29 de septiembre de 1998.

rizado al efecto mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal, aportando la correspondiente certificación acreditativa de la que resulte que los presupuestos de la obra, cuyo importe no podrá ser inferior al del crédito o subvención concedida, han sido aceptados por la Comunidad. La anotación recaerá sobre la totalidad del edificio o finca de que se trate y se practicará en el folio de la finca matriz con las correspondientes notas de referencia en los folios correspondientes a los elementos independientes.

En los supuestos del párrafo anterior, el plazo de sesenta días establecido en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria se computará desde el vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución por la que se otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan, sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso de la prórroga, prevista en el artículo 86 de la Ley. Dicha prórroga podrá pactarse en el propio título en cuya virtud se solicite la anotación».

Comparando la nueva redacción de este precepto con su precedente, es de ver el alcance de la modificación operada y su clara finalidad de favorecer una más amplia extensión en la práctica de esta institución de garantía en que consiste la anotación del crédito refaccionario, dadas sus singulares ventajas, a las que luego aludiremos. Así, las modificaciones consistieron, por un lado, en meros retoques de redacción en su párrafo primero, y en la incorporación de tres nuevos párrafos, por otro lado. Los retoques consistieron en la sustitución de la referencia que se hacía a la comparecencia de los interesados en el Registro, por la más correcta de comparecencia ante el Registrador, dada la finalidad a que responde la misma de que por éste se compruebe la identificación y legitimación de aquéllos, y en la sustitución de la referencia al «contrato privado» por la de «documento privado» (38). En cuanto a los nuevos párrafos introdu-

(38) Un nuevo recurso contencioso-administrativo, número 507/1998, interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Reglamento Hipotecario, fue resuelto por la sentencia de la Sala 3.^a (sección 6.^a) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, desestimando los motivos impugnatorios formulados contra esta innovación, afirmando que «no compartimos la aseveración de que la interpretación finalista, histórica y sistemática, e incluso el propio tenor literal del artículo 59, al utilizar la expresión *contrato*, sólo permite entender como créditos amparados por la garantía real regulada en los artículos 42.8 y 59 de la Ley Hipotecaria los de derecho privado, sino que, por el contrario, la exégesis que consideramos acertada de estos preceptos, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que estamos aplicando, su espíritu y finalidad, es que permiten garantizar con anotación preventiva el cobro o reintegro de las subvenciones públicas o créditos de entidades públicas destinados a la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes, sin por ello forzar el texto de la Ley, que, cuando alude al contrato por escrito, celebrado con

cidos en el artículo 155 del Reglamento Hipotecario, tienen por objeto respectivamente: el segundo, la extensión de la posibilidad de obtener anotación preventiva de crédito refaccionario a los documentos de concesión de subvenciones o créditos públicos de finalidad refaccionaria respecto de fincas urbanas; el tercero, establecer las especificaciones precisas para hacer viable la garantía refaccionaria en los casos en que la refacción tenga por objeto un edificio sujeto al régimen de división horizontal; y el cuarto, establecer las adaptaciones necesarias en materia de cómputo del plazo de caducidad de la anotación en los supuestos de subvenciones y créditos públicos.

La Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, justifica la reforma por la conveniencia de «extender la posibilidad de que se acojan al régimen de las anotaciones preventivas por créditos refaccionarios las subvenciones públicas para la rehabilitación de edificios urbanos».

2. LA ANULACIÓN DEL NUEVO PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 155 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Esta nueva regulación del derecho de vuelo fue combatida por los recurrentes, pero única y exclusivamente respecto del último de los párrafos indicados, y ello por entenderlo contrario a los artículos 86 y 92 de la Ley Hipotecaria en cuanto establece que el plazo de sesenta días de vigencia de la anotación a partir de la finalización de la obra, establecido en el último de los artículos citados, se computará a partir del vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución que otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan, en lugar de computarse desde la conclusión de la obra objeto de refacción, así como que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria no prevé, afirman los recurrentes, la posibilidad de pactar la prórroga de dicho plazo de antemano, mientras que el artículo impugnado admite la posibilidad de que la prórroga del citado plazo se pacte en el propio título en cuya virtud se solicita la anotación.

Pues bien, la pretensión judicialmente deducida en tales términos obtuvo irregular suerte, pues el Tribunal, en su sentencia de 24 de febrero de 2000, comienza descartando el segundo motivo impugnativo, «ya que es manifiesto que una de las fórmulas establecidas para alargar el plazo de caducidad del asiento previsto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria es que así se solicite

el deudor en cualquier forma legal, no impide incluir los documentos de concesión de la subvención o crédito que, en definitiva, cumplen el mismo fin que el documento privado de contrato entre particulares, pues en uno y otro se consignan los derechos y obligaciones de ambas partes, que son el acreedor refaccionario, incluida la Administración en el caso de las subvenciones, y el titular o titulares de la finca, objeto de la refacción, deudores de las cantidades recibidas para los fines de la refacción o reparación, que en el supuesto de las subvenciones serían los beneficiarios de los fondos públicos».

por los interesados, tal y como resulta de la dicción literal del precepto, sin más requisitos que el de la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento, sin ninguna otra limitación, por tanto, en cuanto al momento de la solicitud».

Por el contrario, el Tribunal Supremo aprecia una contradicción entre el sistema de cómputo del plazo de vigencia de la anotación de sesenta días establecido en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria y el previsto en el párrafo final del nuevo artículo 155 de su Reglamento. En este sentido afirma que «la infracción del mandato contenido en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria en cuanto al cómputo del plazo de caducidad de la anotación es manifiesta. La Ley establece que el *dies a quo* será, sin excepciones, aquél en que concluya la obra objeto de la refacción y por tanto tal *dies a quo* no puede ser modificado, por más que se afirme la razonabilidad del precepto, por una norma de rango inferior como lo es el Reglamento impugnado, ello en base al principio de jerarquía normativa lo que determina que el artículo en cuestión deba ser declarado nulo en este punto». Sin embargo, la sentencia no guarda congruencia entre su fundamentación, antes transcrita, y su fallo, pues éste, yendo más allá de lo que aquélla permitiría, declara la nulidad *in totum* del «artículo 155, párrafo cuarto» del Reglamento Hipotecario, siendo así que previamente había razonado la perfecta validez de la previsión del mismo sobre prórroga de la anotación por remisión a la prevista en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y de la posibilidad que brinda dicho párrafo *in fine* para que la prórroga pueda ser pactada en el propio título en cuya virtud se solicite la anotación. Por ello, entendemos que la declaración de nulidad que hace la sentencia de 24 de febrero de 2000, debe ajustarse a los límites en que la misma viene avalada por sus mismos fundamentos. Pero aún dentro de estos límites, debemos realizar un juicio crítico desfavorable del citado fallo que entendemos resulta excesivamente rígido por partir de una interpretación meramente literalista de los preceptos en juego. Razonaremos en las siguientes páginas esta conclusión, comenzando con una breve referencia a la realidad social actual que sirve de contexto a la reforma del artículo 155 del Reglamento Hipotecario operada en 1998, dada su trascendencia para una correcta interpretación de la norma (cfr. art. 3 del Código Civil).

3. LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL EN TORNO A LA NECESIDAD DE FAVORECER LA REHABILITACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN LOS CENTROS DE POBLACIÓN URBANA

El fenómeno de expansión demográfica ha concluido y, con él, la necesidad de crecimiento urbanístico de las ciudades abriendo los ensanches a la periferia.

Ahora bien, la carestía y escasez del suelo en el centro de las ciudades produjo durante las décadas de los setenta, ochenta y principios de los noventa, un

crecimiento centrífugo de las ciudades hacia fuera, abandonando el centro en sus usos residenciales, y con una fuerte tendencia hacia su terciarización. Esta situación ha contribuido a degradar los centros urbanos en su función de foro o espacio de convivencia y a desestructurar las ciudades que pierden un eje de vertebración fundamental. Tal fenómeno, unido a la propia contención demográfica, ha conducido a los municipios de grandes núcleos urbanos a acometer políticas de fomento de la reubicación de la población en los centros de las ciudades y a limitar paralelamente los usos terciarios: las grandes ciudades como Madrid o Barcelona (39) se «recentralizan», declarando de interés público prioritario el salvamento urbanístico de los antiguos distritos del centro.

Ahora bien, la política de recentralización citada tropieza con el problema del envejecimiento de los materiales y estructuras arquitectónicas de las edificaciones del centro de la ciudad, que suponen un reto para la revitalización de tales barrios y para su misma seguridad, por el peligro de desplomes o desprendimientos de cornisas o elementos externos de fachadas (40).

La preocupación apuntada ha determinado la adopción de diversas iniciativas que pasan generalmente por la subvención de las obras de rehabilitación de fachadas y elementos comunes de los edificios afectados por situaciones de riesgo de ruina o desprendimientos parciales. Sin embargo, dado que los recursos públicos son escasos y que las cantidades habilitadas en los presupuestos públicos para tales finalidades son manifiestamente insuficientes, se hace necesario allegar recursos del sector privado, a través del sistema crediticio, en términos que hagan compatible la menor onerosidad posible para los propietarios de las viviendas y locales ubicados en edificios con riesgos estructurales y la mayor garantía posible para las propias entidades de crédito. Repárese en el dato de que en el conjunto de España tan sólo se destina el 20 por 100 de la totalidad de los capitales invertidos en la construcción al capítulo de la rehabilitación, frente a la media europea del 50 por 100, lo que implica un diferencial que obliga a un gran esfuerzo del sector crediticio e implicar a los propietarios en la «cultura del mantenimiento» (41), además de

(39) Así, constituye síntoma de esta tendencia la constitución de sociedades mixtas de capital mayoritario municipal destinadas a la promoción y rehabilitación de edificios residenciales en los barrios antiguos de la ciudad. Este es el caso de la compañía «Proeixample, S.A.», cuyo objeto social es el de la rehabilitación de edificios en el ensanche de Barcelona.

(40) Esta falta de seguridad ha sido trágicamente constatada en los últimos años a través de diversos accidentes que han concluido con la muerte de varios viandantes en ciudades como Madrid, Sevilla y Barcelona. Estos lamentables sucesos han sacudido la conciencia de la ciudadanía y han alertado a las autoridades sobre el grave problema en cuestión.

(41) En la que ya se van alcanzando algunos logros, como lo atestigua el hecho de que en 1997 han aumentado en un 160 por 100 las solicitudes de revisión de fachadas en Barcelona. Este crecimiento de solicitudes se ha mantenido durante los años 1998, 1999 y 2000.

mantener la política de subvenciones públicas basada en razones de orden social (42), allí donde resulte necesario.

Parece evidente que para alcanzar las finalidades anteriores es conveniente acudir al crédito territorial, que frente al crédito personal presenta las ventajas de ser más económico en tasa de interés para el deudor, más dilatado el período de restitución —facilitando con ello la amortización del capital que se distribuye en un plazo mayor—, y ser, al propio tiempo, más seguro para la entidad financiera y, además, requiere menores dotaciones para insolvencias. Pues bien, para obtener el carácter de crédito territorial basta dotar al crédito de la garantía real refaccionaria que representa la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad, utilizando para ello la figura prevista en la legislación hipotecaria de la anotación de crédito refaccionario. Las ventajas del crédito refaccionario sobre el común crédito hipotecario como instrumento de financiación de las obras de rehabilitación urbana vienen determinadas por el hecho de que tiene rango hipotecario separado sobre el valor de la mejora, por lo que extrae del inmueble su capacidad crediticia en función de la plusvalía que representa la propia mejora, sin entrar en colisión o concurrencia con los titulares de otras cargas preexistentes. Además de ello, al tratarse de un supuesto de rehabilitación y mejora de fachadas y otros elementos comunes se justifica, como veremos, la aplicación del régimen del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, facilitando la adopción de los correspondientes acuerdos sobre la ejecución de la mejora y su financiación.

Pues bien, la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 trata de salir al paso de esta necesidad social mediante una serie de innovaciones de técnica registral que, dentro de las coordenadas de la Ley Hipotecaria, facilite la utilización práctica de esta modalidad de garantía refaccionaria, especialmente idónea para las finalidades expuestas, consciente del desuso antisocial y antieconómico en que, a pesar de las ventajas expuestas, había incurrido dicha figura.

Y es que, en efecto, como escribiera GIMÉNEZ ARNAU (43) en el año 1941, y la situación desde entonces hasta el presente poco ha cambiado en este punto, «a pesar de que la construcción jurídica de la anotación preventiva a favor del acreedor refaccionario es irreprochable, en el comercio jurídico se emplea con poca frecuencia. En la mayoría de los Registros —sigue diciendo— no se ha practicado, desde 1863 a acá, ninguna anotación de esta clase». También LA RICA (44) destacó en su época este fenómeno de postergación y

(42) Que el Ayuntamiento de Barcelona canaliza a través del Instituto del Paisaje Urbano.

(43) GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de legislación hipotecaria*, tomo II, Madrid, 1941, pág. 19.

(44) LA RICA Y ARENAL, *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, Madrid, 1976, pág. 331.

olvido en que ha vivido la anotación preventiva del crédito refaccionario, del que dice «no haber penetrado en la conciencia jurídica popular», a lo que añade que «la explicación de la postergación de un resorte legal tan interesante puede ser compleja, pero fundamentalmente creemos que estriba en la posición de olvido que respecto a él han tenido los organismos públicos y privados de crédito». A esta cierta apatía y pereza mental que se observa en relación a esta figura, debe añadirse sin duda la complejidad de alguno de los trámites legales a que queda sujeto su desenvolvimiento práctico y, en concreto, la necesidad de acudir a un juicio declarativo para dirimir las controversias entre deudor y acreedor surgidas con ocasión de la necesidad de «convertir» la anotación preventiva en inscripción de hipoteca, a petición del acreedor, «si al expirar el término señalado en el artículo anterior (sesenta días) no estuviera aún pagado por completo de su crédito, por no haber vencido el plazo estipulado en el contrato» (cfr. art. 91.1.º LH), que hace quimérica la efectividad de tal sistema de garantía. Así lo ha denunciado también DE ANGEL YAGÜEZ, para quien la remisión a dicho juicio declarativo para obtener la conversión «constituye el talón de Aquiles de esta fórmula jurídica, ya que hará ilusoria y vaciará de sentido práctico la hipotética posibilidad del acreedor de ejercitar el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», instrumento de eficacia fundamental en el sistema de la garantía hipotecaria.

4. BREVE REFERENCIA A LAS PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1998 EN MATERIA DE CRÉDITO REFACCIONARIO

Visto el panorama, yermo y lamentable, antes descrito, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, no rehúye a pesar de la dificultad de la materia, y dentro de las posibilidades de su rango, afrontar un intento «refaccionario» o rehabilitador sobre la anotación preventiva prevista por el artículo 42.8.º de la Ley Hipotecaria, por medio de la reforma del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, con la finalidad de dinamizar y actualizar dicha figura. Para ello se introducen como innovaciones fundamentales las siguientes:

- a) la extensión de la posibilidad de obtener anotación preventiva de crédito refaccionario a los documentos de concesión de subvenciones o créditos públicos de finalidad refaccionaria respecto de fincas urbanas;
- b) establecer las especificaciones precisas para hacer viable la garantía refaccionaria en los casos de que la refacción tenga por objeto un edificio sujeto al régimen de división horizontal;

- c) aclarar la aplicabilidad del artículo 86 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la duración máxima y su régimen de prórrogas a las anotaciones de crédito refaccionario, permitiendo que éstas se pacten en el propio título en cuya virtud se solicita la anotación;
- d) establecer las adaptaciones necesarias en materia de cómputo del plazo de caducidad de la anotación en los supuestos de subvenciones y créditos públicos.

De todas estas novedades sólo la última recibe un pronunciamiento contrario por parte de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000. Por el contrario, las enunciadas bajo las letras *a)*, *b)* y *c)* ni recibieron observación u objeción alguna por parte del Consejo de Estado en su minucioso Dictamen de 9 de julio de 1998 (45), ni reciben sanción alguna por parte de la citada sentencia del Supremo (46), de 24 de febrero de 2000. Es más, un nuevo recurso contencioso-administrativo (núm. 507/1998) interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Relamento Hipotecario, ha sido resuelto por la reciente sentencia de la Sala 3.^a (sección 6.^a) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, desestimando los motivos impugnatorios formulados contra las citadas innovaciones, rechazo que argumenta en los siguientes términos:

- a) en cuanto a la extensión de la posibilidad de obtener anotación preventiva de crédito refaccionario a los documentos de concesión de subvenciones o créditos públicos de finalidad refaccionaria respecto de fincas urbanas, afirma que «no compartimos la aseveración ... de que la interpretación finalista, histórica y sistemática, e incluso el propio tenor literal del artículo 59, al utilizar la expresión *contrato*, sólo permite entender como créditos amparados por la garantía real regulada en los artículos 42.8 y 59 de la Ley Hipotecaria los de derecho privado, sino que, por el contrario, la exégesis que consideramos acertada de estos preceptos, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que estamos aplicando, su espíritu y finalidad, es que permiten garantizar con anotación preventiva el cobro o reintegro de las subvenciones públicas o créditos de entidades públicas destinados a la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes, sin por ello forzar el texto de la Ley, que, cuando alude al

(45) En el que llegó a hacer hasta cinco observaciones esenciales sobre otros tantos artículos del proyecto, y otras muchas no esenciales sobre otros diversos extremos de aquel texto.

(46) En la que, sin embargo, se declara la nulidad de cuatro disposiciones del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

contrato por escrito celebrado con el deudor en cualquier forma legal, no impide incluir los documentos de concesión de la subvención o crédito»; y

- b) respecto del establecimiento de las especificaciones precisas para hacer viable la garantía refaccionaria en los casos de que la refacción tenga por objeto un edificio sujeto al régimen de división horizontal, que los demandantes consideraban contrario al régimen del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal y a lo dispuesto en el número 1 del artículo 1.400 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, al autorizar que la comparecencia prevista ante el Registrador la realice el presidente de la Comunidad, autorizado al efecto en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal, aportando la correspondiente certificación acreditativa de que los presupuestos de la obra han sido aceptados por la Comunidad, la sentencia de 31 de enero de 2001 declara que, «debemos expresar que [dichas normas reglamentarias] ni contradicen el régimen de representación de la Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal ni tampoco lo establecido concordantemente en los artículos 42.8.º y 59 de la Ley Hipotecaria». Llega a tal conclusión el Tribunal Supremo, argumentando que el artículo 13, número 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, reformada por Ley 8/1999, establece que el presidente ostenta legalmente la representación en juicio y fuera de él en todos los asuntos que afectan a la Comunidad de Propietarios, exigiéndose por el precepto cuestionado que demuestre, mediante certificación, estar autorizado por el correspondiente acuerdo de la Junta, que es la que, conforme al artículo 14 de dicha Ley, aprueba los presupuestos y la ejecución de todas las obras de reparación de la fina ordinarias o extraordinarias. En congruencia con tales formulaciones, la sentencia de 31 de enero de 2001 concluye afirmando: «Por ser ajustado a Derecho el párrafo segundo del artículo 155 reformado del Reglamento Hipotecario, cuando la subvención pública o el crédito de entidades públicas sea concedido en favor de una Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal, la anotación preventiva del crédito refaccionario deberá practicarse en la forma dispuesta concordadamente por los párrafos segundo y tercero de dicho artículo».

Pero es que incluso respecto de la declaración parcial de nulidad del párrafo 4.º del mismo artículo 155 del Reglamento Hipotecario, que hizo la anterior sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, es importante destacar que expresamente el Tribunal rechaza la impugnación dirigida por los recurrentes contra la posibilidad de pactar las prórrogas de la anotación

preventiva de crédito refaccionario en el propio título en que se solicita la inscripción, por considerarlo ajustado al artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Y es importante por dos razones. Primero, porque esa declaración de su fundamento jurídico quinto obliga a dejar a salvo de la declaración de nulidad del párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento la frase: «.../... sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso, de la prórroga prevista en el artículo 86 de la Ley. Dicha prórroga podrá pactarse en el propio título en cuya virtud se solicite la anotación». Y segundo, porque salvada esta última posibilidad, la anulación de la especialidad que en materia de cómputo del plazo de la anotación se contiene en la primera parte del citado párrafo 4.º del artículo 155, pierde relevancia en el sentido de que la finalidad que persigue de evitar la necesidad del complejo trámite de conversión en hipoteca de la anotación (lo cual requiere nada menos que un juicio declarativo) en el supuesto habitual en los casos de subvenciones y créditos públicos sujetos a un plazo de amortización o devolución superior a los sesenta días previstos por el artículo 92 de la Ley Hipotecaria, podrá, aquella finalidad, verse satisfecha por la vía del pacto de prórroga incorporado al propio título causante de la anotación.

No obstante, ya habíamos anticipado nuestro juicio crítico respecto de la parte del fallo de la sentencia comentada en la que se anula la modalización que respecto del sistema de cómputo general del artículo 92 de la Ley Hipotecaria hace el nuevo párrafo 4.º del artículo 155 de su Reglamento, y a continuación pretendemos razonarlo.

5. EL CONCEPTO DEL CRÉDITO REFACCIONARIO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Lo primero que ha de notarse es que la especialidad de cómputo aludida se refiere a los novedosos supuestos de subvenciones y créditos públicos aludidos, lo cual exige una previa explicación sobre la noción de crédito refaccionario. En efecto, el nuevo párrafo 2.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario incluye dentro del concepto de crédito refaccionario las aludidas subvenciones y créditos, novedad que ya contaba con antecedentes en algunas legislaciones autonómicas en materia de viviendas (47), y que ha sido acogida favorablemente por la doctrina (48), sumándose a una mayori-

(47) Este es el caso del Decreto de la Generalitat de Cataluña de 2 de agosto de 1982, que prevé la anotación preventiva de crédito refaccionario en caso de subvenciones para rehabilitación de viviendas.

(48) Así, por ejemplo, BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA, en su «Comentario al artículo 155 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en el libro colectivo *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 223; JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIS, en su *Comentario de la Reforma Hipotecaria de 1998*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pág. 161 (este último muy crítico con otros puntos de la reforma).

taria línea jurisprudencial propicia a una interpretación amplia del concepto de crédito refaccionario, integrada, entre otras, por las sentencias de 27 de mayo de 1987, 5 de julio de 1990 y 14 de octubre de 1994, que extienden aquel concepto no sólo al prestamista que hace entregas de dinero con fines de refacción, sino también a los créditos contraídos en favor del constructor por la obra realizada o en favor del proveedor por los materiales suministrados para la obra.

Es importante subrayar esta amplitud del concepto del crédito refaccionario considerando tal «todo crédito nacido de cualquier forma contractual que directamente haya contribuido a la producción del resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un bien inmueble» (49), porque cierta doctrina (50) ha defendido un concepto más restringido que califica de refaccionario exclusivamente aquellos créditos que teniendo por finalidad la construcción o mejora de un inmueble, tienen su origen en un préstamo, basándose en los remotos antecedentes de esta figura procedentes del Derecho romano y de las Partidas, y en la expresión que utiliza el artículo 59 de la Ley Hipotecaria, refiriéndose al acreedor «por las cantidades que de una vez o sucesivamente anticipare .../...».

Por el contrario, de los antecedentes más próximos del Anteproyecto del Código Civil de 1848 y del Proyecto de 1851 resulta que el privilegio refaccionario se atribuía a los créditos por «los gastos de construcción y reparos mayores» (art. 1.927 del Proyecto) y como titulares de los mismos se citan a «los arquitectos, empresarios, oficiales, obreros y los que suministran materiales al propietario para la construcción o reparación de sus edificios u otras obras» (art. 1.874 del Proyecto). El Código Civil, sin embargo, se limita a sancionar la preferencia legal a favor de los «créditos refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes que hubieren sido objeto de la refacción» (art. 1.923), sin entrar en su definición, laguna que determinó la discusión apuntada y resuelta mayoritariamente por la jurisprudencia en el sentido indicado y por el que personalmente abogamos. Y es que, como indica CORDERO LOBATO (51), el sentido que se debe atribuir al término «anticipar», que emplea el artículo 59 de la Ley Hipotecaria, hace referencia al hecho de que la prestación antecede al pago de la misma y, además, una interpretación sistemática del Código Civil conduce a rechazar la posibilidad de simultanear la consideración como privilegiados de los créditos, en sentido amplio, para la

(49) DE ANGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 201. También en el visto sentido, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, en *Derecho inmobiliario registral*, Elementos de Derecho civil, III, bis, Barcelona, 1984, pág. 229.

(50) COSSIO, PUIG PEÑA, etc.

(51) CORDERO LOBATO, ENCARNA, *El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 64.

construcción y reparación de los bienes muebles y, al tiempo, circunscribirla a los procedentes de un contrato de préstamo para los inmuebles.

Es más, cabe considerar que la hipótesis correcta es justamente la inversa, pues el Proyecto de 1851 no atribuía privilegio alguno al prestamista que financia la construcción, ausencia de privilegio que explica el propio GARCÍA GOYENA (52) diciendo que tales prestamistas «fueron libres en no prestar sino con la hipoteca del mismo inmueble», posibilidad que, estando expedita para aquellos, ofrece la reflexión de que la regulación de la Ley Hipotecaria en materia de crédito refaccionario debe estar pensando en otros supuestos de acreedores con mayores dificultades de acceso al mercado de las garantías. En cualquier caso, concluye el eximio autor, que «disfrutarán del privilegio refaccionario todos aquellos créditos que estén causamente conectados con obras de reparación, construcción o mejora de bienes, y siempre que su titular no disponga de ninguna garantía que le permita evitar el riesgo de insolvencia del deudor». Prescindiendo de este condicionante final, interesa destacar cómo el concepto de crédito refaccionario defendido por este autor se enraíza más estrechamente con el crédito del constructor y del proveedor de materiales e industria que con el del prestamista, sin que éste llegue a quedar excluido, concepto que es justamente, a mi modo de ver, el que se percibe en el conjunto de la regulación que de la anotación preventiva de crédito refaccionario hace la Ley Hipotecaria. De otro modo no se entendería ni el sistema de liquidación del crédito que establece, con previsión a tal efecto, nada menos, que de un juicio declarativo (a todas luces innecesario cuando de un préstamo se trata y, sin embargo, justificado cuando de un contrato de obra se trate), ni el plazo de sesenta días de caducidad que establece el artículo 92 de la Ley, suficiente para satisfacer el importe de una deuda derivada de un contrato de obras o de provisión de materiales, pues la prestación ya está cumplida y su remuneración es devengada por la mera finalización de la obra, pero claramente insuficiente cuando de lo que se trata es de un crédito o préstamo financiador de la obra, sujetos a plazos de amortización mucho más amplios en los usos comunes del tráfico mercantil. A ello debemos sumar todavía el escaso desarrollo que a la fecha de la promulgación del Código Civil, a diferencia de lo que sucede hoy en día, presentaba el sistema financiero y crediticio patrio, y la escasa relevancia estadística que presentaban los préstamos finalistas destinados a financiar la construcción. La correcta comprensión de este extremo es fundamental para poder interpretar correctamente el sistema de cómputo del plazo de caducidad de las anotaciones de créditos refaccionarios que ensayó el nuevo artículo 155 del Reglamento Hipotecario.

(52) Citado por BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA en su *Comentario al artículo 42.8.º de la Ley Hipotecaria*, en la colección de comentarios a la Ley Hipotecaria, Tecnos, Tomo VII, vol. 5.º, Madrid, 2000, pág. 215.

6. REFACCIÓN DE EDIFICIOS SUJETOS A UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Hay que partir del dato de la fecha de la anterior redacción del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, que procedía de la reforma de 1947, para comprender que, regulado por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico el régimen de la propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960, este sistema de organización de la copropiedad sobre edificios no pudo ser considerada por los autores de aquella reforma de 1947 y, sin embargo, hoy constituye el supuesto tipo de organización de las comunidades de propietarios sobre los edificios urbanos de uso residencial. Había, pues, en este punto una laguna que la reforma de 1998, a riesgo de perder ambición de aplicación práctica, no podía dejar de colmar, y a cuya finalidad responde el nuevo párrafo 3.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario.

La nueva regulación parte de la premisa de la innecesariedad del consentimiento individual de todos y cada uno de los copropietarios del inmueble, sujeto a un régimen de división horizontal, para que el crédito que surja de su rehabilitación tenga carácter refaccionario, y siéndolo para que pueda ser anotado en el Registro de la Propiedad. Desde luego, el criterio contrario haría en la práctica muy poco operativo el sistema, sometiéndolo a un nuevo período de hibernación e inoperancia práctica. Pero, claro es que éste es un criterio que una disposición de rango reglamentario no podría imponer por propia autoridad si no tuviese el adecuado respaldo legal. Pues bien, este respaldo surge de la naturaleza del origen del crédito refaccionario, que no es otro que «la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes» (cfr. art. 155.3.º RH).

Pues bien, ¿a quién corresponde la competencia sobre la decisión de contratar tales obras y mejoras? Antes de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999 ya se había planteado este interrogante ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y fue resuelto por dos Resoluciones de 5 de mayo de 1970 y de 15 de junio de 1973, en el sentido de que la legitimación para contratar aquellas obras y mejoras corresponde a los órganos de la Comunidad de propietarios, siendo por tanto necesario el acuerdo de ésta, pero no el consentimiento individual de los integrantes de la misma o titulares registrales de las fincas independientes. Por consiguiente, hay que rechazar cualquier posible acusación de vulneración al principio de tracto sucesivo establecido por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria (53). El siguiente interrogante que nos despeja el nuevo párrafo 3.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario es el relativo al régimen de adopción del acuerdo

(53) Como la que hace MARTÍNEZ SANCHIZ en *opus cit.*, pág. 161.

comunitario, y lo hace, como no podría ser de otro modo, por remisión a lo dispuesto sobre el particular por la Ley de Propiedad Horizontal. Y es que si evidente es que el Reglamento Hipotecario ninguna modificación podría introducir al respecto por no ser materia propia de su competencia y de su rango, tampoco parecía prudente acoger sin más, mediante una remisión más concreta, el régimen de la llamada «pseudo-unanimidad» del párrafo 1.º del artículo 16 de aquella Ley, y ello porque en el momento de la elaboración de la reforma reglamentaria ya se encontraba en marcha una modificación legal de la división horizontal en la que se establecían importantes excepciones a dicha regla de la «pseudo-unanimidad» en el ámbito de los acuerdos relativos a la modificación de estatutos y de mejora de elementos comunes. Y ciertamente la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la de Propiedad Horizontal, incorpora importantes modificaciones en esta materia que, por otra parte, vienen a ratificar el criterio de la Dirección General, antes indicado, sobre legitimación para decidir y contratar la realización de las obras de mejora necesarias para la finca. Así, el reformado artículo 10 de la Ley dispone que es «obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad», al pago de cuyos gastos «estará afecto el piso o local [de cada uno de los copropietarios] en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales».

Es decir, por un lado, se reconoce a los órganos de la Comunidad competencia para contratar e incluso disponer de los elementos comunes del inmueble (cfr. Resoluciones de 5 de mayo de 1970 y de 15 de junio de 1973), por otro, siendo las obras y mejoras necesarias (54) para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble su contratación no es ya una mera facultad de la Comunidad, sino una obligación de la misma (cfr. art. 10.1.º LPH) y, finalmente, la decisión de realizar tales obras y su contratación con terceros es oponible y obligatoria para todos los propietarios (55) e implica un principio de poder de disposición sobre los departamentos privativos de la propiedad horizontal en la medida en que éstos quedan afectados a su pago, en los términos del artículo 9 de la misma Ley. Siendo ello así, teniendo la Comunidad la citada competencia para contratar tales obras de mejora y teniendo paralelamente las deudas que aquélla pueda contraer con prestamistas,

(54) En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras y de su carácter necesario o meramente útil, resuelve la propia Junta de Propietarios, sin perjuicio de la posibilidad de sumisión a arbitraje (cfr. art. 10.3.º) y de la posibilidad de la impugnación de los acuerdos de aquélla en los términos del artículo 18 de su Ley reguladora.

(55) Así resulta de la interpretación conjunta del párrafo final de la regla 1.ª del artículo 17 de la LPH y de los artículos 10 y 11 de la misma, este último *a sensu contrario* y para el caso de las obras necesarias para la conservación del inmueble.

constructores y proveedores, con aquel objeto, carácter refaccionario por su propia naturaleza, y sin necesidad de intermediación de ningún título constitutivo, no puede extrañar que al titular de tales créditos se le reconozca la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de dicho crédito en el Registro de la Propiedad. El nuevo párrafo 3.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario se limita a establecer la necesidad del acuerdo de la Comunidad con las mayorías exigidas por la Ley de Propiedad Horizontal (cfr. sus arts. 10 y 16), la justificación de la relación entre el crédito y la efectiva refacción del inmueble, exigiendo a tales efectos «la aportación de la correspondiente certificación acreditativa de la que resulte que los presupuestos de la obra, cuyo importe no podrá ser inferior al del crédito o subvención concedida, han sido aceptados por la comunidad», lo que responde a la idea de que es la efectiva inversión del crédito en la obra lo que justifica el privilegio legal reconocido a los créditos refaccionarios y, finalmente, sanciona la posibilidad de limitar la comparecencia ante el Registrador al presidente de la Comunidad, «autorizado al efecto mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal». Esto último es el lógico corolario de todo lo anterior, pues si el acuerdo es de la competencia de la Comunidad de los propietarios, y no individualmente de cada uno de éstos, aquélla deberá actuar en el tráfico a través de sus órganos de representación exterior, competencia que, como es sobradamente sabido, corresponde al presidente, pues es éste el que «ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten» (cfr. art. 13.3.º LPH) (56).

Finalmente, el nuevo párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario establece la forma de practicar las inscripciones desde el punto de vista de la mecánica registral, disponiendo la práctica de la anotación en el folio del edificio o finca matriz con las correspondientes notas de referencia en los folios correspondientes a los elementos independientes. Se trata de un supuesto similar al de la hipoteca unitaria del artículo 218 del Reglamento Hipotecario (57), y responde a la lógica de la naturaleza de las obras de refacción de que se trata que afectan a los elementos comunes del inmueble, y sabido

(56) Por este motivo no se comparten las críticas que esta previsión del nuevo párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario ha merecido de algún autor (así, MARTÍNEZ SANCHIZ, *opus cit.*, pág. 161) que habla de «decisión unilateral del presidente», que no se aviene con los términos del párrafo 3.º del artículo 155 citado, que claramente exige que el presidente se encuentre «autorizado al efecto mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal».

(57) Analogía que viene avalada por la equivalencia de efectos legales entre el crédito refaccionario anotado y la hipoteca, según se deduce del párrafo 2.º del artículo 59 de la Ley Hipotecaria: «Esta anotación surtirá, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca».

es que siendo estos anejos de los respectivos elementos privativos, ni pueden separarse o dividirse de estos, ni se admite su gravamen o enajenación sino conjuntamente con las partes privativas de las que son anejo inseparable (cfr. art. 396 del Código Civil).

La corrección de este planteamiento ha venido a ser confirmada, como ya se dijo, por la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, en la que se declara que dichas innovaciones reglamentarias «ni contradicen el régimen de representación de la Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal ni tampoco lo establecido concordantemente en los artículos 42.8.º y 59 de la Ley Hipotecaria», llegando a tal conclusión por la vía de argumentar que el artículo 13, número 3, de la Ley de Propiedad Horizontal, reformada por Ley 8/1999, establece que el presidente ostenta legalmente la representación en juicio y fuera de él en todos los asuntos que afectan a la Comunidad de Propietarios, exigiéndose por el precepto cuestionado que demuestre, mediante certificación, estar autorizado por el correspondiente acuerdo de la Junta, que es la que, conforme al artículo 14 de dicha Ley, aprueba los presupuestos y la ejecución de todas las obras de reparación de la finca ordinarias o extraordinarias.

7. VIGENCIA Y CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO

El artículo 42.8.º de la Ley Hipotecaria dispone que podrá pedir anotación preventiva de su respectivo derecho «el acreedor refaccionario *mientras duren las obras que sean objeto de la refacción*». Por su parte, el artículo 92 de la misma Ley establece que: «La anotación a favor del acreedor refaccionario caducará a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción». Uno y otro precepto vendrían a fijar el momento inicial y final, respectivamente, de la vigencia de esta modalidad de anotación preventiva. Sin embargo, ni uno ni otro se producen con especial rigor y acierto. Así, en cuanto al momento inicial en que se puede solicitar la anotación, el artículo 42.8.º lo subordina literalmente al comienzo de las obras («mientras duren las obras»). Sin embargo, con buen criterio la doctrina (58) admite que cabe la anotación antes de iniciarse las obras, pues hay que recordar lo antes dicho sobre que el crédito refaccionario no es sólo aquél que nace de un contrato de obra o construcción, sino cualquier otro que provea de dinero, materiales o industria destinados a la refacción de la finca gravada.

(58) Vid., en tal sentido, BARTOLOMÉ NIETO (*opus cit.*, pág. 221) y RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO, en sus *Comentarios al artículo 92 de la Ley Hipotecaria*, de editorial Edersa, Tomo VII, vol. V, Madrid, 2000, págs. 726 y sigs., entre otros.

Y es que lo sustancial es la idea de que para que pueda hablarse de crédito refaccionario, propiamente dicho, en caso de que éste nazca de un contrato distinto del de obra, se requiere el cumplimiento de dos requisitos básicos: que la relación jurídica de origen tenga como destino o finalidad, como se acaba de indicar, las obras de refacción (cfr. sentencias de 15 de diciembre de 1868 y de 5 de julio de 1875), de un lado, y que efectivamente se haya materializado la inversión prevista (cfr. sentencia de 14 de enero de 1993). Faltando este segundo requisito, no se habrá producido la incorporación del valor en la cosa, que es precisamente lo que justifica la preferencia creditual reconocida en favor de dicho crédito. Entre tanto, como indica RONCESVALLES BARBER, se protege al acreedor con una medida provisional, «posible incluso desde antes de iniciar aquél el cumplimiento del contrato, que además asegura una reserva de rango a la posible hipoteca posterior: la anotación preventiva» (59). Concluye con acierto, este último autor, afirmando que es precisamente esta situación de transitoriedad la que explica la paradoja latente en este tipo de anotaciones que, de un lado, son equiparadas a las hipotecas y, de otro, no pueden acceder inicialmente al Registro de la Propiedad como tales, si bien otros autores han sugerido fórmulas alternativas como la de reconocer al acreedor refaccionario un derecho de hipoteca legal expresa (60) o bien un derecho de hipoteca convencional suspensivamente condicionada a la conclusión de las obras (61), sugerencias que, no obstante, no pasan de ser formulaciones de *lege ferenda*, pero que delatan en sí mismas la tensión y paradoja latentes antes apuntadas.

Tampoco resulta plétórico de rigor y acierto el artículo 92 de la Ley Hipotecaria. Este artículo aparentemente establece un puro plazo de caducidad de la anotación preventiva «a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción» (62). La primera cuestión que plantea la interpretación de este precepto es la de su relación con el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, al establecer el plazo máximo de caducidad de las anotaciones preventivas en cuatro años, lo que ha generado dudas sobre si este último rige también en materia de anotación preventiva de crédito refaccionario, o bien, si contando éstas con un plazo de caducidad especial en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria, el general del artículo 86 les resulta inaplicable, decantándose la reforma hipotecaria de 1998 por la primera de las posiciones apuntadas.

La cuestión expuesta ha dado lugar a posiciones enfrentadas en la doctrina. La posición mayoritaria, representada por autores como PUIG BRUTAU,

(59) Idem, pág. 728.

(60) ROCA SASTRE, *opus cit.*, pág. 181.

(61) CORDERO LOBATO, *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, 1995, pág. 94.

(62) Después veremos que solo impropriadamente se puede hablar de caducidad en este caso.

COSSÍO o ROCA SASTRE, considera que el artículo 92 de la Ley Hipotecaria debe actuar sin perjuicio de los límites del artículo 86, posición que es además la asumida por la reforma del Reglamento Hipotecario operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y refrendada por la interpretación dada al último párrafo del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, reformado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, aquí comentada, al salvar de su declaración de nulidad el inciso «.../..., sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso, de la prórroga prevista en el artículo 86 de la Ley». Esta compatibilidad entre ambos preceptos la formula BARTOLOMÉ NIETO (63), con criterio que compartimos en los siguientes precisos términos: «el precepto reglamentario debe ser entendido con referencia al supuesto en que, habiéndose pactado un plazo de vencimiento del crédito superior al de la ejecución de la refacción (pues la especialidad del cómputo de la caducidad no es aplicable a créditos vencidos antes de la terminación de las obras) y siendo el plazo para la realización de las obras inferior a cuatro años, la anotación en este caso tendrá la vigencia máxima que establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, aunque dicho plazo sea inferior al del vencimiento del crédito». Dicho en otros términos, cuando el plazo de ejecución de la obra rebase el límite de los cuatro años, más sus prórrogas, del artículo 86, actuará la especialidad del artículo 92 en cuanto al plazo de vigencia de la anotación. Pero cuando dicho plazo de ejecución de las obras sea inferior, se impone el límite del artículo 86 respecto del crédito refaccionario de vencimiento posterior a dicho plazo límite (64).

Por esta vía, el párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario trataba de salvar los inconvenientes prácticos que presentan los artículos 93 a 95 de la Ley Hipotecaria en los casos de que, vencido el plazo del artículo 92, no sea exigible todavía el crédito, en cuyo caso resulta necesario proceder a una conversión de la anotación en inscripción de hipoteca previo acuerdo entre las partes sobre la liquidación de la deuda, en cuyo defecto hay que acudir al procedimiento judicial ordinario. Pero es que en el caso de créditos y subvenciones, a diferencia de los créditos refaccionarios nacidos de un contrato de obra (que es en el que centra su atención el art. 92 LH), el plazo será siempre superior a sesenta días contados desde la conclusión de las obras y, además, no resulta necesaria la liquidación de la deuda, pues ésta se encuentra determinada o es fácilmente determinable mediante sencillas ope-

(63) BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA, en su «Comentario al artículo 155 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en el libro colectivo *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 225.

(64) La posición doctrinal minoritaria está representada por CHICO ORTIZ y por RONCESVALLES BARBER (*opus cit.*, pág. 733).

raciones aritméticas (diversamente a lo que ocurre en los supuestos de contratos de obra, en que dicha liquidación es imprescindible). Por tanto, se trata de evitar que el deudor, mediante su negativa, fuerce a acudir a un procedimiento declarativo totalmente innecesario y desproporcionado, y pueda acudir a la ejecución dineraria directamente, llegada la eventualidad del impago, haciendo realidad la proclamación de equivalencia de efectos entre el crédito refaccionario anotado y la hipoteca que hace el párrafo 2.º del artículo 59 de la Ley Hipotecaria.

Pero dijimos con anterioridad que, en todo caso, el plazo del artículo 92 de la Ley Hipotecaria es un plazo de caducidad impropio o, en palabras de ROCA SASTRE, «una caducidad registral impura» (65), y lo es por no tener predeterminado un tiempo de duración, como es de rigor en todo supuesto de caducidad. Esta exigencia de predeterminación cierta en los plazos de caducidad ha sido unánimemente asumida por nuestra doctrina y jurisprudencia. Lo destaca la Dirección General de los Registros y del Notariado de forma invariable desde su Resolución de 9 de noviembre de 1955, al decir que «la jurisprudencia y la doctrina atribuyen a la caducidad carácter radical y automático que extingue, por el mero transcurso del plazo legal, el asiento que nació con vida limitada y cuya virtualidad dura sólo hasta el día predeterminado en el que se produce su extinción sin necesidad de operación registral alguna, y por ello, aunque no se haya extendido la nota marginal correspondiente, el asiento caducado no podrá producir efectos» (66).

Sin embargo, en el caso del artículo 92 de la Ley Hipotecaria, el *dies a quo* para el inicio del cómputo de los sesenta días no es uno predeterminado, sino dependiente de la terminación de las obras de refacción, por lo cual el transcurso del plazo de caducidad en este caso carecerá de aquel carácter radical y automático, ya que su desenvolvimiento depende de un dato extraregistral que resultará desconocido para el Registrador, impidiendo la cancelación de oficio. Es más, en este caso se precisará un documento que acredite el hecho determinante de la caducidad (cfr. art. 207.1 RH) para que ésta despliegue los efectos cancelatorios que le son propios a través del correspondiente certificado de arquitecto u otro perito legalmente habilitado. Ante esta anómala situación, sale al paso la reforma del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, a fin de suprimir aquel carácter de «caducidad registral impura» (67) mediante dotar inicialmente de *dies a quo*, predeterminado al

(65) ROCA SASTRE, *opus cit.*, pág. 43.

(66) Doctrina reiterada por la Resolución de 12 de septiembre de 1983 y que se ha mantenido invariable hasta la actualidad.

(67) También resulta contraria a la naturaleza de los plazos de caducidad, la prórroga que respecto del plazo de sesenta días del artículo 92 de la Ley Hipotecaria se prevé en el artículo 95 de la misma Ley, al señalar que «Las cuestiones que se susciten entre

cómputo del plazo de los sesenta días del artículo 92 de la Ley Hipotecaria, al incorporarlo al documento en virtud del cual se va a practicar la anotación, fijándolo en el día del «vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución por la que se otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan», con lo cual, además, se acomoda el artículo 92 de la Ley Hipotecaria al supuesto de que el crédito refaccionario tenga su origen en un contrato distinto del de obra, superando así la limitación conceptual que sobre dicho tipo de créditos parece gravitar sobre la regulación hipotecaria de la anotación registral del crédito refaccionario, poco acorde con nuestros antecedentes históricos, y con la interpretación mayoritaria dada a los preceptos del Código Civil relativos a estos créditos privilegiados.

Repárese en que la necesidad de dar fijeza a la fecha en que la anotación del derecho se debe tener por caducada es algo que trasciende al tráfico jurídico, cuya seguridad se resiente en ausencia de dicho requisito. En este sentido se ha discutido si podrá acogerse al principio de fe pública registral el tercer adquirente o cesionario de un crédito refaccionario cuya anotación hubiere caducado por el transcurso de los sesenta días desde la terminación de las obras sin haberse hecho constar, practicando su cancelación en el Registro, polémica de resultado incierto, pero con respuesta mayoritariamente contraria entre los autores, haciendo prevalecer el dato extrarregistral de la eventual terminación de las obras, con el consiguiente perjuicio, repetimos, a la seguridad del tráfico jurídico, al quebrarse los principios legales generales sobre publicidad material y sobre inoponibilidad de lo no inscrito (cfr. arts. 38 y 32 LH), pues al cesionario del crédito refaccionario le resultará oponible la situación extrarregistral de terminación de la obra, lo que unido al transcurso del plazo de sesenta días del artículo 92, determinará la condición claudicante y estéril de su derecho, a pesar de que el Registro de la Propiedad no publique tal condición.

Acogiendo la interpretación mayoritaria apuntada, ha de aceptarse la existencia de una antinomia legal entre el artículo 92 y el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que la nueva redacción del artículo 155 del Reglamento Hipotecario resuelve favoreciendo una interpretación sistemática del artículo 92 de conformidad con los principios generales del sistema registral, por lo que no puede compartirse la declaración de infracción al principio de legalidad y consiguiente nulidad que atribuye en este punto a la reciente reforma reglamentaria la sentencia de 24 de febrero de 2000, demasiado apegada a una interpretación meramente literalista de las normas en juego.

el acreedor y el deudor sobre la liquidación del crédito refaccionario o sobre la constitución de la hipoteca, se decidirán en juicio ordinario. Mientras éste se sustancie y termine, *subsistirá* la anotación preventiva y producirá todos sus efectos».

III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SOCIEDADES CIVILES EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998

1. CONTENIDO DE LA REFORMA

La reforma del Reglamento Hipotecario operada por el Real Decreto 1867/1998, modifica la redacción del artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, relativo a la determinación de los sujetos y de los actos de inscripción obligatoria en dicho Registro, para lo que, respetando su texto anterior, adiciona un nuevo número 3 al citado precepto con el siguiente tenor:

«Podrán también inscribirse [en el Registro Mercantil] las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil».

Como consecuencia de tal previsión, se añade igualmente una nueva Sección 5.^a al Capítulo IX del Título II del mismo Reglamento, bajo la rúbrica «De la inscripción de las sociedades civiles», que aparece integrada por un único artículo 269.bis, de nuevo cuño, con el siguiente contenido:

«1. Las sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado.

2. Las sociedades civiles que no tengan forma mercantil podrán inscribirse con arreglo a las normas generales de este Reglamento en cuanto le sean aplicables.

En la inscripción primera de las sociedades civiles se hará constar las siguientes circunstancias:

- 1.^a La identidad de los socios.
- 2.^a La denominación de la sociedad en la que deberá constar la expresión «Sociedad Civil».
- 3.^a El objeto de la sociedad.
- 4.^a El régimen de administración.
- 5.^a Plazo de duración si se hubiera pactado.
- 6.^a Los demás pactos lícitos que se hubieren estipulado.

En la hoja abierta a la sociedad serán inscribibles el nombramiento, cese y renuncia de los administradores, los poderes generales, su modificación o revocación, la admisión de nuevos socios, así como la separación o exclusión de los exstentes, la transmisión de participaciones entre los socios, y las resoluciones judiciales o administrativas que afecten al régimen de administración de la sociedad».

La pretensión de la reforma reglamentaria no era directamente la de imponer la inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil, sino la de facilitar la inscripción de los bienes y derechos reales de titularidad de dichas sociedades en el Registro de la Propiedad, superando las dificultades que para el logro de tal objetivo representaba la poco clara regulación legal en torno a la atribución de personalidad jurídica a aquellas sociedades. Es sabido que acerca de este tema del reconocimiento o no de personalidad jurídica a las sociedades civiles se ha vertido una abundante literatura jurídica, observándose una corriente mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia a favor de dicho reconocimiento como consecuencia derivada *a contrario* del artículo 1.669 del Código Civil, al afirmar que «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros».

2. LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA REGLAMENTARIA. LA CONTROVERTIDA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 31 DE MARZO DE 1997

El nuevo artículo 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil, como dijimos, trató de ofrecer una solución razonable al problema con que en la práctica del tráfico jurídico tropezaban las sociedades civiles a la hora de lograr la inscripción de sus bienes y derechos reales en el Registro de la Propiedad. Debemos, para enfocar el tema, hacer una previa referencia, si quiera sea sumaria (68), al problema del reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades civiles y a las reacciones que frente al planteamiento, ciertamente discutible, de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de marzo de 1997, se despertaron.

Del estudio de los artículos 1.667 a 1.670 del Código Civil resulta que el nacimiento de personalidad jurídica en las sociedades civiles no acogidas a una forma mercantil, independiente de la personalidad de los socios, está condicionada, en tanto que sujeta a trámites de constitución forzosos, de forma distinta, según estos dos distintos supuestos:

- a) si se aportan en su constitución bienes inmuebles o derechos reales, la sociedad deberá constituirse en escritura pública a la que se unirá un inventario de los bienes, firmado por las partes (cfr. arts. 1.667 y 1.668 del Código Civil);

(68) Sin pretensiones de exhaustividad, que requeriría un planteamiento monográfico que excede los objetivos marcados en este estudio.

- b) si, por el contrario, no se aportan tales bienes o derechos, la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma (vid. art. 1.667 del Código Civil) y adquirirá personalidad jurídica en tanto sus pactos no se mantengan secretos entre los socios y éstos contraten con terceros en nombre de la sociedad (cfr. art. 1.669 *a sensu contrario* del Código Civil).

La formulación de este último precepto es de carácter negativo, es decir, como apunta BADÍA SALILLAS (69), define los requisitos determinantes de la no personalidad jurídica, en lugar de definir en clave positiva los requisitos para la constitución o nacimiento de dicha personalidad, lo cual ha enturbiado la correcta inteligibilidad de la norma. En efecto, el requisito de «no mantener secretos los pactos entre los socios», no se puede dar por cumplido por el hecho de que la constitución de la sociedad civil haya tenido lugar mediante escritura pública, ya que, como pone de manifiesto PAZ-ARES, lo impide el secreto del protocolo notarial (70). Tampoco puede venir la oclusión del impedimento por la vía de la publicidad registral (71), pues ninguna norma habilitaba, hasta la reciente reforma de 1998, la inscripción de tales sociedades civiles ni en el Registro Mercantil, ni en ningún otro Registro. Por ello, la ruptura del círculo vicioso no podía venir por otra vía que por la de la imperfecta e insegura, y por ende insatisfactoria, publicidad de hecho. Así se vino a difundir en la doctrina la idea de que la personalidad jurídica de las sociedades civiles existe en tanto la sociedad se manifiesta externamente como tal en el tráfico jurídico a través de una actividad o giro *nomine societatis*. Ahora bien, ¿cómo se acredita dicho giro externo efectivo de la sociedad ante el Registrador de la Propiedad cuando se pretende la inscripción de los bienes inmuebles adquiridos por la sociedad civil?

A estos efectos, deben diferenciarse los dos supuestos antes aludidos. Por un lado, el de solicitud de inscripción de bienes aportados en el contrato constitutivo, que conforme a los artículos 1.667 y 1.668 del Código Civil exige escritura pública. Por otra parte, el caso de la solicitud de inscripción de otros bienes o derechos adquiridos con posterioridad, en cuyo supuesto deben presentarse al Registrador tanto el título público de adquisición (cfr. art. 3 LH), como el contrato de constitución social que podrá constar bien en

(69) BADÍA SALILLAS, ANGEL, «En torno a la problemática de la Sociedad civil en el Derecho español», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, págs. 326 y sigs.

(70) PAZ-ARES, CÁNDIDO, en sus «Comentarios al artículo 1.669 del Código Civil», en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil* del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, págs. 1352 y sigs. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO.

(71) La cual había sido postulada nada menos que por el maestro FEDERICO DE CASTRO, pero sin un apoyo normativo directo.

escritura pública, bien en documento privado. Sobre este último y su necesidad de elevación a público, existían criterios discrepantes, entendiendo unos que dicha elevación a público no la imponen los artículos 1.667 y 1.668 del Código Civil, pero sí el artículo 3 de la Ley Hipotecaria al definir el principio de titulación pública (72) como requisito de acceso al Registro, en tanto que otros entienden que este principio de titulación pública, si bien es aplicable al negocio jurídico de adquisición, no puede aplicarse retroactivamente al momento fundacional del ente social (73), por ser requisito ajeno a su proceso de adquisición de personalidad jurídica. En cualquier caso, estas exigencias documentales en la práctica registral no despejaban completamente la cuestión de fondo sobre la forma de acreditar, a efectos registrales, la *affectio societatis* y la realización de una actividad jurídica en el tráfico en nombre de la sociedad por parte de los socios.

Y en esta situación de incertidumbre sobrevino la Resolución de 31 de marzo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (74), que resolvió el recurso presentado contra la calificación de un Registrador que negaba personalidad jurídica a la sociedad civil, por la imposibilidad de que, en ausencia de un régimen legal de publicidad registral, sus pactos pudieran ser conocidos por terceros, salvo que, con arreglo a lo previsto por el artículo 1.670 del Código Civil, la sociedad se hubiese constituido con arreglo a cualquiera de las formas reconocidas por la legislación mercantil, en cuyo caso desaparece el problema al tener franco su acceso al Registro de tal naturaleza, consiguiendo con ello su personalidad jurídica. En caso contrario, la sociedad al no poder ser inscrita, impidiéndose así la exteriorización de sus pactos internos, circunscribe su validez y eficacia jurídica a su vida interna, pero carecerá de personalidad en sus relaciones con terceros. La Dirección General viene a confirmar esta tesis concluyendo de forma un tanto drástica que «las sociedades civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil carecen de personalidad jurídica», asumiendo así un planteamiento ampliamente minoritario en el contexto doctrinal y jurisprudencial.

La Dirección General, consciente del carácter rupturista de su criterio, se dota de un amplio abanico de argumentos que sistematiza en una triple vertiente, pudiendo sintetizarse sus argumentos del modo siguiente:

1.º El argumento sistemático: sobre no ser coherente supeditar la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles a su inscripción en un Registro

(72) BADÍA SALILLAS, *opus cit.*

(73) HERNÁNDEZ MANCHA, MANUEL, «Las sociedades civiles particulares ante el Registro de la Propiedad», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 280, 1991, págs. 1608 y sigs.

(74) Posteriormente confirmada por la de 11 de diciembre de 1997 del mismo Centro Directivo, que reiteró su mismo criterio.

público y prescindir de tal exigencia para la personificación de las sociedades civiles sin forma mercantil, cuando tan similares son las repercusiones que para el tráfico tiene la personificación de unas y otras, el artículo 119 del Código de Comercio, aplicable por remisión a determinadas sociedades civiles, al precisar que los pactos dejan de ser reservados entre los socios cuando se consignan en escritura pública y se inscriben en el Registro Mercantil, está indicando ya que las sociedades contempladas en el artículo 1.669 del Código Civil no pueden ser sino todas las que no se inscriban en el Registro Mercantil (no deja de ser significativa, a este respecto, la dicción del párrafo tercero del artículo 119 del Código de Comercio, así como los términos de la exposición de motivos de este Código cuando, refiriéndose a las sociedades, señala que «el Registro Mercantil constituye la “única” prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil»).

2.º El argumento lógico: por cuanto siendo evidente que la trascendencia *erga omnes* de la atribución de personalidad jurídica reclama que su concesión se produzca respecto de todos en un momento preciso y determinado, en la medida en que esa personificación de la sociedad civil dependa de la publicidad de los pactos sociales, habrá de concluirse que no ha de bastar la simple «publicidad» de hecho, esto es, la simple posibilidad de hecho que unos u otros terceros puedan haber tenido, con más o menos trabas, para conocer —quizá de modo fragmentario y casual— los pactos sociales y sus modificaciones, sino la posibilidad legal de conocimiento por todos, desde el momento inicial y al margen, ya, de la voluntad de los socios, y ello sólo se garantiza mediante el acceso de los pactos sociales a un instrumento oficial de publicidad establecido al efecto por la Ley, el cual dará fe tanto de la existencia como del completo régimen normativo aplicable al nuevo ente (advuértase, en este sentido, que el art. 1.669 del Código Civil no se conforma únicamente con la publicidad del hecho societario, sino que precisaría la de los concretos pactos sociales que estructuran la sociedad y regulan su funcionamiento).

3.º El argumento histórico: admitiendo que los artículos 1.669 y 1.670 son preceptos complementarios que abarcan todas las sociedades civiles (éste para las que son inscribibles en el Registro Mercantil por razón de la forma adoptada, y aquél para las restantes sociedades civiles que por quedar excluidas del Registro Mercantil mantendrán sus pactos reservados entre los socios), encuentra plena coherencia su introducción conjunta en el texto del Código Civil, al mismo tiempo que se suprimía el artículo 5 del título dedicado a las sociedades en el anteproyecto del Código Civil, que de modo absoluto negaba la personalidad jurídica de la sociedad civil (no se trataría de cambiar radicalmente este criterio contrario a la personalidad jurídica de la sociedad civil, sino únicamente de excepcionarlo para las sociedades civiles inscribibles en el Registro Mercantil, confirmándolo para las restantes, a la

vez que recalcan las consecuencias jurídicas generales de la negación de personalidad, de ahí la proximidad del contenido entre el artículo 1.669 vigente y el artículo 55 del título dedicado a la sociedad en el anteproyecto del Código Civil de 1882-1888).

A la vista de tales argumentos, la Dirección General concluye que «las sociedades civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil carecerán de personalidad jurídica, produciéndose frente al exterior, en el aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se regirá por las disposiciones estipuladas en el contrato social, las disposiciones especiales sobre la sociedad y, subsidiariamente, por las normas de la comunidad de bienes (cfr. arts. 1.669 en relación con el 392.2, ambos del Código Civil); y en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas de las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento (cfr. arts. 1.669 y 1.697 del Código Civil)».

Pues bien, a pesar del esfuerzo argumentativo desplegado por la Resolución de 31 de marzo de 1997, lo cierto es que la misma despertó una inusitada tormenta de críticas contrarias a su doctrina, en algunos casos de gran virulencia dialéctica. Los numerosos autores apuntados a tal corriente crítica han sido enumerados en un reciente trabajo por MINGUEZ SANZ (75), y entre ellos se incluyen CABANAS TREJO, BONARDELL LENZANO, FERNANDO PANTALEÓN, TELLEZ LAPEIRA, GARCÍA MAS, AGUIRRE FERNÁNDEZ y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (76). Por limitar la glosa de tan larga lista a los comentarios del último de los autores citados, cabe destacar la crítica formulada por el mismo en el sentido de subrayar la contradicción en que incurre la Resolución respecto del régimen de transformación social regulado en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al prever en su artículo 87, párrafo 2.º, que las sociedades de tal tipo cuyo objeto social no sea mercantil podrán transformarse en sociedad civil, siendo así que el artículo 222, número 3, del Reglamento del Registro Mercantil, prevé que la escritura de transformación será presentada en el Registro Mercantil para proceder a la cancelación de los asientos de la sociedad transformada. Pues bien, el artículo 91 de la citada Ley prescribe que «la transformación efectuada con arreglo a esta Ley no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva». Es decir, que la antigua sociedad de responsabilidad limitada con objeto civil, transformada

(75) MINGUEZ SANZ, SALVADOR, «Intercomunicación entre Registros Mercantiles. Inscripción de sociedades civiles», en la obra colectiva *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil de 1998*, Colegio de Registradores, Madrid, 1998, págs. 373 y sigs.

(76) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «La titularidad registral en las sociedades civiles», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, julio de 1998, núm. 39.

en sociedad civil, es dada de baja mediante la cancelación de sus asientos del Registro Mercantil, a pesar de lo cual tales circunstancias «no cambiarán la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva», y por tanto en ausencia del régimen de publicidad registral que imperaba la Resolución de 31 de marzo de 1997.

Quizá la Dirección General de los Registros y del Notariado se dejó llevar por el impulso del deseo de ofrecer una solución desde luego muy razonable, pero que no cabía imponer por vía interpretativa, sino por conducto normativo, al clásico problema de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos reales de las sociedades civiles. Y es que, en efecto, se trataba de un problema que venía atormentando a numerosos autores y operadores jurídicos, que reclamaban una solución en la línea de permitir la publicidad registral de las sociedades civiles. Este era el caso de GARCÍA MAS, quien se lamentaba de que se hubiera desaprovechado la oportunidad de la reforma de la legislación societaria de 1989 para haber permitido de una forma clara el acceso al Registro Mercantil de las sociedades civiles en atención a razones de seguridad y publicidad. También GARCÍA GARCÍA apunta en la misma dirección, pero dando un paso más postula la posibilidad de presente de proceder a dicha inscripción en base a una interpretación flexible de los artículos 16, número 5, del Código de Comercio, y 81 del Reglamento del Registro Mercantil.

El aludido aluvión de críticas, pese a reconocerse los buenos propósitos de la Resolución, han causado mella en el criterio de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, que en una reciente Resolución de 14 de febrero de 2001 vuelve sobre sus pasos y hace una relectura crítica de su propia Resolución de 31 de marzo de 1997, revisando sus argumentos, tras lo cual muda de criterio, reencontrándose con la mayoritaria corriente doctrinal y jurisprudencial en la materia sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) para la mayoría de la doctrina y para la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr., por todas, las sentencias de 8 de junio de 1995 y 27 de noviembre de 1998), no se puede mantener que una sociedad mercantil no inscrita carezca por completo de personalidad jurídica, sino que en virtud de la inscripción lo que adquieren es «su especial personalidad jurídica», limitando la responsabilidad de los socios y excluyendo la responsabilidad solidaria de los administradores (cfr. art. 120 del Código de Comercio);
- b) de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica o, al menos, de cierta personalidad jurídica suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases (cfr. arts. 15 y 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 11.3 de la Ley de Sociedades de

- Responsabilidad Limitada, art. 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, etc.);
- c) la doctrina de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992) admite que aún después de la cancelación registral de la sociedad persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular. En la misma línea se cita la doctrina de la Dirección General, relativa a la interpretación de la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas y a la posibilidad de reactivación de la sociedad disuelta de pleno derecho, según la cual, la cancelación de los asientos registrales de la sociedad no implica la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad (cfr., por todas, la Resolución de 15 de febrero de 1999);
 - d) el artículo 1.669 del Código Civil, al negar personalidad jurídica a «las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con terceros», no puede referirse a las sociedades en que se mantengan reservados algunos pactos, sino a las sociedades que no se muestran como tal frente a terceros, por mantenerse oculta entre los socios, como mero vínculo contractual entre éstos. Lo fundamental es que se exteriorice el vínculo societario, de suerte que al contratar con quien actúa *nomine societatis* conozca que la relación obligatoria se entabla con el ente personificado. Además, el artículo 1.699 del Código Civil concede relevancia externa al vínculo social, al establecer una afectación del patrimonio social a favor de unos acreedores que lo son del grupo unificado, como sujeto de derecho («los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada uno de los socios sobre los bienes sociales»), ya que, de no gozar de personalidad jurídica, se trataría de acreedores de los comuneros.

No obstante, la Dirección General en esta Resolución de 14 de febrero de 2001, vuelve a subrayar, en una perspectiva de *lege ferenda*, la conveniencia de dotar de un régimen de publicidad registral a las sociedades civiles, destacando que «la seguridad jurídica ganaría con la inscripción de las sociedades civiles en un registro específico», establecimiento de la publicidad registral que resultaría de gran provecho «para terceros y, por ende, para la misma sociedad que haya de relacionarse con ellos» (77).

(77) Si bien, por razón de su fecha y necesario acatamiento de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, objeto de estos comentarios, asume que el reconocimiento de personalidad jurídica de las sociedades civiles subordinada a dicha publicidad registral requiere ineluctablemente una norma de rango legal.

3. EL RECHAZO JURISPRUDENCIAL DE LA REFORMA

El problema en la práctica del tráfico jurídico estriba en que la acreditación del carácter o no secreto de los pactos, o bien se simplifica arbitrando un régimen de publicidad registral de la propia sociedad civil que le haga salir de su clandestinidad o carácter secreto, o bien debe basarse en inseguras apreciaciones de hecho o extrarregistrales. De este dilema pretendió salir la reforma reglamentaria incorporando al proyecto una modificación parcial del artículo 383 del Reglamento Hipotecario, estableciendo dicho régimen de publicidad registral, de forma análoga a la prevista para las sociedades mercantiles. Para ello, dicho precepto señalaba que «No podrá practicarse a favor de sociedad civil o mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil» (la novedad consiste en la inclusión de la referencia a las sociedades civiles). Este precepto proyectado, sin embargo, recibió la censura del Consejo de Estado en su Dictamen de 9 de julio de 1998. Este Dictamen formuló sobre dicho precepto una «observación de carácter esencial» que obligó a abandonar el proyecto en cuanto a dicho extremo. Razonó su censura el Consejo de Estado afirmando que así como cuando el artículo 383, en su texto vigente, exige aquella previa inscripción en el Registro Mercantil de las compañías mercantiles, está siendo respetuoso con el artículo 119 del Código de Comercio, que la impone, no hay, sin embargo, norma equivalente para las sociedades civiles en el Derecho civil ni en el Código de Comercio, ni en el propio Reglamento del Registro Mercantil. De ahí que, continúa su razonamiento el alto órgano consultivo, el proyecto se ve obligado a agregar en el artículo 12 un nuevo párrafo, estableciendo que «Las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, podrán inscribirse a estos efectos en el Registro Mercantil en virtud de la escritura pública de su constitución», precepto que, en opinión del Consejo de Estado, supone la decisión, contraria a la doctrina y a la jurisprudencia dominante, de no reconocer personalidad jurídica y, por tanto, cerrar el Registro de la Propiedad a las sociedades civiles que no estén inscritas en un Registro Mercantil, aunque su objeto no sea mercantil. El Consejo de Estado aprecia impropiedad en el hecho de que un Reglamento Hipotecario venga por esta vía a complementar el objeto exclusivo del Registro Mercantil declarando inscribible en el mismo lo que su Reglamento específico no contempla con tal carácter, por lo que sugiere actuar por la vía de una Disposición Adicional que modifique el contenido de este último Reglamento, pero a continuación añade que considerando que la exigencia de inscripción supone en realidad un juicio sustantivo sobre el reconocimiento o no de personalidad jurídica de las sociedades civiles, materia reservada a la Ley y más en concreto al Código Civil, concluye estimando que el Reglamento Hipotecario

debe abstenerse de regular esta materia y, por tanto, suprimirse la referencia a la inscripción en los artículos 12 y 383 del proyecto.

Probablemente dejó sentir su influencia en el ánimo de los letrados redactores del Dictamen el hecho de que la Dirección General de los Registros y del Notariado, impulsor de la reforma hipotecaria, había sentado una muy dudosa doctrina a través de su célebre Resolución de 31 de marzo de 1997, al negar personalidad jurídica a las sociedades civiles sin forma mercantil y, por tanto, no inscritas. De otra manera no se comprende cabalmente por qué da el salto de afirmar que arbitrar una apertura reglamentaria a la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles, con carácter meramente potestativo y no obligatorio, supone negarles el reconocimiento de personalidad jurídica, siendo así que tan sólo se proporciona un mecanismo registral para cumplir el requisito impuesto por el propio artículo 1.669 del Código Civil para la atribución de dicha personalidad, como es el de que los pactos sociales no se mantengan secretos entre los socios, y sin perjuicio de la admisión de cualquier otro medio de publicidad incluso de hecho, admitida por nuestro Ordenamiento jurídico. Las ventajas en términos de simplicidad y seguridad jurídica de la publicidad registral sobre cualquier género de publicidad meramente de hecho (que requiere la prueba extrarregistral de que la sociedad actúa en el tráfico jurídico mediante una actividad *nomine societatis*) son de todo punto evidentes, por lo que no se ve la necesidad de, para no negar este último tipo de publicidad, producir una ablación en el texto proyectado de aquel otro género de publicidad de superior condición y ventajas.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el reformador reglamentario se acogió a la primera de las sugerencias formuladas por el Consejo de Estado, esto es, regular la materia por medio de Disposición Adicional reformando directamente el Reglamento del Registro Mercantil en los términos que antes se transcribieron.

Sin embargo, la demanda interpuesta contra el Real Decreto 1867/1998, resuelta mediante la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, atribuía a los artículos 81, número 3 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil en los términos dados a los mismos por el Real Decreto combatido, infracción de los artículos 16, número 1-5 y 19, número 2, del Código de Comercio, pretensión acogida por el Tribunal sentenciador en los siguientes términos de su fundamento jurídico noveno:

«En el fundamento jurídico nueve del escrito de demanda, los recurrentes impugnan el artículo 81.3 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil en la redacción dada por la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, sobre la base de que, en su opinión, son contrarios a los artículos 16.1.5 y 19.2 del Código de Comercio.

Esta Sala entiende que es cierto que el Real Decreto impugnado asume en parte la observación del Consejo de Estado en la materia objeto de la Disposición Adicional impugnada, y así ha suprimido del texto la reforma del artículo 383 del Reglamento. Ahora bien, lo cierto es que la Disposición Adicional impugnada viene a modificar el artículo 81.3 del Reglamento del Registro Mercantil en el sentido de establecer la posibilidad de acceso al Registro Mercantil de las Sociedades Civiles en todo caso, olvidando que el Código de Comercio establece que dicho acceso deberá establecerse por Ley (art. 16, núm. 1.5) y que tal inscripción será obligatoria (art. 19), salvo para las empresas individuales a excepción del naviero.

La expresión del artículo 16, número 1.5 del Código de Comercio “cuando así lo disponga la Ley” —continúa el Tribunal Supremo— debe ser entendida como reserva formal de Ley, según se infiere de la interpretación que efectúa el propio Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 2 al establecer que aquél tiene por objeto la inscripción de las empresas y demás sujetos establecidos por la Ley, así como los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la Ley y este Reglamento, se establece así claramente una interpretación en la que se distingue entre el rango normativo exigido para abrir el acceso al Registro según se trate de sujetos o de actos y contratos, de tal manera que respecto a los primeros no cabe hacerlo por vía reglamentaria.

Del mismo modo el carácter potestativo que parece inferirse de la expresión “podrá”, utilizada para el artículo 81.3 del Reglamento del Registro Mercantil —prosigue el Tribunal—, hace que tanto el artículo 81.3 como el 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil, en la redacción que le da la Disposición Adicional del Real Decreto objeto de recurso, sean contrarias al artículo 19 del Código de Comercio. Si por el contrario se entendiese que la fórmula no es potestativa y que por tanto la inscripción es obligatoria, se estaría ante el defecto ya asumido en el informe del Consejo de Estado de interferir en la regulación de las sociedades civiles reservada al Código Civil y, en consecuencia, estaríamos ante idéntica infracción del principio de jerarquía normativa, razones por las que la disposición debe ser considerada nula en los puntos objeto de impugnación».

Por tanto, también el Tribunal Supremo es de la opinión que los aludidos preceptos 81.3 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil suponen una infracción del principio de jerarquía normativa, si bien su razonamiento se basa en los argumentos de los demandantes, pues si bien invoca el Dictamen del Consejo de Estado de 9 de julio de 1998, ya vimos que éste apreciaba infracción de legalidad por entender que la inscribibilidad de las sociedades civiles supone implícitamente una negación de la personalidad jurídica de las no inscritas, cuya determinación sí es competencia de la Ley, en tanto que la sentencia comentada entiende que lo que se ha quebrado es una reserva formal de Ley estatuida por el artículo 16 del Código de Comercio en relación

con la definición de los sujetos inscribibles, conclusión que, paradójicamente, el Tribunal extrae de otro artículo del propio Reglamento del Registro Mercantil, en concreto de su artículo 2.º, determinando así una nulidad de un precepto reglamentario en base a la interpretación auténtica que de un precepto legal hace otra norma reglamentaria. Más lógico sería pensar que la reserva de Ley formal viene condicionada por el carácter obligatorio de la inscripción en el Registro Mercantil que para las compañías mercantiles impone el artículo 19 del Código de Comercio, por lo que despojado de dicho contenido imperativo, ningún impedimento u obstáculo legal, en términos de bien jurídico protegible, se adivina para que un precepto reglamentario contemple la admisión de la inscripción puramente facultativa de un sujeto de Derecho no enunciado directamente por una Ley.

IV. LA AUSENCIA DEL REQUISITO DEL PREVIO DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACION CON LA REFORMA DEL ARTICULO 12 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

1. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL Y SU DECLARACIÓN DE NULIDAD POR OMISIÓN DEL TRÁMITE DE DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO

En la tramitación del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, se incorporó en un momento tardío una reforma del artículo 12 del Reglamento del Registro Mercantil, por medio de la adición de cinco nuevos apartados del siguiente tenor:

«4. Los interesados podrán consultar y comunicarse con el Registrador por cualquier medio, sea físico o telemático, siempre que se evite, mediante la ruptura del nexo de comunicación, el acceso directo al núcleo central de la base de datos del archivo.

5. Los Registradores, a través de su Colegio Profesional, formarán una base de datos con un índice general de sociedades y demás sujetos inscritos, a efectos de la expedición de publicidad instrumental. Se entenderá que cada Registrador expide la información procedente de su archivo.

6. Los Registradores, centrales y provinciales, actuarán coordinadamente, poniendo en común los datos de sus bases, con un acceso único, en la que conste el asiento, su fecha, el depósito de cuentas y la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

7. Los Registradores provinciales formarán bases de datos con los depósitos de cuentas de España, a efectos de publicidad y con-

sulta. Y los Registradores centrales, una base de datos específica de denominaciones, susceptible de acceso telemático.

8. Los Registradores estarán intercomunicados por redes telemáticas, a efectos de expedir publicidad formal, solicitar las certificaciones de denominaciones del Registrador Mercantil Central y coordinar las respectivas bases de datos».

Desde luego nadie discute la idoneidad, oportunidad y razonabilidad de tales normas en tanto tienen por objeto la creación de una red telemática de intercomunicación entre todos los Registros Mercantiles de España, cuyo objetivo no parece que pueda ser otro que el de facilitar la accesibilidad por los modernos medios telemáticos de la información registral a todos los interesados en ella, en términos de ventaja comparativa, en tiempo, coste y comodidad, respecto de los procedimientos tradicionales que requerían presencia física o correo postal convencional. Sin embargo, lo que se discute es la corrección de dicha norma desde el punto de vista de su tramitación formal, al haberse prescindido respecto de dicho precepto, al igual que respecto de los artículos 81 y 269.bis antes examinados, de los trámites de informe a que se refieren los artículos 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 24 de la Ley del Gobierno y 22, número 3, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, omisión esta última de especial gravedad desde la perspectiva de una posible nulidad de la norma, nulidad que declara la sentencia de la Sala sexta del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, en los siguientes términos de su fundamento jurídico primero:

«Habida cuenta que en la Disposición Adicional única y en lo que atañe a los artículos 12 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil se regulan materias a las que en absoluto se refería el Proyecto de Reglamento sometido a informe del Consejo de Estado, resulta claro que se ha omitido respecto de aquella parte de la disposición recurrida un trámite esencial que determina la nulidad del Reglamento en lo que se refiere a los apartados 1 y 3 de la Disposición Adicional en cuestión».

2. EFECTOS INVALIDATORIOS DE LOS VICIOS DE FORMA Y EN PARTICULAR
DE LA OMISIÓN DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACIÓN
DE LOS REGLAMENTOS (78)

Como hemos visto, la declaración de nulidad de los artículos 12 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil en su redacción dada por el Real

(78) Vid., sobre esta materia, los estudios de ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Civitas, Madrid, 1992, y de GARCÍA

Decreto 1867/1998, se basa en la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Este dictamen está previsto en el artículo 22, número 3, de la vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado, de 22 de abril de 1980, al disponer que la Comisión Permanente del Consejo de Estado «deberá ser consultada» en los siguientes asuntos: «3. Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones». Y, ciertamente, la jurisprudencia tradicional ha venido, con criterio uniforme hasta el año 1987, declarando la nulidad radical de aquellos Reglamentos que, requiriéndolo, no han sido informados por el Consejo de Estado. Este es el caso de las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1962, 12 de marzo de 1963, 25 de febrero de 1969, 22 de abril de 1974. Así, razona esta última dicha consecuencia invalidatoria de la omisión del dictamen del Consejo de Estado afirmando que «es patente la existencia de un vicio esencial de procedimiento cometido en la elaboración del Reglamento ejecutivo impugnado, al haberse prescindido del preceptivo dictamen previo del Consejo de Estado, y que una reiterada jurisprudencia califica a tal vicio y omisión de insubsanable, con apoyo en los artículos 53, número 5, y 47, número 2, de la LPA ... y como tal originadora de una nulidad formal —apreciable de oficio como afectante a cuestiones de orden público— que impone acordar una retroacción del procedimiento de elaboración de la disposición general al momento anterior a su aprobación para que se oiga al Alto Cuerpo Consultivo». Criterio este confirmado por las posteriores sentencias de 18 de marzo de 1981, 15 de octubre de 1982 y 19 de julio de 1984.

Ahora bien, se hace preciso citar en este punto la existencia de una inflexión importante en dicha línea jurisprudencial (79) surgida a través de tres sentencias del Tribunal Supremo del año 1987. Se trata de las sentencias de 7 de mayo, 2 de junio (Sala 4.^a) y 29 de octubre (sala especial de revisión) todas de 1987. Declara la primera de las sentencias citadas en su fundamento jurídico quinto, en términos que por su claridad y precisión conceptual merecen ser transcritos, lo siguiente:

«Por lo que hace a la omisión de supuestos vicios de procedimiento en la elaboración del Decreto reglamentario impugnado hay que decir, en primer lugar, que este Tribunal Supremo hace tiempo que viene subrayando que la forma está al servicio del derecho y no al revés, y que el vicio de forma es

ALVAREZ, «El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en la obra colectiva *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, 1993, II, págs. 1473 y sigs.

(79) Vid., en este sentido, DIOS VIEITEZ, MARÍA VICTORIA, «El dictamen del Consejo de Estado en los Reglamentos ejecutivos. ¿Control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria?», en *REDA*, núm. 60.

determinante de anulación del acto sólo cuando no haya elementos suficientes en el expediente para entrar a conocer del fondo del asunto o cuando haya provocado una indefensión total y absoluta del interesado. Es cierto, sin embargo, que en materia de elaboración de disposiciones generales, la jurisprudencia se muestra más rigurosa casi siempre, pero ello no impide que enfrentado el Tribunal con un caso concreto deba valorar también la razón de ser de un requisito formal determinado a efectos de atribuir o no a su omisión consecuencias anulatorias de lo actuado. Y es el caso que el informe del Consejo de Estado es un trámite que tiene por finalidad efectuar ex ante un control de legalidad de la norma que se pretende elaborar. Y como ya queda razonado que esa legalidad ha sido escrupulosamente respetada, sería atentar al principio de economía procesal que este Tribunal renunciara a ejercer el control que le corresponde realizar ex post, para que el Consejo de Estado venga a decir lo que aquí se puede ya decir y se ha dicho: que no hay obstáculo a que la norma se dicte como se ha dictado».

Pero el Tribunal Supremo no para aquí, procediendo a continuación a verter su crítica contra la anterior jurisprudencia en la materia en los siguientes términos: «Todo esto prueba, además, los inconvenientes de una antigua práctica judicial —que ya hoy puede considerarse erradicada— de considerar sin más los vicios de forma como «de orden público», curiosa fórmula desprovista de fundamento jurídico verdadero y a cuya invocación quedaba cerrado el paso a la justicia sobre el fondo».

Por su parte, la sentencia de 2 de junio de 1987 trata de remover el obstáculo que a la anterior doctrina legal opone la literalidad del artículo 53, número 5, de la LPA, afirmando que «resulta imposible encontrar en el Ordenamiento en vigor apoyatura alguna en favor de la tesis de que el Reglamento ejecutivo necesite para su perfección de la concurrencia de dos voluntades, la del Consejo de Estado y la del Gobierno, porque el informe del Consejo de Estado es un control de legalidad de carácter administrativo previo a la perfección de la norma reglamentaria, pero que carece de valor obstructivo, tanto si se produce como si se ha omitido». Es cierto, sin embargo, que el artículo 53 de la antigua LPA configura como no convalidable la omisión de los informes preceptivos en la elaboración de las disposiciones generales, pero con ello, a criterio del Tribunal Supremo, tan sólo se está perfilando el alcance de una potestad administrativa, la de la convalidación. Es decir, hay vicios o actos que la Administración no puede convalidar por sí misma, como es el caso de la omisión del informe del Consejo de Estado, pero eso no quiere decir que dicha imposibilidad de subsanación por la Administración de un trámite que tiene por objeto advertir de posibles ilegalidades de la norma reglamentaria proyectada, deba conducir necesariamente, y no existiendo dicha ilegalidad de fondo, a que en el ámbito judicial juegue la misma limitación, forzando a una declaración de nulidad desaconsejada por el principio de

economía procesal y no exigida por el principio de legalidad, no quebrantado en sus aspectos sustantivos.

Es cierto, no obstante, que la más moderna jurisprudencia parece recuperar, al menos en parte, su línea tradicional, insistiendo en el carácter invalidante de la omisión de los informes preceptivos, reflejada entre otras en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero y 2 de noviembre de 1993, 25 de mayo de 1995 y 26 de febrero de 1996, pero también lo es que, como el propio Tribunal declara, «en Derecho administrativo la teoría de las nulidades ha de ser acogida con la máxima cautela, procurando siempre conservar aquellos actos o disposiciones generales impugnados, salvo cuando la nulidad alegada sea tan evidente que haga imposible la conservación del acto o la disposición general» (cfr. STS de 2 de noviembre de 1993), máxima sabia y prudente de la que no siempre se hace alarde.

En todo caso, la situación devenida por la parcial anulación judicial de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, tras el estudio que antecede, invita a una reflexión sobre la conveniencia de superar la cierta anomalía que representa el hecho de que sea la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la encargada de aplicar el control de legalidad de los reglamentos, incluso cuando estos versan sobre cuestiones de Derecho privado, ajenas a la especialidad de dicha Sala, reconociendo fuero *ratione materiae* sobre tal control a la Sala primera, más próxima a tales cuestiones, como depositaria de la función jurisdiccional del orden civil.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Letrado de la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Doctor en Derecho

DICTAMENES Y NOTAS

Notas sobre la transmisión de una obra de arte (1)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. CONSIDERACIONES SOBRE EL DIFÍCIL CONCEPTO DE «OBRA DE ARTE».—3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES DE INTERÉS CULTURAL Y LOS BIENES QUE FORMAN PARTE DEL INVENTARIO GENERAL DE BIENES MUEBLES.—4. REQUISITOS LEGALES PARA LA TRANSMISIÓN DE LA OBRA DE ARTE.—5. FORMA Y EFICACIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE LA OBRA DE ARTE.—6. AUTENTICIDAD Y ACREDITACIÓN DE LA OBRA DE ARTE.

INTRODUCCION

He considerado la oportunidad de escribir estas líneas sobre los requisitos legales que concurren en la transmisión de una obra de arte, debido a la complejidad técnica de la Ley 16/85, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (2), del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley, modificado por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, siendo necesario para la finalidad del trabajo resaltar algunos aspectos de la normativa citada.

(1) La normativa sobre el Patrimonio Histórico Español se refiere tanto a los bienes inmuebles como a bienes muebles. Estas notas se refieren exclusivamente a los objetos de arte que tienen la consideración jurídica de bienes muebles.

(2) En la tramitación del proyecto de ley, la enmienda 194 del Grupo Parlamentario de Minoría Catalana propuso que se sustituyera la expresión Patrimonio Histórico Español, por «Patrimonio Histórico de España», por considerar que esta última tiene un alcance más amplio y abarca las obras de autores extranjeros que forman parte del patrimonio de España. La ponencia rechazó por mayoría esta enmienda, ya que el articulado del proyecto considera claramente dentro del Patrimonio Histórico Español las obras de los autores extranjeros existentes en nuestro país. También fue rechazada la enmienda del Grupo Parlamentario Popular que proponía la expresión «Patrimonio Histórico Artístico», la ponencia consideró que dentro del término histórico pueden entenderse comprendidas las obras artísticas tanto muebles como inmuebles. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II legislatura, Serie-A, número 96-I-3, del 11 de febrero de 1985, pág. 162.

A pesar de las prerrogativas de la Administración (estatal y autonómica) en esta cuestión, es la autonomía de la voluntad de las partes, y consecuentemente la facultad de disposición derivada del dominio que otorga el derecho de propiedad en España (3), el eje sobre el cual parte la transmisión, ya que del espíritu de la normativa citada (4) se deduce que quedan excluidas las transmisiones que no afecten directamente al dominio (usufructos, arrendamientos...), como tampoco se refiere la normativa vigente a las transmisiones gratuitas, y de todos es conocido que éstas también constituyen una enajenación.

2. CONSIDERACIONES SOBRE EL DIFÍCIL CONCEPTO DE «OBRA DE ARTE»

Soy consciente de las dificultades inmensas que representa delimitar y fijar el concepto de «obra de arte», dada la amplitud de objetos de diferentes épocas y lugares que son considerados objetos de arte por los especialistas, conocimientos que yo no tengo, y fuerzas limitadas para abordar su concepto, por ello mi denominación de obra de arte, objeto de estas notas, viene determinada por el cuadro pictórico en un soporte material adecuado con los requisitos necesarios para ser catalogado como «obra de arte», atendiendo a la Ley 16/1985 y normativa que la desarrolla.

No obstante, conviene hacer algunas matizaciones al respecto, con la única finalidad de fijar los perfiles sobre los que versan las presentes notas.

Como vengo señalando, definir lo que es o sería una obra de arte es una tarea harto difícil (5). El concepto de arte parte de un juicio humano que es cambiante a lo largo de la historia de la humanidad, obras que en el momento de su creación pasaron desapercibidas para críticos y especialistas, incluso denostadas, hoy día tienen un valor cultural, histórico y económico, totalmente inimaginable en su creador, atribuyéndoseles el carácter de obras de arte de

(3) Cfr. Artículos 33 y 46 de la Constitución, y 348, 349 y 1.255 del Código Civil.

(4) Hubo cierta polémica respecto al alcance del término enajenar, aunque siguiendo en este sentido a ALVAREZ ALVAREZ, éste entiende que de la normativa de la Ley, el término enajenar está usado en sentido restrictivo, identificándolo con el término vender, basta leer detenidamente el artículo 38.1 de la Ley, cuando habla «de declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación». Vid. ALVAREZ ALVAREZ, «El tanteo y el retracto en la nueva Ley del Patrimonio Histórico Español», en *RDP*, 1987, págs. 6-56, esp. 23-25. En el mismo sentido se manifiesta posteriormente BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, *El Patrimonio Cultural Español*, Granada, 1995, págs. 379-382.

(5) MONROE, BEARDSLEY y HOSPERS señalan «(...) que se han dado innumerables definiciones de arte en la historia ... y de la mayor parte de ellas puede afirmarse que estamos más seguros de la condición artística o no de determinada obra, que de que las definiciones dadas sean satisfactorias». Cfr. *Estética, historia y fundamentos*, 3.^a edición, Madrid, 1980, págs. 112 y 113.

primera magnitud (6). Es realmente muy complicado alcanzar una definición de obra de arte, ahora bien, quizá una orientación en este sentido nos la ofrece el artículo 1 de la Convención de la UNESCO de 1970, sobre medidas para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia ilícita de bienes culturales, cuando señala «(...) los bienes que hayan sido designados expresamente por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia», y en su apartado g) señala unas categorías muy amplias de Bienes de Interés Artístico, de las cuales sólo reproduzco una muestra de ellas:

- I. Cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano).
- II. Producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material.
- III. Grabados, estampas y litografías originales (...).

Se aprecia la gran variedad de objetos que pueden considerarse que tienen valor artístico, y por supuesto, se debe añadir que toda esa larga relación ni agota los bienes que alcanzan la consideración de obra de arte, ni da por concluido el concepto de obra de arte.

Por ello, estas líneas parten de considerar obra de arte, únicamente la obra pictórica realizada por el hombre (7), plasmada en un soporte material adecuado en todas sus manifestaciones pictóricas: óleo, acuarela, dibujo, grabado, estampas, litografías (...), que tengan un interés artístico (8) o histórico (9), siendo indiferente que su autor sea o no español, teniendo como

(6) Todos recordamos la vida de Van Gogh, murió en la miseria y no hace escasos años su cuadro «Los girasoles», subastado en una conocida casa de subastas, batió con el precio pagado (varios miles de millones de pesetas) las cantidades pagadas hasta entonces por un cuadro.

(7) MONROE, BEARDSLEY y HOSPERS afirman que es condición necesaria que esté realizado por el hombre para ser considerado obra de arte. Al respecto señalan el siguiente ejemplo: «Si lo que considerábamos pieza de escultura resulta ser un trozo de madera a la deriva, podemos seguir considerándolo como objeto artístico, y podrá seguir siendo tan bello (o feo) como antes, pero ya no será una obra de arte». Cfr. *Estética, historia y fundamentos*, op. cit., pág. 112.

(8) Siguiendo a CESARE BRANDI, ha afirmado: «Como producto de la actividad humana, la obra de arte supone una doble exigencia: la instancia estética, que corresponde al hecho básico de la calidad de lo artístico por el que la obra es obra de arte; la instancia histórica, que le concierne como producto humano realizado en un cierto lugar y que se encuentra en un cierto tiempo y lugar». Véase, *Teoría de la restauración*, 4.^a reimpresión, 1995, pág. 15.

(9) Respecto a la instancia histórica, BRANDI señala: «Se ha dicho que la obra de arte goza de una doble historicidad; es decir, la que coincide con el acto que la formuló, el acto de la creación, y se remite por tanto a un artista, a un tiempo y a un lugar, y una

característica fundamental su creación original, en su doble vertiente, subjetiva y objetiva (10), considerando el cuadro pictórico cuyo valor sea igual o superior a 15 millones de pesetas cuando se trata de obras pictóricas y escultóricas con menos de cien años de antigüedad, o bien, 10 millones de pesetas en el caso de obras pictóricas con más de cien años de antigüedad (11).

3. NATURALEZA JURIDICA DE LOS BIENES DE INTERES CULTURAL Y LOS BIENES QUE FORMAN PARTE DEL INVENTARIO GENERAL DE BIENES MUEBLES

Son los artículos 1 (12) y 26 (13) de la Ley los que ofrecen los presupuestos para incluir un objeto en alguna de las dos categorías que señala el punto

segunda historicidad, que le viene del hecho de incidir en el presente de una conciencia, o sea, una historicidad que hace referencia al tiempo y al lugar donde en ese momento se encuentra», *ibidem*, pág. 17.

(10) La consideración subjetiva vendría determinada porque la obra fuera original, reflejando la personalidad de su autor, manteniendo desde este punto de vista la originalidad como «novedad objetiva».

(11) Véase el artículo 26 del Real Decreto 111/1986. «(...) b) Los que formen parte del Patrimonio Histórico Español cuyo valor económico sea igual o superior a determinadas cantidades y también cuando se trate de colecciones o conjuntos de objetos artísticos, culturales y antigüedades:

15 millones de pesetas en el caso de obras pictóricas y escultóricas de menos de cien años de antigüedad. 10 millones en el caso de obras pictóricas de cien o más años de antigüedad y también cuando se trate de colecciones o conjuntos de objetos artísticos, culturales y antigüedades (...)».

(12) Artículo 1: 1. «Son objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español. 2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico. 3. Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley».

(13) Artículo 26.1: «La Administración del Estado, en colaboración con las demás administraciones competentes, confeccionará el Inventario General de aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia. (...) 4. Los propietarios o poseedores de los bienes muebles que reúnan el valor y características que se señalen reglamentariamente, quedan obligados a comunicar a la Administración competente la existencia de estos objetos, antes de proceder a su venta o transmisión a terceros. Igual obligación se establece para las personas o entidades que ejerzan habitualmente el comercio de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, que deberán, además, formalizar ante dicha Administración un libro de registro de las transmisiones que realicen sobre aquellos objetos. (...) 6. c) La transmisión por actos *inter vivos* o *mortis causa*, así como cualquier otra modificación en la situación de los bienes deberá comunicarse a la Administración competente y anotarse en el Inventario General».

3 del artículo 1: Bienes de Interés Cultural o bienes que forman parte del Inventario General de Bienes Muebles, adscrito a la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico en la Dirección General de Bellas Artes y Archivos.

Uno de los problemas planteados en la nueva Ley era determinar la competencia (estatal o autonómica) a la vista de los artículos 148.1.16.^a (14) y 149.1.8.^a-28.^a (15) de la Constitución, para calificar un bien con la categoría protectora de Bien de Interés Cultural. La Ley de 1985 en su artículo 9 atribuía esa competencia al Estado. Sin embargo, la Ley fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, y sin entrar a valorar en este momento la «lectura e interpretación» que el Tribunal realizó de la Ley, confirmó la constitucionalidad de la misma en la sentencia 17/1991, de 31 de enero, afirmando que la competencia para declarar un bien con la categoría de Bien de Interés Cultural, corresponde a las Comunidades Autónomas. Para MARTÍN REBOLLO (16), quizá lo que pretendió el Tribunal es evitar que hubiera Bienes de Interés Cultural del Patrimonio Histórico Español junto a otras categorías de «interés autonómico». A la vista de la doctrina constitucional fue modificado el artículo 11 del Real Decreto 111/1986, por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, quedando su normativa aplicable únicamente a los supuestos en que resulta competente la Administración del Estado.

De la lectura de los artículos 1 y 26 de la Ley, es evidente el carácter abierto de sus textos, hecho que no podía ser de otra manera, dado los diferentes criterios que en un momento determinado pueden prevalecer para considerar que un objeto tiene un interés relevante, suficientemente significativo para que se le haga acreedor de formar parte del Patrimonio Histórico Español, incluido en alguna de las dos categorías anteriores, y consecuentemente, goce de un nivel de protección singular a través de la intervención administrativa.

El artículo 1 de la Ley de 1985 tiene tres partes perfectamente diferenciadas: el número 1 establece el objeto de la Ley; el punto 2, el ámbito de aplica-

(14) Artículo 148.1.16.^a: «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) 16.^a Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma».

(15) Artículo 149.1.8.^a: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8.^a Legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan (...). 28.^a Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas».

(16) Vid. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte y la Unión Europea*, Madrid, 1994, págs. 25 y 31. Lo que necesita un bien integrante del Patrimonio Histórico para tener naturaleza de bien cultural es que tenga un interés específico relevante, ya sea histórico, artístico, arqueológico, etnográfico, científico, documental o bibliográfico.

ción de la misma sobre ciertos bienes, definiendo el concepto de Patrimonio Histórico Español, y el punto 3 contempla los sistemas específicos de protección que forman parte del Patrimonio, atendiendo a la relevancia de los bienes.

Es evidente que el acto administrativo por el que se declara Bien de Interés Cultural u objeto incluido en el Inventario General de Bienes Muebles tiene una trascendencia jurídica bastante significativa. Otorgar esa categoría supone dotar de una protección jurídica específica al bien, aunque no limita al propietario su disposición sobre el derecho patrimonial que tiene sobre el objeto, sino que su finalidad es constatar que el objeto reúne un interés específico determinado por la Ley, que se hace acreedor de un interés público protegido. Su finalidad principal es proteger el Patrimonio Histórico Español, y a la vez, ofrecer mayor seguridad jurídica al particular que transmite estos bienes y al comerciante cuya actividad tiene por objeto el tráfico jurídico de esos bienes, introduciendo unos mecanismos de intervención que pretenden otorgar un carácter específico de protección, pero sin embargo, el objeto puede ser transmitido por su propietario o poseedor sin otras limitaciones que el cumplimiento de las obligaciones legales, con el fin de seguir teniendo conocimiento la Administración competente de todas las vicisitudes sobre el bien en caso de sucesivas enajenaciones (17).

4. REQUISITOS LEGALES PARA LA TRANSMISION DE LA OBRA DE ARTE

Una primera aproximación que se debe tener en cuenta y que afecta a la enajenación de una obra de arte en la consideración estimada de la misma en el epígrafe 2 (18), es determinar si el objeto pictórico o cuadro ha sido declarado Bien de Interés Cultural, según el artículo 38.1 (19) de la Ley, en

(17) Para M.^a DEL ROSARIO ALONSO IBÁÑEZ, «(...) la declaración BIC o la inclusión en el IGBM tiene carácter constitutivo exclusivamente en el sentido de que a través de este acto se publica a los bienes». Cfr. *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, 1991, pág. 211.

(18) *Supra*, pág. 5.

(19) Artículo 38.1: «Quien tratase de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el Inventario General al que se refiere el artículo 26, deberá notificarlo a los Organismos mencionados en el artículo 6 y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Los subastadores deberán notificar igualmente y con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español». Artículo 6: «A los efectos de la presente Ley, se entenderá como Organismos competentes para su ejecución:

a) Los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico. b) Los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español (...).

cuyo caso, deberá estar inscrito en un Registro General dependiente de la Administración del Estado, artículo 12.1 (20) de la Ley, y se deberá expedir un Título Oficial que lo identifique reflejándose todos los actos jurídicos y artísticos que en el mismo se realicen, artículo 13.1, o bien, si está incluido en el Inventario General de objetos y obras de arte (21), dependiente de la Dirección General de Bellas Artes y Archivos del Ministerio de Cultura, que según el artículo 26.1, estarán incluidos todos aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia.

Ahora bien, es necesario poner de relieve las dificultades de formación del Inventario General, porque el deber que señala el artículo 26.4 de la Ley, de exigir a los propietarios o poseedores de estos bienes el comunicar su existencia a la Administración competente, no es práctica habitual, existe cierto comportamiento reticente a cumplir con esta exigencia por parte de las galerías de arte y de los comerciantes que se dedican al comercio de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico, en especial aquéllos que se dedican a la venta de anticuario, entre otras motivaciones, esta reserva al cumplimiento de lo ordenado en la norma viene determinada principalmente por cuestiones de índole fiscal y tributaria (22).

Es conveniente señalar el artículo 9.4 de la Ley que declara, «no podrá ser declarado Bien de Interés Cultural la obra de un autor vivo, salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración», y resaltar la prohibición de transmisión que contempla el artículo 28.1 de la Ley, que afecta a los bienes muebles, tanto Bienes de Interés Cultural como los incluidos en el Inventario General, y que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, en estos casos, no podrán transmitirse ni onerosa ni gratuitamente, ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles, únicamente podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho

(20) Artículo 12.1: «Los bienes declarados de interés cultural serán inscritos en un Registro General dependiente de la Administración del Estado, cuya organización y funcionamiento se determinarán por vía reglamentaria. A este Registro se notificará la incoación de dichos expedientes que causarán la correspondiente anotación preventiva hasta que recaiga resolución definitiva».

(21) Hay que observar que en la nueva Ley se configura el inventario como uno de los sistemas específicos de protección de los bienes muebles integrantes del Patrimonio, en consonancia con el texto del apartado 3 del artículo 1 de la Ley, teniendo presente el artículo 46 de la Constitución.

(22) A pesar que el artículo 26.1 del Real Decreto 111/1986 señale que la obligación de esta comunicación es «A los solos efectos de facilitar la elaboración del Inventario General (...)».

De todas formas, lamentablemente, para evitar que las transacciones se inscriban en el Libro-registro, siempre queda el recurso de otorgar una valoración inferior a la real, o incluso con un peritaje sobre la antigüedad que las excluya de la obligación. Cfr. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte y la Unión Europea*, cit., pág. 35.

público, o bien a otras instituciones eclesiásticas. La vulneración de esta prohibición lleva aparejada la nulidad de la transmisión (23).

Aunque en ambas categorías de bienes, tanto los declarados de Interés Cultural como los que están incluidos en el Inventario General, hay plena autonomía por parte de los particulares para llevar a cabo libremente su enajenación, únicamente que deben cumplirse los requisitos del artículo 38.1 de la Ley, porque la transmisión conlleva una serie de obligaciones para el particular o comerciante, extensibles en los mismos términos a las casas de subastas (24), y una serie de derechos para el organismo competente que tenga a su cargo en cada Comunidad Autónoma la protección del patrimonio histórico, o en su caso, la Administración cultural del Estado.

Entre las obligaciones destaca la de notificar (25) y declarar el precio y condiciones —que hayan sido fijadas libremente por las partes— a los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma en que se realice la transmisión y a la Administración del Estado. Respecto a los derechos, le asiste al órgano competente de la Comunidad Autónoma y, en su caso, a la Administración del Estado, los derechos de adquisición preferente, tanteo (26), cuyo plazo para ejercitarlo es de dos meses desde que tenga conocimiento de la notificación, período de tiempo que es de caducidad, y, subsidiariamente el

(23) Cfr., el artículo 6.3 del Código Civil, que prescribe la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, y el artículo 4 de la Ley del Patrimonio: «A los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social. En tales casos, la Administración del Estado, con independencia de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, en cualquier momento podrá interesar del Departamento competente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente de la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica, del bien expoliado».

Resaltar la importancia de estas normas y su fácil vulneración. No es infrecuente que aparezcan en la prensa noticias relativas a venta de imágenes, cuadros, retablos (...), principalmente de iglesias modestas, con el fin de aplicar la venta a reparaciones del bien inmueble.

(24) Extensible a toda clase de subastas: comerciales, judiciales, administrativas, ante notario (...).

(25) Es recomendable, señala ALVAREZ ALVAREZ, que se realice por cualquier procedimiento fehaciente, o por lo menos que proporcione una prueba suficiente al notificador. Vid. *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Madrid, 1989, pág. 313. De todas formas, la omisión de la notificación no anula el derecho de adquisición preferente de la Comunidad Autónoma o la Administración del Estado en su caso.

(26) El derecho de tanteo es el derecho real del que goza una persona (física o jurídica) para adquirir preferentemente un bien que pretende enajenar su propietario.

derecho de retracto (27), según contempla el artículo 38.4 de la Ley y el artículo 40.4 (28) del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985.

Si se ha establecido la venta del cuadro en subasta pública, a pesar del texto del artículo 41.2 del Real Decreto de 1996 (29), se podrá ejercitar por la Comunidad Autónoma el derecho de tanteo, y subsidiariamente el derecho de retracto, conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 (30) del Real Decreto, o en su caso, por la Administración del Estado a través del Ministerio de Cultura, una vez conocido el precio del remate, aunque hay que tener presente el artículo 38.4 *in fine* de la Ley, que especifica la preferencia de la Administración del Estado frente a las Comunidades Autónomas cuando se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal (31).

Forman también parte del Patrimonio Histórico Español otros bienes muebles no declarados de Interés Cultural, ni integrantes del Inventario Ge-

(27) Artículo 1.521 del Código Civil: «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago».

El plazo para su ejercicio es de seis meses desde que la Administración ha tenido conocimiento fehaciente de la transmisión efectuada, de manera que la Orden que debe dictar la Administración para ejercitar su derecho debe comunicarse al interesado y publicarse en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente y en el *BOE*, dentro del plazo de seis meses desde la toma de conocimiento de la transmisión. Vid. STS de 22 de julio de 1988 (RJ 6347). Caducidad del ejercicio del derecho de retracto sobre la obra del pintor Juan Fernández, «Un bodegón de frutas».

(28) Artículo 40.4: «La Comunidad Autónoma competente podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto sobre los bienes referidos en los términos previstos en el artículo 38.4 de la Ley 16/1985».

(29) Artículo 41.2: «En el caso de subastas públicas no será preceptivo el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación, y la Administración del Estado podrá ejercer el derecho de tanteo mediante la comparecencia de un representante del Ministerio de Cultura en la subasta, el cual, en el momento en que se determine el precio de remate del bien subastado, manifestará el propósito de hacer uso de tal derecho, quedando en suspenso la adjudicación del bien. En un plazo de siete días hábiles, a partir de la celebración de la subasta, se comunicará al subastador el ejercicio del derecho de tanteo».

(30) Artículo 41.1: «Dentro de los dos meses siguientes a la notificación prevista en el artículo anterior, la Administración del Estado, a través del Ministerio de Cultura, podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí (...). 4. Lo dispuesto en el apartado 1 se aplicará en los términos del artículo 38.4 de la Ley 16/1985».

(31) La enmienda 227 del Grupo de Minoría Catalana al proyecto de ley, propuso suprimir esta preferencia del Estado en los derechos de tanteo y retracto. Su argumento venía determinado porque el Real Decreto 1010/1981, establece que la Generalidad de Cataluña puede ejercer el derecho de preferencia de adquisición dentro de la mitad del término legal, y que si no lo hace el derecho pasa al Estado. La ponencia no aceptó la enmienda, aunque restringió la preferencia a la adquisición de los referidos bienes muebles de titularidad estatal. Vid. BOCG, *Congreso de los Diputados*, II legislatura, Serie A, núm. 96-I-3, del 11 de febrero de 1985, págs. 190 y 191.

neral, con libertad total para su enajenación por parte de los propietarios o poseedores de los mismos (comerciantes que ejerzan el comercio de obras de arte y particulares que transmitan el bien), pero cumpliendo los requisitos del artículo 26.4 de la Ley, esto es, la obligatoriedad de comunicar su transmisión a la Administración competente, pero no hay posibilidad de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, facultad que estando prevista en la norma, desapareció en la discusión parlamentaria del mismo, aunque el incumplimiento de la obligación de notificar a la Administración es causa de una infracción administrativa cuya multa puede elevarse hasta los diez millones de pesetas (32).

Esta obligación de comunicar a la Administración competente la existencia de estos objetos, con el fin de facilitar la elaboración del Inventario General, antes de proceder a su venta o transmisión a terceros, bien *inter vivos* o *mortis causa*, recae sobre los propietarios o poseedores de aquellos bienes que forman parte del Patrimonio Histórico Español, pero que no están catalogados como Bienes de Interés Cultural y no están incluidos en el Inventario General; son bienes cuyo valor sea igual o superior a 15 millones de pesetas cuando se trata de obras pictóricas y escultóricas con menos de cien años de antigüedad, 10 millones de pesetas en el caso de obras pictóricas con más de cien años de antigüedad, o bien, colecciones o conjuntos de objetos artísticos, culturales y antigüedades.

Además la obligación recae sobre el resto de bienes muebles detallados en el artículo 26.1 del Real Decreto de 1996 (33), y sobre las personas o enti-

(32) Véase el artículo 26.4 de la Ley en relación con el artículo 26 del Real Decreto de 1986. Para la cuantía de la sanción, el artículo 76.3.A) de la ley.

(33) La relación completa de estos bienes vienen descritos en el artículo 26.1 del Real Decreto 111/1986, que ha sido modificado por el Real Decreto 64/1994.

1. a) «(...) «Bienes que tengan incoado expediente para su inclusión en el Inventario General en tanto aquél no se resuelva.

b) Los que formen parte del Patrimonio Histórico Español cuyo valor económico sea igual o superior a determinadas cantidades y también cuando se trate de colecciones o conjuntos de objetos artísticos, culturales y antigüedades:

15 millones de pesetas en el caso de obras pictóricas y escultóricas de menos de cien años de antigüedad. 10 millones en el caso de obras pictóricas de cien o más años de antigüedad y también cuando se trate de colecciones o conjuntos de objetos artísticos, culturales y antigüedades. 7 millones de pesetas para las esculturas, relieves y bajo relieves de cien o más años de antigüedad, y para las colecciones de dibujos, grabados, libros, documentos e instrumentos musicales, así como para cuando se trate de mobiliario. 5 millones para los tapices, alfombras y tejidos históricos. 3 millones cuando se trate de dibujos, grabados, libros impresos o manuscritos y documentos unitarios en cualquier soporte. Uno y medio en los casos de instrumentos musicales unitarios de carácter histórico. Un millón para los objetos arqueológicos. 400.000 pesetas en los casos de objetos etnográficos.

c) Los que el Gobierno determine mediante Real Decreto a propuesta del Ministerio de Cultura».

dades que ejerzan habitualmente el comercio de los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español, en consecuencia, no hay ninguna traba para su transmisión, sino únicamente el deber de comunicar a la Administración competente la enajenación de esos objetos de arte, con el fin de que la misma tenga un conocimiento y control sobre el tráfico jurídico del mercado de obras de arte. No teniendo la Administración, ni estatal ni autonómica como ya he dicho, la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo y retracto, salvo que se haga la venta en pública subasta, en este caso sí (34).

Si el enajenante es un comerciante, debe anotar la transacción en un libro de registros que deben llevar con carácter obligatorio, artículo 27.1.2 del Real Decreto, que deberá estar formalizado ante el órgano competente para la protección de este Patrimonio en la correspondiente Comunidad Autónoma, con el fin de tener un conocimiento y control sobre esos bienes, a los cuales podrá tener acceso la Administración del Estado a través del Ministerio de Cultura (art. 27.3), y que deberá constar la identificación del comprador y una breve descripción del bien objeto de la transacción, así como el precio de la venta.

Una consideración a tener en cuenta es ver hasta dónde alcanza actualmente el grado de cumplimiento de esta obligación de notificar previamente su venta en las enajenaciones realizadas por los comerciantes en tiendas abiertas al público, y en ventas directas realizadas por los particulares, propietarios o poseedores de esos bienes, porque al no ser bienes declarados BIC, ni

La Ley de 1985 preveía que esta declaración la realizara la Administración del Estado, pero a partir de la STC 17/1991, se entiende que corresponde a las Comunidades Autónomas, salvo cuando se trate de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional. Los artículos 11 a 20 del Real Decreto 111/1986, que regulaban la declaración, han sido modificados por el Real Decreto 64/1994, que de acuerdo con la doctrina constitucional es únicamente aplicable a los supuestos que es competente la Administración del Estado.

(34) La cuestión se planteó ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, con motivo de la subasta llevada a cabo por la Galería de Arte-Joyería Ansorena de Madrid. El objeto fue un dibujo de Picasso, «Ser o no ser». El adquirente entendía que sobre el mismo no procedía derecho de tanteo a favor del Estado porque el dibujo no estaba declarado Bien de Interés Cultural, ni estaba incluido en el inventario, ni se había incoado expediente alguno para su calificación. La Sala de la Audiencia, en sentencia de 29 de marzo de 1994, falló a favor del Estado, porque sobre el mencionado dibujo procedía el derecho de tanteo. Su argumento: «A tenor de lo que dispone el artículo 38.1 de la Ley 16/1985, artículos 40.1.2 y 45 del Real Decreto 111/1986, resulta que los bienes afectados por el ejercicio de tanteo son los bienes muebles e inmuebles, declarados de interés cultural, los que tengan incoado expediente para ser declarados como tales, los bienes muebles incluidos en el Inventario General y los que se vayan a subastar, advirtiéndose que respecto estos últimos, según establece el artículo 38 de la Ley citada 16/1985, están comprendidos todos los bienes del Patrimonio Histórico Español definidos por el artículo 1.2 de la Ley, sin distinguir que estén o no inventariados y hayan sido o no, declarados de interés general, estos bienes se integran, entre otros, por los «objetos muebles de interés artístico».

inventariados, no están sujetas sus transmisiones a la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo y subsidiariamente el retracto por la Administración autonómica o estatal.

Es de conocimiento público que la transparencia del mercado de obras de arte (muchas de ellas en poder de los particulares), todavía no ha alcanzado la transparencia deseada y necesaria, existiendo un mercado clandestino que no aflora a la superficie, con el riesgo para el particular-comprador de la identificación y autenticidad de las obras de arte objeto del tráfico jurídico, máxime que ni la Ley, ni la normativa que la desarrolla exigen un certificado que garantice la autenticidad de la obra de arte.

Con el Real Decreto de 1994 se perdió una ocasión magnífica para haber introducido este requisito y también la obligatoriedad de exigir a las personas que ejercen el comercio de obras de arte, el comunicar el ejercicio de esa actividad a la Administración cultural (autonómica y estatal), así, independientemente de que la Agencia Tributaria correspondiente tenga ese conocimiento a través de la solicitud de licencia fiscal, hubiese sido más práctico que fuera la Administración a la cual le corresponde conocer la situación del tráfico jurídico de las obras de arte, quien tuviera una información directa de las personas o entidades que comercian con bienes integrantes del Patrimonio Histórico. Porque no podemos olvidar que estamos ante distintas Administraciones (tributaria y cultural) y los organismos competentes de la materia en las Comunidades Autónomas, por ello la solución más adecuada hubiese sido la notificación de la actividad a la Administración cultural, tanto autonómica como estatal, comunicación más que justificada porque estamos ante un comercio de bienes que es patrimonio histórico del país, de la humanidad y que se debe transmitir a las generaciones futuras. Basta leer el primer párrafo del Preámbulo de la Ley (35).

A pesar de todo, el vendedor de una obra de arte que realice la venta sin haber comunicado previamente su intención a la Administración, siempre y cuando se trate de una obra pictórica que reúna las características señaladas en el artículo 38.1 de la Ley (BIC, y los incluidos en el Inventario General), tendrá una sanción económica por una infracción administrativa (36), y ade-

(35) «El Patrimonio Histórico Español es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. La protección y el enriquecimiento de los bienes que lo integran constituyen obligaciones fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos, según el mandato que a los mismos dirige el artículo 46 de la norma constitucional (...) el Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal».

(36) Artículo 76.1: «Salvo que sean constitutivos de delito, los hechos que a continuación se mencionan constituyen infracciones administrativas que serán sancionadas conforme a lo dispuesto en este artículo». a) El incumplimiento por parte de los propietarios o de los titulares de derechos reales o los poseedores de los bienes de las dispo-

más la amenaza indefinida de un retracto (37) por parte de la Administración autonómica o estatal, cuyo plazo no empieza a contar sino desde que aquélla tenga conocimiento fehaciente de la transmisión (38). Señala el artículo 79 de la Ley, que la sanción económica impuesta prescribirá a los cinco años de haber realizado el hecho que originó la obligación de ponerlo en conocimiento de la Administración.

Aunque no se pronuncia en este sentido ni el artículo 38.1 de la Ley ni el Real Decreto de 1986, entiendo que las mismas sanciones son extensibles a aquellas personas que teniendo obligación de notificar no lo hagan, cuando la transmisión recaiga sobre un bien que se haya incoado expediente para su declaración de BIC. En caso contrario, estaríamos «abriendo la puerta» para impedir el ejercicio de los derechos de la Administración, procediendo a la consumación de la transmisión antes de llegar al destinatario la declaración de catalogación del bien, con el fin de evitar precisamente la posibilidad de plantear el derecho de tanteo, o el derecho de retracto, en su caso, porque el bien no estuviera todavía catalogado como Bien de Interés Cultural, aunque lo vaya a ser pasado un tiempo.

Por lo tanto, el derecho de tanteo y retracto ha quedado fijado para los bienes declarados BIC, los bienes muebles que integren el Inventario General, los objetos de arte que sin entrar en las categorías anteriores se vendan en pública subasta, bien en casas de subastas de obras de arte o las derivadas de embargos o ejecuciones judiciales, notariales o simplemente públicas y pertenezcan al Patrimonio Histórico Español y, finalmente, atendiendo al artículo 33, los bienes para los cuales se solicite permiso de exportación, esto es, Bienes declarados de Interés Cultural, Bienes Inventariados, o en su caso, bienes que sin estar inventariados, tengan más de cien años de antigüedad,

siones contenidas en los artículos 13, 26.2, 4 y 6, 28, 35.3, 36.1 y 2, 38.1, 39, 44, 51.2 y 52.1 y 3. Artículo 76.3.A): Multa de hasta 10.000.000 de pesetas en el supuesto a). Incumplimiento del artículo 38.1 de la Ley».

Una exposición de la tipificación de las infracciones administrativas en el artículo 76.1 de la Ley, puede seguirse en ALEGRE AVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Madrid, 1994, págs. 553 y sigs.

(37) Artículo 42, párrafo 1.º, del Real Decreto 111/1986: «Cuando el propósito de la enajenación no se hubiere notificado correctamente, la Administración del Estado, a través del Ministerio de Cultura, podrá ejercitar en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que tuviera conocimiento fehaciente de la enajenación. Todo ello en los términos de lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley 16/1985». En consecuencia, si no se notifica a la Comunidad Autónoma, además de la sanción administrativa pende la amenaza de un retracto de carácter indefinido.

(38) Respecto al Organismo al cual hay que dirigir la notificación, habrá que atender a las transferencias realizadas en la materia a las Comunidades Autónomas. En caso de no haberse realizado, el órgano al que se dirigirá la notificación es la Dirección General de Bellas Artes y Archivos, dependiente del Ministerio de Cultura.

artículo 5.2 de la Ley, o bien, con menos de cien años de antigüedad y por su pertenencia al Patrimonio Histórico del Estado el Ministerio de Cultura declare expresamente inexportables hasta que se resuelva el expediente para ser declarados BIC, o para ser incluidos en el Inventario General, conforme a los artículos 5.3, 11.1 de la Ley, y artículo 40, párrafo 1.º, del Real Decreto 111/1986, aunque en estos dos últimos casos entiendo que el derecho de tanteo y la consiguiente adquisición queda sometida a una condición suspensiva, hasta la resolución del expediente, con todos los efectos que ello conlleva, esto es, devolución de la cosa y el precio si no se cumple la condición (39).

5. FORMA Y EFICACIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE LA OBRA DE ARTE

En este aspecto habrá que estar a la teoría general sobre la forma de los contratos (40), porque la regulación jurídica es de Derecho Privado. No obstante, entiendo que la escritura pública nos proporciona una seguridad en la legitimidad del título por la posibilidad de seguimiento de la obra de arte mediante el historial de la misma en el Archivo-Protocolo del Notario, que posibilita ir formando una base documental de identificación de las obras de arte que ayude a autenticar las mismas y evitar transmisiones de obras falsas, ofreciendo mayor seguridad jurídica y certeza tanto a profesionales de este comercio como a los particulares, principalmente a estos últimos por su desconocimiento del sector, hechos que no encuentran su realización si la transmisión se realiza en documento privado, a pesar de su plena validez entre las partes otorgantes, pero que posibilita las desapariciones de obras de arte mediante la exportación, al no existir un medio material fehaciente de seguimiento de las obras de arte en estas circunstancias.

(39) En aquellos bienes que se haya incoado expediente para incluir el bien en alguna de las categorías citadas, deberá resolverse en un plazo máximo de tiempo de veinte meses; entiendo que estos bienes quedan sometidos al derecho de tanteo, pero con la condición suspensiva de que se apruebe el expediente. Cfr. artículos 9.3, 11.1 de la Ley, y artículo 40.1 del Real Decreto 111/1986. El problema se plantea en los casos que se haya incoado expediente y finalmente no se declara el bien de interés cultural. Observamos que el presupuesto base para que el derecho de tanteo se ejercite con todas las consecuencias es que el expediente resuelva declarando el bien como BIC, o que se incluya en el Inventario General. Por lo tanto, en estos casos estamos ante una condición suspensiva. Sin embargo, no lo considera así BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, para el cual es una condición resolutoria porque el derecho de tanteo se resolverá si el bien no es declarado de interés cultural. Cfr. *El Patrimonio Cultural Español*, Granada, 1995, págs. 373 y 374.

(40) Cfr. Artículos 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil.

En este sentido hay que tener en cuenta el artículo 5.3 de la Ley, que señala que los bienes declarados BIC son inexportables, y aquellos otros que por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declara expresamente inexportables, mientras que los bienes incluidos en el Inventario General y los pertenecientes al Patrimonio Histórico Español con más de cien años de antigüedad son exportables, siempre previa autorización expresa de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que se establezcan por vía reglamentaria, vía que en el artículo 45 del Real Decreto de 1986 permite la exportación de los dos primeros tipos de bienes citados en este párrafo, pero únicamente de forma temporal, y siempre con permiso expreso y previo del Ministerio de Cultura (41).

No obstante, el permiso de exportación deberá tramitarse por las Comunidades Autónomas que hayan asumido las competencias en materia de exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, relativo a los bienes ubicados en el ámbito territorial de la Comunidad respectiva; la denegación de la solicitud pondrá fin al expediente y se comunicará al Ministerio de Cultura, en caso de que no se deniegue por la Comunidad Autónoma, el expediente se traslada al Ministerio de Cultura para su resolución definitiva. Véase al respecto el artículo 47 del Real Decreto (42).

Concretando sobre la forma de realizar el contrato, en ningún caso es obligatorio formalizar la compraventa de los bienes declarados BIC, ni los integrantes del Inventario General en escritura pública. Ahora bien, como ya he señalado, es muy conveniente y recomendable que así sea; en este caso, si la transmisión se hace mediante escritura pública, la notificación a la Administración competente de la transmisión corresponde al Notario autorizante del acto, conforme al artículo 175 del Reglamento Notarial.

Por otra parte, señalar que el contrato de compraventa realizado en documento privado, sin haber realizado previamente la notificación, no anula el derecho de adquisición preferente de la Administración, porque el contrato será válido (arts. 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil), aunque anulable

(41) Respecto a la salida temporal de estos bienes fuera de nuestro país, bien por convenios, acuerdos..., entre Estados, hay que estar para su forma a lo señalado en los artículos 31 y 34 de la Ley.

(42) Artículo 47: «1. La solicitud del permiso de exportación se remitirá al Ministerio de Cultura, salvo en las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias de tramitación de estas solicitudes. 2. En las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en materia de exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, la solicitud relativa a los bienes ubicados en el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma deberá tramitarse ante los órganos competentes de la misma. La denegación de la solicitud pondrá fin al expediente y deberá ser comunicada al Ministerio de Cultura a los efectos previstos en el artículo 50.2. En el caso de que no se deniegue la solicitud, se dará traslado del expediente al Ministerio de Cultura para su resolución definitiva (...).»

(arts. 1.300 y siguientes del Código Civil), con la consiguiente inseguridad jurídica que conlleva una enajenación en esas condiciones, aunque produzca, en principio, plenos efectos entre las partes contratantes (43), pero no deja de ser una situación transitoria porque en cualquier momento, a partir de tener conocimiento de la venta la Administración, ésta puede intervenir judicialmente ejercitando su derecho de adquisición preferente.

6. AUTENTICIDAD Y ACREDITACION DE LA OBRA DE ARTE

Respecto a las personas autorizadas por la Ley para determinar la autenticidad y acreditación de la obra de arte, y la forma de llevarse a cabo, no viene regulado como tal en la normativa vigente al respecto, pero entiendo que hay que acudir a peritos, críticos, expertos y especialistas de las galerías de arte. Siguiendo el artículo 3.2 de la Ley, es muy recomendable solicitar un dictamen a las instituciones consultivas de la Administración del Estado: el Consejo del Patrimonio Histórico, en el cual tienen representación las Comunidades Autónomas, con funciones de informe y propuesta; la Junta de Calificación Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, con funciones de informe en las autorizaciones de exportación y de valoración de los bienes; las Reales Academias, las Universidades, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, las Juntas Superiores que la Administración del Estado determine por vía reglamentaria, además otras instituciones y personas reconocidas por las Comunidades Autónomas, sin perjuicio del asesoramiento técnico que pueda recabarse de otros organismos profesionales y entidades culturales.

JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO
Profesor asociado
Universidad de La Rioja

(43) Véase el comentario realizado por ALVAREZ ALVAREZ a la sentencia de la Sala 3.^a del TS de 17 de octubre de 1975, en *Revista de Derecho Privado*, 1976, 60, págs. 147-151. Se refiere al ejercicio por parte del Estado del derecho de retracto en la venta realizada de un cuadro de Goya a una empresa mercantil de antigüedades.

La anotación preventiva de embargo. ¿Aún en ascensión?

SUMARIO: I. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO EN LA NUEVA LEC: ERDOZAIN.—II. LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEC.—III. REGIMEN ESPECIAL DE LA HIPOTECA.—IV. EL ARTICULO 674 DE LA LEC. LA CANCELACION DE LO POSTERIOR.—V. EL ARTICULO 662 SOBRE EL TERCER POSEEDOR.—VI. ARTICULO 658: BIEN INSCRITO A FAVOR DE TERCERO.—VII. EL NUEVO ARTICULO 135 DE LA LH. LAS NOTIFICACIONES.—VIII. ARTICULOS 668 Y 670. SUBROGACION EN LAS CARGAS.—IX. DERECHOS DEL TITULAR NO INSCRITO. ARTICULO 593.—X. LAS TERCERIAS FRENTE A LA HIPOTECA Y FRENTE AL EMBARGO.—XI. ARTICULO 587. MOMENTO DEL EMBARGO.—XII. ARTICULO 595. FECHA DEL TITULO DEL TERCERISTA.—XIII. ARTICULO 594. EMBARGO DE BIENES QUE NO SON DEL EJECUTADO. SU POSTERIOR ADJUDICACION.—XIV. LA PRIORIDAD Y LA FE PUBLICA EN RELACION A LA ANOTACION.—XV. RESPETO DE LA LEGISLACION CIVIL Y DE LA HIPOTECARIA.—XVI. LA REFORMA QUE PODRIA SER ADMISIBLE. DUDAS AL RESPECTO.

I. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO EN LA NUEVA LEC: ERDOZAIN

En el número 620 de la RCDI, correspondiente a enero-febrero de 1994 publicábamos, un trabajo poniendo en interrogante la imparable ascensión de aquella anotación. Allí se criticaba el criterio de la DG en sus Resoluciones de 6 de septiembre de 1988 y 23 de marzo de 1993. Se examinaba también la reforma del Reglamento Hipotecario, de 13 de noviembre de 1992, para adecuarlo a la reforma procesal vigente por Ley de 30 de abril de ese mismo año.

En aquel trabajo se rompía una lanza por la que podía llamarse postura tradicional, aunque se hacían determinadas sugerencias, incluso de *lege ferenda*, para perfeccionar aquel sistema. Pues bien, a lo allí escrito hay que remitirse íntegramente en evitación de toda duplicidad. Desde luego en la jurisprudencia del TS, a que después nos referiremos, no cabe apreciar, en general, novedad especial.

Pero sí ha surgido un hecho verdaderamente trascendental, cual es la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000. Y la misma ha de ser considerada no sólo en cuanto que regula de forma completa la ejecución sobre bienes inmuebles, incluso los especialmente hipotecados, sino también porque modifica expresamente varios artículos de la vigente Ley Hipotecaria. Y por supuesto que se refiere a la anotación preventiva de embargo.

Precisamente la opinión doctrinal que da pie para las siguientes líneas es la mantenida por JUAN CARLOS ERDOZAIN LÓPEZ en su obra *Anotaciones preventivas de embargo. Prelación de créditos y transmisiones a terceros*. En Editorial Aranzadi se publica el año 2000 la 2.^a edición de tan importante obra.

Y en ella se mantiene que la anotación preventiva de embargo ha cobrado nueva fuerza y eficacia tras la promulgación de la reciente LEC. Lo mismo cabe decir del embargo trabado y aún no anotado.

El primer argumento que invoca es el artículo 587 de la nueva LEC que establece así el momento del embargo: 1. «El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseña la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba». Si ello es así, resulta claro que el embargo anotado adquiere un mayor valor frente a derechos aún no registrados.

En segundo lugar invoca el artículo 670, apartado 5. Porque conforme a él, quien resulte adjudicatario de un bien inmueble «habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad de ellos». Ya no se habla de las anteriores o preferentes, sino sólo de las anteriores. Por tanto, por interpretación a contrario, cabe concluir que tal adjudicatario podrá obtener la cancelación de los gravámenes registrados con posterioridad al asiento del que derivara la ejecución.

En tercer lugar se menciona el importante artículo 674, apartado 2. «Asimismo, se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores...» Con ello, afirma, la LEC parece haberse inclinado definitivamente por la teoría que otorga efectos absolutos al embargo anotado preventivamente frente a inscripciones o anotaciones posteriores (se entiende registralmente hablando) a aquélla que sirve para la ejecución. Este régimen es distinto al de la precedente LEC de 1881, cuyo artículo 1.518 sólo se refería a cancelación de gravámenes.

En cuarto lugar ese efecto cancelatorio del artículo 674 es mayor que el que tenía el artículo 175, apartado 2 del Reglamento Hipotecario, modificado en 1992, porque en éste las inscripciones posteriores se salvaban en ciertas circunstancias.

Afirma, en quinto lugar que, teniendo en cuenta el aspecto estrictamente formal, la anotación preventiva de embargo debe beneficiarse de los efectos del principio de prioridad en el sentido previsto en el artículo 32 de la LH.

Finalmente destaca cómo se beneficia tal anotación del principio de prioridad. Porque se refuerza su valor en función al tiempo de acceso a un sistema de publicidad registral, lo que es lógico hoy cuando la difusión del conocimiento es tan fácil. El efecto cancelatorio del artículo 674 se entiende en función de un criterio de jerarquía o prioridad registral. La anotación ejerce un poder preeminente en función del principio de prioridad y ha de anteponerse *prima facie* a los contenidos de asientos posteriores. La nueva LEC refuerza indudablemente en la anotación el valor del principio de prioridad.

Termina ERDOZAIN con esta consideración: aquel valor preeminente no debe verse evitado por el juego interesado de las tercerías y por el de los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil. Si ello ocurriera, se habría perdido el verdadero sentido que la nueva LEC ha querido imprimir a la anotación preventiva de embargo. (A las tercerías se refiere, efectivamente, el autor en varias ocasiones.) Y hasta aquí su opinión.

II. LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEC

Frente a tan autorizada postura hemos de exponer nuestras reticencias. No parece que a la anotación de embargo puedan concederse esos efectos absolutos. Ciertamente que hay preceptos en la LEC que llevan a la duda. Incluso al margen de los mencionados por ERDOZAIN, aquí se hará referencia a otros que pueden plantear problema. Pero en todos esos casos trataremos de hallar la interpretación que no los haga chocar con la teoría tradicional. A ello irán dedicadas estas páginas.

Ya de entrada resulta enormemente significativo el silencio de la Exposición de Motivos de la LEC sobre una pretendida reforma que tanto alcance tendría. Primero porque en una Exposición tan amplia y detallada, esa mención no hubiera podido faltar. Y después porque de lo que dice en el apartado XVII más bien se desprende lo contrario. Helo aquí:

«La enajenación en subasta de bienes inmuebles recibe la singular atención legislativa que merece, con especial cuidado sobre los aspectos registrales y la protección de tercero. En relación con la subsistencia y cancelación de cargas se ha optado por mantener el sistema de subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las cargas posteriores, sistema que se completa deduciendo del avalúo el importe de las cargas subsistentes». Esto último encerraba novedad y por eso se destaca. Pero total silencio sobre ese valor absoluto de la anotación de embargo.

III. REGIMEN ESPECIAL DE LA HIPOTECA

Otra cosa distinta es lo que ocurre con la hipoteca. Cual derecho real que ella es, sí que tiene ese efecto absoluto o *erga omnes* propio de tales derechos. De ahí que su eficacia cancelatoria sea total. Y es que en tal derecho real sí que juegan plenamente los artículos 32 y 34 de la LH, y el principio de fe pública que contienen.

Ya el artículo 689 de la LEC en el apartado 2 establece que, cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659. El cual se refiere a la notificación que ha de hacerse a esos titulares posteriores. Hasta aquí no hay distingo.

Tampoco hay diferencia en el artículo 692, apartado 3, cuando dispone que en el mandamiento que se expida para la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante, y, en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores... Es lo mismo que se establece cuando se procede a la ejecución de un crédito anotado.

La diferencia está, en cambio, en el artículo 134 de la LH, al que da nueva redacción la LEC. Porque el mandamiento de cancelación de cargas... determinará la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción... El segundo apartado de ese precepto exceptúa de tal cancelación las obras nuevas cuando la hipoteca hubiese de extenderse a ellas.

Sobre el primer apartado hay que hacer dos observaciones. La primera que cuando se habla de «posteriores a ellas» debió decirse en realidad «a ella», pues a quien se refiere ese pronombre es a la hipoteca que fue a la ejecución. Pero lo importante es la expresión «sin excepción» que aparece en el precepto. Así ocurre porque el efecto del derecho real de hipoteca es absoluto y por tanto igual se da con su eficacia cancelatoria. Cuando se hablaba de un crédito anotado no aparece esa expresión «sin excepción».

IV. EL ARTICULO 674 DE LA LEC. LA CANCELACION DE LO POSTERIOR

Llegamos así al precepto que era capital en la tesis de ERDOZAIN. Es el artículo 674 de la LEC en cuyo apartado 2, al decirse que se cancela la anotación o inscripción del gravamen que originase la adjudicación, se añade que asimismo «se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores...»

Efectivamente el precepto habla en general de anotaciones e inscripciones. Ya que las cargas unas son objeto de inscripción (la hipoteca) y otras de

anotación (los embargos). Pero no cabe entender que la norma se refiere a quien adquiriera el inmueble en colisión con la anotación. Porque ese artículo 674 en su epígrafe o enunciado se refiere a la cancelación de cargas y no a la de titularidades dominicales. Aquí no aparece esa expresión «sin excepción» que sí se daba en el caso de la hipoteca. Es más, del artículo 656 de la LEC también se deduce que ésta distingue entre lo que es el dominio y lo que son las cargas. Por ello en el número 2 se habla de relación completa de las cargas inscritas que lo graven (al bien registrado).

Finalmente que la LEC no ha tratado de innovar en tema tan fundamental lo recuerda la Exposición de Motivos en las frases que más arriba transcribimos. Porque claramente indicaban que en cuanto a la subsistencia de cargas anteriores y cancelación de las posteriores se ha optado por mantener el sistema vigente. Allí se destaca que las cargas subsistentes se deducen del avalúo, lo que es novedad importante y acertada. Pero no hay la menor mención a haber dado valor absoluto a la anotación preventiva de embargo.

V. EL ARTICULO 662 SOBRE EL TERCER POSEEDOR

Es argumento favorable a la tesis tradicional que aquí se está defendiendo lo que la nueva LEC establece sobre el tercer poseedor. Curiosamente en el borrador de abril de 1997, el artículo 679, que se refería a aquella figura, lo hacía como de aquél a cuyas manos pasaba la finca hipotecada o embargada antes de que el acreedor hiciera efectivo su derecho. Pero ya en el anteproyecto de XII de ese año 97 el que era artículo 661 concretaba ese tercer poseedor en quien adquiriría el bien después de anotarse el embargo.

Hoy hay que estar al artículo 662 de la LEC. «1. Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasase aquel bien a poder de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de un título...» El apartado 2 también considera tercer poseedor al titular del dominio dividido, pero cuando lo hubiese adquirido «en el tiempo a que se refiere el apartado anterior».

Se habla, pues, de una adquisición de ese tercero después de haberse anotado el embargo. El precepto para nada se ocupa de quién adquiere la titularidad antes de trabarse el embargo, aunque no inscribiese aún su título, ni tampoco de quién resultara propietario en el tiempo intermedio entre trabarse el embargo y anotarse en el Registro de la Propiedad.

Porque, ciertamente, no era la ley procesal la que había de decidir esos problemas civiles de preferencia, que corresponden a la legislación sustantiva. Sobre esto mismo se abundará más adelante.

VI. ARTICULO 658: BIEN INSCRITO A FAVOR DE TERCERO

Una dificultad a lo que venimos manteniendo pudiera derivarse de lo que la LEC establece para el caso del embargo cuando el bien inmueble está inscrito a nombre de quien no era el ejecutado. En el borrador de 1997, el allí artículo 673 prescribía que: si de la certificación que expida el Registrador o de otra forma fehaciente resultara que el bien trabado está inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, el juez, oído el ejecutante, ordenará el alzamiento del embargo.

Ya en el anteproyecto y lo mismo en el proyecto, ese artículo cambia de redacción. El artículo 658 del proyecto, decía así: «Si de la certificación que expida el Registrador resultase que el bien embargado se hallaba inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado al tiempo de la anotación del embargo en virtud del cual se procede, al tribunal, oído el ejecutante, ordenará alzar dicho embargo, a menos que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciera como dueño en el Registro».

Salvo esta última precisión que era interesante, la novedad fundamental es que ahora esa inscripción a favor del tercero, que determina el alzamiento de la traba, se refiere «al tiempo de la anotación de embargo». Esto es, que, aunque ese tercero hubiera adquirido entre el momento de la traba y el de la anotación, si inscribió antes de ésta, su derecho es preferente y el embargo no debe anotarse. Por supuesto que estamos dentro de la doctrina tradicional.

Pero ese precepto fue modificado desde el informe de la Ponencia en el Congreso y con esa redacción superó los trámites posteriores hasta convertirse en el actual artículo 658. Es tan importante e introduce tantas modificaciones que conviene su íntegra transcripción.

«Bien inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado».

«Si de la certificación que expida el Registrador resultase que el bien embargado se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, el Tribunal, oídas las partes personadas, ordenará alzar el embargo, a menos que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciese como dueño en el Registro o que el embargo se hubiese trabado teniendo en cuenta tal concepto.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, si la inscripción del dominio a nombre de persona distinta del ejecutado fuera posterior a la anotación del embargo, se mantendría éste y se estará a lo dispuesto en el artículo 662».

El primer párrafo no encierra apenas novedad. No dice expresamente que la inscripción a nombre del tercero sea al tiempo de irse a anotar el embargo, pero lo presupone. En todo caso, el principio de tracto sucesivo registral impediría que se siguiera una ejecución frente a quien no fuera parte en aquel procedimiento. Otra cosa es el supuesto del heredero que deja a salvo ese párrafo.

Pero la salvedad fundamental está en el párrafo 2 que se introduce de nuevo cuño. Contempla directamente el caso de que la inscripción del adquirente fuera posterior a la anotación del embargo. Y de entrada parece dar por supuesto que esa adquisición es inscribible. Mas lo que hay que aclarar es si ese segundo párrafo supone dar un efecto absoluto a la anotación preventiva de embargo.

No lo creemos así. El final de ese artículo 658 remite a lo previsto en el 662. Y éste es el que se ocupa del tercer poseedor en los términos que antes vimos. Porque tal poseedor es el que adquiriría después de la práctica de la anotación. No se contempla, pues, el caso de quien adquirió el dominio con anterioridad a tal condición, aunque no lo inscribiera antes de ésta.

Tampoco cabe dar relevancia decisiva a la frase final de ese artículo 658 en que, refiriéndose a ese embargo anotado antes del título del tercero, decreta que «se mantendrá éste», es decir, el embargo. Porque «mantendrá» no supone atribuirle prelaciones que la ley procesal no esté en condiciones de adjudicar.

De otro lado, el artículo 587 de la LEC, referido al momento del embargo, dejaba a salvo en el apartado 2 las normas de protección del tercero de buena fe. Por supuesto que las tercerías siempre caben. Y además la LEC respeta en el artículo 593 el derecho de los titulares no inscritos. Cuestiones ambas que se abordarán más adelante. En definitiva, que aunque ese embargo se mantenga, ello no supone convertirlo en un derecho real ni darle los efectos absolutos propios de estos derechos.

VII. EL NUEVO ARTICULO 135 DE LA LH. LAS NOTIFICACIONES

También a favor de la tesis que niega esos efectos absolutos a la anotación de embargo está el artículo 135 de la LH, cual lo ha redactado la nueva LEC. «El Registrador deberá comunicar al juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución».

El antecedente de este precepto se encuentra en el artículo 1.453 de la anterior LEC, reformada en 30 de abril de 1992. Porque el párrafo 2 establecía que el Registrador deberá comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado. A su vez, el párrafo 3 del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, cual fue modificado en 13-11-92, aclaraba que esos asientos a comunicar serían «los que produzcan la cancelación de la anotación o disminuyan el derecho embargado, así como los practicados en virtud de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos concursales».

De aquel artículo 135 LH, transcrito antes, conviene destacar algunas circunstancias. En primer lugar, que su ámbito se hace más general, puesto

que ahora se extiende a todo procedimiento ejecutivo, incluso los hipotecarios. En segundo lugar, que tal precepto no aparece ahora en la LEC sino en la LH. Como en él se establece una obligación a cargo del registrador y relacionada con un procedimiento judicial, la norma hubiese tenido mejor encaje en la LEC. Concretamente en el artículo 629, relativo a la anotación preventiva de embargo en general.

Finalmente, entre esos asientos ulteriores que pudieran afectar a la ejecución, cabe incluir las inscripciones de dominio a favor de tercero, practicadas tras la anotación, pero basadas en título anterior a ésta. Porque, evidentemente, ello podría afectar a la ejecución en cuanto que repercute en el derecho embargado. Es más, del artículo 658, apartado 2 de la LEC, antes reseñado, se desprende que tal caso puede darse perfectamente.

VIII. ARTICULOS 668 Y 670. SUBROGACION EN LAS CARGAS

Era argumento a favor de la tesis de ERDOZAIN el que la subsistencia de cargas en la nueva LEC sólo se predica de las anteriores. En cambio, en la LEC de 1882, el artículo 1.512 incluía entre las subsistentes no sólo a las anteriores, sino también a las preferentes. Y lo mismo hacía el borrador de 1997 de la nueva LEC. En cambio, en el texto de ésta, el artículo 668 relativo al anuncio de la subasta de inmuebles, y el 670 referente a la adjudicación o remate, establecen la subsistencia sólo de las anteriores. Por ello el rematante debe admitir su existencia y ha de quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllas. En base a esto, aquel autor concluye que, a contrario, todo lo posterior queda preterido y cancelado.

Ahora bien, el precepto para nada se refiere a la propiedad, pues habla constantemente de cargas y gravámenes. En segundo lugar, el argumento contrario, raras veces resulta decisivo. Y en nuestro tema son múltiples los preceptos que condicionan aquella conclusión. En efecto, ya hemos visto que se respetaba unas veces los derechos de quienes fueran de buena fe, en otras ocasiones los intereses de los titulares no inscritos, y siempre quedando a salvo la posibilidad de una tercería. Por tanto, ni siquiera tratándose de créditos, cabe decir que aquellos preceptos de la LEC han derogado el artículo 1.923 del Código Civil.

IX. DERECHOS DEL TITULAR NO INSCRITO. ARTICULO 593

El derecho de los terceros no inscritos aparece en la LEC desde el primer borrador bajo la rúbrica de Pertenencia al ejecutado. Y en efecto, si se acreditaba que el bien no pertenecía al ejecutado, el tribunal se abstendría de embargarlo.

Pero ya a partir del anteproyecto se introdujo un nuevo apartado en aquel precepto. En la ley vigente es el apartado 3 del artículo 593: «Tratándose de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, se ordenará, en todo caso, su embargo, a no ser que el tercero acredite ser titular registral mediante la correspondiente certificación del Registrador, quedando a salvo el derecho de los eventuales titulares no inscritos, que podrá ejercitarse contra quien y como corresponda».

Ese apartado añadido viene como a sancionar *a priori* la omisión de inscripción por parte del tercero, dándose así lugar al embargo de lo que no era del ejecutado. Y la sanción a aquel tercero consiste en obligarlo a accionar para defender su derecho. Pero lo que la ley no hace es privarlo definitivamente de su titularidad. Es incluso dudoso que la propia ley civil pudiera hacerlo; desde luego no la procesal. Por tanto no se prejuzga en absoluto quién fuera a triunfar en ese otro proceso.

Es más, el informe de la ponencia del Congreso de los Diputados añadió a ese apartado 3 una salvedad que en la actual LEC es el último párrafo del artículo 593. «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el bien de cuyo embargo se trata sea la vivienda familiar del tercero y éste presentase al tribunal el documento privado que justifique su adquisición, se dará traslado a las partes y, si éstas, en el plazo de cinco días, manifestaran su conformidad en que no se realice el embargo, el tribunal se abstendrá de acordarlo».

Con ello se está demostrando que la omisión de inscripción no es tan grave cuando se trata de la vivienda familiar. Ahora bien, lo que no dice ese último párrafo es lo que decidirá el tribunal si frente a lo que pida el tercero, el acreedor insiste en que se embargue la vivienda de aquél por ser el documento privado. Tampoco aquí creemos decisivo el argumento *a contrario*: esto es, el embargo a ultranza y que aquel tercero reclame. Porque el tribunal puede quedar perfectamente convencido de que la vivienda es de ese tercero y no del ejecutado, y en segundo término porque el derecho constitucional a la vivienda tampoco puede quedar preterido.

X. LAS TERCERIAS FRENTE A LA HIPOTECA Y FRENTE AL EMBARGO

Argumento favorable a la tesis tradicional que venimos manteniendo es la regulación que la nueva LEC establece en general para las tercerías de dominio. Por supuesto que ya ERDOZAIN, cuando avanzaba su opinión sobre el alto valor de la anotación de embargo, se cuidaba de dejar a salvo la oportuna tercería.

Pero sobre todo, lo que queremos destacar es el distinto régimen de dicha tercería, según se enfrente a una hipoteca o a una anotación de embargo. Lo que es lógico, dada la distinta naturaleza de esas dos figuras.

Tratándose de la tercería de dominio frente a una ejecución hipotecaria, el artículo 696 de la LEC en su apartado 1 es tajante. Para que pueda admitirse aquella demanda, el título de propiedad del tercerista habrá de ser de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía. Y tratándose de inmuebles, ese título habría de estar inscrito en el Registro a favor del tercerista con fecha anterior a la de inscripción de la garantía. Esta dura exigencia es explicable para quien ha de enfrentarse con un derecho real con efectos *erga omnes* cual es la hipoteca.

En cambio cuando se ejercite la tercería de dominio frente a la ejecución de un crédito meramente anotado, el artículo 595 de la LEC en su apartado 1 faculta para interponerla a quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado. Luego, el apartado 3 de ese mismo artículo establece que con la demanda deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión. El artículo 596 anuda el rechazo de la tercería al hecho de que no se acompañe el principio de prueba antes indicado.

Esta mucho mayor facilidad de la tercería en contra del crédito meramente anotado es admisible porque aquí no hay que luchar frente a un derecho real, sino con un derecho personal, que no cambia de naturaleza por el hecho de la anotación. Y es que ésta no tiene esos efectos absolutos o *erga omnes*. La propiedad del tercero queda respetada. Otra cosa es la duda que ofrece algún extremo del artículo 595 sobre el que después se volverá.

XI. ARTICULO 587. MOMENTO DEL EMBARGO

Llegamos así a un precepto que era fundamental en la argumentación de ERDOZAIN. El artículo 587 de la LEC. Se refiere al momento del embargo, y en su apartado 1 establece: «El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba». De ahí desprende aquel autor que el embargo anotado adquiriría un mayor valor frente a derechos no registrados.

Pero lo importante es el segundo apartado de ese artículo, el cual ha experimentado una curiosa evolución en el iter legislativo de la LEC. En el borrador, donde era el artículo 598, ese apartado decía: Lo dispuesto en el apartado anterior deja a salvo la buena fe de los terceros que no pudieran conocer el embargo. En el anteproyecto la norma sigue igual, salvo que el artículo era el 589. En cambio en el proyecto ese mismo artículo 589 dejaba

a salvo no sólo la buena fe de aquellos terceros, sino también lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Hipotecaria. Artículo conforme al cual quien pudiendo pedir anotación preventiva de un derecho no lo hiciera en el término señalado, no podrá después inscribirlo a su favor en perjuicio de tercero que hubiera inscrito el mismo derecho adquiriéndolo de quien conforme al Registro podía transmitirlo.

En el informe de la ponencia del Congreso, el apartado 2 de ese artículo 589 tomó nueva redacción. Ahora, lo dispuesto en el apartado anterior se entendería sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas. Y así es como lo recoge hoy el artículo 587 de la LEC.

Argumentaba ERDOZAIN que si se permite la aplicación de las normas sobre protección del tercero es que, lógicamente y a contrario, el precepto está admitiendo que una colisión entre una anotación preventiva de embargo y un derecho de tercero hipotecario no tiene que decantarse necesariamente a favor de este segundo.

Ya hemos dicho antes que la argumentación a contrario rara vez es decisiva por sí sola. Pero es que aquí lo dispuesto en el apartado 1 (esto es, que el embargo existe desde la traba) lo es sin perjuicio de lo que prevé el apartado 2 (esto es, la protección del tercero de buena fe). Y la expresión sin perjuicio lo que indica es que precisamente el derecho de ese tercero es el que resulta prevalente y no se perjudica. Siempre, claro es, que se dé buena fe.

Y cabe decir que ese tercero que adquirió cuando aún en el Registro no constaba anotada la traba, lo hacía de buena fe y apoyándose en lo que en ese momento constaba registrado. De ahí que el borrador hablara de terceros que no pudieran conocer la traba. Y, efectivamente, como ese embargo ha podido acordarlo cualquier juzgado de España, resulta claro que quien adquirió de persona que en su momento figuraba como titular libre, mal podía conocer cualquier embargo trabado en cualquier lugar de nuestra geografía.

Otra cosa es que el tercero adquirente, lo fuera de mala fe, esto es, que adquiriera con ánimo defraudatorio, para que el ejecutado pudiera sustraer sus bienes a los legítimos acreedores. No siendo así, la buena fe de ese adquirente, hay que presumirla. Y su protección aparece decretada en ese apartado 2 del artículo 587, que en definitiva viene a recoger lo que era la línea de nuestra jurisprudencia tradicional.

XII. ARTICULO 595. FECHA DEL TITULO DEL TERCERISTA

Un precepto que podría esgrimirse como contrario a esa línea tradicional es el relativo al momento en que debe existir el dominio de quien intenta la correspondiente tercería. El borrador nada establecía al respecto, pues se li-

mitaba a reconocer legitimación a quien, sin ser parte en la ejecución, afirmara ser dueño del bien embargado.

Mucho más riguroso era el anteproyecto. El artículo 598 exigía que el tercerista no hubiera adquirido el bien del ejecutado «una vez despachada la ejecución». Algo se suaviza la exigencia en el Proyecto. El artículo 597 requería que la adquisición del tercerista no hubiese sido «una vez trabado el embargo». Ese precepto es el que pasa a la LEC, la cual en el artículo 595 establece la legitimación para interponer tercería de dominio de esta forma:

«Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirma ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo».

De ello podría desprenderse que, una vez acordado tal embargo, al tercer adquirente ya no le cabría reclamar un dominio mediante la correspondiente tercería. Lo cual implicaría darle un valor prácticamente absoluto, no ya a la anotación, sino al mero embargo.

Pero frente a ello, hay que recordar que el artículo 587, apartado 2, dejaba a salvo los derechos del tercero de buena fe. Y no cabe decir que precepto tan decisivo y que tuvo tan larga evolución parlamentaria iba a ser dejado sin efecto y como inútil por otro artículo, el 595, que tan cercano estaba a aquél. En una interpretación armónica de ambos preceptos hay que entender que esa eficacia tan drástica que el artículo 595 pretende dar a la traba debe conjugarse con lo que, sobre los efectos del embargo y la protección de terceros, establece el artículo 587 en su apartado 2.

Es más, si con una interpretación rígida del requisito de legitimación para la tercería, entendiéramos que el tercer adquirente de buena fe, que lo fuera tras la traba, no podía acudir a aquella vía, lo que nadie podrá negar es que le cabría defender su derecho a través del juicio declarativo correspondiente. Donde es perfectamente posible que, en base a esa buena fe, obtuviera satisfacción a su pretensión. Porque, de otra forma, aquel citado artículo 587 quedaría en una mera burla y además padecería gravísimamente la tutela judicial efectiva.

XIII. ARTICULO 594. EMBARGO DE BIENES QUE NO SON DEL EJECUTADO. SU POSTERIOR ADJUDICACION

Llegamos finalmente a uno de los preceptos más importantes dentro del tema que estamos tratando, puesto que contempla los efectos de la anotación de embargo, no ya para el anotante, sino para quien adquiriera el bien en esa ejecución. El supuesto es el que se embargue un bien que no es del

ejecutado. La trascendencia del tema aconseja seguir el iter legislativo de la norma.

En el borrador el artículo 607 establecía en el apartado 1 que el embargo trabado sobre bienes que no perteneciesen al ejecutado será, no obstante, eficaz, y si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos antes de la enajenación o adjudicación, el rematante o adjudicatario adquirirá el bien de modo irreivindicable, salvo que se acredite que actuaron de mala fe y con conocimiento de que los bienes no pertenecían al ejecutado. En el apartado 2 indicaba que lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación si hubiera concurrido mala fe del ejecutante o del ejecutado.

En el anteproyecto el precepto pasa a ser el artículo 597. Se cambia en el apartado 1 la cualidad de la adquisición del rematante. Ahora será de modo irreivindicable, «salvo las excepciones establecidas por las leyes, siempre que haya actuado de buena fe e inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, si el bien fuera inmueble, o en el Registro legalmente previsto al efecto, si fuera mueble susceptible de inscripción».

En el proyecto se da un giro importante. El ahora artículo 596 regula la posterior transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado. En el apartado 1 se establece que «el rematante o adjudicatario que haya actuado de buena fe adquirirá el bien de modo irreivindicable conforme a lo establecido en las leyes civiles. Y en el apartado 2 se dejan a salvo «las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación».

En el informe de la Ponencia del Senado se introdujeron en el apartado 1 del precepto otras modificaciones importantes. Con ellas resultó el texto definitivo de la LEC, que ahora es el artículo 594 y que conviene transcribir. La denominación es la que le dio el Proyecto.

1. «El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiese adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación».

El precepto ha cambiado sustancialmente desde sus primitivas redacciones. Ahora al verdadero titular del bien se le ofrece en primer lugar la vía de la tercería de dominio, con lo que parece claro que la misma será admisible, pues en otro caso la mención sería inútil. Con ello se corrobora lo que dijimos acerca del artículo 595.

Pero el cambio fundamental se refiere a la adquisición del tercero rematante. Ahora no se establece directamente que lo haga de modo irreivindica-

ble, ni se mencionan los requisitos para que ello ocurra. La Ley permite, en principio, la impugnación que presente el verdadero dueño; y sólo dice que el adjudicatario adquirirá un dominio irreivindicable cuando ello proceda conforme a la legislación sustantiva. En tal caso no triunfará la impugnación del titular. Impugnaciones que habrían de ir por el juicio ordinario.

Hay pues una absoluta remisión a la normativa sustantiva, ni siquiera civil, que es la competente para regular las formas y condicionamientos de la adquisición del dominio. La ley procesal no puede entrar en esas materias y así lo dispone respetuosamente el texto finalmente aprobado. Con ello guarda consonancia la previsión final del apartado 2 que deja a salvo las acciones de nulidad de la enajenación. Estamos pues muy lejos de los efectos absolutos de la anotación de embargo.

XIV. LA PRIORIDAD Y LA FE PUBLICA EN RELACION A LA ANOTACION

Recordemos que ERDOZAIN insistía en el enorme valor que para la anotación preventiva de embargo suponía en la nueva LEC el principio de prioridad. Ya lo destacamos. Pero frente a ello hay que mantener que la LEC no ha derogado los preceptos fundamentales que establecen la prioridad de tales anotaciones.

Así el artículo 44 de la LH, conforme al cual: El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil. Y el número 2 citado se refiere al mandamiento de embargo de bienes inmuebles del deudor.

Pues bien, el artículo 1.923 del Código Civil establece que «con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: 4.º Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores».

Por supuesto que LH y Código Civil se refieren siempre a bienes que sean del deudor, y no de un tercero. Pero lo que hay que destacar es que la nueva LEC no ha derogado aquellos dos artículos que conservan plena vigencia. Y no creemos que haya sido inadvertida, pues la LEC ha detallado enormemente cuáles eran los artículos del Código que quedaban derogados y cuáles los de la LH a los que se daba nueva redacción. El silencio en nuestro caso no puede ser más elocuente. El principio de prioridad en las anotaciones preventivas es el que siempre han tenido en nuestro ordenamiento. Por tanto, en las tercerías que se entablen serán esas normas sustantivas las que habrá que aplicar y no las de la LEC que no está para eso.

Si especialidad tiene el principio de prioridad tratándose de la anotación preventiva de embargo, igual ocurre con el principio de fe pública. Hay que recordar que ERDOZAIN citaba varias veces el artículo 32 de la LH respecto a la anotación; artículo que consagra el aspecto negativo de la fe pública. Pero en realidad las menciones que hacía de tal artículo más bien eran pertinentes en relación con el principio de prioridad. Lo cual es lógico, puesto que los principios hipotecarios no son algo estanco, sino que guardan relación entre sí. Con lo que dicho artículo 32 tanto puede traerse a colación con la fe pública, como con la prioridad e incluso con el tracto sucesivo.

La jurisprudencia tradicional destacó las especialidades en ese punto de la anotación de embargo. Así, la sentencia de 13 de junio de 2000 (RA 4412) de la Sala Primera del Tribunal Supremo, para la que la preferencia del artículo 1.923.4 del Código Civil «sólo juega respecto de los créditos posteriores, pero no de los anteriores, aun cuando por cualquier causa se haya demorado la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad».

Y con relación a la fe pública, es terminante la sentencia de 5 de julio de 2000 (RA 5926) con ponencia de GULLÓN BALLESTEROS. En ella se declaraba que «aun vigente la inscripción de la vivienda en él (el Registro de la Propiedad) con carácter ganancial cuando se practicaron las anotaciones de embargo, aunque ya no existiese sociedad de gananciales, es de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala que niega al acreedor embargante la posibilidad de beneficiarse con la fe pública registral porque no es un tercero protegido (sentencia de 19 de mayo de 1977 y las que cita)».

Porque la fe pública no juega a favor del acreedor embargante es por lo que, conforme a esa reiterada jurisprudencia, el adquirente del bien puede triunfar en la contienda, aunque no hubiese inscrito aún su derecho. No hay, pues, efectos absolutos de la anotación, ya que ésta no es ningún derecho real. Esa es la diferencia con la hipoteca.

XV. RESPETO DE LA LEGISLACION CIVIL Y DE LA HIPOTECARIA

Ya se ha indicado que no era propio que la legislación procesal resolviera los problemas sustantivos de preferencia ni alterara el régimen que para los créditos anotados establece el Código Civil. Así, cuando examinábamos el tema de la transmisión del bien embargado que no fuera del ejecutado, el artículo 594 declaraba que la impugnación del verdadero titular frente al adjudicatario no triunfará cuando éste hubiera adquirido el bien «de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva».

En otro tema donde no nos hemos detenido especialmente, que es el de que hasta qué momento cabe interponer la tercería de dominio, el artículo 596 de la LEC aclara que no podrá ser «con posterioridad al momento en

que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta». Otra vez el tema dominical se remite a la ley civil.

Y cuando el artículo 587 de la LEC establece que el embargo se entenderá hecho cuando se decreta y que ello «se entenderá sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas», es claro que se remite también a las normas civiles o aun a las hipotecarias que puedan tener asimismo carácter sustantivo.

Finalmente indicaba ERDOZAIN que el efecto cancelatorio que la nueva LEC atribuye a la anotación de embargo es más amplio que el que se contenía en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario, pues éste permitía salvar en ciertos casos a las inscripciones posteriores.

No creemos que tal precepto del Reglamento haya quedado derogado. Por supuesto que la LEC no lo hace expresamente. Pero es que la LH vigente no puede considerarse derogada más que en aquellos extremos en que dicha LEC expresamente lo haya dispuesto. Y si queda vigente el artículo 44 de la LH (que se remite al 1.923 del Código Civil). También ha de quedarlo el precepto reglamentario que en cierta forma lo desarrolla. Porque es el sistema el que no ha sido sustituido por otro.

Por ello no es que, como indicaba ERDOZAIN, el valor preeminente de la anotación preventiva de embargo pueda ser evitado o menoscabado por el juego interesado de las tercerías, sino que si éstas triunfan es porque así se sigue desprendiendo del derecho sustantivo patrio que no ha sido derogado por la nueva LEC.

XVI. LA REFORMA QUE PODRIA SER ADMISIBLE. DUDAS AL RESPECTO

Como más arriba se indicó, una ley procesal, por importante que sea, no es la ocasión y lugar para reformar o solucionar los problemas de derecho sustantivo que ofrezca nuestro ordenamiento, que ciertamente los tiene. En aquel trabajo anterior nuestro sobre la anotación preventiva de embargo ya expresábamos algún supuesto de fallo del sistema cuando el adquirente del bien tardaba en inscribirlo en el Registro, dando así lugar a una ejecución y adjudicación de aquél como si fuera del ejecutado. Entendíamos que podía arrojar luz el tratamiento que nuestro Reglamento Hipotecario establece para los asientos posteriores a la anotación preventiva de demanda. Y en último extremo si el sistema fallaba definitivamente, sería caso de decretar la responsabilidad estatal, que es quien monta y mantiene el Registro de la Propiedad de que disfrutamos.

Si se quiere modificar la naturaleza y los efectos de la anotación de embargo sobre el crédito anotado, habría que alterar la redacción del artícu-

lo 1.923 del Código Civil y correlativamente del artículo 44 de la LH. Así sí que podría concederse efecto absoluto a la anotación de embargo.

Lo que ocurre es que dudamos bastante de la oportunidad y acierto de tan trascendental modificación. No olvidemos que, cual ha puesto de relieve GARCÍA Y GARCÍA, buena parte de la propiedad de viviendas que se adquiere en España lo es por documento privado (hasta que llega el momento en que pagado íntegro el precio se otorga la escritura). En tales circunstancias, el efecto absoluto de la anotación de embargo podría suponer la privación del dominio para muchos de esos adquirentes.

Antes de dar tal paso convendría meditarlo detenidamente. Piénsese que la propia LEC en el artículo 593, cuando trata de la pertenencia del bien embargado al ejecutado, establece un sistema especialmente favorable al tercero verdadero titular si éste lo que había adquirido era su vivienda familiar. En tal caso se da beligerancia al documento privado, cual antes examinamos. Es todo un síntoma.

Mucho menos sería admisible que reforma tan importante, cual la de cambiar la naturaleza y efectos de la anotación de embargo, se intentara realizar por medio de normas reglamentarias. En esto creo que la experiencia debe enseñar. Nos referimos al intento de regular la inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil mediante una mera modificación del Reglamento. Y aún más la reciente nulidad de casi toda la tramitación del recurso gubernativo por estar contenida la reforma del mismo en disposición meramente reglamentaria.

Igualmente ocurre con la legislación procesal. Esta debe estar al servicio del ordenamiento sustantivo para conseguir que el amparo de los derechos se obtenga de la forma más adecuada y rápida posible. Cuando se pretenda reformar el derecho sustantivo, hágase de forma directa y tras la adecuada reflexión, porque el tema ofrece múltiples aristas. Mientras ello no ocurra y siga vigente el artículo 1.923 del Código Civil y el artículo 44 de la LH, permítasenos que esa «ascensión» de la anotación preventiva de embargo la sigamos poniendo con signo de interrogación.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea

1. Reglamento CE número 44.2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se publica su texto en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, número 67, enero de 2001, página 175.

2. Instrumento de ratificación del Acuerdo Europeo relativo a personas que participan en procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hecho en Estrasburgo el 5 de marzo de 1996. Lo publica el *BOE* del día 23 de febrero.

B) Leyes nacionales

— Ley Orgánica 1/2001, de 26 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

— Ley 3/2001, de 26 de marzo, de pesca marítima del Estado.

— Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

C) Leyes autonómicas

Baleares.—Ley de 7 de marzo de 2001, de atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de ordenación del territorio.

Cataluña.—Ley 20 de diciembre de 2000, acogida a personas mayores.

II. Información de actividades

A) XIII Congreso Internacional de Derecho Registral

Se ha celebrado en Punta del Este (República Oriental del Uruguay) durante los días 19 a 23 del mes de marzo último, con la asistencia de más de noventa congresistas españoles que han participado activamente en los temas estudiados y que son los siguientes:

TEMA I: «Garantías de los derechos reales mediante el sistema de Registro y el sistema de seguro». Se han analizado las características del seguro como medio de garantizar la recuperación del valor del derecho adquirido, frente al Registro Público de la Propiedad como mecanismo jurídico de garantía efectiva de la adquisición firme de la propiedad y demás derechos inmobiliarios. Se llegó a la conclusión de que un sistema jurídico, bien estructurado y gestionado, hace innecesario adoptar la reparación mediante un seguro como criterio rector.

TEMA II: «La publicidad registral y el derecho a la intimidad». Se intenta precisar si el principio de protección pública del ámbito de intimidad de la persona debe limitar el derecho de todos los ciudadanos a recibir información plena del contenido del Registro. Se acordó que no debe haber colisión entre la publicidad registral y el derecho a la intimidad, a pesar de la importancia que este derecho tiene en todos los ordenamientos jurídicos.

TEMA III: «Continuación de los trabajos sobre formación del Diccionario de Términos de Derecho Registral». Se cumple así el mandato del XII Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Marrakech en noviembre de 1998. Se recomendó la búsqueda por cada país del término específico aplicable a cada concepto y su envío a la Secretaría del CINDER, a fin de reunir todos los que designen una misma realidad jurídica.

A continuación transcribimos las conclusiones adoptadas en cada uno de los temas debatidos:

TEMA I: GARANTIAS DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE EL SISTEMA DE REGISTRO Y EL SISTEMA DE SEGURO

Conclusiones y Declaración

1. La especialización en la utilización de los recursos incrementa su productividad y es el principal motor del crecimiento económico. Dicha especialización, sin embargo, sólo es útil si sus productores intercambian

entre ellos y con los consumidores sus recursos y productos. El que la realización de los intercambios sea costosa, constituye el freno fundamental para la especialización y para el crecimiento. Para reducir estos costos, conocidos como costos de transacción, en las sociedades civilizadas se emplean múltiples instituciones.

2. La finalidad de tales instituciones consiste en proteger los derechos de propiedad y reducir las asimetrías informativas entre los protagonistas de los intercambios; asimetrías que se hallan en la raíz del conflicto entre las partes contratantes y tienen su origen en que diversas características de los bienes objeto de intercambio, permanecen ocultas a los ojos del comprador potencial (a menudo, incluso, a los del vendedor). La presencia de todas estas incertidumbres asimétricas constituye un serio obstáculo para la especialización, para el intercambio y para el crecimiento económico.

Por ello, la existencia de instituciones eficaces que garanticen la seguridad de las transacciones entre particulares es reconocida de forma cada vez más generalizada como un requisito básico para el mejor funcionamiento de la vida económica.

3. Tal y como aprobó el XII Congreso Internacional celebrado en Marrakech, los sistemas de seguridad cautelar o preventiva son instituciones surgidas, precisamente, con esa finalidad. En el ámbito de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, esa es la finalidad fundamental de los sistemas registrales. Y en la medida en que lo consiguen contribuyen a la eficiencia y, por tanto, al crecimiento económico. Desde esta perspectiva puede afirmarse que serán preferibles aquellos sistemas que disminuyan en mayor medida la incertidumbre a un menor costo relativo.

4. La seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, pero la igualdad en sentido contrario, por la que la seguridad económica incorpora la jurídica, es imposible por definición, pues el adquirente desposeído recibe una compensación pero pierde el bien. Ello se confirma empíricamente por dos vías: por un lado, al observar que los seguros de títulos no cubren el valor del bien, sino tan sólo todo o una parte del precio de compra. Así, el seguro del propietario no suele cubrir las plusvalías, el seguro del acreedor sólo cubre el importe del crédito hipotecario y las pólizas suelen incluir excepciones tan complejas que han llegado a decir que éstas aseguran tan sólo que la compañía aseguradora ha hecho un examen cuidadoso del título y ha listado todos sus defectos. Por otro lado, los mecanismos de seguridad económica se desarrollan en relación inversa a la seguridad jurídica que proporcionan los diversos sistemas.

5. El mecanismo del seguro de títulos surge allí donde se produce un déficit de seguridad jurídica, ya sea por una quiebra en las garantías o por el deficiente funcionamiento del registro. Su aparición depende no sólo del diseño del sistema registral sino de la eficacia con que funcione en cada

país. Si el registro público tiene carácter incompleto y la información sobre los derechos reales es difícil de adquirir, o bien quienes intervienen en las transacciones se abstienen de asegurar aspectos relevantes de su calidad, surgirán organizaciones especializadas en producir la información demandada o, al menos, en asumir los riesgos de un posible defecto en la contratación.

6. Para que los sistemas registrales puedan cumplir adecuadamente su misión es necesario que se atengan a una serie de principios básicos y que, además, sean correctamente gestionados. Este Congreso reafirma, en tal sentido, las conclusiones undécima y duodécima del Congreso de Marrakech. En particular en cuanto a reducir al mínimo posible los costos implícitos, lo que exige que el nivel y estructura de los precios explícitos permitan dotar al sistema registral de los recursos necesarios para desarrollar adecuadamente sus funciones, tanto desde la perspectiva de la eficiencia como del de la eficacia.

7. En este sentido, este Congreso proclama la necesidad de que los recursos obtenidos a partir de establecer los costos explícitos, se destinen íntegramente a solventar las necesidades del sistema, y no se apliquen a finalidades diferentes. Con ello se evita que el nivel de costos se eleve más allá del óptimo y que, por no dedicar al sistema los recursos necesarios, se incrementen también los implícitos.

8. Los sistemas de seguridad jurídica preventiva deben auxiliar a la administración de justicia, no sólo disminuyendo la litigiosidad en el ámbito de su competencia, sino ampliando sus incumbencias para asumir funciones en procesos tales como el arbitraje, la jurisdicción voluntaria u otros, de modo tal que los tribunales de justicia puedan dedicarse a generar seguridad jurídica *ex post*».

9. Es necesario que las fases de preparación de documentos y de publicidad, presentes en todo sistema de producción de seguridad jurídica preventiva, sean desarrolladas por personas y organizaciones distintas. La separación es tanto más necesaria cuanto mayores sean los efectos asignados por la ley al sistema registral.

Por ello, la intervención de cualquier representante de parte sería esencialmente incompatible con el mantenimiento del propio sistema y produciría una regresión en la seguridad del tráfico inmobiliario y societario.

10. Por las consideraciones expuestas, el

XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL DECLARA

Que un sistema jurídico bien estructurado y gestionado, hace innecesario adoptar la reparación como criterio rector.

TEMA II: LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Conclusiones

1. El Registro de la Propiedad es la institución encargada de inscribir y dar publicidad al dominio, derechos reales y demás situaciones jurídicas sobre bienes inmuebles.

En principio, por lo tanto no debe haber colisión entre la publicidad registral y el derecho a la intimidad, a pesar de la importancia que este derecho tiene en todos los ordenamientos jurídicos.

Esto es así, siempre que la publicidad registral sirva al cumplimiento de sus propias finalidades.

2. El Registrador de la Propiedad como profesional encargado de dar la publicidad debe tener el control de su expedición.

3. En aquellos casos en que en el Registro existan datos, cuya divulgación pudiera lesionar el derecho de la intimidad, el Registrador tendrá en cuenta la legislación respectiva sobre protección de datos de cada ordenamiento jurídico, dentro del tratamiento profesional de la publicidad.

4. Al ser el Registro de la Propiedad la institución pública que garantiza la fiabilidad e integridad de los datos contenidos en él a los fines jurídicos legalmente establecidos, y el Registrador el principal responsable de su custodia y tratamiento, hay que evitar el acceso directo a su base de datos, y controlar las posibles peticiones de información en masa, impidiendo así el surgimiento de «registros» paralelos, y la manipulación de dichos datos para fines distintos de los derivados de su función esencial.

5. Una de las razones que justifica la preocupación por la defensa del derecho a la intimidad como derecho personal está en la posibilidad que para el tratamiento de la información proporcionan las nuevas tecnologías. El Registro de la Propiedad debe utilizar éstas en el ámbito del cumplimiento de sus fines, es decir, en cuanto instrumento para dar el servicio para el que fue creado y con plena aplicación de las garantías legales en la solicitud y dación de información, lo cual será, a su vez, garantía de la preservación del derecho a la intimidad.

CONCLUSIONES DEL TERCER TEMA CONGRESO DE DERECHO REGISTRAL DE PUNTA DEL ESTE

De conformidad con lo previsto en el punto primero de las conclusiones del XII Congreso de Derecho Registral celebrado en Marrakech, se ha intentado definir la lista de términos entonces propuestos.

La tarea encomendada ha resultado de extraordinaria complejidad en razón de la diversidad de legislaciones y sistemas registrales aplicables en los distintos países, así como los distintos significados que en un mismo término o concepto pueda tener en un mismo idioma. A ello se une la dificultad de encontrar equivalencias para cada término en las diversas lenguas.

Es por ello que, dadas tales circunstancias, se ha considerado lo más conveniente la búsqueda de conceptos unitarios admisibles por las legislaciones de los diversos países, en cuanto designan realidades jurídicas comunes a todos ellos, no obstante la utilización por cada país de una voz diferente, y sin perjuicio de las particularidades propias de cada sistema.

Cabe asimismo señalar, que a pesar de la universalidad pretendida, el hecho de que un número reducido de países se haya integrado a los trabajos, hace necesario el análisis de los conceptos acordados a la luz de cada legislación.

Si bien los trabajos de la Comisión se han dirigido a la búsqueda de conceptos, su desarrollo ha exigido relacionar los conceptos estudiados con los términos más comúnmente utilizados para designar cada uno de ellos en las diferentes lenguas.

Es por ello que si bien los conceptos acordados tienen vocación de universalidad, los términos con que han sido designados poseen un carácter meramente orientativo.

Asimismo, dada la diversidad legislativa y de organización de cada sistema registral, se estimó necesario confeccionar un cuestionario a fin de recabar información sobre las diferentes legislaciones y sistemas registrales.

Resultado de todos estos trabajos ha sido la elaboración de un cuadro de conceptos unitarios y del referido cuestionario, ambos redactados en inglés, francés y español, que se adjuntan a las presentes conclusiones como apéndices primero y segundo.

A partir de todo lo expuesto se recomienda:

1. La búsqueda por cada país del término específico aplicable a cada concepto y su envío a la secretaría del CINDER lo antes posible, a fin de reunir todos los que designen una misma realidad jurídica, a los efectos de elaborar una tabla de equivalencias terminológicas, resultante de las aportaciones realizadas por cada país, que sin duda será de gran utilidad.
2. El análisis por cada país de los conceptos acordados, a fin de introducir, si fuera necesario, y respetando su vocación de universalidad, las precisiones que se estimen convenientes.
3. Remitir al CINDER las respuestas al cuestionario y, en su caso, aportar otros datos complementarios.
4. En cumplimiento de las conclusiones de Marrakech, la remisión por cada país de una lista de sus principales términos registrales inmobiliarios definidos de acuerdo con su legislación en las lenguas oficiales del CINDER.

PROPUESTA DE GLOSARIO DE TERMINOS LEGALES UNITARIOS
EN MATERIA REGISTRAL

#	Español
1	REGISTRO DE LA PROPIEDAD/REGISTRACION INMOBILIARIA: Sistema organizado y controlado por el Estado, de conformidad con la ley, con la finalidad de dar seguridad al dominio y derechos reales sobre inmuebles, a través de su publicidad.
2	FOLIO REGISTRAL: Soporte organizado por el Registro de la Propiedad, que contiene la información registral relativa a los derechos de la propiedad inmobiliaria y a otros intereses legales, referidos a un inmueble, a una persona o a ambos.
3	PUBLICIDAD REGISTRAL: Conjunto de técnicas jurídicas cuya finalidad es asegurar la constitución o la oponibilidad frente a terceros de los derechos reales, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.
4	REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD: Persona autorizada por la Ley y encargada de la registración de situaciones jurídicas inmobiliarias y de su publicidad.
5	INMUEBLE REGISTRABLE: Aquella unidad inmobiliaria identificada de acuerdo a lo establecido en la ley sobre la cual se concreta una situación jurídica registrable.
6	INMATRICULACION/MATRICULACION: Procedimiento seguido ante la autoridad competente, a través del cual se produce la incorporación al Registro de un inmueble y de la situación jurídica existente sobre el mismo, previa su identificación y justificación de los derechos sobre él existentes.
7	DOCUMENTO REGISTRABLE: Todo documento que cumple con los requisitos que la ley exige para la inscripción de su contenido en el registro.
8	ASIENTO: Expresión formal efectuada por el registrador de conformidad con la ley, que exterioriza en el registro una situación jurídica determinada referente a un inmueble.
9	CERTIFICACION: Documento expedido por el registrador con los efectos, contenido y forma previstos por la ley, que contiene información registral en relación a un inmueble o a una persona.

B) Jornadas en la Universidad San Pablo-CEU

La Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración de la Universidad San Pablo-CEU organizó el miércoles 14 de marzo las Jornadas sobre «El Derecho y la tercera edad», dirigidas por el Profesor Emérito de Derecho Civil de la USP-CEU, JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.

El Rector de la Universidad San Pablo-CEU, JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA Y LÓPEZ DE AYALA inauguró la jornada, que contó, entre otros, con el Magistrado del Tribunal Supremo, XAVIER O'CALLAGHAN; el ex Secretario General del Defensor del Pueblo, TOMÁS ZAMORA; el ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL; el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la USP-CEU, JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS o el Catedrático de Derecho Mercantil de la USP-CEU, EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ.

Entre los temas que se trataron destacan: «El Estado ante la tercera edad», «La tutela de los ancianos incapacitados», «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos» o «Sociedad y ancianos: medidas de protección alternativas que puede ofrecer el Código Civil».

C) Universidad de Castilla-La Mancha

En Albacete se ha celebrado, en los días 26 y 27 de marzo, un curso sobre cuestiones actuales del Derecho, la Administración y la Política, con el siguiente programa:

- *El reto de la autonomía local*, por don EUGENIO SÁNCHEZ GARCÍA, Secretario General de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha.
- *Medidas de prevención, sensibilización y atención de la violencia contra las mujeres*, por doña AURORA NAVARRO ZÁRATE, Directora General de la Mujer de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- *La red europea de transportes*, por la doctora NURIA GARRIDO CUENCA, Profesora Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- *El nuevo texto refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública*, por el doctor JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- *El Plan Hidrológico Nacional*, por el doctor FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- *La reforma de la justicia*, por el doctor MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares.

- *El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España*, por el doctor MARCOS F. MASSÓ GARROTE, Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- *La descentralización en el Reino Unido: el proceso de paz en Irlanda del Norte*, por la doctora JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ, Profesora Ayudante de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- *La firma electrónica*, por el doctor JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES, Profesor Ayudante de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- *La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, por la doctora EVA NIETO GARRIDO, Profesora Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- *Negociación colectiva y congelación salarial de los funcionarios públicos*, por el doctor LUIS ORTEGA ALVAREZ, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

El día 15 de marzo tuvo lugar una mesa redonda moderada sobre «La tutela internacional de la libertad religiosa», en la que intervinieron los siguientes señores:

Presidente de la Sección:

- Excmo. señor don RAFAEL NAVARRO-VALLS, Secretario General de la Corporación, Catedrático de la Universidad Complutense.

Moderador:

- Ilmo. señor don JOSÉ ANTONIO SOUTO, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Eclesiástico de la Universidad Complutense.

Ponentes:

- Ilmo. señor don GUSTAVO SUÁREZ PERTIERRA, Catedrático de la UNED: *La tutela internacional de la objeción de conciencia*.
- Ilmo. señor don JAVIER FERRER, Catedrático de la Universidad de Zaragoza y Académico Correspondiente: *La libertad religiosa en Iberoamérica*.
- Ilmo. señor don DANIEL TIRAPU, Catedrático de la Universidad de Jaén y Académico Correspondiente: *La libertad religiosa en Estados Unidos y Canadá*.
- Ilma. señora doña ANA VEGA, Profesora Titular de la Universidad de La Rioja: *La libertad religiosa en el constitucionalismo comparado*.

El día 29 desarrolló don RAFAEL DOMINGO OSLÉ una conferencia sobre *El Código Civil japonés. Un Código a la europea*.

E) Colegio de Registradores de la Propiedad

En los días 3 y 4 de abril han tenido lugar en el salón de actos del Colegio, unas Jornadas sobre la reforma de las fundaciones, con el siguiente programa:

Apertura de la jornada

- Excmo. señor don MARIANO RAJOY, Vicepresidente Primero del Gobierno.
- Ilma. señora doña CONCEPCIÓN DANCAUSA, Secretaria General de Asuntos Sociales.
- Excmo. señor don IGNACIO CAMUÑAS, Presidente del Centro de Fundaciones.
- Ilmo. señor don RAFAEL DE LORENZO, Presidente Ejecutivo de la Confederación Española de Fundaciones.
- Excmo. señor don ANTONIO PAU, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Primera mesa redonda

- Ilmo. señor don TOMÁS GONZÁLEZ CUETO, Secretario General Técnico del Ministerio de Presidencia. *Razones de la reforma*.
- Ilmo. señor don JUAN ANTONIO PUIGSERVER, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia. *Temas para el debate sobre la reforma de la Ley de Fundaciones*.
- Ilmo. señor don LUIS LÓPEZ TELLO, Subdirector General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas. *Razones de la reforma fiscal*.

Segunda mesa redonda

- Ilmo. señor don JOSÉ MARÍA DE PRADA, Miembro del Consejo Asesor del Centro de Fundaciones. Notario de Madrid. *La constitución de la Fundación*.
- Excmo. señor don OSCAR ALZAGA, Vicepresidente de la Confederación Española de Fundaciones. Catedrático de Derecho Constitucional. *El gobierno de la Fundación*.

- Don JORGE GARCÍA-ANDRADE, Director Técnico de la Confederación Española de Fundaciones. *La transformación de personas jurídicas en Fundaciones.*

Tercera mesa redonda

- Excmo. señor don ANTONIO PAU, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. *El protectorado y el Registro: competencias y relaciones.*
- Profesora doctora doña ALICIA REAL PÉREZ, Profesora Titular de Derecho Civil. *La extinción de las Fundaciones.*
- Ilmo. señor don CARLOS PARAMÉS, Secretario General del Centro de Fundaciones. *El Consejo Superior de Fundaciones.*

Cuarta mesa redonda

- Excmo. señor don MIGUEL CRUZ AMORÓS, Vocal de la Junta Directiva de la Confederación Española de Fundaciones. *La fiscalidad de las Fundaciones: Una lenta evolución.*
- Ilmo. señor don JOSÉ ANTONIO DEL CAMPO ARBULO, Asesor Jurídico del Centro de Fundaciones. *Los requisitos de base para que las Fundaciones puedan tener acceso a su régimen fiscal propio.*
- Ilmo. señor don CARLOS PALAO TABOADA, Catedrático de Derecho Financiero de la Universidad Autónoma. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma. *Fundación, empresa y fiscalidad.*

Quinta mesa redonda

- Ilma. señora doña MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ-ANDRADE, Abogada del Estado-Jefe. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. *Régimen jurídico de las Fundaciones con participación estatal.*
- Profesor doctor don JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho Mercantil. *La Fundación Empresa.*
- Profesor doctor don JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, Catedrático de Derecho Administrativo. *Las Fundaciones Públicas y de iniciativa pública.*

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 12 de febrero de 2001.—ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.—Resolución mediando tan sólo un emplazamiento por edictos, sin haber agotado las posibilidades disponibles para lograr una comunicación efectiva.—Sala 2.^a.—Ponente: Señor Conde.

Antecedentes.—a) El recurrente, don Franz Joseph Maria Schmaeing, es arrendatario de unos locales en el Polígono Industrial de la Zona Franca de Cádiz, locales que, a su vez, tiene subarrendados. Estos locales son propiedad de la sociedad Meinsur, S.A. El 28 de abril de 1995, Meinsur, S.A. formuló demanda en juicio de cognición en reclamación de rentas debidas y resolución de contrato de arrendamiento contra el demandante de amparo. En el escrito de demanda se solicitó se emplazara al demandado en los locales arrendados. Antes de la formulación de esta demanda —el 24 de febrero de 1995— la misma sociedad requirió por vía notarial al demandante en los locales arrendados, manifestándoles una persona que recibió el requerimiento —seguramente un empleado del subarrendatario— que don Franz Joseph Maria Schmaeing residía en Marbella, y que quien estaba encargado de sus asuntos era don Jaime Fernández de la Puente, de la entidad Mertramar, S.A. Copia del acta notarial de requerimiento fue aportada por la sociedad Meinsur, S.A., a la demanda. Mertramar Cádiz, S.A. es, según el demandante, una empresa con arraigo en la ciudad, cuyo domicilio era fácilmente localizable por cualquier medio normal como, por ejemplo, la guía de teléfonos.

b) En consecuencia, la sociedad demandante en el juicio de cognición tenía pleno conocimiento de tres circunstancias: que el señor Schmaeing no sería encontrado en los locales arrendados, toda vez que los mismos estaban subarrendados a un tercero; que el demandante de amparo no tenía ya su residencia en Cádiz, sino en Marbella; y que cualquier notificación al arrendatario podía ser realizada a través de la mercantil Mertramar, S.A., más concretamente a través del señor Fernández de la Puente.

c) No obstante lo anterior, la sociedad arrendadora, Meinsur, S.A., solicitó el emplazamiento del demandado en los locales arrendados. Intentado el emplazamiento por el agente judicial se le indicó —sin que se sepa quién lo hizo— «que ese señor ya no trabaja en la empresa». Resalta el demandante que no fue identificada la persona con la que se entendió dicha diligencia, ya que, si era un empleado de los subarrendatarios, difícilmente podía descono-

cer que el señor Schmaeing nunca trabajó personalmente en ninguna de las empresas subarrendatarias.

d) Verificado lo anterior, la sociedad demandante solicitó se emplazara al demandado por edictos, sin más búsqueda ni manifestación respecto del paradero del arrendatario. Así lo acordó el órgano judicial, de modo que el 22 de julio de 1995 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia el emplazamiento del demandado, y el 26 de septiembre siguiente una providencia declarando rebelde al demandado y mandando seguir el procedimiento sin más citarle ni oírle. Incluso la prueba de confesión judicial se llevó a cabo citando al demandante de amparo en los estrados del Juzgado y se le declaró confeso.

e) Así pues, el órgano judicial acordó la citación edictal sin realizar gestión alguna para la averiguación del paradero del señor Schmaeing, a pesar de que con la simple lectura de los documentos incorporados a la demanda podía haber logrado el modo de ponerse en contacto con él o de remitirle notificaciones. Como consecuencia de todo ello el demandante solamente tuvo conocimiento de la existencia de la sentencia dictada en su contra cuando, firme ya aquélla, se notificó al subarrendatario el apercibimiento para que abandonara el local subarrendado, siendo éste quien le comunicó al señor Schmaeing, a través de la persona que figuraba en el requerimiento notarial, el contenido de aquélla.

f) Por otro lado, entre las mismas partes hubo un pleito anterior con motivo del mismo contrato de arrendamiento, que terminó por sentencia favorable a los intereses del demandante de amparo, y en aquél la compañía Meinsur, S.A., emplazó al demandado en Cádiz, calle Villa de Paradas, número 3, ya que entonces era el domicilio del recurrente. Este domicilio ni siquiera fue facilitado por la sociedad demandante, aunque en él hubieran podido dar razón del paradero del demandado.

g) Conocida la sentencia por el medio antes indicado, el recurrente planteó en tiempo y forma el recurso de audiencia al rebelde, acreditando que había estado constantemente fuera de la ciudad de Cádiz, dado que su domicilio se encontraba en la localidad de Mijas (Málaga) desde hacía quince años. La Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante, en una interpretación sesgada de las pruebas y en una aplicación errónea de la jurisprudencia, a juicio del recurrente, a pesar de haber invocado la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. El recurrente considera que las razones ofrecidas en la sentencia que desestima el recurso de audiencia al rebelde son contrarias a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal y del propio Tribunal Supremo, al exigir al demandante la imposible justificación de que se encontraba permanentemente ausente del lugar donde se produjo la publicación de los edictos, y tomar como prueba en contra la existencia de una solicitud de renovación del permiso de residencia que solamente acredita que fue el primer lugar en España donde se solicitó el primer permiso, pero no que el demandante residiera en tal ciudad.

h) Recurrida dicha sentencia en casación, el Tribunal Supremo inadmitió a trámite el recurso por Auto de 6 de octubre de 1998, entendiendo que, al no ser la sentencia impugnada en casación, por referirse a un proceso arrendaticio excluido de la casación, no cabe su impugnación.

3. El demandante considera que las resoluciones judiciales antes mencionadas vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE, al haberse producido un supuesto de indefensión en la citación al juicio de resolución del contrato de arrendamiento. Para el demandante, con

cita de la doctrina contenida en las SSTC 186/1991, 8/1993, 310/1993 y 134/1995, y de la propia doctrina del Tribunal Supremo —SSTS de 16 de julio de 1989, 30 de septiembre de 1994 y 15 de abril de 1996, entre otras— la interpretación de los órganos judiciales le ha producido una situación de clara indefensión. Por un lado, porque el órgano judicial en el proceso arrendaticio no llevó a cabo todas las gestiones precisas para localizar al demandado, siendo así que constaban en los propios documentos aportados por el actor. Por otro, porque en el recurso de audiencia al rebelde, al interpretar de modo formalista, es decir, en sentido desfavorable a la mejor tutela de los derechos fundamentales, y con criterio restrictivo y restringido el requisito de la permanencia en el lugar de citación, no siguió la doctrina elaborada por este Tribunal.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido:

Otorgar el amparo y, en su virtud:

1.º Declarar que en las actuaciones del juicio de cognición número 181/1995, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cádiz, se ha vulnerado el derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular las actuaciones del referido juicio, retrotrayéndolas al momento inmediatamente anterior a aquél en el que fue emplazado mediante edictos para que sea emplazado con todas las garantías.

Fundamentos jurídicos.—1. Tal como sostiene el Ministerio Fiscal, a pesar de que inicialmente el demandante mantenga que el objeto del presente recurso de amparo, interpuesto por la representación de don Franz Joseph María Schmaeing, es la impugnación del Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998, ha de entenderse dirigida inevitablemente también contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, de 12 de junio de 1997, desestimando el recurso de audiencia al rebelde, y contra la dictada en rebeldía el 24 de octubre de 1995 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cádiz, en los autos de juicio de cognición número 181/95, que declaró haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento suscrito por la compañía Meinsur, S.A., con el demandante, y en la que, a juicio del demandante, se produjo la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión proclamado en el artículo 24.1 CE.

2. Lo anterior ha de conducirnos al análisis de los posibles óbices procesales sobre el agotamiento de la vía judicial previa y la extemporaneidad del recurso de amparo, apuntados por el Ministerio Fiscal, aunque de sus alegaciones se desprenda la necesidad de entrar en el fondo de la pretensión de amparo. Respecto del primero, tal como alega el Ministerio Fiscal, nuestra doctrina ha venido afirmando que frente a las sentencias firmes en rebeldía, tanto el recurso de audiencia al rebelde, como el de revisión, son vías adecuadas para restablecer el derecho fundamental vulnerado, siempre y cuando, como es lógico, la pretensión del recurrente encaje en alguno de los supuestos legalmente establecidos para ello. En definitiva, para cumplir el requisito de la subsidiariedad del recurso de amparo, es preciso que el demandante agote las vías judiciales que, razonablemente, puedan sanar la vulneración. No así las que no sean idóneas para ello. En el supuesto que ahora contemplamos el

Ministerio Fiscal, a la vista de las manifestaciones del recurrente de amparo, se plantea si éste hubiera debido acudir al recurso de revisión, al haber afirmado que la sociedad demandante en el juicio de cognición ocultó el domicilio en la demanda —aún conociendo el modo de poder emplazarle— y posteriormente solicitó sin más la citación por edictos. Sin embargo, el propio fiscal reconoce que un recurso de revisión, amparado en la existencia de maquinaciones fraudulentas —art. 1.796.4 LEC de 1881—, sería dudosamente viable, al estar acreditado en las actuaciones judiciales que la sociedad demandante en el procedimiento judicial antecedente aportó el requerimiento notarial en el que constaba el domicilio donde el demandante de amparo considera que podía ser hallado. Tal constatación, conforme a nuestra más asentada doctrina (ATC 249/1983, de 1 de junio, y SSTC 126/1991, de 6 de junio, FJ 2; 5/1997, de 14 de febrero, FJ 1, y 218/2000, de 18 de septiembre, FJ 3, por todas), exime al demandante de promover este medio extraordinario de impugnación, pues sólo son exigibles aquellos recursos que, siendo procedentes según las normas procesales concretamente aplicables, permitan una reparación adecuada de la lesión del derecho fundamental en juego, lo que no puede sostenerse cuando, *prima facie*, aparece ya la inconsistencia del recurso considerado, al no concurrir uno de sus requisitos fundamentales.

3. Con respecto al segundo de los óbices procesales sugeridos por el Ministerio Fiscal —la posible extemporaneidad del recurso de amparo, al haberse interpuesto recurso de casación—, es obligado partir, como hace el propio fiscal, de que, como se desprende de una lectura del Auto del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998, la inadmisión del recurso de casación se debe a una interpretación de los artículos 779 y 1.687.3 LEC de 1881, y en modo alguno puede sostenerse que se tratara de un recurso evidentemente improcedente, ni que se haya utilizado con fines dilatorios o para lograr una ampliación artificial del plazo para recurrir en amparo, por lo que, en aplicación de nuestra más que asentada doctrina (SSTC 43/1998, de 24 de febrero, FJ 2, y 132/1999, de 25 de julio, FJ 3, entre otras), ha de rechazarse la hipotética extemporaneidad en la interposición de este recurso de amparo.

4. Antes de entrar en el enjuiciamiento de la cuestión de fondo es necesario hacer una delimitación previa, dada la pluralidad de las resoluciones que, según ha quedado concretado en el fundamento primero, son objeto de este amparo, y de las diferentes alegaciones impugnatorias contenidas en la demanda, relacionadas con cada una de ellas, habida cuenta del itinerario procesal seguido por el demandante ante la jurisdicción ordinaria antes de formular el recurso de amparo.

El demandante, antes de acudir a este Tribunal para hacer valer su derecho de tutela judicial frente al emplazamiento edictal, intentó el recurso de audiencia al rebelde, que, al margen de la alegada invalidez de dicho emplazamiento, podría haberle restablecido su posibilidad de defensa en razón del desconocimiento del emplazamiento por su ausencia del lugar del juicio. Pero ello no impide que, frustrado ese remedio, pueda plantearse ahora directamente, como hace el demandante, la cuestión relativa a la indefensión producida por la invalidez del emplazamiento, para la que a la sazón no existía el remedio establecido con posterioridad por el artículo 240.3 LOPJ en su redacción modificada por la Ley Orgánica 5/1997, y sin que pueda hacersele reproche alguno por la dilación en elevarla a este Tribunal hasta el momento en que lo ha hecho.

Enfrentados al dilema de centrar nuestro enjuiciamiento, bien en la cuestión referida de la sentencia del Juzgado, cuyo éxito determinaría la nulidad

de todas las actuaciones del proceso y su retroacción al momento inicial del emplazamiento del demandado, o bien en la atinente a la corrección constitucional de la sentencia de la Audiencia Provincial, la opción más conforme a la efectividad de la tutela judicial resulta ser la de centrarnos en el enjuiciamiento de la primera de dichas cuestiones.

Entrando ya en el análisis de dicha cuestión, el demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión proclamado en el artículo 24.1 CE. Encuentra dicha lesión en el hecho de que el órgano judicial de instancia, sin realizar comprobación alguna a pesar de que en los autos existía información suficiente para poder localizar su domicilio y emplazarle debidamente, acordó su llamamiento por edictos, a instancia del demandante del proceso *a quo*, cuando su emplazamiento personal, no solamente era posible, e incluso sencillo, sino que resultaba obvio que la diligencia realizada en los propios locales objeto del litigio, subarrendados a terceros, sería infructuosa. Para el recurrente en amparo, el emplazamiento por edictos, que ha de quedar reservado exclusivamente para aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de la persona que debe ser notificada o se ignore su paradero, se acordó sin que el órgano judicial desplegara ningún tipo de actividad de comprobación mínima, a pesar de que le constaba un modo de emplazamiento posible y explícito contenido en un requerimiento notarial aportado con el escrito de demanda, y de la posibilidad de entregar la citación por cédula al subarrendatario, en la seguridad de que éste la hubiera entregado al demandante de amparo, como se desprende del hecho de que, cuando el subarrendatario recibe el apercibimiento de desalojo del local, se lo comunicó al demandante. Sin embargo en este caso el órgano judicial se limitó a hacer constar por diligencia que el demandante «no trabaja ya en esta empresa» y, acto seguido, a petición de la demandante en el proceso judicial, decidió emplazar por edictos al recurrente, sin tan siquiera tratar de realizar una mínima averiguación de su paradero. A estas alegaciones del demandante de amparo une el Ministerio Fiscal la constatación de que la diligencia extendida por el Agente judicial, al ir a emplazar al demandado, está fechada el 28 de junio de 1995, mientras que el escrito del demandante pidiendo la citación edictal es de fecha anterior —12 de junio de 1995— y aparece presentado en el Juzgado el 16 siguiente; más aún, la primera providencia del juez es de 21 de junio de 1995, cuando la diligencia negativa de emplazamiento está fechada siete días después y, aunque aparece reiterada el 18 de julio, el emplazamiento en el Boletín Oficial de la Provincia se refiere a dicha providencia de 21 de junio, y no a la de 18 de julio, en la que, por cierto, se acordó requerir al demandante para que facilitara nuevo domicilio.

5. Reiteradamente este Tribunal ha mantenido que el derecho a la defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, proclamado en el artículo 24.1 CE, garantiza, entre otros, el derecho a acceder al proceso en condiciones de poder ser oído, a fin de que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos en un procedimiento que respete los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas. Presupuesto lógico del derecho de acceso al proceso es, por lo tanto, la puesta en conocimiento de las partes de la misma existencia del proceso, lo que explica la relevancia para el derecho a la defensa del acto de comunicación procesal, cuya finalidad es el emplazamiento del demandado, ya que de él depende la debida constitución de la relación jurídico-procesal, lo que, desde esta perspectiva, equivale a decir que el correcto emplazamiento del demandado es un

instrumento básico para que las partes puedan comparecer en juicio a defender sus posiciones. De ahí que hayamos mantenido también de forma continuada, que es exigible un especial deber de diligencia a los órganos judiciales de modo que, en la medida de lo posible, se asegure la recepción real de las comunicaciones por sus destinatarios, dándoles así la oportunidad de defenderse, lo que obliga a procurar el emplazamiento personal de los demandados (SSTC 310/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 134/1995, de 25 de septiembre, FJ 3; 15/1996, de 30 de enero, FJ 2; 81/1996, de 20 de mayo, FJ 3; 100/1997, de 20 de mayo, FJ 2; 186/1997, de 10 de noviembre, FJ 2; 90/1998, de 21 de abril, FJ 2; 113/1998, de 1 de junio, FJ 3; 254/2000, de 30 de octubre, FJ 2, y 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4).

6. Consecuencia lógica de lo anterior es la consideración del emplazamiento por edictos como remedio último, supletorio y extraordinario, reservado para los supuestos extremos en los que es imposible la localización del demandado, lo que exige, por un lado, al demandante, un deber de colaboración con el órgano judicial, facilitando los datos de posible localización del demandado (SSTC 134/1995, de 25 de septiembre, FJ 3), y, por otro, que los órganos judiciales agoten las posibilidades razonables de dar a conocer al demandado la existencia del proceso (por todas, STC 268/2000, de 13 de octubre, FJ 4). Esta doctrina no impide la existencia y corrección del llamamiento al demandado por edictos desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, pues es evidente que en bastantes ocasiones no es razonablemente posible la localización de aquél, pero sí impone una interpretación estricta del emplazamiento edictal que requiere, en primer lugar, que el órgano judicial haya agotado las posibilidades ordinarias de emplazamiento procesal con los medios a su alcance, pues éstas aseguran con mayor grado la recepción por parte del demandado, seguidamente que exista constancia en el procedimiento de tales intentos y, finalmente, que la resolución judicial de considerar agotadas las posibilidades de emplazamiento personal, es decir, la que declara que el demandado se encuentra en paradero ignorado, se funde en criterios de razonabilidad, partiendo de la ineficacia de los medios de comunicación intentados y fallidos (SSTC 103/1994, de 11 de abril, FJ 3; 100/1997, de 20 de mayo, FJ 2; 186/1997, de 10 de noviembre, FJ 3, y 254/2000, ya citada, FJ 2).

7. En directa aplicación de dicha doctrina, este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos en los cuales del propio contenido de las actuaciones judiciales podía desprenderse la existencia de un medio de localización del demandado y, sin embargo, el órgano judicial decidió realizar el emplazamiento edictal sin cumplir ese especial deber de diligencia al que hemos aludido (SSTC 100/1997, de 20 de mayo, FJ 2; 65/2000, de 13 de marzo, FJ 3, y 268/2000, ya citada, FJ 5), siempre y cuando se haya producido una indefensión material, es decir, que se haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa, no imputable a su propia voluntad o a su falta de diligencia, lo que exige atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, normalmente relacionadas con las posibilidades de conocimiento extraprocesal de la existencia de un procedimiento en su contra y la diligencia empleada para comparecer en el proceso a fin de defender sus legítimos intereses (SSTC 118/1997, de 23 de junio, FJ 2; 7/2000, de 17 de enero, FJ 2, y 12/2000, de 17 de enero, FJ 3, por todas).

8. En el supuesto enjuiciado, tal como resulta el Ministerio Fiscal y se desprende de las actuaciones judiciales, el demandante, además del domicilio

que facilitó para el emplazamiento del demandado —los propios locales arrendados cuya situación de subarriendo también conocía, lo que hacía prácticamente inviable el emplazamiento personal— tenía conocimiento de otro domicilio en que podía ser emplazado el demandado. Así resulta de modo inequívoco del contenido del acta de requerimiento notarial que se aportó con la demanda, en la que constaba que, según manifestaciones de la persona que recibió el requerimiento, el demandante de amparo residía en Marbella, pero que podía ser localizado a través de una tercera persona, residente en Cádiz, cuyo domicilio era fácilmente averiguable, puesto que se trataba de un representante de una sociedad domiciliada en dicha ciudad. La veracidad de este dato, hábil para averiguar el domicilio adecuado para el emplazamiento personal del demandado, y fundamental para la resolución del presente recurso, no solamente puede deducirse de su constancia en un requerimiento fehaciente, sino que se corresponde con otro hecho acreditado en las actuaciones judiciales, pues posteriormente, es decir, a partir de la comparecencia en el juicio de cognición del ahora recurrente en amparo una vez firme la sentencia, la propia demandante en aquel procedimiento solicitó le fueran notificados los requerimientos de pago al demandado en el domicilio de Mertramar, S.A., aportando incluso los datos registrales oportunos de dicha compañía, lo que evidencia que ante el contenido del requerimiento pudo conocer y facilitar al órgano judicial el domicilio en el que emplazar personalmente al señor Schmaeing.

Desde la perspectiva del comportamiento del órgano judicial hay que partir de que por parte de éste no se realizó comprobación alguna, ni siquiera la de tratar de localizar al demandado en el domicilio que constaba en uno de los documentos unidos a la demanda. A todo lo anterior hay que unir las irregularidades procesales que se observan en la tramitación de la fase inicial del procedimiento, pues, como resalta el Ministerio Fiscal, la solicitud de emplazamiento por edictos por parte de la sociedad arrendadora en el proceso de cognición se realizó antes incluso que la propia diligencia de emplazamiento. En segundo lugar, existen dos providencias del órgano judicial —una de 22 de junio y otra de 18 de julio—. En la primera, que se dicta antes de la diligencia negativa de emplazamiento (fecha el 28 de junio), se acuerda, en una providencia tipo, el emplazamiento edictal, y ésta es precisamente la que se publica en el Diario Oficial, de modo que el emplazamiento realizado a través del BOP, se basó en una resolución previa al emplazamiento frustrado. Sin embargo, la datada el 18 de julio ordenaba requerir al demandante para que facilitara nuevo domicilio, sin que se cumpliera lo ordenado ante la publicación de los edictos en el Boletín Oficial de la Provincia. Todo ello conduce a tener por acreditado, respecto de la actuación del órgano judicial, que no se empleó la diligencia exigente para localizar al demandado cuando constaba en autos un modo viable de hacerlo, ni se dieron razones sobre la procedencia de dicho emplazamiento edictal, es decir, sobre la razonable imposibilidad de localización del paradero del demandado. Por consiguiente, el órgano judicial, al acudir al emplazamiento por edictos sin agotar previamente los medios que tenía a su alcance para localizar el domicilio del señor Schmaeing, no satisfizo las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva y causó al recurrente en amparo una real y efectiva indefensión, al no poder personarse en el proceso a fin de defender sus derechos e intereses, lo que sólo aconteció una vez que tuvo extraprocesalmente conocimiento del mismo.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FERNANDO CURIEL LORENTE

A) Registro de la Propiedad

Resoluciones de 6 y 18 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Murcia
(*BOE 24-1-2001*)

HIPOTECA. INTERESES. DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD. ALCANCE DE LA SUSPENSION POR ESTE MOTIVO. CERTIFICACION BANCARIA ART. 1.435 LEC: EFICACIA.

Pactándose que el préstamo devengará intereses a tipo variable y determinándose una responsabilidad hipotecaria por este concepto en razón de un tipo que se señala como máximo, no es necesario, además, establecer un tipo máximo de interés para el devengo de los intereses.

La expresión «a efectos hipotecarios», que matiza la fijación del tipo máximo de interés, sólo puede entenderse en el sentido de señalarlo a efectos de determinación de la responsabilidad hipotecaria por este concepto.

La suspensión o denegación de la inscripción en cuanto a los intereses por falta de determinación de la responsabilidad hipotecaria por este concepto no impide la inscripción de la hipoteca en cuanto a los restantes conceptos garantizados, si así lo solicita el interesado.

Es válido el pacto por el que se encomienda a la entidad de crédito, a través de la certificación prevista en el artículo 1.435 LEC, la liquidación de la deuda, aun cuando no se prevea la aplicación del artículo 153 LH, por cuanto se refiere sólo al procedimiento ejecutivo ordinario, en el que se establecen legalmente las garantías a favor del deudor.

Resolución de 7 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Villarcayo
(*BOE 9-1-2001*)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. INMATRICULACION. IDENTIDAD DE FINCA. CERTIFICACION NEGATIVA.

Si el Registrador alberga dudas sobre la posible coincidencia de la finca que se pretende inmatricular con otra ya inmatriculada, debe suspender la inscripción. No es obstáculo para esta suspensión el que hubiera expedido en su día certificación registral negativa de la misma finca a efectos de la iniciación del expediente de dominio, sin perjuicio de la responsabilidad en que el registrador pudiera incurrir por este motivo.

La aclaración de la coincidencia o no entre la finca a inmatricular y la inmatriculada no es cuestión que puede resolverse en recurso gubernativo, sino por el juez de primera instancia del partido de conformidad con lo dispuesto en los artículos 300 y 306 RH.

Resolución de 8 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Fuengirola
(BOE 9-1-2001)

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACION DE ASIENTOS POSTERIORES.

La caducidad de las anotaciones preventivas opera *ipso iure* al agotarse el plazo de su vigencia sin haber sido prorrogadas, perdiendo su virtualidad cancelatoria de asientos posteriores (cfr. art. 175 RH), dado que se exige para ello que se trate de asientos no preferentes, lo que no ocurre tras la caducidad de la anotación.

El plazo de interposición del recurso gubernativo es el específicamente señalado por el artículo 113 RH, cuatro meses computados desde la fecha de la nota que se recurre, sin que quepa la aplicación de normas establecidas para procedimientos de otra naturaleza (judicial o administrativa).

Resolución de 10 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Cazorla
(BOE 24-1-2001)

RECURSO GUBERNATIVO. PLAZO DE INTERPOSICION. PLURALIDAD DE NOTAS DE CALIFICACION.

El plazo de interposición del recurso gubernativo se computa desde la fecha de la nota de calificación recurrida. Habiéndose presentado de nuevo el documento, no es preceptivo computar el plazo desde la fecha de la primera nota de calificación, sino desde la de aquélla contra la que formalmente se interpone el recurso.

Resolución de 11 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Murcia
(BOE 9-1-2001)

ANOTACION DE EMBARGO. CADUCIDAD. INSCRIPCION DE ADJUDICACION UNA VEZ CADUCADA LA ANOTACION.

Presentado el testimonio del auto de adjudicación derivada de un procedimiento de ejecución protegido por una anotación de embargo ya caducada

cuando se produce la presentación, procede la inscripción de la adjudicación, pero no la cancelación de asiento posterior alguno.

Presentado con posterioridad el testimonio del auto de adjudicación de la misma finca y mandamiento de cancelación de asientos posteriores dictados en procedimiento de ejecución de hipoteca inscrita después de aquella anotación de embargo, procede la inscripción de la adjudicación, previa cancelación de la inscripción de dominio practicada como consecuencia de la ejecución ordinaria.

No se ha planteado, y no puede entrarse, por tanto, a resolver, sobre el alcance de una anotación de demanda interpuesta por el adjudicatario del primer procedimiento en solicitud de cancelación de la hipoteca después ejecutada.

Resolución de 13 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Marbella
(BOE 25-1-2001)

QUERELLA. ANOTACION PREVENTIVA. REQUISITOS.

Al amparo del artículo 42 LH no es posible la anotación preventiva de la mera interposición de querella criminal.

Es posible, en cambio, tomar anotación del ejercicio, vinculado a la querella, de una acción de trascendencia real inmobiliaria (demanda de propiedad, demanda de constitución, modificación, transmisión o extinción de un derecho real inmobiliario, nulidad de un título del que derive un derecho inscrito), siendo preciso que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada o que se adjunte el texto de la propia querella en cuyo suplico se recoja aquella pretensión.

Resoluciones de 14 y 15 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Pontevedra y de Torrijos
(BOE 9-1-2001)

QUERELLA. ANOTACION PREVENTIVA. REQUISITOS.

Al amparo del artículo 42 LH no es posible la anotación preventiva de la mera interposición de querella criminal.

Es posible, en cambio, tomar anotación del ejercicio, vinculado a la querella, de una acción de trascendencia real inmobiliaria (demanda de propiedad, demanda de constitución, modificación, transmisión o extinción de un derecho real inmobiliario, nulidad de un título del que derive un derecho inscrito), siendo preciso que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada o que se adjunte el texto de la propia querella en cuyo suplico se recoja aquella pretensión.

Resolución de 16 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Callosa de Ensarriá
(BOE 9-1-2001)

REPRESENTACION. EXTINCION DEL PODER AL FALLECIMIENTO DEL REPRESENTADO. ELEVACION A PUBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO.

La elevación a público de un documento privado incumbe al *dominus* —representado en el documento privado—, pues es él mismo, o sus herederos, quienes asumen el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, entre las cuales se encuentra la de dar forma pública al contrato privado. Dicha formalización pública puede también hacerla el apoderado siempre que el poder se encuentre en vigor, lo que no ocurre tras el fallecimiento del representado.

Resolución de 17 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de La Orotava
(BOE 9-1-2001)

REPRESENTACION. INSUFICIENCIA POR CAMBIO DE OBJETO. AUTO-CONTRATACION.

Concedido un poder para vender determinadas fincas, no procede la inscripción de la compraventa formalizada por el apoderado sobre fincas que no puede asegurarse sean las mismas para las que se concedió el poder.

El negocio celebrado por quien incurre en el fenómeno de autocontratación no es conceptualmente inválido, pero por razones de justicia (defensa debida de los intereses de los representados), se exige para la eficacia del negocio que el o los representados otorguen para dicho acto licencia o autorización especial, no bastando una genérica atribución de facultades o poderes representativos.

Resoluciones de 20 y 22 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Vivero
(BOE 9-1-2001)

HIPOTECA. INTERESES: LIMITE DE RESPONSABILIDAD.

No hay inconveniente en extender la garantía hipotecaria a los intereses ordinarios de los cinco últimos años y a los de demora, también de los últimos cinco años, si así procediera, por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros.

Resolución de 21 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Santander
(BOE 9-1-2001)

QUIEBRA. CERTIFICACION DE DOMINIO Y CARGAS PARA EJECUTIVO AMPARADO EN ANOTACION DE EMBARGO ANTERIOR.

Extendida anotación de suspensión de pagos y posterior anotación de embargo, ordenada en procedimiento administrativo de apremio, no puede negarse la expedición de certificación de dominio y cargas para el citado procedimiento, sobre la base de que, al haberse continuado el expediente de suspensión de pagos por un procedimiento de quiebra, ha quedado paralizada la acción ejecutiva de la administración por no corresponder al Registrador en este momento procedimental decidir si la Administración Tributaria goza o no del derecho de ejecución separada, sino que serán los síndicos de la quiebra quienes deban iniciar las actuaciones encaminadas a la mejor defensa de

los derechos de la masa pasiva. A efectos de la expedición de la certificación, no procede sino apreciar la concurrencia de interés legítimo en el solicitante lo que, indudablemente, se produce a favor de la Administración Tributaria.

Resolución de 23 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Laredo
(BOE 9-1-2001)

RECTIFICACION. DIVISION DE FINCA. CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES ACTUALES DE LAS FINCAS RESULTANTES.

Inscritas a favor de los diferentes compradores las fincas resultantes de la división de otra, no cabe inscribir ahora la rectificación de la división otorgado exclusivamente por la entidad vendedora para hacer constar la existencia de un resto entonces no declarado, siendo necesario el consentimiento de todos los otorgantes de la escritura y de todos los titulares actuales de las fincas resultantes de la división, habida cuenta, además, de que, al no quedar resto de matriz según Registro, la entidad vendedora no ostenta titularidad registral alguna que le legitime para el otorgamiento de la rectificación.

Resolución de 28 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Rosas
(BOE 9-1-2001)

COMPRAVENTA. MODIFICACION DE CONTRATO AL ELEVARLO A PUBLICO. TITULOS INTERMEDIOS NO ACREDITADOS.

Al elevar a público un contrato privado de compraventa no cabe alterar su contenido sobre la base de hacer alguna aclaración, máxime si como en el caso planteado se rectifica la persona del comprador sin que el mismo inter venga en el documento ahora presentado.

Inscrita una finca como ganancial, el consentimiento de ambos cónyuges para la venta de la finca es suficiente para la validez del acto, sin que sea necesario acreditar una liquidación de la sociedad conyugal a la que se hace referencia en el documento presentado.

Tampoco es necesario aportar el título de una venta mencionada como intermedia, si al elevarse a pública la venta privada posterior comparecen los vendedores de la primera y consienten la segunda transmisión.

Resolución de 30 de noviembre de 2000
Registro de la Propiedad de Manzanares
(BOE 9-1-2001)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. ADQUISICION DIRECTA DEL TITULAR REGISTRAL, HOY FALLECIDO. CALIFICACION DE ESTE EXTREMO.

No procede la inscripción en virtud de expediente de dominio para reanudación de tracto, cuando el promotor del expediente afirma haber adquirido del titular registral, aunque ésta haya fallecido, por no poder decirse que exista interrupción y gozar el expediente de un carácter excepcional.

Resolución de 1 de diciembre de 2000
Registro de la Propiedad número 21 de Barcelona
(BOE 24-1-2001)

HIPOTECA. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. PROHIBICION ESPECIAL (ART. 40.5 LSRL).

El artículo 40.5 LSRL, al prohibir a la sociedad constituir garantías para facilitar la adquisición de sus propias participaciones, impide dar validez e inscribir la hipoteca constituida por una sociedad en garantía del precio aplazado en la compraventa de participaciones de la propia sociedad realizada entre socios.

Resolución de 2 de diciembre de 2000
Registro de la Propiedad número 8 de Barcelona
(BOE 24-1-2001)

HIPOTECA. CANCELACION. EXPRESION DE LA CAUSA. REPRESENTACION.

La admisión del puro consentimiento formal para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, que responde al sistema civil causalista. Ahora bien, cuando el titular del derecho real de hipoteca no se limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que dispone unilateralmente de su derecho al cancelar la hipoteca, estamos ante una renuncia de derechos que produce su extinción y puede tener el reflejo registral de la cancelación.

La representación para cancelar hipotecas no es indiferente según cuál sea la causa de la cancelación. El poder para dar cartas de pago y, consiguientemente, consentir la cancelación de hipoteca no implica el de cancelar hipotecas por mera renuncia a esta garantía, dado el carácter restrictivo que debe darse a la interpretación de las facultades del apoderado.

Resolución de 4 de diciembre de 2000
Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo
(BOE 24-1-2001)

INMATRICULACION. TITULO PUBLICO. EXTINCION DE COMUNIDAD.

No es bastante para la inmatriculación una escritura de extinción de comunidad de fincas adquiridas por herencia, por cuanto que la inmatriculación exige un título público adquisitivo y la acreditación fehaciente de la previa adquisición del derecho del transmitente, lo que en el caso no ha tenido lugar.

Resolución de 5 de diciembre de 2000
Registro de la Propiedad de Torreveja
(BOE 24-1-2001)

CONDICION RESOLUTORIA. CANCELACION. ACREDITACION DEL PAGO A FALTA DE PACTO.

El certificado bancario acreditativo del ingreso efectuado en una cuenta del vendedor de una cantidad de dinero igual a la aplazada en la compraventa garantizada con la condición resolutoria, en la que nada se pactó sobre la cancelación sin consentimiento del vendedor, no es suficiente para producir la cancelación de la condición, al no poder quedar acreditado que el ingreso no tenía su razón de ser en otro negocio o en otro motivo distinto del pago del precio aplazado.

Resolución de 7 de diciembre de 2000
Registro de la Propiedad número 35 de Madrid
(BOE 24-1-2001)

GANANCIALES. BIENES PRIVATIVOS. ACREDITACION DE LA PROCEDENCIA DEL DINERO ENTREGADO COMO PRECIO. FE PUBLICA NOTARIAL.

No es suficiente para inscribir como privativo un bien adquirido por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales la aportación de una escritura previa de donación de una cantidad de dinero que no cubre la totalidad del precio y otra de consentimiento del cónyuge para constituir sobre el bien adquirido una hipoteca en garantía de la parte del precio aplazada, junto a la manifestación del adquirente de estar invirtiendo en la compra el dinero recibido por donación.

La fe del notario hace prueba de la realidad del hecho de la manifestación, pero no de la veracidad de los actos a que la manifestación se refiere.

El consentimiento del cónyuge puede permitir, en todo caso, la inscripción del bien como privativo del adquirente por confesión de su cónyuge.

Resolución de 8 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 2 de Sevilla
(BOE 23-2-2001)

RECURSO GUBERNATIVO. PRESENTACION EN PLAZO. REPOSICION.

Acreditada la presentación del recurso a través de un Juzgado de Primera Instancia dentro del plazo reglamentario de cuatro meses desde la fecha de la nota de calificación, procede estimar el recurso contra el Auto del Presidente del Tribunal Superior, que no lo admitió por haber sido presentado fuera de plazo, y devolverlo al Presidente para que continúe la tramitación del recurso.

Resolución de 9 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 4 de Madrid
(BOE 23-2-2001)

GANANCIALES. PRIVATIVIDAD. CONFESION EN PROCEDIMIENTO DE SEPARACION.

Inscrita una finca a favor de los cónyuges para su sociedad conyugal, no procede hacer constar la privatividad de la misma a favor de uno de los cónyuges por confesión del otro, cuando sólo se presenta el testimonio de una confesión realizada por el cónyuge adquirente a favor del otro realizada en

trámites judiciales de separación, por cuanto el Auto judicial no se pronuncia sobre el alcance de la confesión, ésta no es clara e inequívoca y, además, es contraria a una aseveración anterior del propio confesante.

Resolución de 10 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 3 de Sevilla
(BOE 15-2-2000)

RECURSO GUBERNATIVO. NECESIDAD DE CALIFICACION.

No puede admitirse el recurso gubernativo cuando de la nota del Registrador no se desprende la apreciación de motivo alguno para suspender o denegar la inscripción solicitada, sino más bien la imposibilidad de efectuar la calificación por la aparente contradicción que resulta de los documentos presentados en cuanto a la voluntad negocial de los otorgantes. Lo que procede es devolver las actuaciones para que se efectúe una verdadera calificación y, en consecuencia, se practique el asiento procedente o se señalen los defectos que a juicio del Registrador lo impiden.

Resolución de 11 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 1 de A Coruña
(BOE 15-2-2001)

IMPUESTO. ARTICULO 254 LH. ALCANCE. OMISION DE FINCA EN LA LIQUIDACION.

El deber de comprobar el pago de los impuestos que devengue el acto inscribible que al Registrador impone el artículo 254 LH queda cumplido si el documento presentado contiene nota firmada por el liquidador del impuesto acreditativa del pago, prescripción o exención, sin que el Registrador pueda oponer errores o deficiencias en la liquidación practicada.

De los artículos 33, Ley 29/1987, de 18-12-87, del I.S. y D., y 100.1 del Real Decreto 1629/1991, de 8-11-91, que aprueba su Reglamento, se desprende que, a efectos de la inscripción, basta con la simple presentación del documento ante el liquidador del impuesto.

Cuando como en el caso del recurso se presenta, como complementario a una escritura de compraventa de una finca por todos los herederos del titular registral, una relación de bienes de la herencia previa presentada a liquidación en la que no se contiene la finca vendida, no puede estimarse cumplido el requisito de la presentación al faltar en el documento presentado a liquidación los elementos imprescindibles para la adecuada gestión del impuesto por la oficina competente, debiendo confirmarse la existencia de un obstáculo para la inscripción apreciada por el Registrador.

Resolución de 12 de enero de 2001
Registro de la Propiedad de Enguera
(BOE 15-2-2001)

IGLESIA CATOLICA. INMATRICULACION. TEMPLO. CERTIFICACION ARTICULO 206 LH.

Sin entrar a valorar, por no haberse planteado, la idoneidad de la certificación expedida al amparo del artículo 206 LH por las autoridades de la Iglesia católica, no puede ponerse en duda, con una estricta interpretación del artículo 5.4 RH (redacción anterior al Real Decreto 1867/1998), la posibilidad de inmatricular un templo destinado al culto católico porque la prohibición supondría un trato discriminatorio con otras confesiones, en contra del principio de igualdad establecido por la Constitución, además de que la interpretación más extendida del precepto reglamentario lo entendía más como excepción al artículo 4, que como verdadera exclusión o cierre del Registro.

Resolución de 13 de enero de 2001
Registro de la Propiedad de Sanlúcar de Barrameda
(BOE 23-2-2001)

INMATRICULACION. TITULO PUBLICO. DUDAS EN LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Cuando el Registrador tiene dudas en la identidad de la finca a inmatricular por su coincidencia total o parcial con otra inscrita, la suspensión de la inscripción no puede discutirse en recurso gubernativo, sino que el cauce procedimental oportuno consiste en acudir al Juez de Primera Instancia del partido, a quien, conforme a los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, incumbe resolver si es o no inscribible el documento presentado.

Resolución de 15 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 3 de San Sebastián
(BOE 15-2-2001)

TRACTO SUCESIVO. NECESIDAD DE FORMALIZAR UNA TRANSMISION INTERMEDIA. PARTICION HEREDITARIA DE BIEN GANANCIAL.

Inscrita una parte indivisa de un inmueble a favor de dos cónyuges sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal, no es posible inscribir la partición hereditaria formalizada al fallecimiento del cónyuge sobreviviente sin que se acredite la previa adquisición por el mismo de aquella tercera parte indivisa como heredero del cónyuge premuerto.

Resolución de 16 de enero de 2001
Registro de la Propiedad de Solsona
(BOE 15-2-2001)

RECURSO GUBERNATIVO. DERECHO CIVIL ESPECIAL. COMPETENCIA.

Planteada una cuestión relativa a la aplicación del Derecho Civil Especial de Cataluña (revocación de una donación al amparo del art. 396 del Código de Sucesiones de Cataluña), la DGRN declina entrar a resolver por ser de la competencia definitiva del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cfr. artículo 20 del Estatuto de Autonomía y Disposición Adicional 7.^a LOPJ.

Resolución de 17 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 4 de L'Hospitalet
(BOE 15-2-2001)

RECURSO GUBERNATIVO. IMPROCEDENCIA PARA ANULAR UNA INSCRIPCION.

Debe desestimarse el recurso planteado contra la negativa del Registrador a anular una inscripción porque, estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales, ni el Registrador es competente para decretar la anulación, ni el recurso gubernativo el procedimiento hábil para acordarla, sino que son los Tribunales quienes, con intervención del titular registral, pueden dictar sentencia acordando, en su caso, la nulidad del asiento practicado.

Resolución de 18 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 5 de Valladolid
(BOE 15-2-2001)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. CALIFICACION DE LOS TRAMITES Y DE LA DECLARACION DE DOMINIO. ESTADO CIVIL DEL ADQUIRENTE.

Entra dentro de la competencia del Registrador la calificación de los trámites del expediente previstos para garantizar que el titular registral ha tenido la intervención necesaria para evitar su indefensión.

No está comprendido en el ámbito de la calificación registral el examen de la justificación del dominio declarada por el Juez (en el caso se declara acreditado que el promotor del expediente adquirió una finca que, según el título aportado, fue objeto de agrupación con otras dos, siendo la resultante de la agrupación la que se vendió a aquél).

Al practicar la inscripción debe tomarse en consideración el estado civil del adquirente al tiempo de la adquisición, por lo que si del título aportado resulta estar casado el promotor del expediente y en el testimonio del auto se dice que está separada judicialmente, la inscripción debe practicarse de acuerdo con su situación de casado.

Resolución de 19 de enero de 2001
Registro de la Propiedad de Rames de la Victoria
(BOE 23-2-2001)

REANUDACION DE TRACTO. EXPEDIENTE DE DOMINIO. ADQUISICION DIRECTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No procede la inscripción del testimonio de un auto resolutorio de expediente de dominio para reanudación del tracto sucesivo interrumpido de una finca cuando del mismo resulta que el promotor del expediente adquirió la finca directamente del titular registral, por cuanto no se da la hipótesis de interrupción de tracto que justifica la utilización de este procedimiento extraordinario de inscripción.

Resolución de 20 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 1 de Barcelona
(BOE 23-2-2001)

RECURSO GUBERNATIVO. DERECHO CIVIL ESPECIAL. INCOMPETENCIA DE LA DGRN.

No procede la revisión por vía de recurso gubernativo del Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por el que se resuelve el interpuesto contra una nota de calificación en el que la cuestión básica discutida es si un fiduciario catalán puede nombrar albacea universal con facultades de enajenación de los bienes sujetos al fideicomiso.

Resolución de 22 de enero de 2001
Registro de la Propiedad de Orotava (Tenerife)
(BOE 23-2-2001)

CONDICION RESOLUTORIA. RESOLUCION JUDICIAL CON ALLANAMIENTO DEL COMPRADOR. CANCELACION DE CARGAS POSTERIORES.

El cumplimiento de una condición resolutoria tiene como consecuencia la extinción de los derechos inscritos con posterioridad sobre la finca, sin consentimiento de sus titulares, pero se requiere para ello la prueba del cumplimiento de la condición. No puede equipararse a tal prueba el mero hecho del allanamiento de la parte compradora a la pretensión de resolución formulada judicialmente por la vendedora, dando lugar a sentencia que ordena la reinscripción de la finca a favor de ésta, por cuanto dicho allanamiento, dada la relatividad de efectos de la confesión, no puede perjudicar a los titulares de derechos que no han sido ni siquiera citados en el procedimiento.

Resolución de 24 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 15 de Madrid
(BOE 23-2-2001)

TRACTO SUCESIVO. EJECUCION POR EL TITULAR REGISTRAL CONTRA PROPIETARIO NO INSCRITO.

Inscrita una finca a favor del ejecutante en juicio ejecutivo ordinario, del que, por tal motivo, no se toma anotación de embargo, no cabe inscribir ahora la adjudicación a favor del cesionario del remate sin que previamente se proceda a inscribir la finca a favor del ejecutado, que la compró con anterioridad al ahora ejecutante.

Resolución de 25 de enero de 2001
Registro de la Propiedad número 2 de Guadalajara
(BOE 23-2-2001)

COMPRAVENTA. TRADICION INSTRUMENTAL. ENTREGA DIFERIDA.

La cláusula contenida en una escritura de compraventa, según la cual la posesión material de las fincas vendidas no se entregará hasta una fecha posterior, no equivale al pacto en contrario a que se refiere el artículo 1.462, párrafo segundo, del Código Civil, que exige un acuerdo impeditivo del hecho transmisorio, no bastando un pacto, como el del caso planteado, en que se modaliza la obligación de entregar una cosa ajena ya al vendedor.

B) Registro Mercantil

Resoluciones de 24, 25 y 27 de noviembre de 2000
Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife
(BOE 9-1-2001)

AUDITOR. EJERCICIO CERRADO. BALANCE ABREVIADO DEPOSITADO CON ANTERIORIDAD.

No puede oponerse a la inscripción del nombramiento de auditor por Junta General para un ejercicio ya cerrado el defecto cuando de los asientos del Registro resulta que la sociedad no estaba obligada a la verificación de las cuentas por haber presentado balance abreviado, no siendo inconveniente que no se haya hecho manifestación de tal circunstancia en el documento ahora presentado.

Resolución de 29 de noviembre de 2000
Registro Mercantil de Soria
(BOE 9-1-2001)

CUENTAS ANUALES. CIERRE DE LA HOJA REGISTRAL. RESOLUCION PENDIENTE.

No debe apreciarse existencia de cierre provisional, al amparo de la excepción del apartado 4.º del artículo 378 RRM, cuando está pendiente la resolución misma del Registrador Mercantil sobre nombramiento de auditor, al haberse resuelto por la Dirección General retrotraer el expediente al momento de la notificación a la sociedad de la solicitud de dicho nombramiento por los socios minoritarios.

Resolución de 11 de diciembre de 2000
Registro Mercantil XII de Barcelona
(BOE 24-1-2001)

APODERAMIENTO. DETERMINACION DE LAS FACULTADES DEL APODERADO.

Debe entenderse suficientemente consignada la determinación de las facultades del apoderado cuando se expresa que se le confieren «todas y cada una de las facultades transcritas en la intervención de esta escritura, excepto las indelegables por la Ley o los Estatutos» y se contiene, efectivamente, en la intervención una transcripción del artículo de los Estatutos que enumera

detalladamente las facultades de los otorgantes (administradores mancomunados de una sociedad de responsabilidad limitada), sin que pueda exigirse, además, que se contengan textualmente dichas facultades en el otorgamiento, so pretexto de que, legal y reglamentariamente, aquellas facultades de los administradores no debían estar inscritas en el Registro Mercantil.

Resolución de 19 de enero de 2001
Registro Mercantil de Lleida
(BOE 23-2-2001)

ADMINISTRADORES. RENUNCIA DE UN VOCAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION QUE LO DEJARIA REDUCIDO A UN SOLO MIEMBRO.

Procede la inscripción de la renuncia de uno de los tres miembros del Consejo de Administración de una S.A., cuando ya consta inscrita la de otro de los miembros, porque, aun cuando el Consejo quedaría inoperante e inexistente y la sociedad, acéfala, se ha justificado la convocatoria de la Junta General con un orden del día, cuyo primer punto es la renovación de cargos del Consejo.

Resolución de 23 de enero de 2001
Registro Mercantil número XVI de Madrid
(BOE 23-2-2001)

RECURSO GUBERNATIVO. PLAZO: FORMA DE COMPUTARLO. CALIFICACION: DATOS OBRANTES EN EL PROPIO REGISTRO. PODER: SUSTITUCION.

El cómputo del plazo para interponer el recurso debe hacerse a partir del día siguiente a aquél que se toma como referencia, de tal manera que el día final correspondiente a los meses o años es el correspondiente al mismo día que se esté tomando en consideración.

No puede alegarse como motivo de suspensión la no aportación del documento original, relativo al poder previo de los otorgantes de un documento, si se reseñan en el documento otorgado los datos registrales de la inscripción del previo en el propio Registro Mercantil en que se ha presentado, porque, dada la presunción de exactitud de los asientos registrales, se hace innecesaria la aportación de aquel documento.

No puede inscribirse el apoderamiento otorgado por una persona que justifica que tiene concedidas a su favor las que ahora él, a su vez, concede, pero no que le haya sido otorgada la facultad de hacerse sustituir en el ejercicio del poder.

Resolución de 24 de enero de 2001
Registro Mercantil número XIII de Madrid
(BOE 24-2-2001)

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA POR VOCAL DE CONSEJO CON CARGO CADUCADO Y CANCELADO. NO INSCRIBIBILIDAD DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS.

No son inscribibles los acuerdos adoptados por una Junta General convocada por quien dice ser «administrador saliente» y es, en realidad, uno de los miembros del Consejo de Administración, cuyo cargo está caducado y cancelado en el Registro Mercantil. La posibilidad de que administradores con cargo caducado realicen la convocatoria de Junta bajo la condición de «administradores de hecho» debe entenderse limitada a supuestos de caducidad reciente (hasta la celebración de la primera Junta General o hasta que transcurra el plazo en que debiera haberse convocado la primera Junta General Ordinaria en la que pudieran realizarse los nuevos nombramientos).

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS,
EMILIANO CANO FERNÁNDEZ
y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

CALIFICACION. DATOS EXTRARREGISTRALES.—CONOCIDO POR EL REGISTRADOR, POR ESCRITO RECIBIDO DEL JUZGADO QUE NO HA CAUSADO ASIENTO ALGUNO, QUE EXISTE ABIERTO PROCEDIMIENTO ABREVIADO CONTRA EL REPRESENTANTE DE LA ENTIDAD OTORGANTE DE UNA ESCRITURA PRESENTADA, NO PROCEDE LA SUSPENSION DE LA INSCRIPCION NI LA PRORROGA DEL ASIENTO APLICANDO EL ARTICULO 432.1.D) RH, POR CUANTO QUE EL REGISTRADOR, AL REALIZAR LA CALIFICACION AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 18 LH, DEBE ATENERSE A LOS DATOS RESULTANTES DEL TITULO PRESENTADO Y DE LOS LIBROS DEL REGISTRO. (RESOLUCIÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2000. BOE DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

RESOLUCION de 30 de septiembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, don Luis Infante y Sánchez-Torres, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don Severino Martínez Izquierdo, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, don Luis Infante y Sánchez-Torres, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 10 de enero de 1997, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid, don José Manuel Rodríguez-Escudero Sánchez, como sustituto de don José María Regidor Cano, don Severino Martínez Izquierdo y su esposa compraron a «Bogey, Sociedad Anónima», una parcela de terreno en Ciudalcampo, en el término municipal de San Sebastián de los Reyes, finca registral número 26.626 del Registro de la Propiedad de dicha ciudad.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, fue calificado con las siguientes notas: «Presentado el precedente documento el 29 de los corrientes, bajo el número

675 del Diario 22 de esta oficina, se suspende la inscripción solicitada a resultas de lo que determine el Juzgado de Instrucción número 24 de los de Madrid, que instruye Diligencias Previas 2.2409/90-P, seguidas entre otros, contra don Manuel Jorge Manrique Tenorio, representante de la sociedad vendedora, a cuyo Juzgado se ha comunicado la práctica de este asiento de presentación, mediante oficio de fecha de hoy, a los efectos de la posible aplicación del artículo 432.1.d) del Reglamento Hipotecario. San Sebastián de los Reyes, 30 de enero de 1997. El Registrador. Fdo.: Luis Infante y Sánchez-Torres». Posteriormente fue objeto de la siguiente nota: «Habiéndose contestado por el Juzgado de Instrucción número 24 de Madrid, a mi oficio de 30 de enero de 1997, con el número 4 de salida, mediante comunicación de 10 de los corrientes, recibida por correo el mismo día, en el sentido de mantener en todo su contenido la Resolución de 22 de junio de 1990, que sigue teniendo carácter de firme (por estar pendiente de resolver el recurso de Apelación interpuesto contra el auto de 28 de septiembre de 1996, del referido Juzgado, por el que se acordó el levantamiento de la Medida Cautelar de no inscribir), queda prorrogado el asiento de presentación número 2249/90-P, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 432, 1.º D del Reglamento Hipotecario vigente. San Sebastián de los Reyes, 17 de febrero de 1997. El Registrador. Fdo.: Luis Infante y Sánchez-Torres».

III. El Letrado don Severino Martínez Izquierdo, interpuso recurso gubernativo contra las citadas calificaciones, y alegó: Que los compradores renunciaron en la escritura al derecho de solicitar información registral del estado de cargas de la finca. Que la nota de calificación de 30 de enero de 1997 no se compadece con el artículo 432.1.d) del Reglamento Hipotecario, carece de cualquier apoyo legal y supone un perjuicio económico y moral importante para el comprador, que tiene su origen en la insuficiente información registral de la finca objeto de transmisión. Que la nota de calificación de 17 de febrero de 1997, de prorrogar el asiento de presentación número 675, carece de apoyo legal y no tiene sustento en el artículo reglamentario citado y origina un perjuicio moral y económico, cuyo origen es el mismo que el anterior. Que tales afirmaciones se apoyan en los siguientes fundamentos de derecho: I. Que en lo referente a la nota de 30 de enero de 1997, el artículo 432.1.ºd) del Reglamento Hipotecario no habla en ningún caso de suspender la inscripción; no ampara el supuesto de suspensión. Es el Registrador quien comunica al Juzgado de Instrucción número 24 de Madrid que determine acerca de la práctica o no de la inscripción registral, y dicha comunicación carece de todo amparo normativo. Que se considera que es palmario lo siguiente: a) El Registrador conocía la existencia de un mandamiento judicial que establecía una limitación a la libre transmisión de la finca; b) Que dicho auto no tuvo acceso al Registro, a pesar de que afectaba a la libre disposición de la finca; c) Que esa ausencia de inscripción y la imposibilidad de que la misma fuera conocida por terceros, la conocían el Registrador y el Juez, y que esa ausencia podía perjudicar la buena fe de un tercero, como ha sucedido. II. Que en cuanto a la nota de 17 de febrero de 1997, de su lectura se confirma: a) Que existía una resolución limitadora del derecho de propiedad; b) Que la resolución tiene fecha de 22 de junio de 1990, con antigüedad de casi siete años. Que el Registrador olvida el carácter y esencia del Registro, la publicidad y con su conducta negligente perjudica a terceros de buena fe. III. Que el artículo citado por el Registrador establece que debe existir un mandamiento judicial ordenando la no inscripción de la venta y prorrogando

el asiento de presentación. Que aquí los hechos han acaecido de manera distinta, ha sido el Registrador quien después de suspender la inscripción sin amparo normativo alguno se ha dirigido al Juzgado de lo Penal, y éste a su instancia ha acordado la prórroga del asiento de presentación. Que el Registrador conocía con toda precisión esa limitación de la propiedad y, sin embargo, se reservó ese conocimiento exclusivamente para él. IV. Que es obvio que aquí no existe procesado alguno y menos la entidad que ha otorgado la venta ni su representante, porque de la propia calificación se deduce que ha sido dictado un auto de sobreseimiento en dichas diligencias y que dicho auto ha sido recurrido. V. Que el Registrador también ha ignorado lo establecido en el artículo 170 del Reglamento Hipotecario. VI. Que de todo lo anterior se debe concluir que: a) El Registrador ha incumplido lo establecido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario; b) No puede ampararse el Registrador para suspender ni para prorrogar el asiento de presentación en el artículo 432.1.ºd), porque cualquiera que sea la resolución judicial, son obvias las siguientes cuestiones: 1.º Que no existe un mandamiento judicial estando vigente el asiento de presentación; 2.º Que aunque lo hubiere tratado no ampara nunca la suspensión; 3.º Que es el Registrador quien se ha dirigido al Juzgado y no el Juzgado al Registrador; 4.º Que la operación ha sido otorgada por una persona que no está procesada.

IV. El Registrador, en defensa de la nota de calificación, informó: 1.º Que puede ser cierto que no exista norma con rango de ley que impida la inscripción del título calificado, pero no lo es menos que la aplicación del artículo 432.1.ºd) del Reglamento Hipotecario, no puede ser enervada y máxime cuando aquella aplicación es invocada por la jurisdicción penal, careciendo el funcionario calificador de competencia para determinar si dicho precepto reglamentario se ajusta o no a la Ley Hipotecaria, facultad exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 2.º Que si tal defecto faculta al Registrador a prorrogar el asiento de presentación hasta la terminación de la causa, es para que se suspenda la inscripción, toda vez que si ésta se practicara, se cancelaría tácitamente dicho asiento de presentación. Que con dicha prórroga queda protegido el adquirente del título suspendido frente a cualquier asiento posterior que pudiera presentarse dentro de la prórroga y ello para el caso de que la medida cautelar de no inscribir fuera levantada por el Juez Instructor. 3.º Que el Registrador y el Juez Instructor conocen la esencia del Registro, inspirada fundamentalmente en los principios de legitimación y fe pública registral; pero tampoco desconocen los contados casos en que puede quebrar la seguridad registral. Que no podrá negar el recurrente que su adquisición onerosa, de buena fe y trayendo causa de persona con *ius disponendi*, según el Registro, podrá quedar enervada, aún inscrita, si la sociedad vendedora hubiese sido declarada en quiebra, sin que tal situación de insolvencia hubiere tenido acceso registral al tiempo de presentarse para su inscripción la correspondiente escritura de compraventa cuya fecha fue posterior a la retroacción de la quiebra. Que en tal hipótesis el artículo 878 del Código de Comercio, en relación con el 13 de la Ley Hipotecaria, no dejan resquicio alguno para evitar la nulidad absoluta de tal enajenación con efectos incluso frente a terceros hipotecariamente protegidos, según reiterada jurisprudencia. Que otro caso que puede enervar el principio de seguridad registral es precisamente el del artículo 432.1.ºd) del Reglamento Hipotecario, que se entendió que su interpretación había de acomodarse a la reforma procesal de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, en la que medidas cautelares del

nuevo artículo 785.8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueden incluir las del precepto reglamentario citado, siempre que aquéllas se adopten en forma de auto recurrible en los términos del artículo 787.1 de la misma Ley, que es lo que en este caso ha sucedido. Que a tal razonamiento se llegó en la nota de calificación de 30 de julio de 1990, y en cuyo apartado segundo se fundamenta el deber de colaboración con la autoridad judicial. Que si el recurrente no hubiera renunciado a obtener la oportuna información registral por conducto notarial, hubiera dispuesto de la oportuna información. 4.º Que se niega el incumplimiento de los artículos 7 y 170 del Reglamento Hipotecario, no sólo en cuanto al primero, porque no se ha puesto en duda la naturaleza como derecho inscribible de la compraventa formalizada en el título cuya suspensión se acordó, sino en cuanto al segundo, porque no hubo lugar a tomar anotación preventiva por defecto subsanable en el Libro especial, ya que lo que se ordenaba por el señor Magistrado-Juez Instructor no era la práctica de anotación preventiva alguna, sino un *non facere* consistente en no practicar determinado asiento de inscripción. 5.º Que el mandamiento judicial previo es de 22 de junio de 1990, y el auto es de 28 de septiembre de 1996, acordando el levantamiento de la medida cautelar adoptada, y como dicho auto no es firme, no se ha procedido a ejecutar el levantamiento de la misma. Que, en conclusión, cabe afirmar que si el recurrente no hubiera voluntariamente renunciado, al amparo del artículo 147 del Reglamento Notarial, al oportuno informe registral, hubiera dispuesto de la información adecuada.

V. El Notario autorizante de la escritura informó que en la misma la parte adquirente renunció a solicitar información registral del estado de cargas de la finca, de conformidad con el artículo 175 del Reglamento Notarial.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que el artículo 432.1.ºd) del Reglamento Hipotecario es de obligado cumplimiento, ampara la suspensión de la inscripción, que no constituye irregularidad alguna la comunicación que hace el Registrador al Juzgado.

VII. El Letrado recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 9 y 118 de la Constitución Española; 1 y 6 del Código Civil; 1, 13, 17, 18, 32, 40, 82 y 296 de la Ley Hipotecaria, y 432.1.d) del Reglamento Hipotecario.

1. Presentada en el Registro de la Propiedad una escritura de compraventa de determinado inmueble que en ese momento aparecía inscrito a nombre del vendedor y libre de cargas, el Registrador, según una primera nota de 30 de enero de 1997, suspende su inscripción «a resultas de lo que determine el Juzgado de Instrucción número 24 de Madrid, que instruye diligencias previas número..., contra... el representante de la entidad vendedora, a cuyo juzgado se ha comunicado la práctica de este asiento de presentación... a los efectos de la aplicación del artículo 432.1.d) del Reglamento Hipotecario».

Por nota posterior de 17 de febrero del mismo año, prorroga el asiento de presentación de ese documento, de conformidad con el precepto reglamentario antes referido, hasta la conclusión del procedimiento abreviado número..., toda vez que por dicho Juzgado de Instrucción número 24, se ha contestado en el sentido de mantener en todo su contenido la Resolución de 22 de junio de 1990, que sigue teniendo carácter de firme. En esta Resolución se ordenaba al Registrador que en virtud de las diligencias previas número..., que se se-

guían contra determinadas personas, «se abstuviera de practicar operación alguna de inscripción sobre determinadas fincas, entre las cuales figuraba la ahora cuestionada, limitándose a extender asiento de presentación y prorrogar su vigencia por medio de nota hasta la terminación de la presente causa». Tal resolución no dio lugar a asiento principal alguno en los libros del Registro.

2. Si se tiene en cuenta: *a)* Que es doctrina reiterada de esta Dirección General que las normas que regulan el funcionamiento del Registro de la Propiedad, en tanto que institución encaminada a la protección del tráfico jurídico y cuyos pronunciamientos tienen eficacia *erga omnes*, tienen carácter de *ius cogens*, y que a ellas deberá atenerse el Registrador en el desenvolvimiento de su actuación (cfr. arts. 9 de la Constitución Española, 1 y 6 del Código Civil y 296 de la Ley Hipotecaria; *b)* Que entre estas normas destaca la establecida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual la calificación registral deberá fundarse exclusivamente en lo que resulte del título o de los libros a su cargo, sin tener en cuenta los datos que le consten por conocimiento personal ni, menos aún, títulos que siendo inscribibles no hubieran sido inscritos (cfr. arts. 13, 17 y 32 de la Ley Hipotecaria); *c)* Que no se han opuesto al documento calificado otros defectos, y que el Registro publica una titularidad plena y libre a favor del vendedor de la finca vendida al no existir ningún asiento, ni principal ni provisional, que venga a cuestionar sus facultades dispositivas; habrá de revocarse el defecto impugnado; sin que pueda alegarse en contra la existencia de esa resolución del Juzgado de Instrucción número 24 de Madrid que, por razones que no son del caso analizar ahora, no produjeron ningún asiento registral y, por tanto, no puede ser tenida en consideración; ni tampoco un pretendido deber de colaborar con la Administración de Justicia, deber que sobre ser indudable (cfr. art. 118 de la Constitución Española), debe canalizarse registralmente a través de los cauces que el propio Ordenamiento establece al efecto, a fin de coordinarse con el necesario respeto y salvaguarda de los intereses de terceros ajenos al procedimiento judicial, de modo que omitidas las medidas legalmente previstas al efecto (por ejemplo, la prohibición de disponer debidamente anotada), ello no puede producirse después en perjuicio de terceros que confiaron en unos pronunciamientos registrales —que se presumen exactos y válidos en tanto no sean desvirtuados judicialmente, según declara el art. 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria— que garantizaban la libre disponibilidad por el vendedor del inmueble cuestionado.

Por lo demás, no cabe invocar la aplicación del artículo 432.1.d) del Reglamento Hipotecario, precepto que con independencia de su acierto y legalidad —lo que aquí no ha de prejuzgarse— contempla la hipótesis de presentación del mandamiento judicial en ese artículo contemplado, después de la enajenación otorgada por el querellado pero antes de su inscripción, supuesto distinto del ahora debatido, cual es, la oponibilidad a tercero de una resolución judicial no inscrita ni anotada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado.

Madrid, 30 de septiembre de 2000.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Excma. Sra. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

La doctrina contenida en esta Resolución en cuanto a que el Registrador al realizar la calificación, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, debe atenerse sólo a los datos resultantes del título presentado y de los libros del Registro, es, en principio, impecable; sigue la línea marcada en otras varias anteriores. Si en el folio de la finca no aparecen cargas o limitaciones para disponer del dominio, aunque existan en la realidad, no se producen efectos frente a terceros, tal como disponen los artículos 13 y 32 de la Ley.

Hasta aquí, todo claro. Pero no hay regla sin excepción, como puede suceder en este caso, cuyas circunstancias concurrentes es preciso tener en cuenta para mejor enjuiciar la actuación del Registrador que suspende la inscripción solicitada y que da lugar al recurso.

Las actuaciones, un tanto complejas, arrancan del Auto dictado el 19 de febrero de 1982 por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, por el que se declara en situación de quiebra necesaria a la Sociedad Mercantil «C., S.A.», dueña de las fincas en cuestión. Pero, por otro Auto del mismo Juzgado de 29 de mayo de 1989, se autorizó a la sindicatura de la quiebra para enajenar parcelas con ciertos requisitos, cumplidos los cuales se inscribieron las ventas efectuadas durante el intervalo de casi un año que transcurrió hasta la revocación de dicho Auto permisivo, que tuvo lugar por providencia de 17 de enero de 1990.

Poco tiempo después, el 22 de junio de 1992, entra en juego la vía penal, pues el Juzgado de Instrucción número 24 de Madrid dirige al Registro un mandamiento en el cual se hace constar que se siguen diligencias previas por querrella interpuesta contra los representantes de dicha sociedad propietaria, acusados de falsedad de documentos y otros delitos. En consecuencia se ordena que, con relación a setenta parcelas que se relacionan, se abstenga el Registrador de practicar operación alguna de inscripción, limitándose a extender asiento de presentación y prorrogar su vigencia hasta la terminación de la causa. Como puede verse, sin citarlo expresamente, el Juzgado acude al artículo 432.1.ºd) del Reglamento Hipotecario.

Este mandamiento no se anotó porque, como dijo el Registrador en su nota de calificación, «no se determinaban con precisión el o los asientos a practicar, que cabe deducir pudieran ser los de anotación preventiva de prohibición de disponer, a que se refieren los artículos 26.2.º de la Ley Hipotecaria en relación con el 164.4.º y 9.º de su Reglamento». Contra esta nota no se interpuso recurso alguno. Además, por el Registrador se comunicó al Juzgado el contenido de la misma nota calificadora, explicando la conveniencia de procederse a la anotación de prohibición de disponer. No hubo respuesta alguna. Por otro lado, tampoco cabía anotar la querrella por sí sola, que no se acepta por la generalidad de la doctrina ni por la propia Dirección General, como se ha resuelto con fechas 1 de abril de 1941, 9, 10 y 11 de diciembre de 1992, y 13 de diciembre de 2000.

La situación se complica más cuando, con fecha 31 de mayo de 1995, cierto señor, alegando ser titular de una parte de las acciones de la entidad quebrada y por tener interés directo en conservar el patrimonio de la misma, dirige escrito a la Dirección General denunciando que el Registrador había inscrito la venta de varias parcelas, posiblemente en el intervalo permisivo dicho; en el expediente quedó probada que la actuación del Registrador había

sido correcta y se acordó el archivo de las actuaciones. De todos modos, fue un aviso de la situación y una evidente prevención para lo sucesivo.

En efecto, todo esto supone que, aparte de la notoriedad evidente del caso, tanto en San Sebastián de los Reyes como en Colmenar Viejo, lugares por los que se extiende la problemática urbanización, existía en el Registro la suficiente constancia documental de la situación anormal de la sociedad y de sus representantes en cuanto a sus facultades de disposición. Por ello, al presentarse nuevas escrituras, la actuación normal y más aconsejable era comunicarlo al Juzgado de Instrucción que conoce de la querella para que dispusiese en consecuencia.

Creemos que no hubo oficiosidad, sino prudencia, en el Registrador, y que dio como resultado que dicho Juzgado de Instrucción haya confirmado en toda su vigencia el mandamiento de 1990, que ordenaba abstenerse de practicar operaciones sobre estas fincas.

Con razón, en el informe al recurso, el Registrador aducía que se trataba de defender al adquirente, que no pidió los normales informes previos, de la posibilidad de que su compra pudiera quedar enervada por una posible retroacción de la quiebra, pues en esa hipótesis el artículo 878 del Código de Comercio no deja resquicio alguno para evitar la nulidad absoluta de tal enajenación, con efectos incluso respecto a terceros, según jurisprudencia reiterada. Entre las medidas cautelares de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 727, se pueden incluir en su número 6.º «otras anotaciones registrales en los casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución».

Otra cosa es si realmente el procedimiento adecuado hubiera sido el artículo 432 del Reglamento Hipotecario, que se rechaza en la Resolución, o más bien una anotación de prohibición de disponer. Lo cierto es que ante un mandamiento tan tajante, en el que se reitera el prohibitivo de 1990, el Registrador no tiene otra opción que la de colaborar con la autoridad judicial y acatar lo ordenado.

Sobre si para calificar se puede acudir a otras fuentes de información distintas de los propios asientos, en algunas ocasiones la Dirección General se ha mostrado receptiva en cuanto a admitir otros documentos obrantes en la oficina. Así se puede ver, entre otras, en las Resoluciones de 17 de marzo de 1917, 9 de marzo de 1942, 31 de marzo de 1950, 22 de octubre de 1952, 11 de marzo de 1978, 11 de octubre de 1985 y 17 de febrero de 1986.

Pero hay dos Resoluciones en las que se declara que pese al inadecuado tecnicismo empleado por la autoridad judicial, el Registrador debe prestar el debido acatamiento, colaborando con la justicia.

Así, en la de 2 de diciembre de 1994, se declara que: «examinadas detenidamente las particularidades del asunto planteado en este recurso y contrastadas las disposiciones legales, puede establecerse la regla de que el Registrador en presencia de un mandamiento judicial que acredite la existencia de indicios racionales de que, con ocasión del título presentado, se ha perpetrado un delito que origina la formación de un sumario, ordenándole en consecuencia, a pesar del inadecuado tecnicismo empleado, que se abstenga de realizar operación alguna en el Registro, debe prestar el debido acatamiento al mandato judicial colaborando con su actuación al esclarecimiento de los hechos; pero extendiendo, en todo caso, el asiento de presentación prorrogable por medio de la nota prevenida en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que protegerá cumplidamente los derechos del particular y los conservará vigentes hasta la terminación del procedimiento».

Y en la Resolución de 18 de octubre de 1955, también se confirma la nota del Registrador que suspende la inscripción de un título porque el Juez de Instrucción ha ordenado al Registro abstenerse de practicar operaciones en las que haya intervenido el procesado, abstención que se mantendrá vigente hasta la terminación del sumario, prorrogándose el asiento hasta tal conclusión. En su último considerando se declara que «examinadas con minuciosidad las particularidades que concurren en el expediente, contrastadas con los preceptos legales y con el espíritu informador, del artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es evidente que el Registrador debe prestar su ministerio y la cooperación precisa al Juez Instructor con el fin de restablecer el derecho violado y, en consecuencia, debe acatar el mandamiento judicial, sin que pueda suponer obstáculo para ello que adolezca de un deficiente tecnicismo hipotecario, y una vez extendido el asiento de presentación correspondiente, podrá prorrogar su vigencia por medio de nota hasta la terminación de la causa».

En resumen, los antecedentes de hecho eran lo suficientemente claros y ante la posible duda de que incluso se pudiera cometer algún delito, el Registrador comunica el dato a la autoridad judicial (así lo manda el art. 104 del Reglamento Hipotecario) y ante el rotundo mandato del Juez de Instrucción suspende el despacho del documento en una actitud que nos parece razonable.

Bien está que lo que no aparece en el Registro no debe afectar a terceros, pero también es importante la seguridad jurídica, y aquí se trataba de defenderla. Por ello creemos que la actitud del Registrador, repetimos, debe considerarse la acertada; así se declaró expresamente en las dos Resoluciones que hemos citado.

Como dato final, digamos que el recurrente había ya obtenido la inscripción que deseaba con fecha 14 de noviembre de 1997, casi tres años antes de la Resolución, pues el Juzgado de Instrucción comunicó que había dejado sin efecto la medida cautelar acordada que motivó la suspensión de la inscripción y la prórroga del asiento de presentación. Lo procedente es que se hubiera desistido del recurso, pero no se hizo.

F. C. D.

OBJETO SOCIAL. DETERMINACION.—AL SEÑALAR QUE LA SOCIEDAD EJERCE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS AGENCIAS DE VIAJES QUEDA PERFECTAMENTE DELIMITADO SU AMBITO DE ACTUACION.
(RESOLUCIÓN DE 7 DE ABRIL DE 1999. BOE DE 11 DE MAYO DE 1999.)

RESOLUCION de 7 de abril de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel Angel Rueda Pérez, Notario de Valencia, contra la negativa de la Registradora Mercantil de Valencia, número II, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano, a inscribir la escritura de adaptación a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de una sociedad de responsabilidad limitada.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel Angel Rueda Pérez, Notario de Valencia, contra la negativa de la Registradora Mercantil de Valencia, número II, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano, a inscribir la

escritura de adaptación a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos.—I. El 11 de diciembre de 1997, mediante escritura otorgada ante el Notario de Valencia, don Manuel Angel Rueda Pérez, la entidad mercantil «Viajes Sicania, Sociedad Limitada» formalizó los acuerdos adoptados en la reunión de la Junta general universal de 10 de diciembre de 1997, de adaptación de la sociedad y los Estatutos por los que se rige a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de modificación y refundición de los Estatutos en un solo texto. El artículo 2 de los referidos estatutos regula el objeto de la sociedad y dice en el apartado A, que: «Tiene por objeto único y exclusivo el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes, grupo minorista».

II. Presentada la citada escritura en el Registro Mercantil de Valencia fue objeto de la siguiente calificación: «No admitida la inscripción del presente documento por observarse el defecto siguiente: Falta la determinación de las actividades que constituyen el objeto social contra el artículo 178 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que el artículo 3 del Decreto del Gobierno valenciano 20/1997, de 11 de febrero, establece con carácter disyuntivo dos tipos de agencias minoristas y de su artículo 2 resultan unas actividades que son exclusivas de las agencias de viajes y otras que son de carácter opcional sin que se determine cuáles realiza esta sociedad conforme a lo referido a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 1991. Es insubsanable. Contra esta nota puede interponerse recurso de reforma en el término de dos meses ante el propio Registrador y contra la decisión adoptada el de alzada ante la Dirección General en término de otro mes desde la notificación de la anterior decisión conforme a los artículos 66 y 71 del Reglamento del Registro Mercantil. Valencia, a 2 de febrero de 1998. La Registradora Mercantil número II. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que el artículo 3 del Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto del Gobierno Valenciano 20/1997, no establece con carácter disyuntivo dos tipos de agencias minoristas. Que así lo aprueba el hecho de que el título-licencia que expide la Agencia Valenciana de Turismo es único para toda clase de agencias minoristas, no existiendo títulos diferentes. Que ello es así para las sociedades que se constituyen ex novo para el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes, pero con más razón en los casos, como el presente, en que de lo que se trata es de adaptar a la vigente legislación mercantil una sociedad ya existente, que desarrolla todas las actividades propias de las agencias minoristas, es decir, todas las del artículo 3 del Reglamento citado y cuyo objeto social, hasta ahora vigente e inscrito en el Registro Mercantil, es literalmente el mismo que consta en los nuevos Estatutos resultantes de la adaptación. 2. Que las actividades que la agencia de viajes puede realizar son las enumeradas en el artículo 3 del Reglamento. Que las citadas en el apartado 1 lo son en régimen de exclusividad y las contenidas en el apartado 3 son facultativas. Ello quiere decir que las agencias de viajes valencianas podrán desarrollar esas facultades facultativas si así lo desean y deciden, pero es desorbitado exigir que tal decisión figure en el artículo estatutario regulador del objeto social, pues no hay ningún precepto legal que así lo imponga y tampoco resulta de la Resolución de 18 de febrero de 1991.

IV. La Registradora Mercantil de Valencia número II decidió mantener la calificación e informó: 1. Que de la lectura del artículo 3 del Decreto 20/1997, de 11 de febrero, se deduce que existen dos tipos de agencias de viajes minoristas con objeto social distinto, ya que el objeto de las primeras es la comercialización del producto de las mayoristas, mientras que el de las segundas es proyectar, elaborar y organizar toda clase de servicios turísticos con la limitación de no poder ofrecer sus productos a otras agencias de viajes. 2. Que este supuesto es semejante al de la Resolución de 18 de febrero de 1981, ya que el objeto social constaba inscrito en los términos que recoge la escritura de adaptación conforme a la normativa legal existente al tiempo de la inscripción, mas esta normativa ha cambiado por el Decreto del Gobierno Valenciano mencionado en la nota de calificación y como consecuencia de ello, el objeto ha de calificarse con arreglo a la normativa actual. 3. Que la enumeración de las actividades de competencia exclusiva y las de carácter facultativo no resultan del artículo 3 del Decreto sino del artículo 2. Que el recurrente olvida el contenido del artículo 178 del Reglamento del Registro Mercantil. Que el Decreto determina en el artículo 2, apartado 2, cuáles son las facultades exclusivas de esas sociedades, pero ello no quiere decir que todas las agencias de viajes hayan de realizarlas todas, e igual ocurre con las facultativas. Que la determinación de cuáles de ellas o todas han de ser ejercitadas por la sociedad han de constar en los Estatutos, tal como exige el artículo 178 del Reglamento del Registro Mercantil, pues no cabe la presunción de que han de ser unas y otras. Que como corroboración de lo expuesto, hay que citar la Resolución de 6 de abril de 1995, cuya similitud a este caso es total.

V. El Notario recurrente se alzó contra la anterior decisión, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que conforme a la exposición de motivos y el artículo 3 del Decreto 20/1997, de 11 de febrero, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunidad Valenciana, resulta la existencia de un solo grupo de agencias minoristas, sin que quepan subgrupos o tipos diferentes como pretende la Registradora en su nota y en su escrito de decisión. Que la interpretación anterior coincide con la que a tales preceptos atribuye la Agencia Valenciana de Turismo, según escrito que se acompaña al presente recurso. Que esta conclusión lo es en el ámbito administrativo, a los solos efectos de la concesión de título-licencia. Que se considera que dicha conclusión es también aplicable al ámbito mercantil y, concretamente, al registral, pues resultaría incoherente la reducción del ámbito del objeto social de la agencia de viajes minorista, sin que ello tuviera su reflejo similar en el título-licencia que sería uniforme a pesar de esa reducción objetiva, induciendo así confusiones en los terceros. Que hay que recordar el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que parece olvidarse al defender la incomunicación entre el ámbito administrativo y el registral, bajo el pretexto de la independencia en la calificación. Que en cuanto al segundo de los defectos atribuidos en la nota y en el escrito de decisión, la conclusión debe ser idéntica. Que una de las importantes novedades del Decreto 20/1997 es la supresión de la exigencia del carácter «único» del objeto de las sociedades agencias de viajes. El artículo 2 del Decreto exige el carácter exclusivo del objeto o fines de las agencias de viajes que enumera en su apartado 1; y, por otra parte, las actividades facultativas que enumera el artículo 2, apartado 3, están excluidas de este carácter exclusivo de las anteriores, tales actividades pueden ser desarrolladas por cualquier sociedad, sea o no agencia de viajes. Que, por tanto, dentro del objeto de una sociedad de

agencia de viajes están comprendidas por disposición legal las actividades del artículo 2.1; pero pueden desarrollarse muchas más, como las que enumera el apartado 3 del mismo artículo. Esta es la conclusión a la que llega la Agencia Valenciana de Turismo. Que no es argumento la doctrina de la Resolución de 6 de abril de 1995 que alega la Registradora.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 178 del Reglamento del Registro Mercantil y 3 del Decreto de Gobierno de la Generalidad Valenciana, de 11 de febrero de 1997, y la Resolución de 18 de febrero de 1991.

1. Se deniega la inscripción de una escritura de adaptación de Estatutos de una sociedad limitada en la que no se modifica el artículo correspondiente al objeto social, que reproduce el texto ya inscrito en el Registro Mercantil.

Dicho precepto establece en su apartado A) que la sociedad «tiene por objeto único y exclusivo el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes, grupo minorista».

Alega la Registradora, como defecto insubsanable, que falta determinación de las actividades que constituyen el objeto social, ya que la normativa administrativa autonómica establece, a su juicio, con carácter disyuntivo, dos tipos de agencias minoristas resultando unas actividades exclusivas y otras opcionales sin que se concrete en el título cuáles realiza.

2. Dos cuestiones deben atenderse en la resolución del presente recurso.

La primera, ya resuelta por este Centro Directivo, se refiere a la posibilidad misma de calificar una cláusula inscrita, con ocasión de la adaptación de los Estatutos a la legalidad sobrevenida.

Como ya indicase la Resolución de 18 de febrero de 1991, no cabe invocar la validez del acto inscrito en el Registro Mercantil para limitar la calificación de los artículos estatutarios que no experimenten modificación respecto de su contenido anterior, pues es evidente que dicha presunción no puede operar con referencia a la legislación vigente en el momento de practicarse la respectiva calificación por lo que procede su revisión a la luz de la normativa actual en cuanto son reafirmadas por la voluntad social en el acuerdo de adaptación.

3. Establecida la posibilidad de calificación, el fondo del asunto consiste en decidir si el marco de actividades descrito en la citada cláusula estatutaria supone una vulneración del artículo 178 del RRM, en cuanto pudiera entenderse que existe indeterminación en las actividades que integran el objeto social.

Al respecto es claro que delimitado el objeto social al ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes, grupo minorista, queda perfectamente determinado el ámbito de actividades económicas de la sociedad e incluso su segmento dentro de éste —actuación directa frente al usuario o consumidor.

4. Contra lo anterior no cabe alegar una eventual interpretación restrictiva de la normativa administrativa vigente en determinada Comunidad Autónoma. La sociedad puede actuar en todo el territorio del Estado sin tener que ceñir, en forma necesaria, su ámbito de operaciones al lugar donde se sitúa su domicilio social, razón por la que no procede fundamentar la denegación de inscripción en una norma administrativa autonómica.

Además debe tenerse presente que el párrafo B) del artículo calificado establece que «quedan excluidas aquellas actividades reguladas por disposiciones específicas o para cuya ejecución se exijan requisitos que no cumpla esta sociedad», lo que salvaría cualquier eventual colisión con normativas específicas.

Siendo en sí mismas suficientes las anteriores consideraciones para determinar la corrección del objeto social en los términos en que está redactado consta, a mayor abundamiento, en el expediente un informe del organismo autonómico competente en el que considera conforme al debatido artículo 3 del Decreto 20/1997, de 11 de febrero, de la Generalidad Valenciana, el objeto social tal como ha sido redactado, de suerte que desde aquella normativa no precisaría mayor concreción.

Esta Dirección General ha acordado admitir el recurso interpuesto revocando la nota y acuerdo del Registrador.

Madrid, 7 de abril de 1999.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Señora Registradora Mercantil de Valencia número II.

COMENTARIO

Debo pedir disculpas anticipadamente al lector por la realización de este comentario, ya que dado el vínculo familiar que me une con la Registradora que realizó la calificación es evidente que carezco de la imparcialidad necesaria para un estudio objetivo de las cuestiones planteadas, mas algunas de ellas resultan de tanta trascendencia que no he podido resistir la tentación de pronunciarme, siempre con el respeto debido a las contrarias.

El supuesto de hecho es sencillo, pues se trata de la inscripción de una escritura de adaptación de estatutos en la que el objeto social, coincidente con el que consta inscrito anteriormente, dice: «**Tiene por objeto único y exclusivo el ejercicio de las actividades propias de las Agencias de viajes Grupo minorista**».

I. Centrando la cuestión, lo primero que debemos examinar es la nota de calificación que aparece transcrita literalmente en el HECHO II de la Resolución, que dice: «**No admitida la inscripción del presente documento por observarse el defecto siguiente: Falta de determinación de las actividades que constituyen el objeto social contra el artículo 178 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que el artículo 3 del Decreto del Gobierno Valenciano 20/1997, de 11 de febrero, establece con carácter disyuntivo dos tipos de agencias minoristas y de su artículo 2 resultan unas actividades que son exclusivas de las agencias de viajes y otras que son de carácter opcional, sin que se determine cuáles realiza esta sociedad conforme lo referido a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18-2-91. Es insubsanable**».

Como vemos señala como único defecto la indeterminación de las actividades que constituyen el objeto social contra el artículo 178 del Reglamento del Registro Mercantil, al existir dos tipos de agencias de viajes minoristas, según resulta del texto del artículo 3 del Decreto del Gobierno Valenciano de 20-2-1997. Resulta por tanto imprescindible examinar el texto del referido Decreto, aunque, como veremos posteriormente, para la Dirección General, el mismo carece de relevancia.

Dice el artículo 3 del mismo en la parte que afecta a la cuestión planteada: «**Mayoristas: Son aquéllas que proyectan, elaboran y organizan toda clase de servicios turísticos para su ofrecimiento a las agencias minoristas,**

no pudiendo ofrecer sus productos directamente al usuario o consumidor». «Minoristas: Son aquéllas que, o bien comercializan el producto de las agencias mayoristas, vendiéndolo directamente al usuario o consumidor, o bien, proyectan, elaboran, organizan y/o venden toda clase de servicios turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias de viajes».

Del texto transcrito parece fácilmente deducible que existen dos actividades de minoristas, completamente diferenciadas en el mismo, avalada no sólo por la circunstancia de que ambas están claramente separadas por las conjunciones disyuntivas «o bien» (y es claro que disyunción significa o una cosa u otra, pero no ambas, ya que en tal caso lo utilizable sería la copulativa «y» como el propio precepto transcrito confirma cuando se refiere a la venta de servicios turísticos, en el que expresa tanto la disyuntiva como la copulativa para comprender ambas clases de operaciones), sino también porque del contenido del mismo resulta que las actividades quedan perfectamente definidas, y así vemos que la actividad de las primeras es simplemente la comercialización de los productos de las mayoristas, dada la limitación que a las mismas impone el propio precepto, al disponer que las mayoristas no pueden ofrecer sus productos directamente al usuario o consumidor. Pues bien, si las mayoristas no pueden realizar el ofrecimiento de sus productos al usuario o consumidor sino que han de hacerlo sólo a las minoristas, la actividad de las minoristas en su primera modalidad es la de realizar simplemente la comercialización de los productos de las mayoristas. O lo que es lo mismo: en esta modalidad la minorista no crea nada por sí, sino que simplemente pone en circulación lo creado por la mayorista y a eso queda limitada su actividad, ya que aquélla no puede hacerlo directamente. Es pues su actividad la comercialización de los productos de las mayoristas, vendiéndolo directamente al usuario. Ambas normas, como vemos, se complementan perfectamente. La mayorista crea el producto, pero no puede ofrecerlo al usuario o consumidor. La minorista es la que realiza esta segunda parte mediante la venta del producto creado por aquélla.

Actividad completamente distinta es la de la segunda modalidad de agencia minorista a que se refiere el precepto comentado y que se concreta, según el texto, en las que **«proyectan, elaboran, organizan y/o venden toda clase de servicios turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias de viajes»**. Aquí, como vemos, las actividades son similares a las que el mismo artículo señala para las agencias mayoristas, pero con una clara diferenciación respecto a aquéllas, manifestado en dos facetas diferentes, a saber: **la primera**, la de que esta actividad la realizan directamente respecto al usuario o consumidor, lo que está vedado a aquéllas; la segunda, la de que tales productos no pueden ser ofrecidos a otras agencias de viajes, al contrario que sucede con las mayoristas que sí han de hacerlo.

El precepto así resulta armónico y congruente y claramente diferenciadas las actividades de unas y otras, que simplificado quedaría así: Mayoristas: creación del producto para su comercialización por minoristas.

1. Minorista: Comercializadora del producto de las mayoristas.

2. Minorista: Creación del producto para ofrecimiento directo al consumidor, pero no a otras agencias.

II. Veamos ahora la postura de la Resolución de la Dirección General en este punto que aparece recogida en el Fundamento de Derecho 3, que nos dice: **«Al respecto es claro que delimitado el objeto social al ejercicio de**

las actividades propias de las agencias de viajes, grupo minorista, queda perfectamente determinado el ámbito de actividades económicas de la sociedad e incluso su segmento dentro de éste, actuación directa frente al usuario o consumidor».

La redacción nos parece de una confusión extraordinaria. En primer lugar, porque si es clara la delimitación del objeto social de las agencias de viajes, tal claridad, como hemos visto, pasa por diferenciar dos actividades distintas de las agencias minoristas y en ambas con actuación directa frente al consumidor. El que el producto sea transmisible directamente al consumidor o usuario no implica necesariamente que éste sea creado por la minorista y ésta sólo podrá hacerlo si dentro de su actividad contenida en el objeto social está comprendida la creación del producto. Es precisamente la redacción del artículo de los Estatutos la que debe concretar si la sociedad puede realizar el producto y transmitirlo o si, por el contrario, sólo puede realizar la actividad de comercializar los productos de las mayoristas, por consiguiente, entendemos que no sería admisible, como parece deducirse de la Resolución, un objeto que dijese que consiste en la actuación directa frente al usuario o consumidor de las actividades de agencias de viajes minoristas que aparecen diferenciadas por la disyuntiva antes comentada. De ahí la afirmación de la nota de calificación de que existe indeterminación de las actividades que constituyen el objeto social, contra el artículo 178 del Reglamento del Registro Mercantil.

III. Siendo lo expuesto importante no lo es menos lo que resulta del Fundamento de Derecho 4 de la Resolución, que nos deja sumidos en una tremenda confusión cuando nos dice: **«Contra lo anterior no cabe alegar una eventual interpretación restrictiva de la normativa administrativa en materia de su competencia vigente en determinada Comunidad Autónoma. La Sociedad puede actuar en todo el territorio del Estado, sin tener que ceñir, en forma necesaria, su ámbito de operaciones al lugar donde se sitúa su domicilio social, razón por la que no procede fundamentar la denegación de inscripción en una norma administrativa autonómica».**

Es claro que la Dirección General, según se deduce de lo subrayado por nosotros, entiende que no cabe fundar la denegación de inscripción basándose en una norma administrativa autonómica. La afirmación nos parece que va demasiado lejos y no resultará muy agradable a catalanes, vascos, valencianos, andaluces, etc., porque deja en entredicho la posibilidad de aplicar en la calificación las normas dictadas por las respectivas autonomías en materia cuya transferencia les ha sido concedida, y parece ser que la fundamentación de tal afirmación reside en la circunstancia de que la sociedad puede actuar en todo el territorio del Estado.

El Decreto 20/1997, de 11 de febrero, aprueba el Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunidad Valenciana. Hay, pues, que delimitar cuáles son las agencias de viajes de la Comunidad Valenciana, ya que a ellas está destinado el Decreto en uso de la facultad de legislar tal materia en ejercicio de la competencia exclusiva que ostenta el Gobierno Valenciano, y dado que tal materia no aparece regulada en el Decreto, hay que acudir a las fuentes generales, entre las que nos encontramos con el artículo 28 del Código Civil, que nos dice **«que las Corporaciones, fundaciones y asociaciones reconocidas por la Ley y domiciliadas en España gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código».** Así ya sabemos que el domicilio determina la nacionalidad. Lo confirman, igualmente, los

artículos 5.º y 7.º, respectivamente, de las Leyes de S.A. y S.L. respectivamente, y el artículo 14 del Código Civil nos dice que la sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil. Parece ser que es únicamente el domicilio social el que determina nacionalidad y vecindad, luego si algún ámbito de aplicabilidad han de tener las normas legislativas dictadas por las Comunidades Autónomas en materias de su competencia exclusiva, ha de ser para las sociedades que estén domiciliadas en su territorio, independientemente de que las actividades puedan desarrollarse fuera del mismo e incluso en el extranjero mediante las correspondientes sucursales. La postura contraria nos conduciría al absurdo de que tales normas carecerían de aplicación, sin que por tanto consideremos acertado el argumento de que la sociedad realiza sus actividades en todo el territorio del Estado, pues también las realiza dentro del territorio de la Comunidad Autónoma y resulta lógico que si ello es así habrá de acomodarse también a tal legislación, salvo que expresamente se hubiese excluido del ejercicio de la actividad un territorio determinado o se hubieren determinado actividades distintas según el territorio en que se efectúen. La Resolución de la propia Dirección General de 18-2-99 ha admitido claramente este último supuesto, y por consiguiente consideramos que tales normas autonómicas son de aplicación y pueden fundamentar la nota de calificación. Son numerosas las normas especiales autonómicas referentes a turismo, salones recreativos, máquinas recreativas y de azar, cooperativas, etc., que quedarían sin efecto de sostener la interpretación del Centro Directivo, ya que las limitaciones territoriales en el ámbito de actuación de las sociedades son excepcionales y la mayoría operan en todo el territorio nacional.

IV. Siguiendo con el comentario del Fundamento de Derecho 4, añade éste que al expresar el apartado B) del artículo calificado que **«quedan excluidas aquellas actividades reguladas por disposiciones específicas o para cuya ejecución se exijan requisitos que no cumplan esta sociedad»** salva ello cualquier eventual colisión con normativas específicas.

A nuestro modesto juicio nada tiene esto que ver con el defecto que señala la nota de calificación, que es únicamente la falta de determinación de las actividades que constituyen el objeto social contra el artículo 178 del Reglamento. Si las actividades están indeterminadas, la cláusula genérica de exclusión es totalmente inoperante. Esta cláusula tiene utilidad cuando estando determinadas las actividades en un concepto genérico se comprende alguna sujeta a norma especial, así por ejemplo, intermediación en el comercio, que comprendería, no obstante, estar perfectamente determinada la actividad, las actividades de agencias de valores, agentes de la propiedad inmobiliaria, agentes de cambio y bolsa, etc.; transportes que comprendería tanto el de personas como el de mercancías y el aéreo, marítimo y terrestre, etc., pero no es de aplicación cuando es la propia actividad social la que resulta indeterminada, y ese es el único defecto que señala la nota de calificación, todo lo demás que expresa la misma no es más que una simple aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.3 del Reglamento que exige no sólo la expresión de la norma infringida (art. 178 del Reglamento), sino también la expresión clara, sucinta y razonada del defecto.

V. Por último, el comentado fundamento de derecho añade en su último párrafo, que a mayor abundamiento consta en el expediente informe del organismo autonómico competente que considera conforme al debatido artículo 3 del Decreto el objeto social tal como ha sido redactado.

Algunas consideraciones hay que hacer con relación a este punto y son las siguientes:

a) Que el referido informe no está realizado por el Gobierno valenciano, sino por quien expresa ser el Jefe del servicio de ordenación, sin que éste tenga atribuidas las funciones de interpretación de las normas del Gobierno, ni se conozca su titulación.

b) Que la circunstancia de que sólo exista un título igual para todas las agencias de viajes minoristas, que es el argumento del informe, en nada altera la calificación registral. Esa unidad de título administrativo es lógica por cuanto, tanto minoristas son las comercializadoras de productos de las mayoristas, como las otras, aún cuando las actividades sean distintas, pues bajo el mismo epígrafe las comprende el artículo 3 del Decreto y por tanto único ha de ser el título administrativo, independientemente de que el objeto de su actividad sea distinto en unas y otras.

c) Que la determinación de las actividades de la sociedad donde ha de constar es en los Estatutos de la sociedad, tal como exige el artículo 13.b) de la Ley y la calificación de su contenido es competencia del Registro Mercantil.

d) Que el referido informe, emitido a petición exclusiva del notario recurrente, se presenta conjuntamente con el escrito de interposición del recurso de alzada ante la Dirección General y no al tiempo de la presentación del documento para la extensión de la nota de calificación, por lo que no podía tenerse en cuenta para la resolución del recurso, como reiteradamente tiene declarado la propia Dirección General en Resoluciones de 23-6-64, 15-7-71, 16-12-85, 17-12-91, 29-12-92, 27-3-99 y 24-4-99 y dispone el artículo 68 del Reglamento, ya que en la misma sólo pueden tenerse en cuenta los documentos tenidos a la vista al extender la nota de calificación y aún cuando el mismo sea extendido por persona con calificación jurídica adecuada, en modo alguno puede ser norma que vincule al Registrador para la calificación que es competencia exclusiva del mismo, conforme al artículo 6 del Reglamento.

Resulta sorprendente que en el transcurso de menos de un mes la Dirección General haya cambiado de criterio dos veces. Como vemos en la enumeración de las Resoluciones que han sostenido la imposibilidad de tener en cuenta los documentos no presentados al tiempo de efectuar la calificación el Registrador, están las de 27-3-99 y 24-4-99. Pues bien, en medio de ambas está la de 7-4-99, objeto de este comentario que, de hecho, sostiene la postura contraria. Resolución que no dudamos en calificar de excepcional, habida cuenta de la claridad con que se pronuncia el artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil, pero es que, además, resulta poco congruente que no se admita como fundamento de la nota una norma dictada por la Comunidad Autónoma en materia de su competencia y que en cambio se admita un informe de un organismo de dicha Comunidad presentado extemporáneamente. De admitir esta posibilidad, no dudamos que proliferará la táctica denunciada por la Resolución de la Dirección General de 23-4-99 de interponer los recursos con una simplicidad extraordinaria, reservando para la alzada los documentos y argumentos de más entidad en una etapa en la que el Registrador carece de términos hábiles para intervenir.

e) El informe es irrelevante para la calificación registral, la propia Dirección General confirma este criterio en su Resolución de 16-4-95, que en un caso de absoluta similitud con el de la presente Resolución, sanciona la validez de la calificación del Registrador, «cualquiera que sea la práctica admi-

nistrativa que rija en la que pretende escudarse el recurrente». Se trataba de un supuesto de explotación de salas de bingo en las que el Registrador señalaba la indeterminación del objeto por la inclusión de las palabras «en su caso» respecto al mantenimiento y reparación. El recurrente se amparaba en que la autorización concedida por la Comisión Nacional del Juego para salas de bingo comprendía el objeto con tales palabras, más la Dirección General rechazó tal postura en los términos literales antes reproducidos.

VI. Para completar el estudio sólo resta añadir que aun cuando no se tenga en cuenta la legislación autonómica relativa a tal materia por considerarla no aplicable, según el contenido del fundamento de derecho estudiado y sólo se hubiese de aplicar el correspondiente a la legislación estatal, nos encontraríamos con que el artículo 3.º-3 del Real Decreto de 25-3-1988 tiene un contenido prácticamente idéntico al de la legislación autonómica, ya que dispone que, **«Son agencias minoristas aquellas que, o bien comercializan el producto de las agencias mayoristas proporcionándolo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan y/o suministran toda clase de servicios y paquetes turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias»**, con lo que la aplicación de esta norma nos llevaría a la misma situación que la de la aplicación de la normativa autonómica, que la Resolución declara no aplicable, o sea, a la indeterminación de las actividades que constituyen el objeto social.

VII. Siguiendo con el estudio de la nota de calificación, observamos que en ella se dice que del artículo 2 del comentado Decreto, **«resultan unas actividades que son de carácter opcional, sin que se determinen cuáles realiza esta sociedad»**, y así vemos que el referido artículo 2 establece: **«Artículo 2.—Objeto: 1. Son objeto o fines propios de las agencias de viajes con exclusividad, las siguientes:»** y a continuación bajo las letras *a)*, *b)*, *c)* y *d)* enumera las que tienen tal carácter.

En el apartado 2 nos dice: **«El ejercicio de las actividades, a que se refiere el apartado anterior, estará exclusivamente reservado a las agencias de viajes»**.

En el apartado 3 añade: **«Además de las actividades anteriormente enumeradas, las agencias de viajes están facultadas para prestar a sus clientes, en la forma señalada por la legislación vigente, los siguientes servicios:»** y a continuación enumera los mismos bajo las letras *a)* a *g)*.

Basta leer el contenido de los preceptos citados para comprender que tanto las actividades del apartado 1 como las del apartado 3 son susceptibles de ser realizadas por las agencias de viajes. Las primeras sólo pueden ser realizadas por tales agencias. Las otras pueden ser realizadas por otras sociedades, pero lo que también resulta claro de tales preceptos es que ni unas ni otras son de carácter obligatorio. No es lo mismo exclusivo que obligatorio. Cualquier agencia de viajes puede limitar su actividad a una cualquiera de las actividades del apartado 1 o a varias, y lo mismo resulta con las del apartado 3, sin tener necesariamente que ejercitar las restantes. La exclusividad impide a otras sociedades realizar las actividades del apartado 1, pero no obliga a la agencia de viajes a realizarlas todas. Para ello sería preciso que la norma dispusiese: **«El objeto social de las agencias será el siguiente»** o **«Constituirá el objeto social de las agencias de viajes el siguiente:»**, pero no es eso lo que dispone la norma, ya que lo único que hace es enumerar una serie

de actividades que sólo pueden realizar las agencias de viajes, pero sin imponer la obligatoriedad de realizarlas todas. Aquí el error de la Resolución es confundir exclusividad con obligatoriedad.

VIII. Cuestión que también aborda la Resolución es la necesidad de adecuar el objeto social inscrito a las modificaciones legislativas producidas con posterioridad a tal inscripción cuando se realiza la adaptación de Estatutos a una nueva Ley. La nota de calificación fundamenta en la Resolución de 18-2-91 la calificación efectuada, ya que la escritura de adaptación no modifica el objeto social inscrito, y este es precisamente uno de los argumentos que utiliza el Notario recurrente para impugnar la calificación. Nosotros dudamos de la bondad de la doctrina que resulta de la Resolución de 18-2-91, que ahora reitera la Dirección General en la que es objeto de este comentario, pero no cabe duda que los Registradores no tienen más remedio que ajustarse a la doctrina que resulta de las Resoluciones y eso es lo que hizo la Registradora, pero decimos que no estamos muy convencidos de la bondad de la misma por dos razones: **La primera** por la contundencia con que se pronuncia el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando nos dice: «**Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad**», y es claro que en estos casos no existe declaración judicial alguna, sino una simple calificación registral. Y **la segunda** por lo fácil que resulta eludir la aplicación de tal doctrina.

Para ello basta examinar la Disposición Transitoria segunda de la Ley de S.L., cuando dispone: «**Dentro del plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, las sociedades de responsabilidad limitada constituidas con anterioridad a la vigencia de la misma deberán adaptar a ella las disposiciones de las escrituras o estatutos sociales si estuvieran en contradicción con sus preceptos**». Parece pues evidente, según resulta de este texto, que la adaptación de los Estatutos ha de ser a la propia Ley de S.L. y no a otras, y así lo argumentó el Notario recurrente en la Resolución de 18-2-91 en una S.A., conforme al texto de la Disposición Transitoria TERCERA de la Ley de S.A. de contenido similar, más la Dirección General entendió que existía «**una voluntad social de adaptación de la norma estatutaria a la nueva legislación que, en cuanto a los artículos que se reproducen literalmente, implica una ratificación de su contenido con referencia al nuevo marco legislativo y es precisamente la valoración de esta efectiva adecuación de aquellos a ésta lo que el Registrador debe efectuar ahora en cumplimiento de la Disposición Transitoria tercera...**», y añade: «**Por otra parte, no cabe invocar en el caso considerado la presunción de validez del acto inscrito en el Registro Mercantil para decidir la calificación de los artículos estatutarios que no experimentan modificación respecto de su contenido anterior, pues es evidente que dicha presunción sólo puede operar con referencia a la legislación vigente en el momento de practicarse la respectiva calificación, y lo que ahora dispone la citada Disposición Transitoria tercera es la revisión y depuración del contenido registral a la luz de la nueva normativa promulgada**».

No cabe duda que el deseo de la Dirección General exigiendo la adaptación a toda la legislación vigente y no sólo a la Ley de S.A. (o S.L.) es loable, aunque no se ajuste exactamente a lo que literalmente dicen las Disposiciones Transitorias que sólo se refieren a las propias leyes que son objeto de modificación, y la nueva calificación de los artículos que reproducen idénticamente

otros existentes con anterioridad está, lógicamente, fundada en la circunstancia de que los acuerdos de adaptación simplemente dicen eso: **«adaptar los Estatutos a la nueva Ley»**, y a continuación transcriben literalmente todos los Estatutos, que unas veces coinciden parcialmente con los existentes con anterioridad y otras son de un contenido totalmente diferente, aunque algunos de sus artículos reproduzcan literalmente otros anteriores como los relativos a denominación, objeto, domicilio, capital y comienzo de operaciones, pero dado que su redacción es totalmente nueva, en virtud del acuerdo, el Registrador los califica íntegramente comprobando, a su vez, si alguno de los que requieren acuerdo de modificación expresa y específica han sido modificados. Mas aquí es donde surge la posibilidad de eludir la doctrina de la Resolución comentada, pues la Ley lo único que exige es que los Estatutos se adapten a ella, pero no impone en modo alguno una íntegra redacción de los Estatutos, con lo que para evitar la aplicación de tal doctrina bastaría con modificar y dar nueva redacción a aquellos artículos que resultan contrarios al texto de la nueva Ley, con lo que el Registrador sólo puede calificar la validez de aquellos artículos que contiene la escritura de adaptación y que generalmente afectan a materias relativas a las Juntas y órganos de administración. Parece por tanto algo duro que sí se transcriben todos los artículos, quepa calificar los no modificados y si sólo se transcriben los modificados aquellos otros escapen a la calificación. Quizá la redacción de las Disposiciones Transitorias deberían expresar la necesidad de la adaptación a la legislación vigente (genéricamente) y no a los preceptos de la propia Ley, con lo que se evitaría tal problemática.

Para finalizar este comentario debemos resaltar que no obstante la doctrina de la Resolución de la Dirección General de 6-6-91, que establece que los Registradores han de expresar en la nota los recursos procedentes contra la misma, el órgano ante el que pueden interponerse y el plazo para ello, es lo cierto que en la Resolución comentada (lo que es aplicable a todas las que actualmente se dictan) ninguna referencia se hace a tales cuestiones a pesar de que el nuevo artículo 131 del Reglamento Hipotecario, aplicable a los recursos en materia mercantil por la remisión contenida en el artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que **«La Resolución de la Dirección General será recurrible ante la legislación civil en el plazo de tres meses siguientes a su notificación»**.

Se nos dirá que el Reglamento Hipotecario sólo establece en su artículo 333.4 que en la nota de calificación se expresarán tales circunstancias, pero no las exige en la Resolución de la Dirección General, mas tampoco las exigía en la nota de calificación en la redacción anterior a la última reforma y sin embargo la Resolución de 6-6-91, antes citada, la exigió, por lo que parece consecuente que así se haga también en la Resolución. Por otra parte, la determinación del órgano ante quien ha de interponerse es cuestión de suma importancia que puede plantear situaciones curiosas, ya que puede suponer el que un Juez de 1.ª Instancia, si ante él ha de tramitarse el recurso, pueda revocar autos del Presidente de la Audiencia, confirmados por la Resolución de la Dirección General. Sobre las cuestiones que plantea este tipo de recurso, puede verse el trabajo de José Francisco Valls Gombau, publicado en el Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, número 82, correspondiente a los meses de enero y febrero de 1999, que aboga por la existencia de una única instancia ante las Salas Civiles de los Tribunales Superiores de Justicia y en su caso recurso de interés de Ley ante la Sala Civil del Tribunal

Supremo, con abreviación de trámites y limitación de medios probatorios, todo ello a introducir en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero que en la situación actual crea numerosos problemas respecto a competencia y tramitación.

E. C. F.

HIPOTECA. CANCELACION. EFICACIA RESPECTO A LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO POSTERIOR A LA CONSTITUCION DE LA HIPOTECA.—LA EXTINCION O «PURGA» QUE SE ORDENA EN LA REGLA 17.^a DEL ARTICULO 131 LH, NO SUPONE NECESARIAMENTE LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO POSTERIOR A LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA EJECUTADA. (RESOLUCIÓN DE 24 DE FEBRERO DE 2000. BOE DE 23 DE MARZO DE 2000.)

RESOLUCION de 24 de febrero de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Trinidad Cantos Galdámez, en nombre del «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Villanueva de los Infantes, don Daniel Gómez Robles, a cancelar determinadas cargas en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Trinidad Cantos Galdámez, en nombre del «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Villanueva de los Infantes, don Daniel Gómez Robles, a cancelar determinadas cargas en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 22 de junio de 1989, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Barcelona, don José Ramón Mallot Tova, el «Banco Bilbao Vizcaya (Suiza), Sociedad Anónima», concedió un préstamo en divisas a «Intertec, Sociedad Anónima», constituyéndose en garantía de su devolución, hipoteca de máximo sobre fincas propiedad del deudor, fincas registrales números 13.511 y 5.197 del Registro de la Propiedad de Villanueva de los Infantes. En la referida escritura pública de constitución de hipoteca, «Intertec, Sociedad Anónima» declaró expresamente que ambas fincas se encontraban libres de arrendatarios y en la cláusula 12.^a se establece entre las obligaciones del prestatario respecto a las fincas hipotecadas, que el mismo queda obligado a no ceder ni enajenar, total o parcialmente (salvo conformidad del Banco notificada fehacientemente), las fincas hipotecadas, ni a celebrar sobre ellas contratos de arrendamiento, tengan o no carácter de inscribibles en el Registro de la Propiedad, hasta tanto no haya sido cancelada totalmente la hipoteca. Dicha hipoteca fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Villanueva de los Infantes, con fecha 29 de junio de 1989.

El «Banco Bilbao Vizcaya (Suiza), Sociedad Anónima» tuvo que ejercitar la acción hipotecaria por el procedimiento sumario regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia de Villanueva de los Infantes, autos número 84/95.

Con posterioridad al inicio de la ejecución hipotecaria y la expedición de la certificación de cargas, el deudor formalizó un contrato de arrendamiento

de las fincas referidas mediante escritura pública ante el Notario de Madrid, don Luis Sánchez Marco, de fecha 17 de octubre de 1995, el cual se inscribe el 6 de mayo de 1997.

El 6 de junio de 1997, en el procedimiento judicial sumario se dictó auto de adjudicación de las dos fincas hipotecadas a favor del «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», que causó las inscripciones 22.^a y 16.^a en las respectivas hojas registrales de las fincas.

En cumplimiento de lo dispuesto en la regla 17.^a del artículo 139 de la Ley Hipotecaria, el Juzgado de Primera Instancia de Villanueva de los Infantes, con fecha 17 de junio de 1997, remitió mandamiento por duplicado al Registro de la Propiedad de dicha localidad, ordenando la cancelación de la hipoteca y la de todas las inscripciones posteriores.

II. Presentado el citado mandamiento en el Registro de la Propiedad de Villanueva de los Infantes, fue calificado con la siguiente nota: «Practicada la cancelación de la hipoteca en los siguientes: Tomo 1.252, libro 191, folio 53 vuelto. Finca 13511, inscripción 22.^a, y tomo 1.241, libros 190, folio 214 vuelto, finca 5197, inscripción 16.^a Denegándose la cancelación de las inscripciones 22.^a y 17.^a del derecho de arrendamiento sobre las mismas fincas por predicarse respecto de este derecho la subsistencia del mismo, no obstante los cambios de titularidad, conforme al artículo 74 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos del 31-12-80. Contra la presente nota podrá anteponerse recurso previsto en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario con los plazos y en la forma que en los mismos se indican ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Villanueva de los Infantes, a 22 de julio de 1997. El Registrador. Fdo. Daniel Gómez Robles».

III. El Procurador de los Tribunales, don Trinidad Cantos Galdámez, en representación del «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que la nota de calificación que se recurre deniega la cancelación de la inscripción de arrendamiento posterior a la hipoteca. Que tal calificación no distingue entre los efectos sustantivos y los hipotecarios o meramente registrales que conlleva la ejecución hipotecaria respecto al arrendamiento posterior inscrito. Que, en efecto, si la ejecución de la hipoteca extingue o no el arrendamiento posterior, es una cuestión que corresponde determinar a los Tribunales de Justicia en el procedimiento adecuado, sin que el Registrador tenga competencia para pronunciarse sobre su subsistencia o no, debiendo su calificación contraerse exclusivamente a la perspectiva registral. II. Los efectos sustantivos de la ejecución hipotecaria sobre los contratos de arrendamiento posteriores a la hipoteca. La posibilidad de su extinción. 1. Que a la luz de la actual doctrina y jurisprudencia, el arrendamiento posterior a la hipoteca es inoponible al adjudicatario del bien subastado en el sumario hipotecario, cuando tal arrendamiento es fraudulento o simulado. 1. La jurisprudencia tradicional. La doctrina clásica del Tribunal Supremo se contiene en las sentencias de 22 de diciembre de 1945, 22 de mayo de 1963, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, entre otras. 2. La moderna jurisprudencia. Esta tendencia doctrinal quiebra a partir de las conocidas sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1990, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991 y 23 de junio de 1992, dictadas todas ellas en relación con arrendamientos especialmente protegidos. Esta moderna corriente advierte que la no extinción de los arrendamientos posteriores sólo puede predicarse respecto de aquellos arrendamien-

tos que gocen de presunción de licitud. En este sentido hay que citar las sentencias de 20 de abril de 1995 y 9 de mayo de 1996. 3. La inicial doctrina del Tribunal Constitucional. Que en primera sentencia sobre la materia otorgó una protección preferente a los derechos del ejecutante en juicio sumario hipotecario. Sin embargo, en sentencia de 16 de enero de 1992 declaró que no es compatible con la legalidad constitucional el proceder en el seno del procedimiento sumario hipotecario al lanzamiento del arrendatario de una vivienda sin ser oído en juicio. Los fundamentos de dicha sentencia fueron reproducidos en la de 28 de febrero de 1995. 4. La modificación de la propia doctrina del Tribunal Constitucional. Que las críticas a la anterior doctrina y sus efectos devastadores sobre las hipotecas y el crédito territorial han motivado que el Tribunal Constitucional haya iniciado una línea claramente moderadora.

Que ante la proliferación de «arrendamientos posteriores» para provocar la ineficacia de la ejecución hipotecaria, el Tribunal Constitucional en el Auto de 14 de noviembre de 1994, en contra de la doctrina anterior, afirma que es perfectamente acorde con la Constitución Española, declarar extinguido el contrato de arrendamiento posterior en el propio proceso sumario hipotecario, si dicho arrendamiento es fraudulento. Que la orientación del Tribunal Constitucional es patente, por un lado matiza que su anterior doctrina sólo sería aplicable a los arrendamientos de vivienda con prórroga forzosa, y por otro lado, advierte que dicha doctrina no puede aplicarse a los arrendamientos fraudulentos. Esta nueva orientación viene confirmada en ulteriores resoluciones y en la sentencia de 9 de mayo de 1995 del citado Tribunal. Que la doctrina constitucional en la materia se ha consumado con la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 158/1997, de 2 de octubre. 5. La llamada jurisprudencia menor. Hay que citar el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de noviembre de 1992; la sentencia de 2 de julio de 1993, de la Audiencia Provincial de Gerona; la sentencia de 13 de marzo, de la Audiencia Provincial de Sevilla; el auto de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 9 de mayo de 1999; el auto de 18 de mayo de 1994, de la Audiencia Provincial de Barcelona; el auto de 21 de febrero de 1996, de la Audiencia Provincial de Lérida; el auto de 7 de octubre de 1996, de la Audiencia Provincial de Madrid y otros autos y sentencias más. 6. Conclusiones. Que de acuerdo con todo lo que antecede puede afirmarse que a la luz de la actual doctrina del Tribunal Constitucional, jurisprudencia del Tribunal Supremo y resoluciones de las Audiencias Provinciales, es perfectamente posible y lícito que la propia ejecución hipotecaria provoque la extinción de hecho del contrato de arrendamiento posterior, previa constatación de la fraudulencia o simulación del contrato. III. La extinción de los arrendamientos rústicos por la ejecución hipotecaria. Que los arrendamientos rústicos, como el que es objeto de este recurso, si se extinguen por el hecho de la ejecución de la hipoteca constituida con anterioridad, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, aún en el supuesto de no ser simulados o fraudulentos. Que tal afirmación es compatible con la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 (arts. 13, 74 y 78). Que según la doctrina y jurisprudencia en la materia, la ejecución hipotecaria es un supuesto de resolución del derecho del arrendador que provoca la resolución del arrendamiento rústico, siendo la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1945, la que marcó la pauta y, posteriormente, las sentencias de 22 de mayo de 1963 y 31 de octubre de 1986. Que el Registrador debió cancelar el arrendamiento

posteriormente inscrito, en cumplimiento de las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987. Que, en conclusión, los Tribunales de Justicia habrán de pronunciarse sobre la simulación y fraudulencia del arrendamiento inscrito e incluso sobre su extinción producida por la ejecución hipotecaria, en contra de lo que afirma el Registrador en su nota, quien debió limitarse a calificar los efectos hipotecarios del mandamiento de cancelación y no dilucidar la cuestión sustantiva subyacente. IV. Los efectos registrales de las ejecuciones hipotecarias sobre los contratos de arrendamiento inscritos con posterioridad a la hipoteca. La obligatoriedad de su cancelación. Que la citada sentencia de 5 de febrero de 1945 distingue entre los efectos registrales que producen la cancelación de la inscripción si lo estuviese como derecho real y sustantivos que deshace el derecho del arrendador. Que el Registrador debió cancelar la inscripción del arrendamiento posterior, en virtud de lo que dice el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, pues de esta manera, incumple el mandamiento del juez. Que la tesis de la ejecución de hipoteca provoca la cancelación de la inscripción de arrendamiento es incluso compartida por la sentencia de 9 de junio de 1990. Que, en definitiva, hipotecariamente debe cancelarse la inscripción del arrendamiento posterior, sin perjuicio de que la subsistencia del derecho personal sea discutida y resuelta ante los Tribunales de Justicia a través del procedimiento adecuado.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos es el único precepto legal vigente que ofrece una solución a la problemática originada por la confrontación entre los principios del deseo de fortalecer la estabilidad del arrendamiento ante los cambios del titular de la finca arrendada y la conveniencia de proteger y dar seguridad al crédito territorial. La armonía entre ambos principios resulta imposible cuando entran en contacto, ya que ambos responden a necesidades socioeconómicas de primer orden que no admite postergación ante otros de índole superior. Que la necesidad de protección demandada por la situación de los arrendamientos rústicos está cubierta por el sistema de prórrogas forzosas que apareció en los artículos 25 a 28 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, y 28 de la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de Explotaciones Agrícolas. Que frente a tal regulación se sitúa la hipoteca, como derecho de garantía que incide, repercute o se concreta sobre el valor económico de realización de la finca hipotecada, el cual no puede quedar minorado por ninguna causa o gravamen que se constituya con posterioridad. Así lo impone el artículo 1.858 del Código Civil. Que, sin embargo, la presencia de un arrendamiento rústico sometido a la Ley especial, como ocurre en este supuesto, puede provocar una quiebra importante en el sistema. Que bajo la denominación de «purga hipotecaria» se resumen las consecuencias derivadas de la culminación de un procedimiento de ejecución judicial dirigido a dar efectividad al derecho de realización del valor, que apareció contemplada en el artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria. Que las normas que disciplinan la purga son mandatos concretos dirigidos al Registrador de la Propiedad, por conducto judicial o notarial, según los casos, las cuales tienen su apoyo y fundamento en los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.876 del Código Civil. Que resulta muy difícil extender el ámbito extintivo a los derechos personales, sobre todo a los no inscritos. Además, a diferencia de los derechos reales inmobiliarios, los derechos personales inmobiliarios, como el arrendamiento rústico, son perfectamente oponibles a terceros sin necesidad de su inscripción, conforme al artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos,

por lo que malamente se puede admitir que las normas que disciplinan la purga puedan acabar con ellos y en el caso de los arrendamientos rústicos su sistema de prórrogas forzosas y las normas que predicen su subsistencia no obstante la transmisión de la finca arrendada, les dota de suficiente fuerza *erga omnes* como para permitirse vivir ignorando el resto de las normas que disciplinan nuestro sistema inmobiliario. Que resulta que el arrendamiento rústico tiene proyección a terceros por sus propias normas, luego no necesita del sistema registral para alcanzar lo que este sistema le ofrece. Que un arrendamiento rústico puede inscribirse conforme al artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria, y siguiendo al artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria, la purga afecta a todo derecho inscrito con posterioridad a la hipoteca, cualquiera que sea su naturaleza. Entonces el efecto purgatorio sólo afectará a los derechos inscritos, lo cual cristaliza en dos conclusiones: 1.^a Que el derecho personal no inscrito es de mejor condición que el real; 2.^a Que el derecho inscrito es de peor condición que el no inscrito. Que los arrendamientos rústicos especiales viven y sobreviven al margen del sistema registral. El arrendamiento rústico no inscrito no se extingue por consecuencia de la pretendida fuerza extintiva del artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria. Que en cuanto a los arrendamientos rústicos inscritos hay que señalar que el arrendamiento es un derecho personal. Que en el sistema inmobiliario español ocurre que hay derechos inmobiliarios no reales que se protegen como éstos. Que las normas procesales que disciplinan la purga no son indicativas de la extinción del arrendamiento posterior a la hipoteca. Esta opinión es la del Tribunal Supremo en sentencias de 9 de junio de 1990 y de mayo de 1991. 2.º Que el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos ofrece un criterio general aplicable en el caso de que se transmita la finca arrendada, que desautoriza la aplicación de la solución del artículo 1.571 del Código Civil, y aquel precepto es también aplicable a los casos de venta en subasta pública. Que se considera que, según lo anterior, todo adquirente de la finca arrendada, ya sea por venta voluntaria o judicial, deberá subrogarse en la posición jurídica del transferente y asumir el arrendamiento. 3.º a) Que subjetivamente hablando, ni en la perspectiva del propietario arrendador ni en la del acreedor hipotecario, como titular de un derecho real limitado en el tiempo, es susceptible de aplicación el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Las dificultades se tornan aún mayores desde el punto de vista objetivo, pues dicho artículo excluye de su ámbito el arrendamiento concertado por el propietario. Que no parece que el artículo 13 sea el más adecuado para regular situación derivada de la preexistencia de una hipoteca. Que si la invocación del artículo citado resulta inoportuna, no puede ser más desafortunada la del artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en primer lugar porque la purga se caracteriza por el automatismo y, en segundo lugar, dicho artículo parte de una premisa que es la de que el derecho del arrendador se resuelve. Que los artículos 13 y 78 regulan casos distintos a los que plantea la ejecución hipotecaria. En este sentido hay que citar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1990. 4.º Que hay que observar lo que dicen el artículo 100 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 28 de febrero de 1977, 7 de noviembre de 1990 y 3 de junio de 1992. Que las cancelaciones ordenadas en la Regla 17 del artículo 131 tienen un ámbito que queda reducido a los derechos reales y para los personales, como el arrendamiento, es necesario la existencia de un precepto extintivo que lo reconozca o lo que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que culmina con la sentencia de 2 de octubre de 1997, es necesario

abrir la pieza procesal donde el arrendatario haya tenido la oportunidad de alegar en el propio procedimiento lo que tenga por conveniente para su defensa y siempre sin perjuicio de las acciones oportunas en el juicio declarativo posterior que corresponde. Que si se hubiera procedido de la manera sugerida por el recurrente, el Registro podría publicar una falsedad, en virtud de lo establecido en el artículo 97 de la Ley Hipotecaria. Que no son el Registro ni el Registrador los órganos adecuados para apreciar la circunstancia fraudulenta ni puede presumirse a la hora de practicar un asiento registral, exigiéndose la apertura de un cauce procesal para dilucidar la cuestión. Que nuestro sistema registral es causal y no se debe admitir excepción alguna (el principio de consentimiento formal) cuando de lo que se trata es de reflejar en el Registro, por vía de un asiento, de cancelación, la extinción de un derecho inscrito, pues en estos casos el asiento de cancelación, aunque con forma propia, tiene naturaleza genérica y los efectos de las inscripciones, y al Registro deben acceder los títulos por los que se extingan los derechos inscritos, según se desprende del artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Que hay que señalar lo que expresa la Resolución de 2 de noviembre de 1992.

V. La señora Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia de Villanueva de los Infantes, informó sobre los trámites del procedimiento judicial sumario número 84/95, y consideró que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 9 de junio de 1996, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, 6 y 23 de junio de 1992) ha de ser en un procedimiento declarativo ordinario donde con la necesaria contradicción e igualdad de partes se discuta sobre el carácter fraudulento o simulado o la existencia de confabulación como sobre la declaración de nulidad de la inscripción y consiguiente cancelación de la misma; pues en el ámbito de un procedimiento sumario hipotecario ni se ejercita una acción declarativa de este tipo, ni por consiguiente, se puede resolver sobre la misma, a menos que se incurra en incongruencia, y si bien la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no afecta a los derechos personales como el arrendamiento, no inscritos, no sería coherente que afectase a los derechos personales inscritos, produciendo su extinción.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha confirmó la nota del Registrador fundándose en que ante la tendencia jurisprudencial más reciente, que se inclina, en principio, por la tesis de la no extinción del contrato de arrendamiento concertado con posterioridad de hipoteca, hay que concluir sobre la improcedencia de extinción de los arrendamientos de forma automática, por lo que hay que estar a lo que decida el órgano jurisdiccional en cada caso concreto, no siendo posible separar el aspecto registral y el sustantivo.

VII. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Que la calificación del Registrador debe contraerse a la perspectiva registral y pronunciarse sobre si por aplicación de la Ley Hipotecaria debe purgarse la inscripción del arrendamiento posterior sin perjuicio de que en el procedimiento jurisprudencial correspondiente se ventile la existencia, subsistencia o inexistencia del derecho personal. Que la jurisprudencia sobre la materia no debe ser la *ratio decidendi* para la estimación o desestimación del presente recurso, en el que lo que se examina es la calificación registral del mandamiento judicial desde un punto de vista exclusivamente hipotecario, mientras que la jurisprudencia hace referencia a la extinción o subsistencia del derecho sustantivo. 2. Que lo único que se pretende es que se aplique la Ley Hipotecaria del mismo modo que si se tratara

de un derecho de opción inscrito con posterioridad a la hipoteca. Se cancelaría dicho asiento sin perjuicio de que el beneficiario de la opción puede actuar su derecho personal, reclamando al concedente de la opción lo que le correspondiera en función de lo pactado entre ambos. 3. Que la calificación recurrida se fundamenta en la no aplicabilidad del artículo 131.17.^a de la Ley Hipotecaria, pero si este precepto fuera obvio, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos no hubiera regulado la cuestión en la forma que lo hace. Que las consideraciones doctrinales que existen respecto al derecho de opción son directamente aplicables, por analogía, al supuesto objeto del presente contrato. Que con independencia del notorio carácter fraudulento del arrendamiento de fincas que se trata, lo cierto es que el mismo no goza de los privilegios y beneficios de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por exceder claramente las extensiones máximas a que la misma se refiere, por lo que queda sometido al principio hipotecario de la prioridad registral y, en consecuencia, sometido al mandato genérico de purga del artículo 131.17.^a de la Ley Hipotecaria.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.297 del Código Civil; 2, 3, 13, 17, 18, 20, 32, 129 y 131 de la Ley Hipotecaria; 7, 13, 18, 74 y 78 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, y 28 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias; las sentencias del Tribunal Constitucional, de 17 de mayo de 1985, 16 de enero de 1992, 28 de febrero de 1995 y 2 de octubre de 1997; las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1945, 22 de mayo de 1963, 23 de diciembre de 1988, 17 de noviembre de 1989, 9 de junio de 1990, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, 23 de junio de 1992 y 9 de mayo de 1996, y las Resoluciones de 27 de enero de 1986 y 19 de noviembre de 1987.

1. Se debate en el presente recurso acerca de si deben o no cancelarse los arrendamientos sobre fincas rústicas inscritas con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta en virtud de mandamiento de cancelación de cargas dictado por el Juez ante el que tramitó el procedimiento judicial sumario. Si bien es cierto que, en caso de enajenación de una finca arrendada, el nuevo propietario, aunque reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, debe subrogarse en el arrendamiento constituido sobre la finca por el transmitente (cfr. art. 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), tal subrogación no puede imponerse al adquirente posterior a la celebración del contrato de arrendamiento cuando su adquisición es consecuencia de la enajenación forzosa del derecho del arrendador en virtud de un derecho, la hipoteca, que es anterior al mismo arrendamiento (cfr. arts. 13 y 78 de la Ley de Arrendamientos Rústicos).

2. La subrogación establecida por el referido artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos debe entenderse concretada a aquellas obligaciones relativas al bien en cuestión, asumidas por el anterior titular en cuanto dueño pleno, libre e incondicionado, excluyendo las contraídas una vez que su derecho como arrendador queda temporalmente limitado, ya sea de modo definitivo, ya eventualmente; así lo establece expresamente la Ley de Arrendamientos Rústicos para el caso de resolución (cfr. su art. 78 que, en el ámbito de esta legislación específica, supera incluso al criterio recogido en el art. 1.520 del Código Civil), y para el caso de sobreveniencia del hecho extintivo que fijaba desde su nacimiento la dimensión temporal del derecho de aquél (cfr. art. 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos); y así debe ocurrir también en el caso de que la extinción provenga del ejercicio de un derecho real como la hipoteca que puede comportar la enajenación forzosa del bien. Tal conclusión

viene avalada, además, por la necesaria interpretación estricta de un precepto como el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que contra el principio general del sistema (cfr. art. 1.257 del Código Civil), traslada al adquirente de un bien, determinadas obligaciones que en relación con él ha contraído su titular; y de la exigencia de interpretación sistemática de los textos legales (cfr. art. 3 del Código Civil), pues no sería lógico que la ejecución hipotecaria comportara la extinción de verdaderos derechos reales de goce sobre la cosa, constituidos después de la hipoteca ejecutada, como el usufructo, la enfiteusis o la superficie (cfr. arts. 17 y 131, regla 17.ª de la Ley Hipotecaria) y que, en cambio, debieran subsistir derechos a los que no corresponde tal carácter, y es que, en definitiva, aquel criterio de purga de las cargas posteriores no evidencia sino que el *ius distrahendi*, inherente a la hipoteca, determinará que la transmisión, en su caso, del bien o derecho gravado, se producirá con el alcance y contenido que este derecho tiene al tiempo de constitución de la hipoteca.

3. Ahora bien, que el adjudicatario en la enajenación forzosa del bien hipotecado no deba subrogarse en el arrendamiento constituido sobre el bien con posterioridad a la hipoteca, no quiere decir que la adjudicación haya de producir de forma automática la extinción del arrendamiento, pues la alternativa que el artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Rústicos ofrece al nuevo titular, en previsión de que las condiciones económicas del arriendo convengan al nuevo titular, y que consiste en que éste pueda optar entre la extinción o la subsistencia del arriendo, también debe aplicarse al adjudicatario del bien hipotecado. Por ello el mandamiento de cancelación de cargas, consecuente al auto de adjudicación, no es suficiente para cancelar el arrendamiento posterior a la hipoteca, sino que es necesario que conste, de un modo adecuado para producir efecto en el Registro de la Propiedad, la voluntad del nuevo propietario de resolver el contrato de arrendamiento.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado confirmar la nota y el auto apelado en los términos que resultan de los fundamentos anteriores.

Madrid, 24 de febrero de 2000.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

COMENTARIO

La cuestión que se suscita es si debe subsistir o no un arrendamiento rústico inscrito con posterioridad a una hipoteca, tras su ejecución, y, correlativamente, si se debe o no cancelar —y cómo— su inscripción.

Este problema debe enmarcarse dentro de la vieja polémica doctrinal en torno a los efectos que la ejecución hipotecaria produce con respecto a los arrendamientos posteriores. Y en esta discusión subyacen dos principios muy diferentes que sirven de base a las dos posiciones existentes en este tema: la protección al arrendatario, y por otra parte, la protección al crédito territorial.

Según prevalezca uno u otro, encontramos dos grandes líneas doctrinales y jurisprudenciales, a saber:

1. Tesis que defiende la subsistencia de los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca. Entre los defensores o partidarios de esta tesis, se puede citar a PÉREZ SERRANO, CASTÁN Y CALVIÑO, FLORES DE QUIÑONES, GAMBÓN Y MARTÍNEZ, y viene avalada por la más reciente línea jurisprudencial, pues así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las sentencias de 19 de febrero de 1968, 9 de junio de 1990, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, 23 de junio de 1992, 9 de mayo de 1996, y el TC en sentencia de 16 de enero de 1992.

2. Tesis que aboga por la extinción de los arrendamientos concertados con posterioridad a una hipoteca. Entre los autores que sostienen esta tesis destacan GARCÍA GARCÍA, AVILA NAVARRO, LASARTE, CAMY, GINOT LLOBATERAS, etc. Esta ha sido la tesis mantenida tradicionalmente por el TS en las sentencias de 5 de febrero de 1945, 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989.

Pero, en esta discusión doctrinal hay que determinar de qué clase de arrendamiento se está hablando, pues la distinta regulación de uno y otro puede llevar a extraer conclusiones dispares sobre su subsistencia o no. La solución puede variar según se trate de un arrendamiento sometido al Código Civil o, por el contrario, sujeto a legislación especial, bien a la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), o a la Ley de Arrendamientos Rústicos (LAR). En esta resolución se trata de un arrendamiento rústico inscrito. Pues bien, habrá que centrar este comentario en los arrendamientos regulados por la LAR, y habrá que tener en cuenta, consecuentemente, la jurisprudencia producida en este ámbito, sin que sea conveniente mezclarlo con los arrendamientos urbanos, pues su regulación y régimen es distinto, lo que hace imposible darles una misma solución.

Delimitado el objeto concreto del problema (subsistencia o no de un arrendamiento rústico inscrito), haré una breve referencia a la evolución legislativa y doctrinal en esta materia.

Tradicionalmente, de forma mayoritaria, la doctrina (1) y la jurisprudencia, con apoyo en los textos legales, ha admitido la extinción del arrendamiento rústico concertado con posterioridad a la hipoteca. Esto se deducía claramente de los artículos 9, 25, 24 y 28 de la LAR de 1935 (2) y del artículo 25

(1) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo IX, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 435 y sigs.; GINOT LLOBATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *ADC*, 1955, págs. 1167 y sigs.; CUADRADO GONZÁLEZ, «Los efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», en *La Ley*, 1991-3, pág. 837; GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella», en *RCDI*, 1991, págs. 2225 y sigs.; DE LA CUESTA SAENZ, «Comentarios a la sentencia de 9 de junio de 1990», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 23, págs. 730 y sigs.

(2) Artículo 9 LAR de 1935: «...los contratos de arrendamientos que otorgue quien tan sólo tenga el derecho de usufructo de la finca arrendada, sea cual fuere el plazo por el que hubieran sido concertados, quedarán resueltos al terminar el usufructo, subsistiendo el arrendamiento únicamente durante el año agrícola».

Artículo 24 LAR: «El arrendamiento se extingue: ...tercero, por la resolución del derecho del arrendador».

Artículo 25 LAR: «La resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada por causas que consten explícitamente en el contrato, producirá la del arrendamiento, pero no se podrá desahuciar al arrendatario hasta que recoja los frutos del año agrícola en curso...

de su Reglamento (3). De estos artículos se desprende la resolución del derecho del arrendatario al resolverse el derecho del arrendador, de manera automática y en todo caso; aunque, también, y como apunta ROCA SASTRE (4), se proclama la norma de subsistencia de la relación arrendaticia a pesar de los cambios de propietarios de la finca arrendada, esto se reflejaba en el artículo 27 de su Reglamento, que recogía la subrogación del nuevo propietario en caso de transmisión de finca hipotecada (5). Asimismo lo entendió la STS de 5 de febrero de 1945, a la que siguieron otras (6) (iniciando, por tanto, una línea jurisprudencial favorable a la extinción de los arrendamientos posteriores), ya que declaró la extinción del arrendamiento rústico concertado con posterioridad a la hipoteca, debido al carácter de derecho real de garantía de hipoteca, lo que significa que «pulveriza cuando su efectividad llega, cuantas cargas o limitaciones de disposición use y disfrute, figuren establecidas en el fundo posteriormente a la fecha de aquélla».

No faltan, sin embargo, detractores de esa tesis que defendían, por el contrario, la subsistencia del arrendamiento, basándose sobre todo en la protección que la Ley especial concede al arrendatario, entre ellos se puede mencionar a FLORES DE QUIÑONES, GAMBÓN Y MARTÍNEZ Y CASTÁN Y CALVIÑO (7).

La situación mientras se encontraba vigente la LAR de 1935, era bastante clara y se admitía, mayoritariamente, la extinción de los arrendamientos rústicos concertados con posterioridad a la hipoteca. Con la entrada en vigor de la nueva LAR de 31 de diciembre de 1980, las cosas cambian un poco. El artículo 74 (8) de esta ley prevé la subrogación del adquirente de la finca hipotecada en todos los derechos y obligaciones del arrendador. Por otra

Cuando se resuelva el derecho del arrendador en virtud de sentencia firme, o por causas que no consten en el contrato, se resolverá el arrendamiento, pudiendo éste continuar, subrogándose el nuevo dueño en el lugar del arrendador anterior si así lo prefiriese...»

Artículo 28 LAR: «El arrendador podrá desahuciar judicialmente al arrendatario por alguna de las causas siguientes: ...segunda, por resolución del derecho del arrendador, conforme a lo establecido en el artículo 25».

(3) Artículo 25 del Reglamento que desarrolla la LAR, de 29 de abril de 1959: «1. La resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada por causas que consten explícitamente en el contrato producirá la del arrendamiento, pero no se podrá desahuciar al arrendatario hasta que recoja los frutos del año agrícola... 2. Si se resolviera el derecho del arrendador fuera de los casos antes expresados, se resolverá también el arrendamiento...».

(4) ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo IX, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 435 y sigs.

(5) Según CUADRADO GONZÁLEZ (*ob. cit.*), había que diferenciar entre los autores que consideraban al adjudicatario de finca hipotecada como un sucesor del anterior propietario, y por ello el arrendamiento debía subsistir (art. 27 RLAR) (FLORES QUIÑONES), y aquellos otros que asimilaban el propietario de finca hipotecada a cualquier titular de derecho limitado, en cuyo caso se producía la extinción del arrendamiento al extinguirse su derecho (ROCA SASTRE y GINOT).

(6) STS de 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 23 de diciembre del 88.

(7) FLORES DE QUIÑONES, «Comentario a la sentencia de 5 de febrero de 1945», en RDP, 1945, págs. 531 y sigs.; GAMBÓN Y MARTÍNEZ, *Arrendamientos rústicos*, 1963, pág. 80; CASTÁN Y CALVIÑO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, pág. 465.

(8) Artículo 74 LAR 1990: «El adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 LH quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador».

parte, el artículo 13 (9) establece la resolución del arrendamiento cuando el mismo hubiera sido otorgado por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas u otros con análogo derecho de goce sobre la finca, al extinguirse el derecho del arrendador. Y por último hay que destacar el artículo 78 (10) que otorga al nuevo propietario la facultad de resolver o no el arrendamiento, cuando se resuelva el derecho del arrendador. A la vista de estos preceptos, parece que la resolución del arrendamiento posterior a la ejecución de la hipoteca no es ya automática, sino que necesita de la declaración judicial pertinente a instancia del nuevo propietario. De la literalidad de la nueva LAR se deduce, entonces, la subsistencia del arrendamiento posterior a la ejecución hipotecaria (por lo menos mientras no se opte por su resolución), en contra de lo que parece querer la LH, pues, del artículo 131.17 LH, debe colegirse la extinción automática de todas las cargas posteriores, y también la del arrendamiento. Es como si el legislador hubiera querido dar preferencia a la protección al arrendatario, en vez de fomentar y proteger el crédito territorial.

Siendo ésta la legislación vigente, el Registrador de la Propiedad deniega la cancelación del arrendamiento posterior inscrito, pues en virtud del artículo 74 LAR, el nuevo propietario debe subrogarse en los derechos del arrendador, lo que le lleva a concluir la subsistencia del arrendamiento, no obstante los cambios de titularidad del mismo. No me parece muy acertada la interpretación que de este artículo hace el Registrador. Como bien distingue la DGRN, el artículo 74 LAR está pensado para aquellos casos en los que se ha producido una transmisión de finca hipotecada, y no para aquellos en los que se produzca la adquisición como consecuencia de una enajenación forzosa derivada del derecho real de hipoteca anterior a dicho arrendamiento, pues, en estos casos, la transmisión de la finca se produce por «necesidad jurídica, es decir, sin vínculo alguno que ligue al antiguo con el nuevo titular» (11), lo que hace muy difícil mantener esa subrogación. La subrogación del artículo 74 encuentra su verdadero sentido cuando se produzca el cambio del titular por transmisión del derecho, pero no parece encajar cuando la extinción del derecho del propietario sea por resolución.

La venta judicial de la finca hipotecada se trata de un supuesto de resolución del derecho del arrendador, como consecuencia directa y automática del carácter real del derecho de hipoteca (pues la hipoteca actúa como verdadera condición resolutoria —STS de 23 de mayo de 1963—, ya que lleva aparejada, desde su constitución, la posible venta de la finca dada en garantía, tal y como se predica de los artículos 104 LH y 1.876 del Código Civil), y no tanto de una transmisión. Luego, en este caso, parece que deberán aplicarse, no el artículo 74, sino el artículo 13 y el artículo 78, que hablan claramente de la extinción del arrendamiento al resolverse o extinguirse el derecho limitado del arrendador. Ahora bien, si del artículo 13 puede deducirse una extinción

(9) Artículo 13 LAR 1980: «Los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca, se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador...».

(10) Artículo 78 LAR 1980: «La resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento».

(11) CUADRADO GONZÁLEZ, «Los efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», *ob. cit.*, pág. 838.

automática del arrendamiento, siempre que se extinga el derecho del arrendador (titular de un derecho real limitado), del artículo 78 puede extraerse la conclusión de que la resolución del arrendamiento no es automática, ya que se concede al nuevo propietario la facultad de resolver o no dicho arrendamiento. Pero de lo que no cabe duda es, como asegura GARCÍA GARCÍA (12), de que ambos «coinciden en que la ejecución hipotecaria afecta al arrendamiento, y da o puede dar lugar a la extinción de éste, sin que el arrendatario pueda prevalecerse de ninguna norma de protección».

Volviendo al caso planteado en esta resolución, y aplicando los artículos citados, parece que el arrendamiento posterior a la ejecución hipotecaria debe extinguirse. Sin embargo, la DGRN, a pesar de declarar acertadamente la no aplicación del artículo 74 LAR, la fuerza ejecutiva de la hipoteca, y la eficacia del efecto de purga consecuente del artículo 131.17 LH, concluye que no puede considerarse extinguido automáticamente el arrendamiento posterior a la ejecución hipotecaria, ya que el artículo 78 LAR ofrece al adjudicatario la alternativa de resolver el arrendamiento o continuarlo si le resultara conveniente, luego, la Dirección General interpreta este artículo como favorable a la subsistencia del arrendamiento mientras no se inste su resolución. Y continúa la DGRN argumentando que si la extinción no se produce de forma automática, sino que es facultativa del adjudicatario, no bastará el mandamiento de cancelación de cargas del juez para practicar su cancelación, sino que será necesario que conste la voluntad del nuevo titular de resolver el contrato de arrendamiento.

Creo que la interpretación que hace la DGRN de los artículos 13 y 78, sobre todo de este último, al igual que hizo la STS de 9 de junio de 1990, no es del todo exacta. Está claro que en ambos preceptos se contempla la resolución del arrendamiento posterior al resolverse o extinguirse el derecho del arrendador, y como la ejecución forzosa derivada de una hipoteca equivale a una resolución, debe extinguirse el arrendamiento. Creo que dentro de los supuestos recogidos en el artículo 13 puede considerarse incluido la resolución del derecho del propietario arrendador tras la ejecución hipotecaria, pues el propietario de finca hipotecada tiene un dominio, en cierto modo, limitado sobre la misma, ya que sabe que la hipoteca, desde su constitución, está sujetando la finca al cumplimiento de la obligación que lo garantiza. Por eso, puede pensarse que cuando el legislador en el artículo 13 estableció, «los arrendamientos otorgados por... cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador», quiso establecer una cláusula general en la que cabe el propietario la finca hipotecada.

La resolución automática del arrendamiento tras la venta judicial de la finca hipoteca es, además, lo más congruente con el artículo 131.17 LH, que establece la purga automática de todos los derechos posteriores a la misma. La interpretación que la DGRN hace del artículo 78 LAR, desde luego, supone un escollo para la tesis que aquí se defiende, y tal vez habría que interpretarlo en el sentido que hace GARCÍA GARCÍA (13). Este autor considera que el citado artículo se refiere al «aspecto procesal de eficacia de la resolución y consiguiente extinción del arrendamiento, en el sentido de exigirse una iniciativa

(12) GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella», *ob. cit.*, pág. 2244.

(13) GARCÍA GARCÍA, «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella», *ob. cit.*, págs. 2247-2248.

del propietario y no una actuación automática y *ope legis*». Es decir, en ambos casos (art. 13 y 78 LAR), y para este autor, el arrendamiento posterior se ha extinguido, y la facultad que concede el artículo 78 LAR debe entenderse como la necesidad de que el adjudicatario inste del juez el lanzamiento del arrendatario. El juez, si se trata de un arrendamiento posterior, lo concederá una vez transcurrido el año agrícola al que se refiere el artículo 13 LAR.

Pero, al margen de la interpretación hecha por GARCÍA GARCÍA, considero que la doctrina contenida en la resolución que se comenta, y la aplicación que la Dirección General hace del artículo 78 LAR, no es del todo correcta porque altera el sistema de preferencias derivado del principio de prioridad registral, establecido en la Ley Hipotecaria (14). La Ley Hipotecaria pretende, como ya he dicho, la protección del crédito territorial, y para ello establece el sistema de purga de cargas recogido en el artículo 131.17 de la Ley. Este precepto declara que «verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla cuarta...»; del mismo debería desprenderse, como parece ser la intención de la LH, la extinción automática y correspondiente cancelación del arrendamiento rústico concertado con posterioridad a la hipoteca. Este artículo debe interpretarse conjuntamente con la regla 8.ª del mismo, al cual completa, ya que establece, por el contrario, que las cargas anteriores a la hipoteca subsistirán, y que el adjudicatario se subrogará en la responsabilidad de las mismas. Luego, ambas reglas determinan el sistema de prioridad y subsistencia de cargas inscritas en nuestro Derecho: las anteriores a la ejecución hipotecaria permanecerán, y las posteriores se extinguirán. El artículo 131.17 y 8 LH es consecuencia de la propia naturaleza del derecho de hipoteca que, al ser un derecho real de garantía, sujeta la finca sobre la que se impone al cumplimiento de la obligación, limitando de alguna manera el dominio; y al ser un derecho de realización de valor, al llegar su ejecución, extingue todas las cargas que le sucedían. Consecuentemente, los que acuden a una subasta saben que las cargas anteriores a la hipoteca subsistirán y deberán soportarlas, pero asimismo, conocen que las posteriores a la hipoteca ejecutada se cancelarán de forma automática en virtud del principio de prioridad que rige todo el sistema hipotecario, pues ellos no pueden conocer, por no estar inscritas en el momento de la subasta, dichas cargas, y como consecuencia del principio de publicidad lo que no está inscrito, no es oponible, y por tanto no les pueden afectar.

En el presente caso, el arrendamiento está inscrito con posterioridad a la hipoteca, y al ser un derecho inscrito debe aplicarse la Ley Hipotecaria, luego, le afecta lo establecido en el artículo 131.17 LH, y en consecuencia, debe extinguirse automáticamente como efecto de la purga, y habrá que cancelar su inscripción. Creo que ésta es la solución adecuada, ya que proclamar su subsistencia (aunque sea hasta que el nuevo propietario opte por su resolución), contradice el sistema establecido en la Ley Hipotecaria (de plena apli-

(14) Si bien es cierto que la DGRN resuelve según una interpretación literal de la LAR, que opta por la solución intermedia de dejar la subsistencia o no del arrendamiento posterior en manos del nuevo propietario, sin atreverse a proclamar o bien la subsistencia en todo caso o bien su extinción automática.

cación para los derechos inscritos), y se corre el riesgo de ignorar los principios hipotecarios de prioridad y publicidad, con el peligro que esto supone para el fomento del crédito territorial, ya que si se anula la eficacia propia del derecho de hipoteca (preferencia y prioridad) será difícil que los acreedores presten sus capitales, pues la garantía de cobro disminuirá.

Por otra parte, como dice GARCÍA GARCÍA (15), el arrendatario pudo conocer la hipoteca que pesaba sobre la finca arrendada, mientras que el adjudicatario no pudo conocer el arrendamiento, y si se mantiene su subsistencia, éste actuará durante todo el procedimiento de ejecución como una carga oculta que sólo saldrá a la luz cuando el adjudicatario pretenda tomar posesión del inmueble, con el perjuicio que supone para el rematante que ofreció postura sin tener en cuenta dicho arrendamiento.

Como conclusión, hay que decir que la doctrina de esta resolución, me parece, cuanto menos, cuestionable, pues como ya se ha dicho, ignora y no aplica los principios hipotecarios de prioridad y publicidad registral, poniendo en entredicho el Derecho hipotecario, la eficacia de la hipoteca y, consecuentemente, el fomento del crédito territorial. Frente a esto se aplica la LAU, bajo una pretendida protección al arrendatario, que, aunque en un momento determinado pudo tener su justificación socio-económica, hoy parece igual de importante el fomento del crédito territorial, pues es la forma de financiación, para el acceso a la vivienda, más utilizada en la actualidad.

M. G. R. A.

HIPOTECA. PRESTAMO. ENTREGA APLAZADA DEL PRINCIPAL: EFECTOS. INTERESES. LIMITE DE LA GARANTIA.—EL PRESTAMO, COMO CONTRATO REAL, SE PERFECCIONA CON LA ENTREGA DE LA COSA (O DINERO) PRESTADA, PERO CUANDO NO EXISTE LA ENTREGA REAL, SINO UNA FORMA DE ENTREGA QUE IMPLICA QUE EL PRESTATARIO PARA DISPONER DE LA CANTIDAD DEL PRESTAMO HA DE CUMPLIR UNOS REQUISITOS QUE EN REALIDAD DESTRUYEN LA EFECTIVA ENTREGA, Y CONVIERTEN AL PRESTAMO EN UN CONTRATO SUJETO A CONDICION SUSPENSIVA, UN PRESTAMO CONVENCIONAL, TIENE EL EFECTO DE QUE LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA QUE GARANTIZA TAL PRESTAMO SE HARA CONFORME AL ARTICULO 142, Y EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION CONFORME AL 143, AMBOS DE LA LEY HIPOTECARIA. LA SEGUNDA CUESTION APARECE YA RESUELTA EN LA RESOLUCION DE 18 DE DICIEMBRE DE 1999, EN EL SENTIDO DE ADMITIRSE DENTRO DE LOS LIMITES DEL ARTICULO 114 LH Y 220 RH, LA GARANTIA DE LOS INTERESES ORDINARIOS Y DE LOS DE DEMORA DE LOS ULTIMOS CINCO AÑOS, SIN COMPUTARSE CONJUNTAMENTE A ESTOS EFECTOS. (RESOLUCIÓN DE 17 DE MARZO DE 2000. BOE DE 17 DE ABRIL DE 2000.)

RESOLUCION de 17 de marzo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, como apoderado en representación de la Caja de Ahorros

(15) GARCÍA GARCÍA, *Procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 297-300.

de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de Oviedo, don César García-Arango y Díaz-Saavedra, a inscribir parcialmente una escritura de préstamo hipotecario.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, como apoderado en representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de Oviedo, don César García-Arango y Díaz-Saavedra, a inscribir parcialmente una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos.—I. Por escritura autorizada el 2 de julio de 1996 por la Notario de Oviedo, doña María de las Nieves Díaz García, la Caja de Ahorros de Asturias concedió un préstamo con garantía hipotecaria a los cónyuges don S. V. V. y doña R. V. L. Según la primera de las estipulaciones del contrato: «La Caja de Ahorros de Asturias concede a don S. V. V. y doña R. V. L. un préstamo de doce millones de pesetas y su total importe ha sido entregado a la parte prestataria con anterioridad a este acto, la cual confiesa haberlo recibido solidariamente a su entera satisfacción». En la estipulación primera bis consta: «La parte prestataria ingresa y deposita el importe del préstamo recibido en una cuenta especial abierta a su nombre en la Caja de Ahorros de Asturias de la cual cede todos sus derechos a la prestamista en tanto no cumpla las siguientes condiciones: 1. Presentar y entregar a la Caja de Ahorros de Asturias la primera copia de esta escritura inscrita en el Registro de la Propiedad. 2. Entregar a la prestamista certificación del citado Registro en la que se acredite que la finca o fincas hipotecadas no tienen otra carga o gravamen que la hipoteca aquí constituida. Si por cualquier causa no imputable a la prestamista, no fueran entregados los documentos aludidos, la prestamista queda facultada para cancelar este depósito destinando su importe a reintegrarse del capital prestado... Por los saldos existentes en esta cuenta especial, la prestamista no abonará intereses ni remuneración alguna, sin que, por otra parte, el préstamo devengue intereses a favor de la prestamista, salvo por las disponibilidades efectuadas de esa cuenta especial». Y en la estipulación undécima: «b) Para justificar el saldo deudor a los efectos del ejercicio de la acción real que se regula en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, bastará una certificación expedida por la entidad acreedora en la que se fije con arreglo a su contabilidad la deuda pendiente en su momento».

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 5 de los de Oviedo fue parcialmente inscrita según nota de despacho que dice: «Practicada la inscripción del precedente título, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, al no resultar del título la efectiva entrega del capital prestado, al folio 138 del Libro 2.123 de este Registro, tomo 2.926 del archivo, inscripción 3.^a de la finca número 9.150 de la Sección 2.^a De conformidad con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario no se han inscrito las cláusulas sin trascendencia real y las que establecen el vencimiento anticipado del plazo por obligaciones accesorias y distintas del préstamo concertado; y se deniega parcialmente la garantía hipotecaria de los intereses moratorios en cuanto exceda de 3.240.000 pesetas. Oviedo, 2 de septiembre de 1996. El Registrador». Sigue la firma.

Nuevamente presentada la misma escritura en solicitud de ampliación de la anterior nota de despacho y formulación de nota de calificación en cuanto a las cláusulas del documento cuya inscripción se había denegado, se extendió a su

pie nota que, transcrita en lo que a efectos del presente recurso interesa, dice: «1.º Conforme expresa el párrafo primero de la nota de despacho, la hipoteca se inscribe al amparo del artículo 142 de la Ley Hipotecaria por cuanto de las cláusulas 1.ª y 2.ª de la escritura resulta, o claramente se deduce, que la cantidad prestada no se ha entregado, conforme exigen los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil, sino que está depositada en una cuenta especial, por lo que el contrato, de naturaleza real y no consensual, no está perfeccionado (cfr. sentencia del TS de 28 de marzo de 1983) ni lo estará hasta la efectiva entrega, que deberá acreditarse registralmente en la forma prevenida en los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento. 2.º ... 3.º Asimismo, en la cláusula 9.ª se deniega parcialmente en cuanto excede de 3.240.000 pesetas, la garantía de los llamados intereses moratorios, de conformidad con los artículos 114 de la Ley, 220 de su Reglamento y la doctrina de las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1986 y 22 de julio de 1996, entre otras. Contra la presente nota de calificación cabe formular recurso ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de cuatro meses a contar desde esta fecha, conforme a los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Oviedo, a treinta de septiembre de 1996. El Registrador número 5». Fdo.: César García-Arango y Díaz-Saavedra.

III. Don Jesús María Alcalde Barrio, en representación de la Caja de Ahorros de Asturias, interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación en cuanto a los puntos 1 y 3 de la nota de defectos, con base a los siguientes argumentos: Que la primera de las cuestiones se ha de determinar si efectivamente se produjo o no la entrega del capital prestado; que de la escritura resulta la entrega del mismo, la confesión de haberse recibido y su posterior depósito; que ante ello se ha de distinguir entre préstamo y depósito posterior, contratos independientes y perfectamente diferenciables según reiterada jurisprudencia, con cita de las SSTs de 25 de febrero de 1986, 26 de marzo de 1990 y 16 de octubre de 1993; que ratificando esa distinción la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios recoge en su anexo II las cláusulas financieras de carácter obligatorio, y entre ellas, en la 1.ª, la relativa a la forma de entrega y la previsión de que si la misma se realizase mediante abono en una cuenta especial de la que el prestatario no pueda disponer libremente, determinadas especificaciones relativas a la misma, con lo que se reconoce como forma de entrega el abono en una cuenta especial de disponibilidad limitada. La segunda cuestión a abordar se refiere a la denegación parcial de la inscripción de la garantía de los intereses de demora y en cuanto a ella la fundamentación de la nota es inaplicable pues no se trata de debatir el tema del límite temporal de cinco años establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sino que el argumento a que se acude, que la responsabilidad total garantizada en concepto de intereses, remuneratorios y moratorios, haya de ser calculada al tipo establecido para los primeros, algo que aquella norma no contempla, por lo que la reducción de la suma garantizada por razón de los moratorios de 6.120.000 pesetas pactadas a 3.240.000 pesetas en la inscripción supone una interpretación restrictiva de aquella norma y contraria a la doctrina de esta Dirección General en Resoluciones de 23 de febrero de 1996; 8, 11, 12 y 13 de marzo y 1 y 2 de abril del mismo año.

IV. El Registrador razonó su informe en defensa de la nota con base en los siguientes argumentos: Que la primera cuestión que se debate implica en realidad la pretensión de que se modifique un asiento ya practicado, bajo la salva-

guardia de los Tribunales, por vía del recurso gubernativo sin cumplir los requisitos del artículo 40 de la Ley Hipotecaria; que la inscripción practicada respeta escrupulosamente los términos literales de la propia escritura al recoger la confesión de haberse recibido el importe del préstamo, así como su depósito inmediato en una cuenta especial de la que el prestatario no puede disponer sin consentimiento del acreedor y sin cumplir determinadas condiciones posteriores, de ahí que el Registrador haya extraído las consecuencias jurídicas que se derivan de tal situación y, dado que la entrega no es efectiva y está sujeta a condición, según el propio título, haya practicado la inscripción conforme al artículo 142 de la Ley y la nota de despacho, por imperativo de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 438 —sic— del Reglamento Hipotecario refleje la forma en que tal inscripción se ha practicado, por lo que, reitera, no cabe recurso contra el asiento practicado. Ello no obstante, para que no pueda entenderse lesionado en modo alguno el derecho del recurrente a la tutela más amplia posible, rebate sus argumentos con base en los siguientes: 1.º Que la cita de la jurisprudencia hecha por el recurrente está fuera de contexto, pues en la sentencia de 25 de febrero de 1986 se trataba de una tercería de dominio sobre el numerario prestado, en la de 16 de octubre de 1993 quedó probada la efectiva entrega del dinero, y que si bien existe una corriente doctrinal a favor del carácter consensual del contrato de préstamo no es mayoritaria ni aceptada por la jurisprudencia (SS de 28 de marzo de 1993 o de 27 de octubre de 1994); 2.º Que de la propia escritura resulta o se deduce claramente que no ha existido una entrega efectiva sino meramente fingida de la cantidad prestada, que si bien se declara recibida, a la vez se ingresa y deposita en una cuenta especial, sin que se produzcan los efectos propios del préstamo por cuanto se pacta que en tanto exista la cuenta especial, el préstamo no devengará intereses a favor de la prestamista; 3.º Que tampoco se producen los efectos propios del depósito, como contrato posterior y distinto del préstamo, pues, dejando a un lado su dudosa voluntariedad, al pactarse la cesión de todos los derechos sobre la cuenta especial al prestamista entran en juego los artículos 1.768 del Código Civil y 309 del de Comercio, perdiendo el contrato el carácter de depósito para transformarse en préstamo, aparte de que se ha anulado la obligación de restitución inmediata cuando el depositante reclame el préstamo (art. 1.775 del Código Civil); 4.º Que la Orden de 5 de mayo de 1994 se limita a regular una forma especial de entrega, pero sin referencia a un depósito ni a que el abono en una cuenta especial equivalga a una real disponibilidad, a una entrega en efectivo, aparte de que dicha Orden tiene como objeto, según su preámbulo, un control administrativo sobre los modelos de préstamos impuestos a la clientela, sin que, por razón de jerarquía normativa, pueda modificar el Código Civil ni regular aspectos privados de la contratación. En relación con el segundo de los defectos, es significativa la omisión por el recurrente, dentro de la cita de Resoluciones de esta Dirección General, de la de 22 de julio de 1996, dictada como consecuencia de recurso interpuesto por ella misma; que la limitación de los intereses a garantizar con la hipoteca resulta de los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento, y admitida la garantía de los moratorios como señalaron las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, «rige, para uno y otro tipo de intereses —que a estos solos efectos deben ser computados conjuntamente— aquellos límites, lo cual plantea un problema de cálculo para el Registrador, tal como ha hecho en este caso; y que a tal fin debe tomarse como tipo el interés pactado como remuneratorio, según se deduce del artículo 219.3 del Reglamento Hipotecario con su referencia al vigente al tiempo del otorga-

miento de la escritura». El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias acordó desestimar el recurso fundado en que si bien existe una confesión de haberse recibido el capital prestado, su entrega no puede considerarse efectiva al estar sujeta su disponibilidad a condiciones, por lo que su efectividad no puede constar registralmente si no es por la vía de la nota marginal prevista en el artículo 142.1 de la Ley Hipotecaria, y en cuanto a la garantía de intereses moratorios, en base a la doctrina de la Resolución de este Centro Directivo de 22 de julio de 1996.

V. El recurrente apeló el auto desestimatorio de su recurso reiterando sus argumentos.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.281, 1.282, 1.285 y 1.740 del Código Civil; 1.º, 9.2.º, 40.c), 66, 142, 143 y 216 de la Ley Hipotecaria; 51.5.ª, 6.ª y 10.ª de su Reglamento; la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Resolución de 18 de diciembre de 1999.

1. Inscrita la hipoteca constituida en garantía de un préstamo como hipoteca en garantía de obligación futura, por así haber calificado el Registrador el contenido del negocio, y recurrida dicha calificación, se plantea, como primera cuestión, si cabe en tal caso el recurso gubernativo para modificar el contenido de la inscripción practicada.

Es norma básica, al punto que así se proclama en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, que una vez practicado un asiento en el Registro, en cuanto se refiera a derechos inscribibles, queda bajo la salvaguardia de los Tribunales produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley. De tener su origen esa inexactitud en un error padecido a la hora de extender el asiento, lo sea como consecuencia de una calificación errónea sobre la naturaleza o extensión del derecho, lo sea por un traslado inadecuado del contenido del título al asiento, el artículo 40.c) de la misma Ley remite a los procedimientos previstos en su título VII, donde expresamente se contempla el supuesto de los errores de concepto, considerando como tales aquellos que se producen cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido (cfr. art. 216). Ese régimen específico de rectificación del contenido del Registro, unido a la finalidad propia del recurso gubernativo, limitado a resolver sobre las calificaciones que denieguen o suspendan total o parcialmente la práctica de los asientos interesados (art. 66 de la Ley Hipotecaria), ponen de manifiesto la inadecuación de éste para lograr aquella rectificación.

En este caso, en que se ha inscrito la hipoteca como en garantía de una obligación futura, cabría entender que no cabe ya recurrir la calificación que ha desembocado en ese asiento, pues a través del recurso se estaría pretendiendo una rectificación de aquella inscripción. Pero si se tiene en cuenta que la pretensión del recurrente es lograr que se haga constar en el Registro la efectiva entrega de la cantidad prestada por entender que así consta en el título, lo que el Registrador rechaza al estimar que tal entrega no está acreditada, puede asimilarse el supuesto planteado a un recurso que se dirigiera frente a la negativa a hacer constar circunstancias del título en el caso de inscripción parcial, negativa claramente recurrible. Y en este sentido cabe abordar la cuestión planteada en sede de recurso gubernativo.

2. La amplitud con que el legislador ha admitido la garantía hipotecaria, aplicable a toda clase de obligaciones (cfr. arts. 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), incluso las futuras o sujetas a condiciones suspensivas ins-

critas, surtiendo en tal caso efectos contra terceros desde su inscripción si la obligación llegase a contratarse o la condición a cumplirse (art. 142 de la Ley Hipotecaria), relativiza en cierto modo la tradicional controversia sobre la naturaleza jurídica del contrato de préstamo, pues tanto puede asegurar un préstamo real, perfeccionado con la entrega o en el que exista ya libre disponibilidad por el prestatario aunque no haya hecho uso de la misma, como aquellos otros convencionales en que estén esa entrega o disponibilidad aplazadas, condicionadas o tan sólo convenidas. Ahora bien, la distinta naturaleza de la hipoteca en uno y otro caso, como hipoteca normal o de tráfico en el primero, en que el Registro garantiza la existencia tanto de la deuda como de la garantía, o como hipoteca de seguridad en los segundos, en que aquella garantía tan sólo alcanza a la hipoteca y no a la obligación garantizada, distinción de especial relevancia tanto a la hora de pretender la ejecución de la hipoteca como el tráfico posterior del crédito, imponen que a la hora de practicar su inscripción quede debidamente reflejada una u otra situación, dado que en ella ha de constar la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscribe (cfr. arts. 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.5.ª, 6.ª y 10.ª de su Reglamento), sin perjuicio de que, de haberse garantizado una obligación futura o condicional, pueda hacerse constar posteriormente su nacimiento o el cumplimiento de la condición por nota marginal (art. 143 de la misma Ley), surtiendo a partir de entonces la hipoteca inscrita los efectos propios de las de tráfico.

3. Se centra la cuestión, por tanto, en la interpretación del negocio jurídico que ha sido objeto de la calificación recurrida. Si se acude a un criterio meramente literal, los términos del contrato —primero pero no exclusivo ni excluyente de los criterios de interpretación conforme al art. 1.281 del Código Civil— la respuesta sería sencilla, pues al haber confesado la parte prestataria que ha recibido el importe del préstamo, éste se habría perfeccionado. Pero al lado de aquel criterio interpretativo existen otros, como son la intención de las partes, atendiendo principalmente a sus actos coetáneos o posteriores al contrato (cfr. art. 1.282 del Código Civil) o el sistemático, que obliga a interpretar las cláusulas de los contratos las unas por las otras, y que igualmente sería extensible a la interpretación conjunta de dos contratos simultáneos e interrelacionados entre sí (cfr. art. 1.285 del mismo Código). Pues bien, atendiendo a tales pautas interpretativas no parece caber duda de que en el presente caso aquella confesión de haber recibido el importe del préstamo es meramente formal y no responde a la realidad, habida cuenta de que, sin solución de continuidad, el importe de la cantidad prestada queda en poder del propio prestamista, sin libertad de disposición por parte del prestatario y sin que por ella deba pagar intereses. Esa falta de disponibilidad inmediata, condicionada como está a unos hechos futuros, dejando al margen la cuestión de su validez, impiden tener por perfeccionado el préstamo en los términos del artículo 1.740 del Código Civil en tanto no desaparezcan las restricciones impuestas al prestatario para disponer de la cantidad prestada, y ya se considere que estamos ante una obligación futura o actual pero sujeta a condición suspensiva, la inscripción no puede recoger sino el contenido real del negocio, de suerte que la hipoteca que se inscriba tendrá que serlo condicionada en su eficacia frente a terceros en los términos que resultan del párrafo primero del artículo 142 de la Ley Hipotecaria, y sin que el Registro pueda reflejar la efectiva entrega en tanto no conste acreditado que la misma ha tenido lugar o que las restricciones para disponer de la cantidad objeto del préstamo han desaparecido.

Por lo demás, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, que invoca el recurrente en pro de la regularidad de la forma de entrega que ha efectuado, en cuanto destinada a regular la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no sólo es que no pueda, por su propio rango y finalidad, afectar a la naturaleza jurídica de las obligaciones asumidas por las partes, sino que el supuesto que contempla como regla o cláusula 1.^a b), en su anexo II, no cabe duda de que da lugar a una hipoteca en garantía de obligación futura o condicional desde el momento que se refiere no ya al ingreso posterior de la cantidad recibida en una cuenta de disponibilidad limitada o condicionada, sino el ingreso directo por el prestamista en dicha cuenta.

4. En la segunda de las cuestiones objeto del recurso se plantea la negativa a inscribir parcialmente la garantía de los intereses moratorios con la extensión que las partes han convenido, que el Registrador limita a una cantidad tal que sumada a la prevista para garantizar los intereses ordinarios no exceda de la que supondrían cinco años de intereses de este último tipo.

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, que el Registrador invoca, sobre la computación conjunta de uno y otro tipo de intereses, no es argumento para rechazar la inscripción pretendida, pues tal doctrina, como precisara la Resolución de 18 de diciembre de 1999, no pretende afirmar otra cosa sino 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 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.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso en cuanto al defecto señalado con el ordinal 3.º de la nota recurrida, revocando en cuanto a él el auto apelado y la nota de calificación, y desestimarlos en cuanto al resto.

Madrid, 17 de marzo de 2000.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

COMENTARIO

La DGRN resuelve sobre tres cuestiones que sugieren los siguientes comentarios:

1. Se plantea la cuestión de si el recurso gubernativo es cauce o medio idóneo para intentar la rectificación de un asiento ya practicado por el Registrador.

En efecto, en el caso descrito, el Registrador calificó los documentos presentados y practicó un asiento de inscripción de hipoteca en garantía de

obligaciones futuras conforme a los artículos 142 y 143 LH, y el recurrente interpone recurso gubernativo porque no está de acuerdo con la calificación del Registrador y el correspondiente asiento practicado.

La DGRN, con muy buen criterio, recuerda que el recurso gubernativo no es el medio adecuado para rectificar asientos ya practicados, y que éste debe reservarse contra la calificación negativa o suspensiva del Registrador.

Esta idea no puede ser más clara debido a que los asientos, una vez practicados, están bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1 LH), producen todos sus efectos, y sólo pueden ser rectificadas o anuladas por éstos, sin que el recurso gubernativo sea medio para lograr tal rectificación. Esta es la doctrina que la DGRN ha mantenido siempre, como lo confirman, por ejemplo, las siguientes Resoluciones: 30 de abril de 1880, 9 de enero de 1923, 4 de junio de 1924, 17 de septiembre de 1927, 13 de mayo de 1930, 27 de septiembre de 1930, 11 de abril de 1935, 16 de junio de 1935, 22 de enero de 1944, 8 de mayo de 1946, 16 de junio de 1948, 4 de diciembre de 1950, 14 de noviembre de 1959, 9 de agosto de 1955, 2 de marzo de 1962, 11 de noviembre de 1970, 28 de mayo de 1971, 17 de abril de 1971 DGRN. Y STS:

La DGRN, sin embargo, admite el recurso, pues considera que se interpone contra la calificación negativa del Registrador, por rechazar éste la inscripción de ciertos datos que se desprenden del título presentado (entrega de dinero). Creo que se trata de una interpretación bastante benévola por parte de la Dirección, ya que la falta de constancia de esas circunstancias (entrega) es lo que hace que el Registrador califique y practique el asiento correspondiente de la manera que lo hace y no de otra, y no tanto la «omisión de circunstancias del título en un caso de inscripción parcial negativa, claramente recurrible».

2. Relacionado con lo que se acaba de decir, lo que realmente se discute en este recurso es el hecho de si se ha producido la entrega real y efectiva del dinero, objeto del contrato de préstamo entre la entidad crediticia (prestamista) y el particular (prestatario), y con ella la perfección del contrato, o si, por el contrario, al no producirse ésta, no se perfeccionó el contrato de préstamo, y corresponde practicar, entonces, una inscripción de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, tal y como hace el Registrador. Este es, a mi juicio, el tema fundamental sobre el que resuelve la Dirección General, y el que comentaré más extensamente a continuación.

3. Por último, se discute sobre la negativa del Registrador a inscribir parcialmente la garantía de los intereses moratorios por sobrepasar ésta los límites establecidos en el artículo 114 LH (cinco anualidades), y que engloba tanto a los intereses moratorios como a los ordinarios. Me remito al comentario hecho a la Resolución de 18 de diciembre de 1999, donde se abordó esta misma cuestión, y cuya doctrina es repetida por la presente resolución, en el sentido de que no hay que englobar en los límites del 114 LH a ambos tipos de intereses, pues tienen naturaleza y función muy distintas.

Hechos estos tres planteamientos, considero oportuno detenerme en el examen de la segunda de las cuestiones planteadas, por ser la que me parece más relevante y controvertida de las tres. En concreto, habrá que examinar si es correcta la calificación del Registrador, y consecuente inscripción de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, cuando dicha hipoteca asegura un contrato de préstamo convenido entre dos partes, en el que no resulta claro si se ha producido la efectiva entrega del dinero, objeto del contrato.

Esta cuestión tiene importancia para determinar si el contrato de préstamo se ha perfeccionado, está completo. Si así fuera, la hipoteca que lo garantiza sería una hipoteca ordinaria. Si por el contrario, no se ha perfeccionado el contrato de préstamo, la hipoteca que lo asegura debería ser una hipoteca en garantía de obligaciones futuras.

Luego, el problema es: ¿Cuándo se perfecciona el contrato de préstamo? Existen dos tesis diferenciadas en torno a esta materia:

1. Tradicionalmente, desde el Derecho romano, se ha mantenido por la doctrina y jurisprudencia la tesis del carácter real del contrato de préstamo. Esto implica que para que se perfeccione es necesaria la entrega real y efectiva de la cosa (en este caso de préstamo de consumo —mutuo—, se trata de dinero). Así lo mantiene CASTÁN TOBEÑAS (1), ALBALADEJO (2), y con matices Díez PICAZO (3), entre otros, y lo confirma reiteradamente el Tribunal Supremo como, por ejemplo, en las sentencias de 28 de octubre de 1909, 4 de mayo de 1943, 12 de febrero de 1946, 21 de febrero de 1956, 8 de mayo de 1962, 11 de mayo de 1964, 8 de julio de 1974, 28 de marzo de 1983, 25 de febrero de 1986, 17 de diciembre de 1997, 11 de junio de 1999; y, por último, es lo que parece desprenderse del artículo 1.740 del Código Civil cuando dice que «por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo».

Según esta tesis sólo existe contrato de préstamo con la entrega real y efectiva de la cosa, lo que equivale a que la misma esté a la libre disposición del prestatario; esa entrega es necesaria y elemento indispensable para la existencia del contrato, porque sólo ella implica el nacimiento de la única obligación que genera el mismo: la devolución o restitución de la cosa dada. Si no existe entrega (puesta a disposición efectiva de la cosa), no existe obligación de devolverla (contenido típico del contrato), y por tanto no hay tal contrato de préstamo.

(1) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo IV, Ed. Reus, Madrid, 1985, págs. 438 y sigs. Este autor afirma que el préstamo es «un contrato real que se perfecciona con la entrega efectiva de la cosa, tal y como se deduce del artículo 1.704 del Código Civil».

(2) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, José M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1972, pág. 261. Sostiene que ambas clases del préstamo (mutuo y comodato) son contratos reales, por tanto se perfeccionan por la entrega de la cosa, y no basta para que exista contrato de préstamo el solo acuerdo de las partes si no va acompañado de tal entrega.

(3) Díez PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, II*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 453 y sigs. Califica al contrato de préstamo como contrato real, de manera que su perfección no se produce por el mero consentimiento, sino que es precisa la entrega de la cosa. Esta entrega no supone el cumplimiento de una obligación anterior, sino que es elemento o requisito de perfección del contrato, y por tanto del nacimiento de las obligaciones derivadas de él. A pesar de estas palabras, a continuación recoge las nuevas ideas sobre el carácter consensual del contrato de préstamo, y asegura que hay que someter a revisión la tesis tradicional, pues pueden existir ciertos contratos consensuales de préstamo en los que el prestamista quedaría obligado a la entrega de la cosa y el prestatario estaría legitimado para exigir el cumplimiento.

Si se sigue esta teoría, que parece que es lo que sostiene el Registrador en el caso que se examina, será necesario, entonces, para que haya contrato de préstamo, la entrega de la cosa, y que esa entrega sea real y efectiva. Luego, y en el caso que se discute, la declaración de haber recibido la cosa no basta para perfeccionar el contrato, pues de los hechos que se siguen se demuestra que no se ha producido la entrega real y efectiva al ceder el prestatario al depositante todos sus derechos sobre la cuenta especial en la que se ha depositado el dinero prestado, hasta que se cumpla las condiciones pactadas de entrega de los documentos que acrediten la inscripción del préstamo hipotecario y la certificación de cargas de la finca hipotecada.

Consecuentemente, y hasta que no se cumplan esas condiciones, el prestatario no puede disponer efectivamente de su dinero, por tanto no hay efectiva entrega, y no se genera, todavía, la obligación de restituir, y en consecuencia, no existe, todavía, contrato de préstamo. Luego, la hipoteca que garantiza ese contrato de préstamo futuro o pendiente condición debería ser una hipoteca en garantía de obligaciones futuras, pues éstas no han nacido todavía, tal y como califica el Registrador.

2. Sin embargo, frente a la tesis del carácter real del contrato de préstamo, se alzan voces en la doctrina que abogan por la naturaleza consensual de dicho contrato. Es decir, la entrega no es el elemento necesario para su perfección, sino que éste puede quedar perfecto con la sola voluntad de las dos partes (como la mayoría de los contratos), y la efectiva entrega pasa a ser un requisito más de eficacia o ejecución de dicho contrato ya perfecto.

Si existe una separación entre el consentimiento y la entrega en el tiempo, antes de producirse ésta, para los defensores del carácter real del préstamo, habrá un contrato de promesa de préstamo, y con la entrega se perfeccionará o llegará a existir el verdadero contrato de préstamo. Por el contrario, para los defensores de la naturaleza consensual, aunque no haya entrega, existirá un contrato de préstamo perfecto (con las voluntades), y la entrega supondrá la eficacia o ejecución plena del contrato.

Entre los autores que defienden el carácter consensual del contrato de préstamo, se encuentran: ALGUER (4), JORDANO BAREA (5), PUIG BRUTAU (6), ROCA

(4) ALGUER, «Para la crítica del concepto de precontrato», en *RDP*, 1936, págs. 5 y 6. Asegura que el contrato de mutuo no es propiamente un contrato real, y que no se puede hablar (cuando consentimiento y entrega van diferidos) de un precontrato de mutuo, y luego (con la entrega) del verdadero contrato real, sino que «la promesa de dar una cantidad para ser devuelta más tarde es, lógicamente, un contrato consensual que obliga, no a reiterar el consentimiento ya prestado y con el que se declararon y regularon todos los efectos y el fin querido por ambas partes, sino sencillamente a cumplir la prestación, una de ellas, y, luego, a restituir la otra».

(5) JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958. Probablemente se deba a este autor la revisión definitiva de la tesis de la naturaleza real del contrato de préstamo. Para él, cualquier préstamo convenido, sin entrega, es ya, en el momento del acuerdo de voluntades, un contrato perfecto al que le faltan los actos precisos para su consumación. Y considera que, en adelante, las partes no deberán volver a prestar su consentimiento cuando se produzca la entrega de la cosa, pues ésta es cumplimiento de un acuerdo precedente dentro del ya contrato de préstamo. Añade este autor que «el acto de la entrega, en todo contrato, no es un elemento perfeccionador del mismo, sino un acto de cumplimiento de lo prometido».

(6) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 373 y sigs. Considera que el contrato de mutuo puede tener carácter real o

SASTRE (7) y GONZÁLEZ PALOMINO (8), entre otros. Incluso algunos autores que, en un principio, recogen la doctrina tradicional y lo califican como contrato real, empiezan a poner de relieve ideas más próximas al carácter consensual, e indican la necesidad de revisar los viejos postulados (DÍEZ PICAZO, LACRUZ) (9).

Según estos autores, y en el caso que analizamos, el contrato de préstamo estaría perfecto con las declaraciones de voluntad de ambas partes, y por tanto con la oferta de la entidad crediticia y la aceptación del prestatario, que se puede equiparar a esa declaración de haber recibido (y por lo tanto aceptado) el dinero. Así, el contrato de préstamo consensual ya ha nacido, es perfecto, y el hecho de la indisponibilidad del dinero (falta de entrega efectiva) no influirá en el nacimiento del contrato, y sí sólo en su posterior eficacia o efectiva ejecución. ¿Cómo debería ser la hipoteca que garantiza este contrato de préstamo? En principio, parece que sería una hipoteca ordinaria, porque si el contrato ya existe y es perfecto, la hipoteca que lo asegure será ordinaria o de tráfico, por lo que la calificación y posterior inscripción que lleva a cabo el Registrador sería errónea. No obstante, creo que a este razonamiento pueden hacerse las siguientes objeciones.

La hipoteca nace para asegurar el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104 LH), y en el contrato de préstamo, la obligación para cuya seguridad es constituida es, precisamente, la devolución o restitución del dinero prestado, obligación que sólo nace tras la efectiva entrega de la cosa, independientemente de que esto sea requisito de existencia y perfeccionamiento del contrato, o de que sólo lo sea de su eficacia. En este sentido, encontramos las palabras de autores que, aun defendiendo el carácter consensual del mutuo, admiten que la obligación de restituir sólo aparece tras la entrega, por ejemplo, JORDANO BAREA (10) dice que el acto de la entrega no es elemento perfeccionador del contrato de mutuo, pero, sin embargo admite

consensual, según la obligación de entregar la cosa esté o no prevista y regulada en el contrato inicial. De este modo, afirma que «el pretendido precontrato de préstamo es un verdadero contrato consensual, pues carece de sentido entender que la obligación de entregar una cantidad en concepto de préstamo no forme una unidad con la obligación resultante de esa efectiva entrega cuando ambas obligaciones están previstas y reguladas en el contrato inicial.

(7) ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, 1948, págs. 340-341. Para este autor, el contrato consensual de mutuo es lo mismo que el precontrato de mutuo. Ambos son una misma e idéntica figura, por eso, concluye, «al identificarse este último —precontrato de mutuo— con aquél obliga a considerarlo como un imposible jurídico».

(8) GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», en *AAMN*, tomo I, 1945, págs. 277 y sigs. Califica al contrato de mutuo como verdadero contrato consensual y bilateral.

(9) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, José M.ª Bosch, págs. 177 y sigs.; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *ob. cit.*, págs. 453 y sigs. Para estos autores hay que revisar los viejos postulados doctrinales, pues, al amparo del 1.255 del Código Civil, es indudable la eficacia y validez de un contrato por el que una parte se obligue a entregar una cosa y la otra a devolverla, aunque no se haya producido la efectiva entrega (LACRUZ). Lo que ocurre es que, normalmente, la entrega es inmediata al acuerdo, van a la vez; pero si hay separación entre ellos, surge el problema, pues esa primera parte (acuerdo de voluntades que crea una vinculación jurídica) se encuentra en nuestro sistema sin específica regulación legal (DÍEZ PICAZO).

(10) JORDANO BAREA, «La categoría de los contratos reales», *ob. cit.*, pág. 117.

que es «cierto que sin entrega, el comodatario, mutuario, depositario, etc., no podrán ser obligados a restituir...»; ALGUER (11) sostiene que «es ocioso discutir sobre si la obligación de restituir puede o no surgir antes de la entrega. A tenor del contrato es evidente que no, pues es lo conforme a la intención de las partes y a la naturaleza de las cosas»; y por último, GONZÁLEZ PALOMINO (12) mantiene que «evidentemente, la obligación de devolver una cosa no puede surgir sin una previa entrega...» Luego, aunque el contrato se perfeccione por la sola voluntad de las partes, sin necesidad de entrega, hasta que ésta no se produce, no nace la obligación de restituir (que es la que asegura la hipoteca), y por tanto, la hipoteca que garantiza ese contrato sólo puede ser de seguridad, o en garantía de obligaciones futuras o de obligaciones sometidas a condición suspensiva, porque ese contrato no producirá efectos, su eficacia se retrasa (aunque esté perfecto) al cumplimiento de una condición: la efectiva entrega, y sólo entonces nacerá la obligación garantizada con la hipoteca, que no es otra que la restitución de la cantidad prestada.

Luego, aunque se defienda esta segunda tesis, considero adecuada la calificación del Registrador, corroborada por la DGRN, y la correspondiente práctica de la inscripción de la hipoteca conforme a las reglas de los artículos 142 y 143 LH: hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sometidas a condición suspensiva.

Dejando así planteadas las cosas, creo que la situación que se describe en el caso es distinta. Se parte de la tesis de la naturaleza real del contrato de préstamo (pues ambas partes —Registrador y recurrente— consideran necesaria la entrega de la cosa). La cuestión que se debate es, entonces, qué debe entenderse por entrega efectiva de la cosa. Sólo así se sabrá si el contrato está perfecto o no, y, consecuentemente, si ha nacido o no la obligación garantizada con hipoteca, y cómo debe inscribirse ésta: como hipoteca en garantía de obligaciones futuras, o como hipoteca ordinaria.

El Registrador y la DGRN consideran que la entrega de la cosa debe ser la efectiva y real puesta a disposición, de manera que el prestatario adquiere su propiedad y puede, en consecuencia, disponer libremente. Según este criterio, aquí no existe efectiva entrega porque la misma se encuentra sometida a dos condiciones, y mientras no se cumpla, el dinero queda en manos de la entidad financiera que puede disponer de él. Al no haber efectiva entrega, y quedar ésta sujeta a condición, no hay obligación de restituir, que sólo nacerá en un futuro cuando se produzca la entrega real al cumplirse las condiciones establecidas. Luego, corresponderá practicar una inscripción de hipoteca en garantía de obligación futura.

El procurador defiende, por el contrario, que la declaración del prestatario de haber recibido el dinero y el consiguiente depósito del mismo en cuenta especial equivale a la efectiva entrega. Por lo tanto, el contrato se habría perfeccionado; ya habría nacido la obligación de restituir, y consecuentemente la hipoteca que la garantizase debería ser ordinaria.

Sin embargo, no creo que pueda considerarse como entrega real y efectiva de dinero el depósito aquí descrito, porque el prestamista no puede disponer libremente de él (cede todos sus derechos sobre el mismo a favor de la Caja

(11) ALGUER, «Para la crítica del concepto de precontrato», *ob. cit.*, pág. 6.

(12) GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», *ob. cit.*, págs. 277 y sigs.

de Ahorros). Por otra parte, no se puede decir que haya tampoco un verdadero depósito (como sostiene el recurrente), pues fue el banco el que lo impuso hasta que se cumplieran las condiciones (luego, ya no cumple el requisito de voluntariedad), y además, el prestatario no puede exigir la devolución de la cosa al depositante en cualquier momento, si no sólo al presentar los documentos requeridos.

En consecuencia, no puede decirse que exista un contrato de préstamo más uno de depósito, sino uno de préstamo con entrega diferida o condicionada, lo que, desde luego, ocasiona que la hipoteca que lo asegure sea calificada como hipoteca de seguridad, y se practique su inscripción conforme a los artículos 142-143 LH, tal y como entiende el Registrador y corrobora acertadamente la DGRN.

M. G. R. A.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR MANIFESTADA POR REQUERIMIENTO RESOLUTORIO ABSOLUTAMENTE INFUNDADO. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2000.)

El Tribunal declara probado que el comprador vino cumpliendo puntualmente con todos los pagos estipulados en el documento privado de compraventa; que como no se había fijado fecha de entrega de la vivienda, se vio obligado a dirigirse por carta a la promotora vendedora para que ésta le comunicara tal fecha, sin obtener respuesta alguna; que en cambio la promotora vendedora requirió luego notarialmente al comprador para que en el día y hora que unilateralmente fijó se personara ante un notario, también unilateralmente determinado, para proceder a la entrega de llaves y al otorgamiento de escritura pública a cambio no sólo de subrogarse en el préstamo hipotecario sino también de pagar una cantidad mayor que la inicialmente estipulada, requerimiento que incluyó una conminación de resolución y de aplicación de la cláusula penal consistente en pérdida del 20 por 100 de las cantidades hasta entonces abonadas, sin posibilidad de moderación por el juez; y, en fin, que el comprador contestó a este requerimiento no oponiéndose al cumplimiento de lo que verdaderamente se había pactado pero sí condicionando la firma de la escritura a la entrega por la promotora de aquellos documentos que le habrían permitido comprobar la habitabilidad de la vivienda y la finalización y remate de las obras de urbanización conforme a lo pactado.

Esto significa que el comprador vino cumpliendo puntualmente todas sus obligaciones hasta que la vendedora pretendió supeditar el cumplimiento de las suyas a condiciones totalmente ajenas a lo pactado y mucho más gravosas para el comprador, y de otro, que la propia conducta de la promotora tras

recibir la carta del comprador solicitando información sobre la fecha de entrega de la vivienda, conducta consistente en no dar la información solicitada y, en cambio, hacer un requerimiento notarial imponiendo unilateralmente unas condiciones extrañas a lo estipulado y por tanto inaceptables por el comprador, con el añadido de dar por resuelto el contrato de no plegarse éste a tales condiciones, fue en sí misma demostrativa no sólo de una prepotencia rayana en lo increíble y desde luego inconciliable tanto con el espíritu del artículo 1.124 del Código Civil como con la normativa protectora de los consumidores aplicada por el tribunal de apelación, curiosamente eludida por la recurrente en sus motivos de casación, sino también de una voluntad que, por manifiestamente opuesta al cumplimiento del contrato en sus propios términos, justificaba plenamente la interposición de la demanda por el comprador interesando el cumplimiento contractual con arreglo a lo pactado, ya que de otra forma su indefensión habría sido absoluta frente a la posición dominante en que quiso situarse la recurrente-vendedora.

NO ESTAMOS ANTE UNA DOBLE VENTA CUANDO HAY DOS COMPRAVENTAS, PERO FALTA LA IDENTIDAD DEL OBJETO. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2000.)

El tema esencial de la doble venta, que es contemplado en el artículo 1.473 del Código Civil, aunque erróneamente se cita en la demanda el artículo 1.474 y en la sentencia recurrida el mismo y el artículo 1.461, se da cuando una misma cosa es vendida dos o más veces por el mismo propietario a diversos compradores, es decir, identidad de la cosa objeto de ambas compraventas y que las ventas se hayan celebrado antes de que la cosa haya sido adquirida por un comprador; no debe confundirse con la venta de cosa ajena, ya que si el vendedor vende la misma cosa a varias personas, el artículo 1.473 regula quién la adquiere, pero si la vende y el comprador la adquiere, la segunda venta no será una doble venta sino venta de cosa ajena.

En el presente caso es indiscutible que no hay una doble venta contemplada por el citado artículo 1.473 del Código Civil, ya que en 29 de diciembre de 1977, A vende a B, en escritura pública, un volumen edificable, y el 6 de abril de 1993, la misma A vende al Ayuntamiento de San Sebastián, en escritura pública, una parte indivisa de una finca, no produciéndose en ningún caso una doble compraventa perfeccionada, sino dos compraventas consumadas; es discutible la identidad del objeto de la compraventa, un volumen edificable en la primera y una parte indivisa de una finca en la segunda: el Juzgado de 1.^a Instancia consideró que no se daba («a identidad del objeto de ambos contratos lo que, obviamente, no acontece»), y la Audiencia Provincial que sí había identidad («el objeto del contrato igual al del contrato anterior»); no cabe estimar identidad, ya que no es posible calificar jurídicamente como una misma cosa un volumen edificable que una porción indivisa de una finca, pese a que, ciertamente, ésta trae causa de aquella y, a su vez, esta última de un justiprecio por razón de expropiación y éste, del derecho de propiedad de dos fincas que fueron expropiadas, no cabe entender que es la misma cosa, una que trae causa de otra.

EL PACTO DE NON PETENDO, RESPECTO A UNO DE LOS DEUDORES, NO PRODUCE LA REMISION DE LA DEUDA SOLIDARIA. (SENTENCIAS DE 21 DE DICIEMBRE DE 2001.)

La Sala considera que el contenido de la respuesta del actor en el acto de la confesión judicial («no le reclama nada porque ha llegado a un acuerdo con él») ha de calificarse como un acuerdo transaccional entre éste y su hijo don Francisco Javier, cuyo contenido no consta, pero cuya apariencia es la de un pacto *non petendo*, por el que el acreedor se obliga frente a uno solo de los dos deudores solidarios a no exigirle la efectividad de la obligación, pero que no produce la remisión de la deuda, la cual sigue viva al no perdonar o liberar su cumplimiento, y, en tal caso, el acreedor podrá dirigirse contra ambos en exigencia de la satisfacción íntegra de la misma, si bien quien pague tendrá derecho de regreso contra el beneficiado por el pacto.

COMRAVENTA DE COSA CIERTA Y PRECIO ALZADO. (SENTENCIAS DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Se declara probado que el terreno que ocupó el Ayuntamiento demandado no aparece ninguna prueba de que «se sale de los límites contorneados en el plano que se protocoliza con la escritura» y en un derecho que no ha sido indiscutido, que plasma el artículo 1.471 del Código Civil, que establece que si el inmueble se ha vendido por un precio alzado o se han vendido varias fincas (que es el caso presente) por un precio alzado conjunto, el vendedor deberá entregar la integridad de la cosa vendida y el comprador deberá pagar el precio pactado, sin el aumento o disminución previstos en los artículos precedentes; y así la sentencia declara que «el pacto de compra se concretó, con olvido del precio pedido por unidad de medida, a un precio alzado, y así deriva de acuerdo del pleno de la corporación municipal por el que aprueba la compra... y en tales términos se otorgó la escritura pública».

La cuestión jurídica que se plantea en este tema es la calificación jurídica del contrato celebrado entre los propietarios vendedores y el Excmo. Ayuntamiento de Granada, como comprador, otorgado en escritura pública de 29 de septiembre de 1981, cuyo objeto de la compraventa es una cosa cierta y un precio determinado: la cosa está compuesta de dos fincas, que se describen y se representan en sendos planos unidos a la matriz y el precio es una cantidad por cada una de las dos fincas, que como precio alzado conjunto se hace constar como precio final. Por tanto, partiendo de que el Ayuntamiento no ha ocupado terrenos no comprendidos en las fincas compradas, como se dice acreditado en la sentencia de instancia, la mayor o menor extensión de la finca objeto de la compraventa por un precio alzado, no da lugar a aumento de precio ni a indemnización alguna.

INEXISTENCIA DE PRECIO CIERTO. (SENTENCIAS DE 22 DE DICIEMBRE DE 2001.)

Es jurisprudencia de esta Sala que la certeza del precio es requisito esencial de la propia naturaleza del contrato, conforme al artículo 1.445 del Código Civil. No obstante el concepto de precio cierto no exige necesariamente que se precise cuantitativamente en el momento de la celebración del pacto,

sino que basta que pueda determinarse aquél, es decir, que el concepto no quede en blanco ni afectado por unilateralidad plena, sino que pueda ser determinado con referencia puntual y concreta y lo prevé el artículo 1.447 del Código Civil y la doctrina de esta Sala.

En el presente caso, si bien no puede hablarse de una indeterminación total en cuanto se fijaron unos límites cuantitativos entre los que había de comprenderse el precio final y cierto, no se establecieron los criterios que, dentro de esos límites llevarían a la exacta determinación del precio. No puede hablarse como hacen los actores en el tercer otrosi de su demanda, de que se tratase de precios alternativos, respecto de los cuales tampoco se establecieron los criterios para la aplicación de uno u otro.

LA CONSTITUCION DE LA GARANTIA HIPOTECARIA CARECE DE CAUSA AL NO RESULTAR PROBADA LA EXISTENCIA DEL PRESTAMO QUE SE PRETENDIA ASEGURAR. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

La ciencia jurídica afirma mayoritariamente que la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y que la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica, sostiene, también, que el contrato con simulación está afectado de nulidad total, tanto por la tajante declaración del artículo 1.276, como por lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.261-3.º en relación con el artículo 6-3.º del Código Civil; por otra parte, la necesidad de acudir a la prueba de presunciones a que se refiere el artículo 1.253 del Código Civil para apreciar la realidad de la simulación, es doctrina reiterada de esta Sala que al ser grandes las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el artículo 1.253 del Código Civil. Atendida esta doctrina jurisprudencial es evidente que la constitución de la garantía hipotecaria carece de causa al no resultar probada la existencia del préstamo que se pretendía asegurar.

EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL HA DE SER DE ENTIDAD SUFICIENTE QUE IMPIDA EL FIN NORMAL DEL CONTRATO SIN QUE PUEDA CONFUNDIRSE CON UN SIMPLE RETRASO. (SENTENCIAS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

La antigua jurisprudencia exigía que se patentizara una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido para que se produjera resolución contractual, mientras que la más moderna requiere sólo que el incumplimiento se produzca frustrando las legítimas expectativas de la otra parte a la que se privaba de alcanzar el fin económico perseguido por el vínculo negocial, no es verdad que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida se vea afectada por el cambio jurisprudencial, ya que las razones decisivas que conducen a la denegación de la resolución se explicitan, con toda claridad, en la sentencia impugnada, que, obviamente, tiene en cuenta la reciprocidad de las prestaciones y considera sin entidad alguna los incumplimientos aducidos,

dado su volumen en el total del negocio, atendiendo a que el incumplimiento ha de ser de tal peso que impida el fin normal del contrato, sin que pueda confundirse con un simple retraso.

NO CABE LA APLICACION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN EL SUPUESTO DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE TERRENO DESPUES NO RECALIFICADO. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

La parte recurrente estima de aplicación al caso la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, entendiendo que existe una alteración extraordinaria de carácter imprevisible por el cambio de calificación urbanística de los terrenos comprados, no siendo la perjudicada sociedad culpable de tal cambio y de la desorbitante desproporción producida.

La jurisprudencia de esta Sala señala como conclusiones que dicha cláusula no está legalmente reconocida, que no obstante, dada su elaboración doctrinal y principios de equidad a que puede servir, existe posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales, pero que se trata de una cláusula peligrosa y debe admitirse con mucha cautela, que su admisión precisa: una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que aniquilen el equilibrio de las prestaciones, y que todo acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Ello no acontece en este caso. La parte recurrente debió cumplir su prestación el 12 de octubre de 1992, y la recalificación de los terrenos no tuvo lugar hasta el 28 de enero siguiente, y ello, sin otras consideraciones, haría siempre de mejor condición a la parte incumplidora de sus obligaciones, dentro de su plazo señalado, que a la que actúa con absoluta corrección jurídica, que por haber cumplido no puede utilizar la supuesta aplicación de tal cláusula. Por tanto, no puede tener lugar tal doctrina pretendida cuando el retraso del cumplimiento obligatorio resulta unilateral e injustificado.

En todo caso, queda sin acreditar: *a)* que tal calificación sea definitiva, siendo así que aparece recurrida; *b)* qué valor alcanzan las fincas compradas después de su calificación y cuál podían ostentar si fueran edificables, lo que no está acreditado en autos, ni practicada la oportuna pericial al respecto. Resulta inconcebible que una empresa constructora como la recurrente con dedicación al negocio inmobiliario no haya previsto la variabilidad urbanística de tales terrenos, que no puede decirse que tenga carácter imprevisible, en cuanto suceso imposible de prever o inevitable.

Finalmente, el contrato de compraventa celebrado entre las partes constituye un contrato de tracto único, que había sido cumplido de adverso y que no requería sino el pago del precio por la hoy recurrente, y en esta clase de contratos la pretendida cláusula *rebus sic stantibus* es de aplicación aún más excepcional que en las de tracto sucesivo. Se trata de un normal *periculum emptoris* y no incardinable en la referida cláusula.

I. I. M.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO POR VARIOS COMO VENDEDORES: SU RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO HA DE SER INSTADA POR TODOS CONJUNTAMENTE. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de Madrid, en sentencia de 5 de mayo de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) en sentencia de 27 de septiembre de 1994 estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Se solicita la resolución del contrato de compraventa concertado. El comprador formula reconvención cuya pretensión central es la de que se condene a los actores al cumplimiento del contrato.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente procedimiento se acusa un vicio legal de origen que es la absoluta falta de acción de los actores para formular la demanda, pues por sí solos carecen de acción para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, este defecto de legitimación *ad causam* es estimable de oficio. La sentencia de primera instancia desestimó la reconvención porque no se dirigía contra todos los vendedores, lo que resulta incoherente con la estimación de la demanda. Y la de segunda instancia considera que los copropietarios demandantes estaban legitimados para actuar en beneficio de la comunidad por su misma condición. La extinción del derecho que está en comunidad —al precio de la cosa vendida— y su sustitución por otro —la devolución de dicha cosa— es una alteración que ha de ser consentida por todos los comuneros.

EL EJERCICIO DE UNA ACCION DE NULIDAD CONTRACTUAL POR OTRA DE JUICIO UNIVERSAL DE TESTAMENTARIA ES INCOMPATIBLE, ES DECIR, LA INCOMPATIBILIDAD DE ACCIONES HACE IMPOSIBLE EL EJERCICIO ACUMULADO EN EL MISMO PROCEDIMIENTO. NO SE PUEDE PROBAR LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR PRUEBA TESTIFICAL DE REFERENCIA. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Arcos de la Frontera, en sentencia de 21 de enero de 1991, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3.^a) en sentencia de 20 de junio de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Parte la Sala de afirmar que resulta absolutamente improcedente pretender el ejercicio simultáneo de una acción de nulidad contractual y otra propia para obtener las consecuencias lógicas de un juicio de testamentaria. Se dice esto porque, a tenor de lo dispuesto en el artículo 154.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es incompatible el ejercicio simultáneo en un mismo juicio y debe ser prohibida la acumulación de acciones que se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, pues existe total contradicción entre una acción de nulidad de contrato de compraventa

y la acción que insta un juicio universal de testamentaría. Y ya que dichas acciones han de dirimirse en juicios de diferente naturaleza como es el declarativo ordinario de mayor cuantía —la acción de nulidad contractual— y el universal de testamentaría que recoge el Título X del Libro Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil —arts. 1.036 y siguientes—, todo ello en razón al carácter de orden público que tienen las normas procedimentales, y sobre todo porque en nuestra litis la acción iniciadora del juicio de testamentaría no ha sido dirigida contra todos los herederos conocidos. Además, no se puede determinar la nulidad o en su caso la anulabilidad de un contrato documentado en escritura pública si la misma no aparece incorporada a los efectos.

COMPETENCIA DESLEAL: NO HAY. HUBO PACTOS ENTRE LAS PARTES QUE AUTORIZABAN LA ACTUACION. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sabadell, en sentencia de 31 de julio de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), en sentencia de 13 de junio de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Se estima errónea la interpretación de los artículos 5 y 6 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, reguladora de la Competencia Desleal, no obstante, la argumentación empleada para fundar las pretendidas infracciones hacen claro supuesto de la cuestión, pues se elucubra en abstracto sobre el contenido de los preceptos señalados, sin atender a que, como razona la sentencia impugnada de forma expresa, fue prevista la constitución de una sociedad con idéntico objeto entre las partes como la licencia para actuar durante el período transitorio.

TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. INTEGRACION DEL FACTUM. CONSIDERACION COMO FECHA DE LA INSCRIPCION PARA TODOS LOS EFECTOS QUE ESTA DEBA PRODUCIR, LA DEL ASIENTO DE PRESENTACION. SUPUESTO DE PREFERENCIA DEL CREDITO HIPOTECARIO SOBRE LO ANOTADO PREVENTIVAMENTE. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Zaragoza, en sentencia de 14 de abril de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.ª) en sentencia de 10 de octubre de 1994, estima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La Compañía Mercantil «Banco de Europa, S. A.», formula demanda de tercería de mejor derecho a iniciativa de la entidad mercantil Leasing, S. A. Se declara probado una escritura de préstamo presentada en el Registro de la Propiedad y anotada en el Libro Diario el 9 de junio de 1992, cuyo asiento fue cancelado por caducidad, y presentada nuevamente el 24 de agosto del mismo año, también el asiento realizado se canceló por caducidad; posteriormente, el 11 de diciembre de 1992 se otorgó escritura complementa-

ria, mediante la cual don Julio Pérez Yagüe, esposo de la propietaria del piso hipotecado, hizo constar que éste era la residencia habitual del matrimonio, por lo que prestaba su consentimiento a los efectos del artículo 51 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón; y ambas escrituras fueron aportadas al Registro de la Propiedad el 17 de diciembre de 1992, lo que provocó el correspondiente asiento de presentación, y que se inscribiera la hipoteca el 7 de enero de 1993.

Doctrina de la Sentencia.—Se analiza la garantía de la anotación preventiva de embargo sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, la Sala tiene reiteradamente declarado que «la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene la preferencia respecto a otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de estas obligaciones, ni convierte en real o hipotecaria la acción que antes tenía este carácter, ni produce otros efectos que los que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación, posición que es uniforme con la doctrina jurisprudencial que mantiene diferentes criterios de preferencia respecto al supuesto de que el crédito anotado fuera posterior al hipotecario, pero la hipoteca haya sido inscrita después de la anotación». Por tanto, con base en que la anotación de embargo goza de la prioridad dimanante de su fecha en relación con los gravámenes posteriores, y como la hipoteca es una figura que sólo se produce mediante la inscripción, hasta tanto no se verifique no existirá el crédito hipotecario y si su inscripción es posterior a la anotación, ésta prevalecerá; posteriormente, a partir de la estimación de que la anotación únicamente dé preferencia al crédito anotado sobre los contraídos con posterioridad, consideran que el crédito hipotecario, aunque inscrito después, se antepone a aquél.

CONGRUENCIA. DOCUMENTO PRIVADO Y ESCRITURA PUBLICA. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid, en sentencia de 29 de noviembre de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.ª), en sentencia de 13 de febrero de 1996, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—En la demanda se pide la «resolución de la compraventa contenida en escritura pública» («de fecha posterior al contrato privado que es perfecto en sí mismo»), de modo que se obtiene la conclusión de que el referido contrato no está resuelto. Así, deliberadamente, omite el recurrente que el contrato es el mismo, siendo la escritura pública consecuencia de la «elevación a tal rango documental de idéntico acuerdo» conforme a las exigencias del artículo 1.279 y requerimientos formales del artículo 1.280, ambos del Código Civil. La congruencia, además, no padece, por hacer paten-

te, aquellos desenvolvimientos lógicos, implícitos en los pedimentos de las partes, sin que las insuficiencias en la literalidad de las palabras empleadas tengan relevancia o significación para impedir que se falle con arreglo a Derecho, dentro de los límites que otorga el principio dispositivo que no exige una adecuación racional del fallo con lo solicitado. Además, no está acreditado ningún supuesto incumplimiento anterior por parte de la vendedora, sino que, por el contrario, consta el incumplimiento serio, firme y reiterado de la compradora en cuanto a su obligación de pago del precio.

EL «EFECTO REFLEJO» DE UN CONTRATO NO PRESUPONE LA EXISTENCIA DE LA BASE SUFICIENTE PARA ESTIMAR LA EXCEPCION DE LITIS-CONSORCIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Málaga, en sentencia de 28 de julio de 1993, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), en sentencia de 27 de julio de 1994, desestima la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia recurrida tiene como *ratio decidendi* para estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, el dato de que la demanda no se dirigió también contra la sociedad «P. de S. A., S. A.», que fue quien vendió a los demandados la parcela a que se refiere la demanda y sobre la que los demandados pretenden construir viviendas.

Surge la situación de los «efectos reflejos» como circunstancia que no justifica la constitución de un litisconsorcio pasivo necesario. La característica del litisconsorcio pasivo necesario que provoca la existencia de la cosa juzgada es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, es entonces cuando la intervención de un tercero en el pleito podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa. Se habla de un simple «efecto reflejo» desde el instante mismo en que lo que se persigue en la pretensión de la actora es dejar sin efecto actuaciones sobre un determinado inmueble y cuya consecución no depende para nada de la posición de la parte vendedora de una parte del inmueble, pues quedaría incólume su posición como transmitente por venta de la parcela.

Paralelamente, a través de la figura llamada «garantía al vendedor» que establece el artículo 1.482 del Código Civil que es una de las concretas normas procesales que establece dicho cuerpo legal y que parte de la base de un proceso de reclamación por un tercero, de la cosa comprada, que puede provocar la evicción y que permite al comprador-demandado traer al pleito al vendedor del objeto que tiene que responder a la posesión legal y pacífica de la cosa vendida, por lo que no se puede hablar de la posibilidad de esgrimir la excepción de litisconsorcio pasivo necesario aunque la misma sea apreciable de oficio cuando se podían haber utilizado los mecanismos que preconiza el ya mencionado artículo 1.482 del Código Civil.

CONTRATO DE SEGURO COMBINADO. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. LIMITACIONES A LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Lérida, en sentencia de 31 de mayo de 1994, admite parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.^a), en sentencia de 21 de septiembre de 1994, desestima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Base fáctica.—La sociedad agraria de transformación «Sat Almacir 29 Cat» demanda a la «Agrupación Española de Entidades Aseguradoras del Seguro Agrario Combinado, S. A.» (Agroseguro), la asociación «Agrocatalunya» y la entidad «Cep de Seguros Generales, S. A.», interesando la declaración de validez y eficacia del contrato de seguro agrario combinado mediante documento de declaración de seguro y la condena solidaria de las entidades demandadas a que paguen una determinada cantidad de dinero a que asciende la valoración pericial de los daños producidos.

Doctrina de la Sentencia.—Parte la Sala de considerar que la congruencia de las sentencias se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones de manera que no puede aquélla otorgar más de lo pedido en la demanda ni menos de lo admitido por el demandado ni otorgar otra cosa diferente no pretendida.

La transgresión a la Ley 50/80, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, y a la Ley 87/78, de 28 de diciembre, del Seguro Agrario, se establece en base a que el contrato se instrumentaliza por escrito mediante el oportuno documento donde constan debidamente cumplimentados todos los requisitos determinantes de su validez incluso el importe de la prima que se tiene por recibida por el asegurador, quien, además, no formula reserva ni exclusión de ningún género respecto al contenido del contrato, pero en este supuesto no se hace mención a una concreta vulneración cometida por la resolución traída a casación, sino que únicamente se realiza un planteamiento concerniente a la concurrencia de los presupuestos necesarios para la plasmación y virtualidad del contrato. Además, el dato del no acogimiento por la sentencia recurrida a la súplica de la demanda atinente a la declaración de validez y eficacia del repetido contrato de seguro agrario combinado, hay que entenderlo exclusivamente en orden a la ineffectividad del período de carencia.

Paralelamente a esto, la recurrente expresa el artículo 1.101 del Código Civil en los fundamentos de derecho de la demanda, pero en la exposición objetiva obrante en el escrito inicial no efectúa referencia alguna sobre el desarrollo de las circunstancias que pudieran dar lugar a la participación de tal precepto, pues los requisitos imprescindibles para la aplicación de tal artículo son los siguientes: 1) la preexistencia de una obligación entre las partes; 2) su incumplimiento por culpa, negligencia o falta de diligencia de la demandada o demandadas, pero no por la incidencia de caso fortuito o fuerza mayor; 3) la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte, y 4) el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos. La recurrente pretende la aplicación del artículo 1.101 en el principio *iura novit curia*. En realidad, el principio de congruencia impone una racional adecuación del

fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentaban, pero no una literal concordancia, y por ello, guardado el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le esté permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la forma más adecuada y que el Juzgador pueda, en atención al principio *iura novit curia*, invocado en relación con el de *da mihi factum, daba tibi ius*, aplicar normas distintas como también ha sido reconocido en reiterada jurisprudencia de la Sala, pero la observancia de estos principios ha de estar condicionada al componente fáctico esencial de la acción ejercitada, estimándose la inalterabilidad de la *causa petendi*, pues lo contrario entrañaría una vulneración del principio de contradicción y del derecho de defensa, así como el doble respeto a los hechos y la acción ejercitada como base del principio de congruencia.

TERCERIA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Bilbao, en sentencia de 14 de abril de 1993, estima la excepción de falta de reclamación previa en vía gubernativa y desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.^a), en sentencia de 18 de julio de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—En sentir de la recurrente, tanto la jurisprudencia como la ley, exigen agotar la vía de la reclamación previa administrativa ante la Tesorería General de la Seguridad Social para interponer una tercera de dominio.

Doctrina de la Sentencia.—Son innumerables las sentencias que entienden que la exigencia de reclamación previa en la vía administrativa tiene como finalidad esencial evitar que la Administración se vea envuelta en un proceso sin haber tenido posibilidad de evitarlo, por lo que debe atribuirse a dicha reclamación previa administrativa, una naturaleza semejante a la conciliación.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Vicente de Raspeig, en sentencia de 19 de enero de 1996, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.^a), en sentencia de 22 de julio de 1996, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Doctrina de la Sentencia.—Se reitera por la Sala que la casación no es una instancia y que fundamentalmente tiene por objeto comprobar si la sentencia recurrida aplicó correctamente el derecho a los hechos que declaró probados y tratar de desvirtuar los hechos, o mejor, prescindir de ellos y partir de los que se acomoden a su pretensión. Además, no se tiene en cuenta que para impugnar unos hechos probados hay que fundar un motivo en la infracción

de un precepto legal que contenga norma valorativa de prueba e ignora que los preceptos procesales en general no sirven para apoyar un recurso de casación por infracción de ley.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—FALLECIDO EL ACTOR, NO PUEDE RECONOCERSE EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD A SU SUCESOR, YA QUE ESTE DERECHO SE CONCEDE INTUITU PERSONAE, Y LA DETERMINACION DE SI LE CORRESPONDE A ESTE SUCESOR, NO ES OBJETO DE ESTE LITIGIO. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado número 1 de Pola de Siero estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. La sentencia recurrida desestimó la demanda de acceso a la propiedad, al amparo de la Disposición Transitoria 1.ª, regla 3.ª LAR, y de la Ley de 12 de febrero de 1992. La ley reconoce la posibilidad de la transmisión de la condición de arrendatario por fallecimiento, estableciendo el artículo 79 las personas que tendrán derecho a sucederle, así como el orden de preferencia en la sucesión, siempre que el sucesor sea profesional de la agricultura, ahora bien, como dice la sentencia de 7 de octubre de 1994, ese derecho de acceso a la propiedad está configurado en su estricta dimensión *intuitu personae*, es decir, que existe y opera cuando persiste el arrendatario, esto es, mientras viva el mismo, de modo que con su muerte desaparece el sustrato de objetividad en contemplación del cual está estructurado. Fallecido el demandante recurrente queda extinguido el derecho de acceso a la propiedad que le pudiera corresponder, por lo que en este procedimiento no podría hacerse declaración de este derecho a favor del arrendatario fallecido, ni tampoco a favor de quien puede ostentar la condición de sucesor en el arrendamiento, al amparo de dicho artículo, al no haber sido cuestiones sometidas al debate judicial presente. De ahí que no pueda prosperar la demanda por la extinción de ese derecho personalísimo de acceso a la propiedad por fallecimiento del actor.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL, A DIFERENCIA DE LA DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA, NO EXIGE DEDICACION EXCLUSIVA, PUDIENDO SER AYUDADO POR FAMILIARES, SIENDO EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA DE ESTOS, INTERPRETADO DE UNA MANERA AMPLIA. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1997.)

El Juzgado número 3 de Irún estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. El precepto que se estima infringido es el artículo 16 LAR en relación con el artículo 98 y la Disposición Transitoria 1.ª, regla 1.ª de la Ley. El problema esencial que se plantea en la litis está contenido en la posibilidad de que la actora esté en la situación jurídica suficiente, en su cualidad de arrendatario de acceder a la propiedad de la tierra que como colono cultiva. La naturaleza del arrendamiento es la idónea para acceder al dominio de la finca arrendada, posibilidad establecida ya en la antigua Ley de 1935 y consagrada en la actual de 1980, estando atemperada en nuestro Derecho en el artículo 33.2 de la Constitución Española, que proclama la función social del derecho a la propiedad privada. Lo que plantea problema es si se le puede calificar como cultivador personal. El artículo 16 no exige al cultivador personal, a diferencia del profesional de la agricultura del artículo 15, ni una dedicación exclusiva ni siquiera una dedicación preferente a la agricultura. Y así lo considera la sentencia de 17 de octubre de 1984, que dice que la cualidad de cultivador personal se refiere a la llevanza de una explotación agraria, de un modo directo y personal, con la ayuda de sus hijos, lo cual puede ser compatibilizado con otra actividad distinta, lo cual se da en la parte actora. Aunque los hijos que colaboran con él en las faenas agrícolas, no viven en el domicilio de los padres, esta Sala ha interpretado de modo amplio el requisito de la convivencia en el sentido de que la misma no significa el estar bajo el mismo techo, ya que se determina la posibilidad de hogares con distintas sedes físicas y la ayuda puede ser intermitente o no continuada (sentencia de 5 de diciembre de 1986 y de 28 de enero de 1988), pero sobre todo en la sentencia de 2 de junio de 1992, que dice que debe entenderse cumplido el requisito del artículo 16 cuando, pese a su considerable edad, se dedican los arrendatarios a las labores agrícolas, siendo ocasionalmente ayudados por parientes que conviven con él, puesto que esa ayuda ocasional prestada por familiares no obsta a la condición de cultivador, cuando se admite en el mismo precepto la ayuda por asalariados, aunque sea circunstancialmente. El que sea el arrendatario una persona de más de ochenta años, es inoperante, ya que la Ley no ha fijado un límite cronológico en este sentido.

RETRACTO.—NO SE HA PROBADO QUE EL ARRENDATARIO CONOCIESE LA TRANSMISION ONEROSA ANTES DEL TIEMPO FIJADO QUE INDICAN, POR LO QUE NO EXISTE LA CADUCIDAD DE LA ACCION EJERCITADA. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1997.)

El Juzgado número 1 de Murcia desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. Los temas básicos son la existencia o no de caducidad. Se alega que los actores conocían la existencia de la transmisión onerosa, origen de la acción de retracto, con anterioridad al tiempo que indican, por lo que al ejercitarla estaba ya caducada por haber transcurrido el plazo legal para hacerlo. Así lo estimó el Juzgado de 1.ª Instancia, pero no hay ningún precepto que obligue a la Audiencia a seguir la valoración probatoria del Juzgado, siendo doctrina constante y notoria que la Audiencia posee todas las facultades revisoras respecto a las cuestiones que han sido apeladas y no se excluye, por lo tanto, la prueba.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA FIJACION DEL PRECIO SE DEBE HACER CONFORME AL ARTICULO 43 DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA Y NO CONFORME A LA LEY DE 10 DE FEBRERO DE 1992. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1997.)

El Juzgado número 1 de Guernica desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa la casación. La Audiencia, contra lo dictaminado por el Juzgado, admite íntegramente la demanda. Está probado que el arrendamiento es anterior a la Ley de 1935, y se ha perdido memoria del tiempo por el que se concertó, teniendo el arrendatario la condición de cultivador personal, aunque tenga una actividad secundaria compatible con la agrícola, debiendo quedar incólume la base fáctica sentada en la sentencia recurrida, ya que la casación no es una tercera instancia. En cambio sí tiene que ser acogido en parte el último motivo, que dice que el precio fijado para la adquisición de la finca no debe ser el señalado en el artículo 2.2 de la Ley de 10 de febrero de 1992, de Arrendamientos Rústicos Históricos, esto es, la media aritmética entre la valoración catastral y el valor de venta actual de fincas análogas en el mismo término municipal o en la comarca, ya que el valor catastral se encuentra desfasado respecto al real, siendo aplicable el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa, en orden a fijar el valor real de los bienes. En realidad, la Ley de 1992 no es aplicable, dada la fecha de interposición de la demanda, pero sí es admisible la remisión a la fase de ejecución para que en ella se proceda a fijar el precio, conforme a las bases que la propia sentencia establece, es decir, los artículos 39 ó 43 de la Ley de Expropiación Forzosa.

PRORROGA DEL ARRENDAMIENTO.—ADQUIRIDA POR EL ARRENDADOR LA OBLIGACION DE CULTIVAR DIRECTAMENTE LA FINCA, NO ES PRECISO QUE SE DEMUESTRE LA CONDICION DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA. LA OBLIGACION DE EXPLOTAR LA FINCA DURANTE SEIS AÑOS ES UNA OBLIGACION LEGAL Y NO NACE DE NINGUN PACTO O ESTIPULACION. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado número 4 de Salamanca estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Se controvierte sobre la validez y eficacia de la oposición a la prórroga legal forzosa de un arrendamiento por el arrendador, haciendo uso de la facultad del artículo 26 LAR. Dice el recurrente que el actor no justifica que es profesional de la agricultura ni el compromiso de permanecer en la explotación durante un período de seis años. Pero la cualidad de profesional de la agricultura ha de tenerla, según el artículo 26.1 LAR, el descendiente del arrendador, no éste, y además, adquirido por el arrendador el compromiso de cultivar directamente la finca, no es preciso que demuestre su condición de profesional de la agricultura. El explotar la finca durante seis años es una obligación legal y no nace de un pacto o estipulación contractual, ya que la aceptación del arrendatario no se exige para su eficacia. Sólo se exige el requisito formal de expresar la causa de la oposición y es su ausencia, lo que haría nula la manifestación del arrendador comunicada al arrendatario. En cuanto a no producirse el intento de avenencia ante la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos, es cuestión nueva que no puede ser

admitida, y además se trataría de una omisión puramente formal que no puede impedir el ejercicio de los derechos en vía judicial.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO SE HA REALIZADO LA SUBROGACION DEL HIJO EN LA CONDICION DE ARRENDATARIA QUE TENIA SU MADRE. NO SE PRUEBA LA CONDICION DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA DEL DESCENDIENTE DE LA ARRENDATARIA, NECESARIA PARA EJERCITAR EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Pola de Siero estimó la demanda y la Audiencia revocó.

No procede la casación. Se dan como probados los hechos siguientes: Que la cualidad de arrendatario del demandante precisa las siguientes puntualizaciones: *a)* Han sido arrendatarios, y lo admiten los demandados, los abuelos del actor y la hija de ambos, madre de este último; *b)* que esta última falleció en 1986 sin que hasta esa fecha hubiera subrogado a su hijo en el arrendamiento. Los artículos 70 y siguientes de la Ley precisan como requisitos que el subrogado sea cónyuge o descendiente del arrendatario con el carácter de profesional de la agricultura o, en su caso, de cultivador personal, y la notificación fehaciente de subrogarse, al arrendador. No ha habido subrogación en el presente caso, por lo que la notificación fehaciente no aparece como requisito a cumplir por el actor, ya que no se encuentra entre lo necesario para la sucesión: encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 79 y ser profesional de la agricultura determinará la legitimación y la acción del apelado. No se aporta testamento ni se acredita dato alguno sobre la herencia de la arrendataria, y puesto que se asegura ser hijo y se asegura no haber otros, a la parte demandada correspondería la prueba sobre la situación del artículo 80: «varias personas con el mismo derecho» o no ser heredero el demandante. En cuanto a la cualidad de profesional de la agricultura, es cierta una línea jurisprudencial que entiende compatible este carácter con la condición de empleado por cuenta ajena o de pensionista, siendo esa dedicación preferente a actividades de carácter agrario lo que determina esta cualidad a diferencia de la exclusividad del cultivador personal, siendo esa dimensión de preferencia la que debía probarse con suficiencia para permitir el acceso a la propiedad. Sólo se funda en prueba testifical, sin que se corrobore por ninguna otra, ya que no figura en ningún organismo como cultivador o persona al frente de la explotación, ni está inscrito en la Seguridad Social agraria ni siquiera se acredita una clara colaboración en la actividad de su madre ni en vida de ésta ni actualmente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO Y ACCESO A LA PROPIEDAD.—LOS RECURRENTES RECONOCIERON EL CARACTER DE CULTIVADOR PERSONAL DEL DEMANDADO, NECESARIA PARA EJERCITAR EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado número 1 de Osuna desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Se ejercitó la acción por los actores para recuperar la finca arrendada con el fin de cultivarla personalmente al amparo del ar-

título 99.2 de la Ley de 1980, y a estos autos se acumularon los iniciados ante el mismo Juzgado por los arrendatarios para ejercitar el derecho de acceso a la propiedad. Se desestimaron ambas demandas y la Audiencia estimó el derecho de los arrendatarios a la adquisición de la finca, pero no la acción para recuperar la posesión de la finca arrendada. La casación se interpone por los arrendadores para impugnar la sentencia de instancia, en cuanto reconoce el derecho de los arrendatarios a la adquisición de la propiedad, por lo que queda firme la desestimación de la acción de recuperación de la finca arrendada. La Sala no ha conculcado la doctrina de los actos propios, al entender que los arrendadores han reconocido la condición de cultivador personal en la arrendataria, ya que los recurrentes lo consideraron legitimado pasivamente para soportar la acción del artículo 98.2 de la ley. La condición de cultivador personal sólo es predicable del arrendatario en quien se dan las circunstancias previstas en el artículo 16 LAR, y lo que dice la sentencia recurrida es que, subsistiendo la condición de cultivador personal en uno de los arrendatarios, subsiste para el conjunto de la posición jurídica unitaria del arrendatario, atendido que no se altera el carácter indivisible de la relación arrendaticia única, tesis acorde con el carácter protector del arrendatario que informa la legislación especial. No hay que olvidar que, según el artículo 80, si no existieran personas con derecho a suceder en el arrendamiento o no lo ejercieran, el contrato continuaría con los demás arrendatarios, por lo que si llegase a negar aquella repetida condición en la actora, subsistiría el derecho de acceso a la propiedad para los otros arrendatarios existentes. Este razonamiento es a mayor abundancia, después de admitida la condición de cultivador personal, en base a los actos propios de los recurrentes, como hemos visto anteriormente.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE REALIZO LA INTRODUCCION DE UN TERCERO EN EL ARRENDAMIENTO, YA QUE LA SOCIEDAD TIENE UNA PERSONALIDAD DISTINTA DE LOS SOCIOS, AUNQUE ALGUNO DE ESTOS SEA ARRENDATARIO. EL CONSENTIMIENTO HA DE HACERSE CON HECHOS CONCLUYENTES, SIN QUE SEA LICITO DEDUCIRLO DE ACTOS O EXPRESIONES DUDOSAS. (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Salamanca estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. El procedimiento seguido fue el adecuado, es decir, el de incidentes, como es lo preceptivo en atención a lo dispuesto por el artículo 126 LAU en relación con el artículo 123, al tratarse de resolución de contrato de local de negocio por cesión, subarriendo o traspaso y la realización de obras incontinentas, siendo innecesario acudir al juicio declarativo ordinario, ya que la remisión a éste sólo procede cuando la complejidad alegada se presenta como definitiva y trascendental para estimar las acciones ejercitadas: Tampoco puede admitirse que el juez que dictó la resolución no fue el que celebró las pruebas, ya que él hubo de examinar todas las actuaciones y tener en cuenta las pruebas a fin de su valoración, rechazando el Tribunal Constitucional, en estos casos, la concurrencia de situación de indefensión en la sentencia de 1 de marzo de 1993. Es indudable que se introdujo un tercero en la explota-

ción de parte del local dedicado a bingo, sin que sea óbice el que la sociedad que se introdujo tenga entre sus socios a algunos de los arrendatarios, ya que aquélla tiene una personalidad distinta de sus socios. El consentimiento de la arrendadora no contó con la debida prueba, ya que el consentimiento ha de ser integrado por hechos concluyentes, sin que sea lícito deducirlo de actitudes o expresiones de dudosa significación, ni del mero hecho de conocer, pues el conocimiento no implica consentimiento. Está demostrada la introducción de un tercero sin autorización o consentimiento, ya que el tercero utilizó el local como domicilio para su giro comercial. No existía un contrato de arrendamiento de servicios entre arrendatario y subarrendatario, sino una explotación directa por este último de los locales arrendados. En cuanto a las obras realizadas dice el recurrente que no es aplicable el artículo 110 LAU, siendo éste el que regula las reparaciones necesarias y forzosas ordenadas por la autoridad, a fin de conservar el local para que pueda servir para el uso pactado, lo que acontece en el presente caso. Ha de ser mantenida la sentencia aunque la Sala no acepte la fundamentación jurídica de la Audiencia, siempre que se admitan los pronunciamientos que integran el fallo decisorio.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA SOCIEDAD ARRENDATARIA ESTABA AUTORIZADA EN EL CONTRATO PARA INTRODUCIR A UN TERCERO SIN ABANDONAR EL LOCAL, QUE ES LO QUE HA SUCEDIDO EN ESTE CASO. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado número 21 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia revocó en parte la anterior.

No se admite la casación. En el contrato de arrendamiento se halla la siguiente cláusula: «La sociedad arrendataria queda facultada para que, siempre conjuntamente con ella, puedan utilizar el local objeto de este arrendamiento, otras compañías que pertenezcan a su mismo grupo financiero». La interpretación que da la Audiencia es que la arrendataria puede introducir a un tercero, pero no abandonar el local: no implica un coarrendamiento sino la facultad de disponer parcialmente del uso y disfrute, bastándole a la arrendataria con mantener en el local un mínimo de actividad. Esta interpretación no es ilógica ni arbitraria, sino que es la correcta y no puede prevalecer sobre ella el criterio subjetivo de la parte recurrente. La sociedad arrendataria, aunque traslade su domicilio social a otro local, sigue manteniendo en el local arrendado una parte de su actividad empleándolo como oficina de su razón social, ejercitando la facultad que le concedió la cláusula transcrita. Carece de aplicación la normativa de la LAU sobre cesión de un local a un tercero, es decir, las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114.

RESOLUCION DE CONTRATO.—LA RESOLUCION SE BASA NO EN LA INCOMODIDAD DE LA ACTIVIDAD EJERCITADA POR EL ARRENDATARIO SINO EN QUE SE TRATA DE UNA ACTIVIDAD NO PERMITIDA EN LOS ESTATUTOS. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado número 3 de Zaragoza estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Los estatutos de la Comunidad de Propietarios decían que los propietarios de locales no podrían destinar los mismos a bares,

restaurantes, salas de fiestas, discotecas o establecimientos similares y a cualquier industria o actividad calificada de molesta. Los locales fueron arrendados para ser destinados a «pubs» y bares y como eran muy molestos, la Comunidad promovió juicio de desahucio contra los arrendatarios de los locales que terminó por sentencia de 7 de octubre de 1987, en la que se declararon resueltos los contratos, y cuando se quiso ejecutar la sentencia se encontraron con que los locales habían dejado de ser ocupados por los anteriores, y por traspaso u otro título lo están siendo por los demandados. El propietario manifestó que los había vendido a una sociedad y como los arrendatarios continuasen en la posesión de los locales y ante la pasividad de la propietaria, se ve en la necesidad de promover este juicio, que ha sido resuelto en las instancias a favor de los demandantes. No es cierto que la acción tenga apoyo en la incomodidad de la actividad desarrollada en los locales de negocio, sino en que se vulnera una de las prohibiciones contempladas en el párrafo 3.º del artículo 7 LPH, la concerniente a una actividad no permitida en los estatutos, razón por lo que no importa la ausencia de prueba respecto a la incomodidad que se supone en la industria de bar, aparte de resultar así de la sentencia de 1987, citada. En los estatutos se diferencian la actividad de bar de las actividades molestas. Consta en los actuales contratos que los arrendatarios se comprometían a desalojar los locales en el caso de que el litigio entablado por la comunidad acabase con sentencia favorable a aquélla. Contra este fundamento no procede alegar la doctrina jurisprudencial citada por los recurrentes. Interpretando el párrafo 3.º del artículo 7 LPH, conforme a las pautas del artículo 3 del Código Civil, no cabe apreciar que la prohibición de actividades no permitidas en los estatutos presuponga que las mismas hubieran de ser dañosas, peligrosas o incómodas. Tampoco se puede apreciar abuso de derecho, ya que la acción se basa en un precepto estatutario que legitima totalmente a la comunidad, sin que quepa apreciar mala fe en esta última, no existiendo desproporción entre el interés tutelado de la Comunidad y el resultado dañoso que se produjo para los ocupantes del bar, sin que el Tribunal *a quo* infringiera los preceptos citados anteriormente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO ES DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO, YA QUE EL ARRENDATARIO NO RECIBIO UNA ORGANIZACION PREEXISTENTE Y SIN QUE HUBIERA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD ECONOMICA AL INICIARSE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado número 5 de Madrid estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No se admite la casación. Pretende el actor que el arrendamiento es de industria y no de local de negocio, negando la demandada la existencia de este contrato, y sí el de locales de negocio, ya que la entidad arrendataria instaló, acondicionó, amuebló y decoró el hotel que hoy existe, poseyéndolo desde la fecha del contrato en 1975 y abonando las correspondientes rentas, sin que este contrato fuera novado por otro de 1989 al que no prestó su consentimiento la demandada. Cuando ésta recibió el local destinado a hotel, no se encontraba equipado ni instalado y la demandada no concertó nunca un arrendamiento de industria. La contratación de personal y la instalación de muebles, cocinas, ropa y menaje para acondicionarlo como hotel, fue efectuada por la

demandada, y todo ello indica que no hubo preexistencia y continuidad de actividad económica al producirse el negocio y, por tanto, no hubo preexistencia y continuidad de actividad económica, y el arrendatario no se benefició de una organización del personal, de cosas corporales o incorpóreas y de una clientela que generase expectativas de beneficio por su aptitud funcional a la que se refiere el artículo 3.1 en relación con el artículo 32 LAU, por lo que procede la calificación del contrato como de local de negocio.

RESOLUCION DE CONTRATO.—LA CLAUSULA RESOLUTORIA ESTA PACTADA A FAVOR DE LOS ARRENDATARIOS Y NO PUEDEN AMPARARSE EN ELLA LOS ARRENDADORES. NO ES ADMISIBLE LA CREACION DE UNA CAUSA DE RESOLUCION NO CONTEMPLADA POR EL ARTICULO 114 LAU.

El Juzgado número 5 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó en parte la apelación.

No se admite la casación. El 1 de julio de 1985 se firmó un contrato de arrendamiento de locales cuya duración es de cuatro años, sin perjuicio del derecho de prórroga legal que la ley de arrendamientos concede a la arrendataria, haciendo constar que los contratantes optan porque el contrato quede sujeto y les es aplicable el régimen de prórroga del artículo 57 LAU. Los arrendadores renuncian a cualquier derecho que se derive del artículo 9.1 del Real Decreto de 30 de abril de 1985, sobre medidas de política económica. El mismo día se firmó un anexo por el que la arrendataria compra activos de otra sociedad para seguir en el local arrendado con la actividad de compra de vehículos y actividades conexas, y obtienen de los arrendadores la condición resolutoria del contrato para el caso de que las autoridades no concedan las licencias y autorizaciones oportunas para el ejercicio de la actividad, por lo que estimando que la arrendataria carece de licencia, se insta la resolución del contrato. El Juzgado declaró la inadecuación del procedimiento, y la Audiencia, admitiendo que se trata de un contrato sujeto a la LAU, entiende que la cláusula resolutoria está pactada a favor de los arrendatarios y no pueden ampararse en ella los arrendadores, y con este fundamento revoca la sentencia y desestima la demanda. En realidad nunca puede prosperar una causa de resolución a instancia de los arrendadores, que no se funde en las del artículo 114 LAU que son taxativas. Por ello es correcta la admisión por la Audiencia del procedimiento de menor cuantía con apoyo en el artículo 151 de la misma Ley, y procede la desestimación del recurso, ya que no es admisible la creación de una causa resolutoria no contemplada en el artículo 114 LAU. No se puede decir que sea antisocial el ejercicio de su derecho por los arrendatarios, ya que esto no se alega en la demanda y además en ningún caso el ejercicio del derecho a la prórroga forzosa puede ser antisocial.

DESAHUCIO.—NO SE INFRINGE EL ARTICULO 9 DEL REAL DECRETO DE 30 DE ABRIL DE 1985, YA QUE NO SE PACTO EXPRESAMENTE LA PRORROGA FORZOSA, POR LO QUE HABLAR DE DICHO DERECHO A FAVOR DEL RECURRENTE ES IMPROCEDENTE. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado número 1 de San Sebastián estimó la demanda, confirmándola la Audiencia.

No se admite la casación. No existe en este caso jurisprudencia como tal, ya que sólo hay una sentencia —de 20 de diciembre de 1989— que parte de contemplar aspectos no identificables desde el punto de vista de los actos de administración en la copropiedad que regula el artículo 398 del Código Civil; en este caso se puede hablar de mayoría de intereses a tenor de las cuotas que constituyen la copropiedad, y la sentencia aludida parte de un equilibrio total en la cuantía de las cuotas, teniendo el mismo valor las opiniones de ambos copartícipes. Además en la mencionada sentencia se admite incluso la posibilidad de realizar la actuación tendente a la extinción del arrendamiento, siempre que sea beneficioso para los comuneros. No se puede admitir la infracción del artículo 9, Real Decreto Legislativo 2/1985, de 30 de abril, de Medidas de Política Económica, en relación con el artículo 1.255 del Código Civil. Dicho artículo dice que no es aplicable la prórroga forzosa, ya que el contrato es de 17 de julio de 1985, vigente ya el citado Real Decreto y, en sus cláusulas, no se estableció la prórroga forzosa, por lo que hablar de dicho derecho es inviable y con ello se corrobora el *factum* de la sentencia recurrida. No se infringe tampoco el artículo 1.255, pues resplandece el principio de libertad contractual y no se ha pactado, como hemos visto, la prórroga forzosa del plazo contractual, y la sentencia recurrida aplica los criterios de interpretación del artículo 1.281 del Código Civil, no resultando ésta, por tanto, ilógica ni contraria a la Ley.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—TODAS LAS REPARACIONES DE LA CASA ARRENDADA DEBIAN SER A CARGO DE LA ARRENDATARIA, POR LO QUE NO PUEDE ADMITIRSE LA DEMANDA QUE PIDE QUE SE HICIERAN POR EL ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado número 7 de Madrid estimó en parte la demanda y la Audiencia revocó, también en parte, la anterior.

No se admite la casación. La Audiencia calificó el contrato como arrendamiento de industria y, según el recurrente, el demandado ha incumplido sus obligaciones como arrendador y por tal razón está obligado al pago de la mitad de las obras realizadas en el elemento físico que sirve de soporte a la industria arrendada. El recurrente opina que, por ser la casa el elemento esencial del arrendamiento, el arrendador debe entregarla en condiciones aptas para el uso a que se va a destinar, encontrándose ésta en estado ruinoso y el arrendatario debía recibir el negocio en condiciones de ser inmediatamente explotado. Pero procede ratificar la sentencia recurrida, ya que se basa en el incumplimiento contractual por parte de los demandados al suscribir el contrato, que es lo que pedía la demanda. El propio recurrente confirma el calificativo de arrendamiento de industria, que admite la Sala. El problema del cumplimiento o incumplimiento del contrato es cuestión de hecho, pudiendo revelarse la voluntad de incumplir, por una prolongada inactividad o pasividad, sin que pueda exigirse dolo, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin que se precise una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento. Consta en la cláusula 8.ª del contrato que los bienes e instalaciones se entregan a la arrendataria, en estado de utilización, conociendo ésta el estado físico de la casa que arrienda, siendo de su conformidad, y que todas las reparaciones que deban realizarse para conservarlas en

estado de servir para el uso a que se destina, sean a cargo de la arrendataria, de lo que debe concluirse la exención de responsabilidad de los demandados, ya que por los actores se conocía la situación de la casa arrendada e, igualmente, asumida la obligación de hacer las reparaciones, lo que demuestra la improcedencia de aceptar el incumplimiento de la pretensión, base de la demanda.

DECLARACION DE DERECHOS ARRENDATICIOS.—UN ARRENDAMIENTO POR TEMPORADAS DE ONCE MESES AL AÑO, QUE SUPONE SOLO EL CIERRE DEL LOCAL DURANTE UN MES, NO SE PUEDE CONSIDERAR COMO ARRENDAMIENTO EXCLUIDO DE LA LAU. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1997.)

El Juzgado número 2 de Blanes estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. En 1974 se cedieron los bajos de una casa para «snack bar» durante cinco temporadas de once meses de duración cada una de ellas, desde el 1 de febrero al 31 de diciembre, siendo la terminación el 31 de diciembre de 1978. El 1 de febrero de 1979 acordaron la prórroga del contrato para los próximos cinco años, aumentando la renta. En 1 de febrero de 1984 se concertó prórroga por siete años. En noviembre de 1990 se requirió al arrendatario para la entrega del local el 31 de diciembre del mismo año, estimando el arrendador la existencia de un contrato de temporada, no sujeto a la LAU. El arrendatario interpuso demanda, alegando que el contrato estaba sujeto a la LAU con prórroga forzosa y que el contrato nació en 1974, a lo que se opuso el arrendador. En realidad el contrato de 1974 no plantea ninguna duda sobre lo que las partes han querido, y la duda es si es o no aplicable la exclusión de la LAU, siendo la conclusión negativa. Una temporada de once meses al año no responde más singularidad que el cierre del local durante un mes, sin que conste qué clase de temporada sea esa tan larga que pudiera invalidar la conclusión anterior, por lo que el arriendo no puede ser considerado con especialidad suficiente para excluirlo de los preceptos de la LAU, siendo la continua alusión a las temporadas en los contratos, como una añagaza para burlar la Ley de 1964. No interesa, a efectos de la exclusión de la LAU, lo que las partes hayan querido o dejado de querer, sino que el arriendo presenta objetivamente la cualidad que hace, por precepto imperativo, que se rija por la legislación civil ordinaria y no por la especial de 1964, protectora del arrendatario. La imperatividad del artículo 2.1 LAU es indiscutible, no valiendo contra ella ningún pacto o voluntad contraria de los interesados. Además, incluso situándonos hipotéticamente en la idea contraria, no se entiende que en los contratos posteriores al de 1974, las partes manifestaron siempre que éste se prorroga cuando debería estar extinguido desde el día 31 de diciembre de 1979, al cumplirse la quinta temporada, pactada, de su vigencia.

C. R. R.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

MÉNDEZ SERRANO, MARÍA DEL MAR: *El contrato de arrendamiento urbano y su protección registral*. Tesis Doctoral. Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000. Un tomo de 358 págs.

Tanto la posesión como el arrendamiento han chirriado cuando se ha tratado de justificar su entrada en el Registro de la Propiedad. El primero porque no es un derecho y el segundo porque no es un derecho real. Pero ya sabemos que ambas figuras acabaron encontrando acomodo en los libros hipotecarios porque, en definitiva, daban lugar a situaciones con repercusiones mayores o menores al dominio y esa era la explicación.

Pero dejemos la posesión, que ahora no nos interesa, y vamos a centrarnos en el arrendamiento, que es el tema que enfoca la autora de esta Tesis Doctoral, MARÍA DEL CARMEN MÉNDEZ SERRANO, profesora de Derecho Civil en la Universidad de Granada. En su obra aborda de modo extenso y muy completo toda la problemática del arrendamiento con el Registro, con especial atención a la protección que la publicidad le proporciona.

Desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 se admitió la posibilidad de inscribir el arrendamiento bajo el razonamiento de que si bien se trataba de una relación obligacional, adquiriría carácter real por el solo hecho de entrar en el Registro. El argumento era realmente endeble, y ya por entonces suscitó grandes críticas, pero lo cierto es que su inscripción se ha mantenido, aunque se le impusieran condiciones especiales; ha sido después cuando las sucesivas leyes otorgaron a la relación locataria una situación de cuasi permanencia que le ha conferido un carácter de gravamen estable que viene a justificar su situación jurídica, más real que obligacional.

En la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 se reformó el número 5.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y a partir de entonces los arrendamientos de bienes inmuebles pueden ser inscritos sin cumplir ningún requisito especial, aunque eso no quiera decir que se les califique como verdadero derecho de naturaleza real, sino que, simplemente, se acepta su inscripción, pero sin pronunciamientos sobre su naturaleza jurídica, aunque se deriven consecuencias especiales de la inscripción.

La tesis que comentamos trata la cuestión en cuatro apartados, estudiando en el primero la estabilidad de la relación arrendaticia, enfocándola desde la cuestión preliminar de la distinción entre los derechos reales y los personales, no siempre neta y que últimamente ha derivado hacia una ruptura de esa pretendida división a base de figuras intermedias, a veces un tanto forzadas, de las teorías obligacionistas de los derechos reales a las realistas de las obligaciones; las que, a los efectos que aquí interesan, mantienen que mejor es hablar simplemente de derechos registrables y no registrables. La autora entiende que la distinción entre derechos reales y personales no debe implicar la existencia de compartimentos estancos, ya que unos y otros derechos sub-

jetivos forman una escala gradual separada por una zona intermedia y cuyas características no responden con exactitud a ninguno de los paradigmas que representan. Por ello, nos dice, al trazar la evolución histórica del arrendamiento lo que pretende es descubrir en qué momento y por qué motivo surge la necesidad de dotar a esta institución de cierta estabilidad, analizando desde el *ager vectigalis* de Roma, pasando por la *locatio ad longum tempus* medieval, hasta el intervencionismo de las épocas modernas reflejado en las diversas leyes especiales de arrendamientos, hasta la última, por ahora, de 24 de noviembre de 1994, que parece suponer un nuevo equilibrio.

En el apartado segundo, el libro trata en extenso la discutida cuestión de la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio. Se estudian las conocidas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, empezando por quienes lo consideran un derecho real, no sólo por su parecido con el usufructo, sino porque reúne los caracteres de inmediatividad, permanencia y absolutividad. Los que opinan que es un derecho personal, le niegan la nota de inmediatividad, ya que en el disfrute hay una intervención del arrendador y tampoco hay oponibilidad *erga omnes*. Queda la posición ecléctica de considerar reales los derechos personales si se inscriben, y por ello entienden que el arrendamiento varía de naturaleza, según esté o no inscrito. La autora concluye que el arrendamiento es en la práctica un derecho hipotecariamente real, que no debería serlo; dice que la prórroga forzosa y la inscripción son medidas que sobrepasan con sus ventajas el alcance de la estabilidad y cree que, en vez un asiento de inscripción, la anotación preventiva sería la solución más adecuada. Sin embargo, como ella misma reconoce, la duración limitada de este asiento no deja de ser un inconveniente para acudir a esta solución.

En el apartado tercero se estudia la continuidad de la relación arrendaticia, que tiene sus manifestaciones en la prórroga forzosa y en los efectos de la inscripción. La autora nos señala que en nuestras leyes se exageró la protección del arrendatario al concederle unas prórrogas que convertían el contrato en ilimitado y más parecido a la enfiteusis; esto ha motivado el giro del artículo 90 de la nueva Ley de 1994, que ya viene a tratar el tema de modo distinto y que limita la duración del contrato, volviendo a la temporalidad.

En el mismo capítulo se entra ya en el tema central de la tesis, que es la inscripción del arrendamiento urbano y de su régimen registral. Para ello la autora entra antes en la consideración de los principios hipotecarios de prioridad y oponibilidad, que vienen a determinar los distintos tipos de eficacia que el asiento confiere a un derecho respecto a los demás; y hasta tiene la valentía de atreverse a terciar en la famosa controversia de si el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria es o no igual al del artículo 34, punto en el que monistas y dualistas se batían denodadamente el cobre. Hecho esto, estudia la prioridad registral que se pueda conceder al derecho arrendaticio, resultante de la combinación de los preceptos hipotecarios y los de la LAU, en una amplia exposición en la que profundiza exponiendo los diversos supuestos que se pueden presentar en la práctica. Es sabido que uno de los casos más conflictivos y que ha suscitado opiniones contrapuestas es la subsistencia o extinción de los arrendamientos como consecuencia de la ejecución de la hipoteca sobre la finca arrendada; aquí se enfrentan el principio de la limpieza de cargas posteriores a la hipoteca y el contrario de conservar el arrendamiento como derecho ajeno a los avatares obligacionales del deudor-arrendador. La jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, ha sido poco clara, y en más de una ocasión ha dictado soluciones contradic-

torias. La autora analiza las sentencias con todo detalle y considera que tras la entrada en vigor de la nueva LAU de 1994, el conflicto de intereses entre el acreedor o el ejecutante y el arrendatario se ha resuelto de modo más o menos equitativo.

La protección registral del arrendamiento se manifiesta aplicándole los efectos del principio de legitimación registral, basados en las presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y parece que incluso podrían aplicarse las ventajas procesales del artículo 41, ahora reguladas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque esto último no está tan claro. Y menos claro aún es el poder acudir a la protección que concede el artículo 34, pues los supuestos de aplicación al tercero en su sentido propio quizá no cuadren con el derecho arrendaticio.

El apartado cuarto y último del libro recoge varias cuestiones relacionadas con este derecho arrendaticio, empezando por el desarrollo realizado por el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, para el acceso del arrendamiento al Registro de la Propiedad, que exige escritura pública, que es la regla general para todo acto inscribible; aunque la autora opina que eso puede suponer un obstáculo porque origina mayores gastos, pero a esto se puede oponer que la seguridad jurídica tiene un precio y bien merece lo que cueste.

Otro de los puntos que se estudian en este capítulo se refiere a los derechos de adquisición preferente que se otorgan por ley al arrendatario para el caso de enajenación de la finca locada, estudiando el tanteo y el retracto, en relación también con la legislación urbanística al tratarse del derecho de retorno.

El libro, bien editado y que constituye una tesis muy completa y elaborada, termina con una referencia a la protección de los arrendamientos urbanos especiales y abordando la posibilidad, ciertamente muy dudosa, de hipotecar el derecho arrendaticio, ya que éste no cabe en ninguno de los supuestos contemplados en los artículos 106 y 107 de la Ley Hipotecaria.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CLEMENTE MEORO, MARIO: *El acreedor de dominio*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Un tomo de 320 págs.

En la doctrina del Derecho Civil es un hábito muy extendido el afán de subrayar las diferencias existentes entre las relaciones jurídicas gobernadas por el Derecho de obligaciones y las reguladas por el Derecho de cosas. No raramente se deja en la sombra la interdependencia entre ambas clases de relaciones, y, más en particular, la amplia zona de obligaciones orientadas desde su génesis a la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas reales. En esta zona se sitúa el nuevo libro de MARIO CLEMENTE MEORO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, *El acreedor de dominio*.

Indica el autor en la *Introducción* que el derecho a recibir una cosa específica y determinada a efectos de hacerla propia es comúnmente calificado como un derecho personal, aunque no es infrecuente poner de manifiesto su carácter especial respecto de los demás derechos de crédito; acaso, añade, porque la ejecución de la prestación debida va a desembocar en la transmisión de un derecho real. Lo que explica que se hable de un «derecho a la cosa», un *ius ad rem*, al que, sin negar su naturaleza de derecho personal, se le asignan

atributos propios de los derechos reales. Precisa el autor que este derecho, que no implica «un poder directo e inmediato sobre una cosa», confiere un poder que permite a su titular dirigirse frente a otra persona (distinta del deudor) y reclamar de ella una acción, con cierta eficacia respecto de terceros. El titular de este derecho, que puede denominarse «acreedor de dominio», se encuentra ante un conjunto de posibilidades de actuación no sólo respecto de los demás acreedores y causahabientes de su deudor, sino también respecto de los deudores de su deudor por razón de la cosa debida y de quienes la poseen sin título. El estudio de estas posibilidades de actuación del acreedor de dominio es el tema de este nuevo libro de MARIO CLEMENTE.

La variedad de situaciones que son objeto de esta investigación se trata desde la perspectiva del Derecho español, aunque con frecuentes referencias de contraste al sistema de transmisión de la propiedad del Derecho italiano y del Derecho alemán.

Estamos, en mi opinión, ante una obra construida con sentido realista, apreciable en la atinada selección de la jurisprudencia aportada sobre cada una de las cuestiones tratadas, y en la que las opiniones del autor se van abriendo paso con rigor científico en el clima doctrinal que proporciona la amplia bibliografía utilizada.

Distribuida la obra en seis capítulos, se dedica el primero a precisar el significado que se atribuye a la expresión «acreedores de dominio» y a determinar los supuestos en que se puede apreciar la existencia de un derecho de «crédito de dominio». Esta expresión, según precisa el autor, «no se emplea sino para hacer referencia a aquellos sujetos que tienen derecho a recibir un bien en condiciones de hacerlo propio. Se trata, pues, de quien aún no es propietario pero tiene derecho de crédito de cuya satisfacción resultará la adquisición de la propiedad de un bien» (pág. 17).

Entre los supuestos de crédito de dominio señala como típico el generado por el contrato de compraventa, que es uno a los que sin duda hace referencia el artículo 609 del Código Civil como título para la transmisión del dominio. A su lado, han de considerarse como títulos de adquisición los contratos de permuta, dación en pago, renta vitalicia, transacción (cuando se alcance transmitiendo bienes) y sociedad (respecto de la aportación que se haga en propiedad cuando la sociedad sea regular), sin excluir en el elenco indicado otros supuestos a los que se ha referido la doctrina. Apunta la hipótesis de un acreedor de dominio a título gratuito si se admite la posibilidad de donación obligacional, lo que parece que se debe descartar si se entiende, con la opinión dominante, que tal posibilidad pugna con el efecto traslativo de la donación desde que se perfecciona. En el ámbito sucesorio no se registra, en principio, el supuesto de crédito de dominio, salvo el caso singular de legado de cosa ajena. Esta delimitación de supuestos es resultado de una argumentación definida sobre un firme punto de apoyo doctrinal. Concluye este primer capítulo con la referencia a la admisión del acreedor de dominio en otros ordenamientos que no responden al sistema de transmisión mediante título y modo de adquirir.

El capítulo II aborda las relaciones que pueden darse entre el acreedor de dominio, tal y como ha sido definido, y los demás acreedores de su deudor, con especial atención a tres ámbitos: los de quiebra y suspensión de pagos del deudor de dominio y el de embargo del bien debido.

Así, tras examinar la referencia a los acreedores de dominio contenida en los artículos 1.114 y 1.115 del Código de Comercio de 1829 y en el artícu-

lo 9.º-5 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, que aluden en realidad a los propietarios de bienes que se encuentran en poder del quebrado o del suspenso, se pondera detenidamente acerca de si puede el acreedor de dominio hacer valer su derecho a la cosa frente a los demás acreedores del quebrado, concluyendo que el acreedor de dominio ostenta un simple derecho de crédito y concurre en plano de igualdad a la liquidación del activo de su deudor, salvo en el supuesto de compraventa con pacto de reserva de dominio, en que cualquiera que sea la concepción de la reserva de dominio que se mantenga, la doctrina es pacífica a la hora de entender que el comprador no ha de verse afectado por la quiebra del vendedor.

A similares conclusiones se llega en punto a la suspensión de pagos, pues el acreedor de dominio no puede ejercitar la *separatio ex iure dominii* ni la *separatio ex iure crediti*, pero se ha mantenido que el comprador con reserva de dominio tiene derecho a consolidar su adquisición.

Y se plantea, en tercer lugar, que la cosa debida sirve para garantizar las deudas de su propietario —esto es, del deudor de dominio— y no las del acreedor, pero en algunos supuestos tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que el comprador, *aun no siendo dueño*, puede ejercitar una tercería de dominio frente al embargo del bien trabado por los acreedores de su vendedor. Es el caso de la compraventa con reserva de dominio, en la que el comprador más que una expectativa tiene un derecho eventual, transmisible, de efecto retroactivo al cumplimiento de la condición, que le faculta para ejercitar las acciones que estime conducentes a conservarlo. Lo que no sucede en la compraventa sin reserva de dominio, en la que si el comprador sin título público ni posesión quiere evitar el embargo —o la disposición— del bien debido, ha de demandar el cumplimiento del contrato, o su elevación a escritura pública, y solicitar el secuestro del bien y, en su caso, la anotación preventiva del secuestro o de la demanda.

El capítulo III trata de las relaciones entre el acreedor de dominio y los deudores de su deudor por razón de la cosa debida, a lo que se refiere el artículo 1.186 del Código Civil.

El autor se propone determinar la concreta posición del acreedor de dominio respecto de los deudores de su deudor, para lo que es necesario explicar el mecanismo de atribución del *commodum representationis*, lo que es tema de discusión en la doctrina. Se hace una revisión exhaustiva de las varias teorías propuestas para explicar la atribución al acreedor de los derechos y acciones que el deudor tenía por razón de la cosa debida, así como de las objeciones formuladas sobre cada una de ellas.

Para determinar el fundamento y la función del artículo 1.186 del Código Civil formula el autor las siguientes precisiones: 1) la atribución al acreedor de las acciones del deudor contra terceros por razón de la cosa debida es correlativa al riesgo que padece el acreedor por la pérdida de la cosa. Existiría, además, un enriquecimiento no justificado del deudor si no se atribuyera al acreedor esa posibilidad de accionar contra terceros, correspectiva de su prestación no compensada por la del deudor. Aunque esto no se puede afirmar con respecto a los casos en que no hay sinalagma (legado de cosa ajena, pérdida de la cosa por el mandatario, etc.). Por lo demás, la atribución de acciones al acreedor tiene sentido en el sistema de transmisión de la teoría del título y el modo, ya que en el sistema de transmisión consensual el riesgo de la pérdida, que es del propietario (*res perit domino*), el riesgo de pérdida corresponde por definición al acreedor; 2) es desigual la situación del acree-

dor según sufra o no el riesgo de pérdida de la cosa debida. En el primer caso, si quiere reducir o excluir los perjuicios que determinan la imposibilidad de la prestación, habrá de ejercitar las acciones que hayan podido nacer frente a terceros por razón de la pérdida; si el acreedor no sufre el riesgo de la pérdida, no será necesaria la colaboración del deudor para que el acreedor pueda ejercitar, si opta por ello, las acciones nacidas frente a terceros por razón de la pérdida de la cosa debida; 3) el acreedor actúa en interés propio, por lo que se debe descartar la idea de que representa al deudor en el ejercicio de las acciones; 4) si la obligación de dar la cosa debida se extingue por la pérdida (arts. 1.156, 1.182 y 1.186 del Código Civil) no cabe en rigor hablar de acción subrogatoria porque el artículo 1.111 del Código Civil presupone la existencia de un crédito correlativo a una deuda; 5) el artículo 1.186 del Código Civil, en su literalidad, parece evocar la hipótesis de un cambio de acreedor. Pero según el autor no hay subrogación (en el sentido de quedar modificada la relación obligatoria) con las consecuencias del artículo 1.212 del Código Civil, porque el nexo entre la prestación del deudor antes de la pérdida y la acción del acreedor frente a terceros ex artículo 1.186 del Código Civil, no se basa en la subsistencia de la relación obligatoria que implica la subrogación sino, por el contrario, presupone la extinción. Como consecuencia de estas y otras consideraciones, se puede concluir que el «*commodum*» corresponde a quien soporta el *incommodum*, que será el acreedor en las obligaciones unilaterales, y en las recíprocas cuando sea él quien sufra el *periculum obligationis*..., y será el deudor cuando a él corresponda el *periculum* y no prefiera el acreedor la atribución del *commodum*.

Tras las consideraciones anteriores define MARIO CLEMENTE su posición acerca del expediente técnico por cuya virtud puede el acreedor de la prestación devenida imposible accionar contra terceros por razón de la pérdida de la cosa debida.

En cuanto a la relación entre acreedor y deudor de la prestación sobrevenidamente imposible no se produce una subrogación real propiamente dicha, puesto que no hay una mutación del objeto del crédito, ya que éste se ha extinguido. Lo que se concede al acreedor es aquello que, en el patrimonio del deudor, ha sustituido, en sentido económico, a la cosa cuya entrega no se puede realizar. Es esa sustitución del crédito por las acciones lo que legitima al acreedor para proceder frente a los terceros. No es al deudor de la entrega, como propietario del bien destruido o expropiado, a quien «corresponden» las acciones sino al acreedor del bien desaparecido física o jurídicamente, sin que el tercero pueda alegar su falta de titularidad sobre el bien o el hecho de no haber sido parte del contrato de seguro.

Sobre el alcance de la atribución del *commodum representationis* existen tres posibilidades. Al parecer, la más aceptable es que el acreedor puede reclamar hasta el límite de su propio interés, que será el de cumplimiento de la obligación. Por tanto, el acreedor no podrá subentrar en todo lo que el deudor haya recibido o podido recibir a título de resarcimiento, sino sólo en lo que represente el daño sufrido por el acreedor como consecuencia de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Lo que es lógico puesto que, como quedó apuntado, el acreedor actúa en interés propio y, consiguientemente, su legitimación para el ejercicio de las acciones, que en otro caso corresponderían a su deudor, se funda en lo que la pérdida de la cosa debida ha supuesto para la insatisfacción de su interés. Así, cabe pensar que su reclamación se circunscribe a la satisfacción de ese interés. Si puede exigir de la compañía asegu-

radora el pago de la indemnización es porque se ha extinguido su crédito y sólo en la medida del daño que le ha producido la extinción. En lo que respecta al supuesto del *commodum ex negotiatione*, esto es, del que recae sobre la contraprestación convenida con un tercero, trata el autor más adelante.

Se afronta también la cuestión, muy discutida, de si el artículo 1.186 del Código Civil incluye las acciones frente a los terceros responsables de la destrucción culposa de la cosa debida cuando se excluye la aplicación a tales supuestos del artículo 1.902 del Código Civil. A juicio del autor es problemática la inclusión en el *commodum representationis* del daño causado por un tercero aceptando la premisa de que las acciones a que se refiere el artículo 1.186 del Código Civil son las que nacen para el deudor y en las que se subroga el acreedor en virtud del citado precepto. Porque si el riesgo lo corre el acreedor, es él quien sufre el daño y, consecuentemente, no puede el deudor reclamar indemnización por un daño que no sufre. Si se parte de que lo que se opera no es una subrogación real sino una sustitución del crédito por la acción para reclamar la indemnización, o la indemnización recibida por el deudor, no hay inconveniente para incluir en el *commodum representationis* el resarcimiento del daño a cargo de quien lo causa o del asegurador como elemento representativo del crédito. No obstante, en el supuesto de que el riesgo lo sufra el deudor, habrá que considerar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 1.186 del Código Civil el resarcimiento del daño culposamente causado por tercero si el acreedor opta por reclamar el *commodum representationis*.

Concluye este capítulo III con el análisis de las prestaciones cuya imposibilidad da derecho al *commodum representationis*. Es pacífico en la doctrina que el artículo 1.186 del Código Civil es aplicable a la prestación consistente en un *dare* traslativo, pero es discutida su aplicación a los demás tipos de prestación.

Respecto a la obligación de entrega con función restitutoria, parece evidente que si el acreedor es el propietario del bien perdido, absorbe como tal propietario el daño que pueda sufrir como acreedor y no tiene sentido entonces recurrir al *commodum representationis*. Si, diversamente, el acreedor no es propietario del bien cuya pérdida hace imposible la restitución, parece lógico admitir la aplicación del artículo 1.186 del Código Civil.

En el supuesto de obligación de entrega con finalidad de hacer efectivo un derecho personal, como la del arrendador respecto al arrendatario para entrar en el goce del bien, cabe entender que las acciones que correspondan al deudor de la entrega sean elementos representativos del crédito. Si el arrendatario ha asumido el riesgo de pérdida de la cosa, tiene sentido que también se beneficie del *commodum* para compensar su obligación de pago de la renta.

Por último, en relación con las obligaciones de hacer y no hacer, también cabe pensar en que el acreedor ejercite las acciones del deudor frente a terceros por razón de la imposibilidad de la prestación. Lo que el autor considera posible si se puede apreciar identidad de razón.

El capítulo IV tiene singular interés. Trata de la posición del acreedor de dominio en los casos de doble venta o doble disposición. A este respecto plantea el autor varias cuestiones. La primera de ellas es si el acreedor de dominio puede ser preferido frente a quien ha llegado a adquirir el bien del que se ha dispuesto, analizándose los varios supuestos contemplados en el artículo 1.473 del Código Civil. De la solución que se nos ofrece en cada uno

de estos supuestos —en mi opinión, correcta en todo caso— se desprende que el autor acoge implícitamente el planteamiento que el legislador ha seguido, a mi juicio, en el régimen de la doble venta, al resolver los conflictos de adquisición con independencia de la teoría del título y el modo. En otros términos: si la unión de título y modo es el esquema válido, en principio, para explicar el sistema de transmisión de la propiedad en nuestro Código Civil, no lo es cuando se trata de explicar el régimen de la doble venta. Lo que no significa que el artículo 1.473 del Código Civil esté en contradicción con la teoría del título y el modo. Significa, simplemente, que introduce un límite a su aplicación. La atribución de la propiedad en caso de doble venta se resuelve en nuestro Código mediante la conjunción del título y de un determinado criterio de preferencia adquisitiva. El régimen de preferencia adquisitiva del artículo 1.473 del Código Civil, aplicable a la doble venta, responde a criterios distintos de los que informan la teoría del título y el modo, aplicable a un contrato singular de compraventa. En un sistema de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento, como el seguido en el Proyecto de 1851, se aplica el mismo criterio de preferencia adquisitiva del artículo 1.473-2 del Código Civil (cfr. art. 1.859 del Proyecto isabelino). Al tener en cuenta esta fundamental diferencia se evita la posible confusión entre el criterio de atribución de la propiedad que rige en la doble venta y el mecanismo de la adquisición *a non domino*. El comprador preferido adquiere siempre *a domino*, como pone de relieve MARIO CLEMENTE al tratar cada uno de los supuestos del artículo 1.473 del Código Civil. Por lo demás, poco importa que al comentar este artículo hablen algunos autores de *tradición o modo*, por inadvertencia o por licencia del lenguaje.

El primer supuesto de conflicto, a que se refiere el autor, es el que puede plantearse entre dos simples acreedores de dominio cuando ninguno de ellos ha podido llegar a adquirir el dominio conforme a la teoría del título y el modo, en cuyo caso el artículo 1.473-3 del Código Civil resuelve el conflicto a favor de quien presente título de fecha más antigua.

Cuando, tratándose de *bienes muebles*, el conflicto se plantea entre el acreedor de dominio de la cosa y «el que primero haya tomado posesión de ella con buena fe» pertenecerá a éste la propiedad. Advierte el autor que en este caso el acreedor de dominio puede ser protegido, pero no frente a quien por la toma de posesión ha llegado a adquirir la propiedad *a domino*. El autor procura deslindar esta solución de la que resultaría en caso de que el vendedor no fuera *verus dominus*, supuesto en el que también sería preferido el que de buena fe fuera *poseedor* en concepto de dueño, en virtud del artículo 464 del Código Civil. Pero entonces sería una adquisición *a non domino* lo que daría preferencia al titular de un derecho real frente a quien sólo tiene un derecho de crédito.

Cuando el conflicto se plantea respecto a *bienes inmuebles*, «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro» (art. 1.473-2 del Código Civil) o, en defecto de inscripción, «a quien de buena fe sea primero en la posesión» (art. 1.473-3 del Código Civil). También aquí subraya el autor que el comprador protegido en el artículo 1.473-2 del Código Civil es un adquirente *a domino*. Y en este punto recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dicho con reiteración que el artículo 1.473 del Código Civil juega en el supuesto de que el propietario lleve a cabo dos ventas sucesivas del mismo bien sin que al celebrar la segunda se haya consumado la primera, porque si se ha consumado ya no estamos ante un supuesto de doble

venta, sino de venta de cosa ajena. Por tanto, como concluye el autor, la propiedad se transmite a favor del comprador que inscriba antes en la medida en que el acto dispositivo lo haya realizado el *verus dominus*. Si no lo ha realizado el *verus dominus*, porque la primera venta ya se consumó, la adquisición, en su caso, sería *a non domino* y exigiría los requisitos del artículo 34 LH. En definitiva, si el segundo comprador adquiere cuando aún no se ha consumado la primera compraventa, o el primero cuando todavía no se ha consumado la segunda, adquiere el propietario. Se trata de una adquisición *a domino*, porque resulta de un acto dispositivo del *verus dominus*, al contrario de lo que sucede en los supuestos de usucapión y del artículo 34 LH. Y lo mismo que con el artículo 1.473 sucede en aplicación de los artículos 606 del Código Civil y 32 LH.

Atribuida la propiedad a uno de los dos compradores, conforme a las reglas del artículo 1.473 del Código Civil, se plantea como segunda cuestión determinar las acciones de que dispone el acreedor de dominio frente al vendedor y frente al comprador preferido. Causahabiente del vendedor puede ser no sólo el comprador preferido sino también un adquirente a título gratuito de la cosa vendida que determine el incumplimiento de la obligación de dar del vendedor. Este supuesto queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil.

Es obvio que el acreedor de dominio no puede dirigirse frente al comprador preferido, cuya buena fe, en todo caso necesaria para adquirir la propiedad (art. 1.473, párrafos 1.º y 3.º, y jurisprudencia del Tribunal Supremo para el supuesto del párrafo segundo) excluye su responsabilidad frente al comprador preterido, a quien, por otra parte, como indica el autor, se le ha de imputar su negligencia en la toma de posesión de la cosa o en la inscripción del título.

Sin duda, podrá el comprador preterido dirigirse contra el vendedor para ser indemnizado por el incumplimiento del contrato. Añade el autor que si el comprador preterido es el de la segunda venta, podrá reclamar el saneamiento por evicción, al ser privado de todo o parte de la cosa comprada por sentencia firme en virtud de un derecho *anterior* a la compra (art. 1.475 del Código Civil). Y cabría entender, a mi modo de ver, que será preferible la acción de saneamiento cuando el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción sea mayor que el de la venta (art. 1.478-1.º del Código Civil). Al parecer, la acción de saneamiento se podrá ejercitar cuando el comprador preterido haya adquirido la posesión de la cosa antes de ser privado de ella por la evicción.

Puesto que la responsabilidad del vendedor proviene del incumplimiento del contrato, se plantea el autor si el comprador preterido puede exigir al vendedor el *commodum ex negotiatione*: «si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá exigir de aquél la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste; alternativa que interesará especialmente al acreedor, cuando, con ella pueda obtener una suma mayor que la que conseguiría como indemnización de daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad extracontractual».

Frente a quien se ha pronunciado contra la aplicación del artículo 1.186 del Código Civil al *commodum ex negotiatione*, mantiene MARIO CLEMENTE una opinión favorable a esa aplicación, fundada en una coherente interpretación sistemática que, por su extensión, sólo puede ser aquí apuntada. Entre otros

argumentos aducidos por el autor cabe resaltar los siguientes: *a)* que con la atribución del *commodum ex negotiatione* se pretende determinar «a quien han de corresponder las ganancias que, merced al incumplimiento, ha obtenido el deudor»; *b)* que la imposibilidad de la prestación, que es imputable al deudor, no extingue la obligación, por lo que podrá el acreedor optar por el precio de enajenación que ha pagado un tercero como modo de determinar el perjuicio que el acreedor ha sufrido por el incumplimiento; *c)* que si se genera un enriquecimiento con lo que viene a sustituir la cosa debida, siendo la sustitución una consecuencia del incumplimiento de la prestación imputable al deudor, sería injusto que sea éste y no el acreedor quien adquiera los beneficios resultantes de la situación de incumplimiento.

La cuarta y última cuestión que se trata en este capítulo IV se refiere a las acciones del comprador frente al donatario de su deudor.

La doble disposición de una misma cosa que genera un conflicto entre un adquirente a título oneroso y un adquirente a título gratuito no se contempla en el artículo 1.473 del Código Civil. La cuestión que se suscita entonces es determinar si el acreedor de dominio a título oneroso puede impugnar el acto de su deudor a favor de un tercero a título gratuito, como es el caso de la donación.

Parece, en mi opinión, que el conflicto de intereses no se puede solventar en base exclusivamente a la desigual naturaleza de dos contratos de finalidad traslativa, uno de los cuales, como la compraventa, requiere tradición para adquirir el dominio, y el otro, como la donación, atribuye el dominio sin necesidad de tradición por virtud del efecto traslativo inmediato que se produce en la donación en base a la observancia de la forma requerida como elemento esencial (arts. 632 y 633 del Código Civil). En el mismo sentido en que he explicado en otro lugar este valor de la forma en la donación, se pronuncia la STS de 22 de diciembre de 1986, que el autor expone con amplitud.

No cabe, a mi juicio, tomar la adquisición del dominio como premisa inalterable para eliminar la ejecución *in natura* del crédito de dominio del comprador. Una indemnización en este caso al comprador puede no satisfacer el interés de su pretensión en obtener la prestación específica de dar cosa determinada, como advierte FERNÁNDEZ CAMPOS en el pasaje de la monografía que cita MARIO CLEMENTE (pág. 189, nota 88). La norma de que «se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las *deudas anteriores a ella*» (art. 643 del Código Civil) permite considerar que entre las «deudas anteriores» se ha de incluir la consistente en entregar cosa determinada, de la que el vendedor no puede disponer sin incurrir en perjuicio del acreedor de dominio a título oneroso. Y aunque se puede decir que el vendedor sigue siendo propietario porque no se ha realizado la tradición, es dudoso que se pueda reconocer como causa lícita de la donación la liberalidad de un bien debido a otro.

No cabe duda, según el autor, de que el comprador, como acreedor de dominio, puede reclamar del vendedor el resarcimiento del daño que su incumplimiento le ha irrogado (cfr. arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil), pero se plantea entonces, como indica el autor, si el acreedor tiene alguna acción frente al donatario para que la donación quede sin efecto, a lo que cabría responder afirmativamente: el comprador podrá ejercitar la acción pauliana para revocar la donación por fraude de acreedores. Sin embargo, más adelante advierte el autor que aún cuando se presuma —*iuris et de iure*, según la

opinión dominante— que toda enajenación de bienes a título gratuito es fraudulenta (art. 1.297, párrafo primero del Código Civil), es presupuesto de ejercicio de la acción rescisoria el *eventus damni* y «entonces debemos preguntarnos si es perjuicio a los efectos de la acción pauliana, la imposibilidad de exigir el cumplimiento en forma específica. Dicho de otra manera, se trata de determinar si cabe calificar como perjuicio que legitime para el ejercicio de la acción pauliana la salida del patrimonio del deudor del bien a cuya entrega se encuentra obligado» (pág. 188). La pregunta suscita cierta reflexión. Considero que la respuesta debe ser afirmativa, debiendo dirigirse la acción no ya sólo contra el deudor, sino también contra el donatario, ya que el perjuicio es consecuencia del acto fraudulento que le beneficia. Pero a diferencia de otros acreedores, la acción no se podrá paralizar ofreciendo el acreedor de dominio una indemnización si la cosa debida se encuentra en el patrimonio del donatario, puesto que la ley atribuye a los acreedores la posibilidad de impugnar «los actos que el deudor haya realizado en fraude de *su derecho*» (art. 1.111 del Código Civil), que en este caso recae sobre *cosa determinada*. Así, habría que entender, conforme al artículo 1.294 del Código Civil que cuando el perjudicado «carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del *perjuicio*», consistente en nuestro caso en la lesión de un crédito de dominio, la reparación se podrá hacer efectiva sobre otros bienes del deudor.

Por último, plantea el autor la posibilidad de que el acreedor de dominio pueda ejercitar frente al donatario una acción por enriquecimiento injusto, lo que parece dudoso en nuestro Derecho, aunque el autor no descarta esta posibilidad, habida cuenta de que el acreedor de dominio goza de las utilidades de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (arts. 1.095 y 1.468).

El capítulo V versa sobre las varias situaciones en las que se puede encontrar el acreedor de dominio cuando la posesión de la cosa debida la ostenta sin título un tercero.

Las situaciones que el autor distingue son: *a)* que el vendedor haya transmitido la posesión al comprador, y éste, que sólo es acreedor de dominio, la pierde antes de adquirir la propiedad; *b)* que el vendedor sea poseedor en el momento de contraer la obligación de entrega y pierda la cosa antes de adquirirla el acreedor de dominio; *c)* que el vendedor no sea poseedor en el momento de contraer la obligación, esto es, en el momento de celebrar la compraventa.

Ninguna de las situaciones anteriores se debe confundir, como advierte el autor, con la cuestión de la venta por tradición instrumental cuando el vendedor no es poseedor, planteándose entonces si el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria frente al poseedor sin título. Si la respuesta es negativa, estaremos ante un acreedor de dominio y no ante un propietario. Lo que lleva a tratar, previamente, dos temas fundamentales: *a)* si el otorgamiento de la escritura conlleva la transmisión de la posesión; *b)* si la escritura pública sirve de *modo* para transmitir la propiedad.

El primero de estos temas ha recibido en la jurisprudencia distinto tratamiento a la vista de la diversidad de circunstancias que concurren en las situaciones enjuiciadas. Haber advertido la razón de estas diferencias es resultado de un estudio detenido de los casos a que se da solución con la doctrina que sirve de fundamento al fallo. Tarea que responde al método que en su día propuso PUIG BRUTAU sobre el modo de tratar y entender la jurisprudencia.

El artículo 1.462-2 del Código Civil, al disponer que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta *equivaldrá* a la

entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario», suscita principalmente dos cuestiones: a) si esa *equivalencia* es una *presunción iuris tantum*; b) si el vendedor que carece de la posesión de la cosa vendida puede transmitir el dominio.

La primera cuestión que se plantea y analiza el autor es si la escritura pública transmite la posesión al comprador, lo que lleva a tener en cuenta la doctrina jurisprudencial que sostiene que el artículo 1.462-2 del Código Civil contiene una presunción *iuris tantum*, que, por tanto, admite prueba en contrario, lo que conduce a mantener que la escritura pública sólo presume la entrega de la cosa si el vendedor la posee.

La amplia serie de sentencias en las que se acoge esta doctrina recae sobre pleitos de desahucio, en que sólo está legitimado activamente ex artículo 1.565 LEC, quien tiene la «posesión real».

Pero el autor pone de relieve que el Tribunal Supremo, en otras sentencias, expuestas con extensión, ha declarado que la presunción del artículo 1.462-2 del Código Civil no se desvirtúa si el vendedor o sus causahabientes continúan en la posesión de la cosa vendida. Hay, por tanto, tradición al comprador cuando el vendedor es poseedor aunque sea de manera mediata (nudo propietario, posesión civilísima del llamado que acepta, etc.).

Hay, además, una línea jurisprudencial más precisa, según la cual el artículo 1.462-2 del Código Civil establece una presunción atacable no por cualquier medio sino sólo por lo que resulta de la misma escritura cuando de ella se deduce claramente lo contrario. También, en este sentido, son varias las sentencias seleccionadas que contribuyen a la formación de esta doctrina.

La opinión científica hoy dominante considera que el artículo 1.462-2 del Código Civil contiene no una presunción sino una auténtica tradición, salvo el caso indicado en la propia norma. Y con la precisión, que hace el autor, de que sólo cuando el vendedor no es poseedor no puede transmitir la propiedad. Queda menguado el valor de aquella jurisprudencia según la cual el artículo 1.462-2 del Código Civil contiene una presunción *iuris tantum* combatible por cualquier medio de prueba en contrario. En definitiva, según el autor, lo que ha venido a negar el Tribunal Supremo es que el comprador pueda ser poseedor por tradición instrumental si el vendedor no lo era. Así la tradición instrumental *equivale* a la entrega en la medida en que el vendedor es poseedor. Queda fuera de esta proposición, como dejé apuntado, el caso de doble venta: entre dos compradores sucesivos, ambos en escritura pública, será preferido el que primero inscriba o el que primero tome posesión.

A una conclusión distinta se llega si se entiende que el artículo 1.462-2 del Código Civil establece no una mera presunción *iuris tantum* de entrega, sino una auténtica equivalencia entre escritura pública y tradición, si se tienen en cuenta estos otros argumentos: a) el hecho de que el propietario haya perdido la posesión no le impide transmitir el dominio. Aunque desposeído, no por ello deja de ser propietario y, por consiguiente, puede transmitir la propiedad tal como la tiene; b) es posible ceder la acción reivindicatoria, lo que viene a ser el medio adecuado para transmitir el dominio reivindicable por el propietario que no es poseedor; c) la propiedad sin posesión se podría incluir entre los «bienes incorpóreos» a que se refiere el artículo 1.464 del Código Civil, lo que, en opinión de algunos no parece correcto, principalmente, a mi modo de ver, porque el título o derecho de dominio no se puede concebir desvinculado de su objeto; d) el «solo acuerdo o conformidad de los contratantes» a que se refiere el artículo 1.463, invocado como argumento, con independencia de

que atañe sólo a bienes muebles, no se puede interpretar, a mi parecer, en el sentido de que por autonomía de los contratantes se venga a introducir una excepción a la teoría del título y el modo, como si para este caso fuera válida la transmisión por el solo consentimiento. El valor del «solo acuerdo» del artículo 1.463 del Código Civil se debe referir probablemente a supuestos objetivos, como la falta de manualidad, la ausencia de un medio de transporte adecuado, etc.; e) la presunción del artículo 1.462-2 deja a salvo la voluntad de los contratantes, por lo que no se trata de que el otorgamiento de la escritura presume la tradición sino que, como dice el autor, «es tradición en sí misma». Y, sin necesidad de más argumentos, se puede concluir con el autor que «parece mejor fundada la opinión de que el propietario no poseedor puede transmitir su dominio mediante contrato seguido de tradición instrumental», como acreditan las varias sentencias del Tribunal Supremo que en tal sentido expone el autor.

En conclusión, se puede convenir con el autor en que «el comprador en escritura pública será propietario, no meramente acreedor del dominio, en la medida en que también lo fuera el vendedor; y si éste no fuera poseedor podrá ejercitar acción reivindicatoria para obtener la posesión del bien».

La solución propuesta a las dos cuestiones anteriores es presupuesto para determinar las acciones que proceden en caso de pérdida de la cosa por el comprador, como acreedor de dominio, o por el vendedor, distinguiendo en este caso si la pérdida se produjo por el deudor después de contraer la obligación o en un momento anterior.

La pérdida de la posesión por el comprador, en caso de realizarse la compraventa con pacto de reserva de dominio o aplazamiento de la transmisión de la propiedad, le permitirá al comprador, acreedor de dominio, ejercitar las acciones de retener o recobrar frente al perturbador o despojante (arts. 446 del Código Civil y 1.658-3 LEC), salvo que el detentador se haya convertido en poseedor por el transcurso de un año desde el despojo (arts. 460-4.º y 1.968-1.º del Código Civil), y si el comprador con reserva de dominio carece de la condición de propietario tampoco podrá ejercitar la reivindicatoria, aunque sí la acción publiciana, en base a su mejor derecho a poseer.

La pérdida de la posesión por el vendedor, después de contraída la obligación y antes de la tradición, le permitirá, puesto que sigue siendo propietario y poseedor, ejercitar la acción reivindicatoria así como también valerse de la tutela interdictal. Pero se plantea entonces la cuestión de si, ante la pasividad del vendedor, puede el acreedor de dominio ejercitar alguna acción recuperatoria de la posesión, a lo que hay que dar una respuesta negativa. Cabe en tal caso preguntarse si tiene alguna otra vía para recobrar la posesión. Se excluye la posibilidad de ejercitar la acción publiciana, puesto que el acreedor de dominio no ha sido poseedor, que es requisito de legitimación necesario para la interposición del interdicto, como se mantiene con reiteración por la jurisprudencia. En cuanto a posibilidad de ejercitar la acción subrogatoria ex artículo 1.111 del Código Civil, habría de salvar el escollo de que, por el carácter subsidiario de esta acción tendría que perseguir antes los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar su crédito, y sólo en el caso de un resultado negativo podría ejercitar los derechos y acciones del deudor, aunque en este caso si el bien del que ha sido despojado el deudor sigue en su patrimonio, será sumamente inseguro que prospere la reivindicatoria sobre la cosa debida, que, probablemente, estará sujeta al embargo seguido por la acción de otros acreedores. Varias sentencias que cita el autor a este respecto

muestran que la insolvencia del deudor aleja la posibilidad de la vía subrogatoria del fin que se propone el acreedor de dominio. Y se apunta por el autor una última posibilidad: el acreedor de dominio podría ejercitar las acciones de su acreedor frente al despojante de la cosa debida en base al artículo 1.186 del Código Civil. No es un supuesto de perecimiento (destrucción o pérdida) la desposesión por un tercero de la cosa debida, y si es posible la protección interdictal o la acción reivindicatoria no existe imposibilidad de la prestación que excluya el ejercicio por el acreedor de las «acciones que el deudor tuviere contra terceros» por razón de la cosa debida (art. 1.186 del Código Civil).

La pérdida de la posesión por el vendedor antes de contraer la obligación no permite al acreedor de dominio ni la tutela interdictal ni la reivindicación, puesto que no ha poseído ni es propietario. Se excluye también, en este caso, la aplicación del artículo 1.186 del Código Civil, porque no se da una imposibilidad sobrevenida, al ser la desposesión anterior al nacimiento de la obligación de entrega. De modo que sólo cabe al acreedor de dominio reclamar a su deudor el cumplimiento o la resolución, con indemnización de daños y perjuicios (arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil).

Concluye el capítulo V con el estudio del derecho a los frutos respecto del poseedor sin título. La atribución de frutos al comprador desde que nace la obligación de entrega (art. 1.095 del Código Civil) o desde que se perfeccionó el contrato (art. 1.468-2 del Código Civil) no tiene, según la opinión común, carácter real. No puede haber, lógicamente, derecho real a los frutos porque, como dice el autor, «falta el modo». Estamos ante un derecho personal que, en tanto se deriva del contrato, sólo se podrá reclamar al deudor de la entrega. Sin embargo, no se puede eliminar la hipótesis de que el acreedor de dominio reclame los frutos al tercero que posee sin título la cosa debida. El autor distingue varios supuestos en aplicación de los artículos 451 y 455 del Código Civil, y nos propone, con una argumentación convincente, la legitimación del acreedor de dominio para reclamar los frutos percibidos o debidos percibir antes de la adquisición del dominio, teniendo en cuenta: *a)* que el acreedor de dominio, como sucesor a título particular del vendedor, se subroga en su posición frente a terceros; *b)* la lesión del derecho de crédito que implica el despojo de los frutos de la cosa debida, a los que tiene derecho el acreedor de dominio; *c)* la reparación del derecho de goce, de carácter personal, atribuido al acreedor.

En el último capítulo (VI) se compendian las conclusiones de la obra. Antes de proceder a la recapitulación del trabajo de investigación realizado se hace un análisis de las figuras intermedias entre los derechos de crédito y los derechos reales para determinar si la posición del acreedor de dominio se puede encuadrar en alguna de esas categorías. Sin excluir ciertas afinidades con alguna de ellas, no cabe establecer una clara simetría con ninguna de ellas. Se subraya la diferencia entre el acreedor de dominio y los demás acreedores personales, «porque quien tiene derecho a recibir de su deudor una cosa determinada y está dispuesto a pagar o ya ha pagado la prestación que le incumbe, no puede quedar relegado a la categoría de acreedor puramente personal». El derecho del acreedor de dominio, por otra parte, carece de las notas de absolutividad e inmediatez que se predicen de los derechos reales. No es inmediato porque exige la colaboración del deudor, y no es absoluto porque no se puede hacer valer ni frente a los demás acreedores de su deudor, ni frente a los deudores de su deudor por razón de la cosa debida, ni frente

a los causahabientes de su deudor, ni, finalmente, frente al poseedor sin título de la cosa debida.

Al final de la obra se contiene la referencia de la muy amplia bibliografía utilizada, el índice de la jurisprudencia consultada y el sumario pormenorizado de la obra.

La lectura de esta obra, sólidamente documentada, proporcionará seguramente, por su gran riqueza de matices, además de una estimable enseñanza, una perspectiva de soluciones sobre las cuestiones estudiadas, abierta a la reflexión del lector en esa zona de confluencias entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas a que me refería al principio de estas notas.

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ

GONZÁLEZ SALINAS, JESÚS: *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*. Editorial Civitas. Madrid, 2000. Un tomo de 741 págs.

Dije en ocasión previa, refiriéndome al tema de las costas, que el mismo constituye un lugar de encrucijada entre el Derecho Público y el Derecho Privado, un terreno de fricción entre principios jurídicos contrapuestos, ámbito de desencuentro de iuspublicistas y privatistas, de abiertas disensiones doctrinales, de contradicciones jurisprudenciales, y cancha de pugilato dialéctico entre administrativistas e hipotecaristas. Y en este campo minado de dificultades se adentra, con solvencia y autoridad notorias, el autor de este libro.

Ciertamente la confusión existente en torno al tratamiento jurídico de nuestras costas, y el fuerte proceso edificatorio y urbanístico que las mismas sufrieron fundamentalmente como consecuencia del desarrollo turístico a partir de los años sesenta, con los inevitables efectos de degradación física y medioambiental que ello comporta, llegó a preocupar incluso a los redactores de nuestra Constitución, al punto de consagrar un artículo de nuestra Carta Magna al tema, sancionando el carácter de dominio público de las playas y costas y su régimen de inalienabilidad, en lo que constituyó una novedad en nuestra historia constitucional y en el Derecho constitucional comparado. Aún con todo, la cuestión sobre la demanialidad de nuestro litoral sin excepciones («en todo caso», dice la Constitución) no quedó del todo zanjada, ya que durante la elaboración del texto se solicitó la inclusión de una cláusula de salvaguardia expresa de los derechos adquiridos, solicitud de la que desistieron sus promotores en aras del consenso constitucional y sobre la base de entender que la interdicción de la confiscación que se contiene en la propia Constitución representa una garantía suficiente respecto de los citados derechos adquiridos. Este sobreentendido ha sido el germen de la polémica posterior, sobre la que ha venido a interferir la Ley de Costas de 1988, la cual es objeto de un análisis metódico, riguroso y exhaustivo a lo largo de las páginas del presente libro, que sin duda es el fruto maduro y brillante de una larga dedicación al estudio de la materia por parte de su autor, y que cuenta, además, con una amplia perspectiva de doce años ya de vigencia de aquella Ley.

Pocos estudiosos del Derecho podían ofrecer mayores garantías de éxito en la empresa de presentar una visión completa y coherente del régimen jurídico actual de la propiedad en las costas que el autor de este libro. Y es que tratándose de una materia de encrucijada, como antes se dijo, entre el Dere-

cho Público y el Derecho Privado, la unidad y la lógica interna de dicho régimen sólo puede ser desvelada con claridad y profundidad por alguien que domine con solvencia y autoridad propias ambas ramas del Derecho, circunstancias que convergen en GONZÁLEZ SALINAS al presentar conjuntamente nada menos que la doble credencial de Catedrático de Derecho Administrativo y de Registrador de la Propiedad y Mercantil. Y si a ello añadimos que su dedicación al estudio del régimen jurídico de las costas se remonta a un período incluso anterior al de la obtención de su Grado de Doctor en Derecho allá por 1987, fácilmente se comprende que estamos ante una de las obras cumbre de la literatura jurídica contemporánea en materia de dominio público.

La lectura del libro se encuentra facilitada por su autor al presentarnos el tema que le sirve de objeto en su introducción, que leída de nuevo después de la lectura completa del libro, se aprecia como una síntesis magistral de su contenido. Allí nos dice GONZÁLEZ SALINAS que son objeto del mismo las especialidades que el régimen de la propiedad privada ofrece por razón de su ubicación en las costas, por su proximidad o confrontación con el dominio público marítimo-terrestre. Destaca el autor el impacto que sobre esta materia supuso la actual legislación de costas de 1988 a través de un efecto que no duda en calificar de «nacionalizador», por medio de dos vías: de un lado, la de la inclusión de suelo que antes no lo era en la definición de la zona marítimo-terrestre y de las playas e incluyendo en el dominio público los acantilados; por otro, mediante la supresión de los enclaves privados, a cuyos propietarios convierte en simples concesionarios, en virtud de unas complejas y discutidas disposiciones de Derecho transitorio.

Además, la «vis expansiva» que experimenta el dominio público litoral se proyecta sobre las propiedades privadas colindantes en forma de servidumbres y limitaciones legales, que amplían en extensión e intensidad las históricamente existentes, algunas de las cuales son activas y otras latentes, como la consistente en la declaración de utilidad pública de todas las fincas que se encuentren en la llamada zona de servidumbre de protección a efectos de su eventual expropiación. Precisamente de esta expansión deriva el interés que presenta el estudio de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas, que el autor aborda impecablemente con un profundo estudio de toda la casuística que las mismas presentan, pudiéndose afirmar sin riesgo de error que el libro agota la materia en este terreno, en el que no deja cabo suelto.

Amplio es también el desarrollo del libro en lo tocante al estudio de los distintos instrumentos que la Ley de Costas arbitra para garantizar la defensa e integridad del dominio público litoral, en cuyo terreno diferencia tres ámbitos institucionales diferentes: la estricta regulación a que se somete su desafectación, su caracterización como bienes indisponibles y, en último lugar, la que el autor denomina «amplia panoplia de instrumentos defensivos frente a posibles usurpaciones», entre los cuales destaca la figura del deslinde y la Institución del Registro de la Propiedad, como garante de la legalidad, tanto de los actos administrativos que tengan por objeto el espacio físico del litoral, como del tráfico jurídico privado que se desenvuelva en el mismo.

A través de los ejes que se acaban de apuntar, GONZÁLEZ SALINAS articula un cuerpo de doctrina que contiene y sistematiza todo el régimen jurídico actual de la propiedad de las costas, para lo que divide su exposición en un total de ocho capítulos.

En el capítulo I, el autor expone una sistematización o clasificación de los distintos bienes que conforman el dominio público litoral, distinguiendo tres

categorías: el dominio público artificial, el dominio público natural y el dominio público por actos de incorporación, en cuyo estudio resulta de especial valor su análisis de Derecho transitorio, así como las numerosas referencias que se hacen a la evolución de la legislación histórica en la materia, sobre la que GONZÁLEZ SALINAS nos anuncia la preparación de otro libro ya en curso.

El capítulo II se consagra al estudio del dominio público natural, y en él se acredita concluyentemente la expansión experimentada por el mismo respecto de la situación legal anterior definida por la Ley de Costas de 1969. Destaca en este capítulo la idea central de que las nuevas definiciones contenidas sobre las distintas pertenencias del dominio público litoral de carácter natural, que amplían su concepto y extensión como se ha dicho, constituye una declaración de demanialidad con eficacia translativa, en el sentido de que convierte en públicas, y más en concreto en demaniales, propiedades que hasta entonces pertenecían al dominio privado, fenómeno al que el autor no duda en calificar de «nacionalización». No niega ni discute el autor la viabilidad jurídica de esta nacionalización, pero hace de ella una interpretación contextual de tipo constitucional y llega a la conclusión de que la proscripción constitucional de la confiscación hace que derive de la combinación de ambos datos de forma ineludible la consecuencia de la necesidad de indemnizar al propietario afectado por la pérdida patrimonial que para él representa dicha demanialización. Dentro de este fenómeno, el autor diferencia entre las propiedades anteriormente no enclavadas pero afectadas por la ampliación conceptual del dominio público litoral que realiza la Ley de Costas de 1988, en cuyo caso la nacionalización es fruto de una opción del legislador, y las propiedades, ya antes enclavadas en ese dominio público, en cuyo caso lo que hay es un reconocimiento de los mismos como tales enclaves históricos y su desaparición por imposición constitucional (cfr. art. 132 de la Constitución).

Ahora bien, dicha consecuencia nacionalizadora está sujeta a ciertos requisitos y presupuestos para su eficaz materialización. En este punto la única sistemática posible para abordar el estudio es la que deriva de la perspectiva de Derecho transitorio, desde la cual GONZÁLEZ SALINAS diferencia tres tratamientos ofrecidos por la Ley de Costas a los propietarios afectados: la legalización de las obras existentes, la concesión legalizadora de usos preexistentes y la correlativa preferencia respecto de los que se otorguen en el resto de la antigua propiedad y la concesión compensatoria de usos y aprovechamientos preexistentes y correlativo derecho de preferencia, planteando la espinosa cuestión de la suficiencia o no de la concesión para compensar la pérdida de la propiedad afectada, es decir, si aquella es equivalente al justo precio debido por la expropiación legislativa que la demanialización supone. El autor ensambla dichos derechos con los distintos supuestos de hecho de que se derivan: bien sean enclaves históricos reconocidos en sentencia firme anterior a la Ley o sobrevenidos con ocasión de la misma, respecto de los que afirma el posible control judicial de los términos en que se concrete la concesión e incluso el reconocimiento del derecho a una indemnización complementaria, bien enclaves amparados por el Registro de la Propiedad reconocidos en deslindes anteriores a la Ley, bien propiedades existentes en tramos de costa no deslindados al entrar en vigor la Ley, supuesto en cuyo tratamiento legal el autor observa una absurda discriminación respecto de los anteriores.

El capítulo III aborda el tema de la delimitación y régimen de las zonas de propiedad privada afectadas por servidumbres (a las que se califica de *ius in re aliena* demaniales) y limitaciones en razón a su proximidad al mar, en el

que se realiza una pormenorizada descripción de las zonas y servidumbres de tránsito, salvamento, de acceso (antes llamada de paso) y la nueva zona llamada de influencia. Atención especial y diferenciada se dedica a la servidumbre de protección, que afecta a una zona de 100 metros, sin duda la de mayor importancia, de la que distingue, por un lado, su influencia sobre las facultades de disposición que se limitan al propietario, en especial por la atribución de derechos de adquisición preferente en favor del Estado, y, por otro lado, su proyección sobre las facultades de goce y disfrute que se ven afectadas por la imposición de ciertas prohibiciones de algunos usos y por el sometimiento a autorización de otros. Interesante es su conclusión sobre la necesidad de indemnizar en ciertos casos la imposición de la servidumbre de tránsito. Y nuevamente en esta materia vuelve a ser relevante el detenido estudio que hace GONZÁLEZ SALINAS de las situaciones afectadas por las Disposiciones Transitorias de la Ley que, de hecho, y en función de la situación fáctica preexisten a aquélla, determina una reducción de la extensión de las respectivas zonas afectadas, especialmente en el caso de que la propiedad afectada esté calificada como suelo urbano, en cuyo supuesto la zona de protección se reduce a 20 metros. Particular importancia presenta la exégesis que en el desarrollo de estas cuestiones realiza el autor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular de la importante sentencia 149/1991, sobre la que el autor vierte atinadas críticas y matizaciones.

El capítulo IV se dedica por su autor al análisis del fenómeno de las alteraciones físicas en la costa y al régimen de dominio público o de propiedad privada resultante. Los supuestos de que parte el autor se reducen a dos: uno, el de la pérdida por los terrenos de las circunstancias que los definían como dominio público natural. Otro el inverso de adquirir, terrenos que antes no las tenían, las circunstancias que las definirían como demanio natural, es decir, los supuestos respectivos de retirada o subida de las aguas del mar. A partir de estos simples ejemplos, GONZÁLEZ SALINAS procede con rigor a su análisis jurídico, distinguiendo: por un lado, las normas en virtud de las cuales puedan verse las consecuencias jurídicas de la alteración física; en segundo lugar, el análisis de las normas específicas conforme a las cuales resulten tales consecuencias (por ejemplo, la consiguiente inclusión de los terrenos en el dominio público), nuevamente con amplio tratamiento de su régimen transitorio y, en tercer lugar, además del régimen sustantivo, repara el autor en las exigencias formales y actuaciones administrativas que se deben articular como cauces preceptivos para hacer derivar aquellas consecuencias jurídicas. Correlativamente se estudian los efectos que las alteraciones físicas producen en las zonas de servidumbre sobre la propiedad privada colindante. Detenido y singular es el estudio en esta materia del caso de las islas e islotes.

En el capítulo V, GONZÁLEZ SALINAS analiza el régimen jurídico de garantías de la función y titularidad pública del dominio público marítimo-terrestre, que están basadas en dos pilares fundamentales: la regulación de la afectación en atención a los fines de interés público que con dicho dominio se persiguen y la correlativa regulación rigurosa de los supuestos limitados en que se admite su desafectación, de un lado, y el sometimiento de dicho dominio público a un régimen de extracomercialidad, del que se deriva la consecuente nulidad absoluta de todo acto que signifique un cambio de titularidad, sin previa desafectación, de otro lado. En cuanto a la afectación, el autor hace un planteamiento muy sugerente del tema, hablando de una cierta predestinación de los bienes a la afectación en un doble sentido: bienes predestinados a ser

afectados al dominio público y bienes predestinados al dominio público una vez desafectados del marítimo-terrestre. Así, respecto de lo primero, es el caso de los terrenos de propiedad particular ubicados dentro de la zona de protección cuya incorporación al demanio se facilita declarándolos de utilidad pública a efectos expropiatorios y atribuyendo al Estado derechos de tanteo y retracto sobre los mismos. En el caso de los bienes patrimoniales del Estado, tal predestinación resulta aún más patente, pues basta que se ubiquen en la zona de influencia de los 500 metros para que su régimen de disposición resulte interino y condicionado a una declaración de innecesariedad para su incorporación al mismo demanio. En cuanto a la desafectación, su regulación es tan estricta que da pie para que el autor hable de la «inamovilidad o permanencia de los bienes afectados dentro del dominio público marítimo-terrestre».

Respecto del conocido régimen de la extracomercialidad del demanio costero, el autor reconduce su estudio a través de los clásicos principios de la inalienabilidad, inembargabilidad (que GONZÁLEZ SALINAS considera embebido en el anterior al responder a su mismo fundamento) y el de imprescriptibilidad, con el corolario afirmado por la Ley de Costas de la carencia de efectos obstructivos frente al dominio público de las situaciones posesorias, aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad, respecto de cuyo extremo hace una exposición coordinada de la legislación de costas y la hipotecaria, con amable cita de su aquí recensionista, en particular por el juego combinado de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, y con el efecto subordinado al anterior de la imposibilidad futura de los enclaves privados y desaparición de los existentes a la fecha de la aprobación de la Ley de Costas.

Por su parte, en el capítulo VI, y tras la exposición anterior, GONZÁLEZ SALINAS complementa el estudio del régimen defensivo del dominio público litoral con el análisis de las prerrogativas de la Administración para la defensa de sus bienes, es decir, el régimen de autotutela que, de forma exorbitante respecto del Derecho común, se atribuye a la Administración en orden a la protección e integridad del dominio público, a través de sus distintas manifestaciones que integran otras tantas potestades, de ejercicio obligatorio, de la Administración, éstas son, las de investigación, recuperación posesoria y deslinde. Se trata de actuaciones administrativas o extraprocesales que complementan el régimen de protección derivado de las particularidades de tipo procesal que las acciones judiciales tendentes al mismo objeto defensivo presentan, como son las relacionadas con la cualidad de indispensable de las mismas, traducida en el carácter obligatorio del ejercicio de las acciones y en la prohibición del allanamiento.

Para explicar de forma claramente comprensible el conjunto de estas potestades administrativas de autotutela, GONZÁLEZ SALINAS las sistematiza en dos niveles diferentes, que se corresponden con la autotutela declarativa y con la ejecutiva, respectivamente. En virtud de la primera, la Administración se halla dispensada de acudir a los Tribunales para obtener decisiones ejecutivas o el reconocimiento de situaciones jurídicas que se han de imponer a los particulares (la Administración, en frase de Hauriou, puede hacerse justicia a sí misma). En cuanto a la autotutela ejecutiva, dispensa igualmente a la Administración de incoar un proceso de ejecución para hacer cumplir sus decisiones, pues cuenta con la posibilidad de acudir a la vía de la ejecución coactiva del acto administrativo a través de sus propios órganos. Y todo ello basado en

el fundamento de la presunción de la validez de los actos administrativos, sin perjuicio de su posterior control judicial. No obstante, nos recuerda el autor que dichas potestades de autotutela deberán ser ejercidas a través del procedimiento reglado en cada caso establecido, en ausencia del cual o de su correlativa fundamentación sustantiva la Administración incurre en «vía de hecho», en cuyo caso no actúa la inmunidad interdictal de aquélla, por lo que podrán interponerse contra la misma por parte del perjudicado los correspondientes interdictos posesorios (de retener y recobrar), así como los de obra nueva y de ruina. Pero junto a ellos, GONZÁLEZ SALINAS destaca el interdicto registral del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (configurado como modalidad del juicio verbal por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil) al que podrán acudir los interesados en defensa de sus titularidades registrales, amparadas en el principio de legitimación registral, cuando hayan sido perturbadas por la Administración. Es más, el interdicto registral no sólo resulta procedente, según demuestra el autor en una de las aportaciones más brillantes y preclaras de su obra, contra la vía de hecho puramente material, sino incluso contra actuaciones materiales de la Administración que resulten amparadas por un acto expreso cuando el resultado posesorio de dichas actuaciones resulte ser contradictorio con el Registro y aquella actuación no tenga el respaldo del previo deslinde. La falta de deslinde provocará en tales casos vía de hecho, pudiendo los titulares registrales buscar la «salvaguardia judicial de los Tribunales», incluso por medio del interdicto registral del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Más tarde (en el capítulo VIII), GONZÁLEZ SALINAS dará un paso más al afirmar de forma argumentativamente convincente, que la situación posesoria de la finca deslindada como de dominio público pero inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de un particular no podrá variar hasta tanto el deslinde practicado no haya alcanzado a producir el efecto de la rectificación del Registro para su adecuación al mismo y a través del procedimiento diseñado al efecto por la propia Ley de Costas de 1988 y su Reglamento de 1989 en coordinación con la propia legislación hipotecaria.

El capítulo VII del libro se consagra al estudio detenido y minucioso del deslinde administrativo en las costas, como una, sin duda la más importante al ser presupuesto de las demás, de aquellas potestades de autotutela estudiadas en el capítulo anterior. El autor, fiel a la sistemática y metodología que ha asumido para la elaboración de su obra, huye de planteamientos dogmáticos sobre temas abstractos (naturaleza jurídica, justificación, etc.) y realiza un análisis eminentemente práctico de la figura, estudiando fundamentalmente sus efectos. Previamente parte del concepto del deslinde del dominio público natural como acto de concreción sobre el terreno y planos de las abstractas definiciones contenidas en la Ley, lo que obliga a asumir una caracterización del deslinde desde la nota de su reiterabilidad en paralelo a la característica que presenta la linde del dominio público de mutabilidad o movilidad, tanto en función de las alteraciones físicas que aquél presente de forma natural, como por las modificaciones legislativas históricas en la definición de los bienes o pertenencias que lo componen.

El planteamiento práctico que hace GONZÁLEZ SALINAS le lleva a vincular la eficacia del deslinde con la propia de aquellas otras actuaciones administrativas que operan sobre el presupuesto previo de la demanialidad de los bienes sobre los que se proyecta, como es el caso de la recuperación de oficio o interdicto propio, a fin de desalojar a quienes ocupen el dominio público. Sin embargo, en el sistema anterior a la Ley de Costas de 1988, la recuperación

posesoria tenía el límite de ciertas situaciones jurídicas que impedían su ejercicio, como eran los supuestos de existencia de obras, de títulos administrativos (concesiones, autorizaciones) y de inscripciones registrales. Ahora, la nueva eficacia atribuida por la Ley de Costas de 1988 al deslinde hace que éste termine afectando a tales situaciones. De entre los nuevos efectos atribuidos al deslinde, el autor destaca como el más llamativo el consistente en «rectificar las situaciones jurídicas registrales contrarias al mismo» (art. 13.2 LC), además de permitir la inmatriculación del dominio público (mismo artículo), y en todo caso aprecia una finalidad común en tales innovaciones consistente en evitar a la Administración tener que asumir la carga de acudir a los Tribunales para conseguir desalojar a los titulares inscritos. El deseo de coordinación con el Registro de la Propiedad lleva a la Ley a obligar a la Administración, iniciado el procedimiento de deslinde, a solicitar la medida cautelar de la anotación preventiva de su incoación en el mismo Registro (art. 12.4 LC). Además de ello otros dos efectos del deslinde se adelantan al momento de su tramitación: la suspensión del otorgamiento tanto de concesiones y de autorizaciones sectoriales (art. 12.5 LC) como de las licencias municipales de obra (art. 22.2 RC).

Pero, además de ello el deslinde despliega efectos incluso antes de la iniciación del procedimiento, como con acierto nos advierte GONZÁLEZ SALINAS. En este sentido habla de la eficacia negativa del deslinde derivada de su inexistencia, que impide determinadas actuaciones. Es el caso de que se pretendan obtener concesiones o autorizaciones de dominio público o, incluso, para actuaciones en suelo propio, pero incluido en la zona de protección de 100 metros, impidiendo actos que requieran el amparo de un título administrativo, y es el caso también de que se pretendan obtener inscripciones en el Registro de la Propiedad respecto de fincas ubicadas en esa misma zona. En todos estos casos, tales actuaciones quedarán paralizadas hasta que se practique el deslinde. Con ocasión de este efecto, la Ley de Costas impone uno de sus imperativos más onerosos y desproporcionados, al sustituir el «deber» de la propia Administración de deslindar las costas (para lo que la anterior Ley de Costas de 1969 le concedió un plazo de cinco años, que incumplió ampliamente) por la imposición a los administrados de la «carga» de solicitar y costear el deslinde de concretos tramos de costas, carga que deberán asumir si quieren ver desbloqueadas las actuaciones a que antes se aludió (entre las que figura la inscripción de sus respectivos títulos adquisitivos en el Registro de la Propiedad, en un auténtico ejercicio de exageración perpetrado por el Reglamento de 1989). Ahora bien, el autor contribuye a restaurar por vía interpretativa la correcta conmutatividad de las respectivas posiciones jurídicas, cuando subraya la idea de que tal carga también la deberá asumir la Administración cuando sea ella la que pretenda una determinada actuación que requiera el presupuesto previo del deslinde, como la de la recuperación posesoria. Por otra parte, aquella eficacia taumatúrgica atribuida al deslinde por la nueva Ley consistente en la rectificación del Registro de la Propiedad y el posterior desalojo de sus antiguos titulares, no impide, a juicio del autor, y a pesar del silencio de la Ley, que respecto del suelo incluido en el deslinde como de dominio público pueda alegarse y probarse en juicio, dentro del plazo de los cinco años que concede el artículo 14 de la Ley, que dicho terreno tenía carácter de propiedad privada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988 y que, por tanto, debe ser compensada su privación. Y entre tanto se resuelve este procedimiento, la situación posesoria

deberá ser una u otra en función de cuál sea la cobertura que las inscripciones registrales ofrezcan a su titular, según lo que antes se indicó.

Finalmente, el libro se cierra con un importante capítulo VIII, relativo al estudio del régimen hipotecario especial de la propiedad en las costas, en el que GONZÁLEZ SALINAS hace una amable y abundante cita de la obra de su aquí recensionista sobre dicha materia, que agradezco. El capítulo constituye un magnífico broche para este enjundioso libro y en él despliega el autor toda su ciencia, en la que se aúnan, como se indicó, las aportaciones que corresponden a su doble condición de Registrador de la Propiedad y de Catedrático de Derecho Administrativo. Este último capítulo es, sin duda, uno de los de mayor importancia de la obra, pues como ya se ha adelantado, fue deseo del legislador de 1988 que gran parte de la eficacia de la nueva Ley discurriera por la vía de propugnar una estrecha coordinación de las actuaciones administrativas con la Institución del Registro de la Propiedad, destacando el autor cómo la Ley de Costas de 1988 constituyó un auténtico banco de pruebas de una serie de novedades legislativas incorporadas por esta Ley, que posteriormente fueron generalizadas en la legislación urbanística.

La sistemática que utiliza en este caso el autor consiste en diferenciar dos supuestos claramente distintos, según que hablemos de terrenos ubicados dentro del dominio público o de fincas ajenas pero próximas al mismo. En cuanto a los primeros, si bien se parte del incuestionable principio del carácter indisponible de tales terrenos y, por tanto, de la imposibilidad de que sean objeto de actos de tráfico jurídico-privado, sin embargo, no por ello tales pertenencias demaniales permanecen ajenas al Registro de la Propiedad, pues, por un lado, se regula la inscribibilidad de las concesiones administrativas que recaigan sobre el dominio público y, por otro, se admite, con diez años de adelanto respecto de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 en la misma línea, la inscripción de la propia titularidad pública sobre el dominio público marítimo-terrestre en el Registro de la Propiedad, en lo que constituye un instrumento más, y de gran eficacia, en la protección de este patrimonio público, impidiendo que se lleguen a producir inscripciones sobre el mismo a favor de particulares. El título inmatriculador será el propio deslinde aprobado.

En cuanto a las fincas ubicadas fuera del dominio público, ahí los distintos aspectos de la colaboración del Registro de la Propiedad son múltiples. Entre las más innovadoras medidas de coordinación entre Registro y la Administración sectorial está el conjunto de comunicaciones que deben tener lugar entre las mismas. Así, la comunicación del Registro al Servicio Periférico de Costas de las condiciones en que se hayan realizado las enajenaciones y los nombres de los adquirentes, a fin de facilitar el ejercicio del derecho de retracto a favor de la Administración del Estado. También está llamado el Registro a proporcionar datos fundamentales para el desarrollo del procedimiento de deslinde y, a su vez, una vez tomada la anotación preventiva de deslinde, debe notificar su práctica a los titulares registrales afectados por la misma. Por otra parte, se regulan una serie de asientos entonces novedosos para reflejar en el Registro determinadas situaciones. Así, respecto de las instalaciones y obras ilegales permitiendo su constancia mediante nota marginal de la resolución del procedimiento sancionador, que una vez firme permitirá incluso la cancelación de los asientos contradictorios (art. 181 RC). Si en lugar de obras o vuelo, se trata de suelo, se contempla la posibilidad de hacer constar en el Registro que determinada finca se halla sujeta a la servidumbre de protección

por encontrarse incluida en la zona afectada por ésta, si bien el autor postula una constancia más amplia de las limitaciones derivadas de estas servidumbres en el Registro.

Por otra parte, cuando se trata de fincas incluidas por el deslinde en el dominio público, su reflejo en el Registro es complejo y completo: primero, a través de la anotación preventiva de la incoación del procedimiento de deslinde (art. 12.4 LC), posteriormente mediante la anotación preventiva de dominio público o de deslinde válidamente aprobado (art. 29.2 RC), y finalmente mediante la cancelación de las inscripciones de la propiedad privada y otras titularidades incompatibles con el carácter demanial del suelo, así como la posible inmatriculación de dicho suelo como tal dominio público.

Finalmente destaca GONZÁLEZ SALINAS la colaboración que presta el Registro al respeto y protección de la legalidad costera por medio de la calificación independiente, objetiva y responsable del Registrador, como instrumento de control de legalidad y al servicio de la seguridad jurídica. En este sentido el sistema hipotecario y la calificación actúan en una doble vertiente: por un lado, se garantiza a los propietarios inscritos que el Registro no ampara la ilegalidad administrativa y, por otro lado, el Registro aparecerá como baluarte igualmente defensivo frente a las agresiones al dominio público marítimo-terrestre, y ello tanto respecto de posibles actuaciones usurpadoras por parte de los particulares, como frente a actuaciones privatizadoras por parte de la misma Administración del Estado. De todo lo cual da cuenta con singular maestría el autor del libro.

En definitiva, nos encontramos sin duda ante una obra cumbre no sólo en la bibliografía de su autor, sino también en el panorama del estudio del tema de la propiedad en las costas. No me cabe sino concluir felicitando vivamente a GONZÁLEZ SALINAS por la importante aportación doctrinal que acaba de hacer con este libro, y recomendar con igual viveza su lectura a todos los estudiosos del Derecho administrativo y del Derecho hipotecario, de la que sacarán enseñanzas y provechos que incluso van más allá del propio objeto de la obra. En suma, hay que dar la enhorabuena al autor y felicitar a toda la comunidad jurídica por la aparición de este magnífico libro.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Letrado de la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Doctor en Derecho

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL: *Derecho de la contratación electrónica*. Ed. Civitas. Madrid, 2001. 371 págs.

Comentamos en esta ocasión la reciente aparición de una obra del profesor doctor don RAFAEL ILLESCAS, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid, obra que —como veremos a lo largo de la presente nota bibliográfica— va mucho más allá de la monografía para constituir un auténtico tratado sobre la materia de la contratación electrónica, y que es el fruto de las labores del autor como delegado de España en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en las cuales es destacable el que el profesor ILLESCAS fuera relator de la Ley Modelo sobre

Comercio Electrónico), del curso de doctorado sobre el régimen jurídico del comercio electrónico que viene impartiendo y, finalmente, de su participación en la línea de investigación sobre Derecho del comercio electrónico que la Carlos III desarrolla desde hace años (fruto de la cual es, por ejemplo, la *Revista de la Contratación Electrónica*). Como vemos, si el autor es ya de toda solvencia en general, su relación y profundo conocimiento del tema nos reafirma en la consideración de que ello es aún más destacado respecto de esta materia, y de que la obra será de gran relevancia.

En este año tan *clarkiano* (¿o habría que decir *kubrikiano*?) de 2001, y aun cuando (tal vez habría que decir que afortunadamente) no contemos todavía con ordenadores similares al *Hal de 2001: una odisea en el espacio* —pese a la ya plena instauración de la informática en nuestras vidas—, sí podemos decir que la contratación por vía electrónica está en plena expansión, hasta el punto de que si el año 2000 y los inmediatamente anteriores fueron los de la definitiva implantación de Internet, este año inicial del siglo XXI será probablemente el del gran despegue del comercio electrónico (aun cuando su inicio en España en los sectores bursátil y bancario podemos remontarlo a hace más de doce años), máxime tras la recientísima aprobación de la Directiva comunitaria sobre la materia y la inminente iniciativa parlamentaria nacional de desarrollo de la misma, que viene a unirse a otras normas españolas sobre la materia (sin ir más lejos, el Real Decreto-ley sobre firma electrónica de 1999, prácticamente paralelo a una Directiva comunitaria sobre la misma materia). Por ello, esta obra es especialmente oportuna, y destaca de entre las abundantes obras ya aparecidas sobre esta materia por su tratamiento profundo y riguroso de las cuestiones que plantea la contratación electrónica. De esta forma, si bien el profesor ILLESCAS señala que con esta obra «se pretende ofrecer un trabajo elemental y sencillo», la realidad va mucho más allá de la modestia de su autor y la convierte en una obra de gran importancia en esta materia, que ineludiblemente ha de ser tenida en cuenta para abordar la misma.

Se compone la obra de una extensa introducción, cuatro capítulos de gran detalle y un completo apartado bibliográfico final.

En la *Introducción* inicial, el profesor ILLESCAS comienza por exponer cuál es el objeto del trabajo: no un aspecto específico del régimen jurídico del comercio electrónico, sino el régimen general del Derecho del comercio electrónico, de modo que se hacen reflexiones básicas que permitan una explicación jurídica del fenómeno y la determinación de las reglas aplicables a las transacciones en soporte electrónico.

Tras destacar el carácter de Derecho privado de obligaciones y contratos del Derecho del comercio electrónico, también pone de relieve que junto a ese núcleo contractual esencial hay aspectos no estrictamente jurídico-negociales, que serían meramente accesorios del mismo, y que por ello no aborda pormenorizadamente en esta obra, que se mantiene en los límites estrictos del Derecho privado, fundamentalmente de obligaciones contractuales: aspectos fiscales, jurídico-internacionales, de propiedad industrial e intelectual, de protección de la intimidad personal de los contratantes, de seguridad pública y de competencia empresarial.

Constata el autor la existencia de diversas clases de comercio electrónico: por la cualidad de sus intervinientes, entre empresarios y entre empresarios y consumidores (centrándose esta obra principalmente en el primero); por su ámbito geográfico de ejercicio, interno e internacional o transfronterizo (y, dentro de éste, comercio electrónico intra o extracomunitario); según su entor-

no tecnológico, cerrado o abierto; y un comercio electrónico disciplinado con contratos previos y otro fundamentado en la regulación de la ley aplicable.

Concluye la introducción con unas indicaciones metodológicas sobre el trabajo que se desarrolla, basado en el Derecho positivo o prepositivo, y un apartado de agradecimientos.

En el primer capítulo (*Los principios generales del Derecho del comercio electrónico*) se inicia el abordamiento de la materia, poniendo de manifiesto el concepto, caracterización general y trascendencia actuales del comercio electrónico —que el profesor ILLESCAS compara acertadamente con lo que en su momento supusieron la sustitución de la tablilla de piedra o barro por el papiro y la del pergamino por el papel— y desarrollando finalmente las reglas básicas del régimen jurídico del comercio electrónico (de aplicación general para todas las clases de comercio electrónico, a las que antes hicimos referencia), que se concretan en la equivalencia funcional de los actos electrónicos con los autógrafos, la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico, la inalteración del Derecho de obligaciones preexistente, la exigencia de buena fe y el mantenimiento de la libertad de pacto en el nuevo contexto; junto con dos específicamente europeas, basadas en la integración normativa y mutuo reconocimiento de normas.

En el segundo capítulo (*Los elementos conceptuales de Derecho del comercio electrónico*), como su propia titulación pone de manifiesto, se aborda el estudio de los distintos elementos que intervienen en el régimen jurídico del comercio electrónico: sujetos y objetos, si bien se invierte el orden lógico —advierte el autor— para facilitar la inteligencia de los mismos.

Como elementos objetivos, estudia el profesor ILLESCAS los conceptos de mensaje de datos o archivo electrónico, norma técnica de estructuración del mismo, firma electrónica (con especial detenimiento en el antes citado Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, que analiza en detalle), sistemas de información y redes e interconexión de redes (Internet).

Como elementos subjetivos del comercio electrónico distingue el iniciador o signatario del mensaje de datos, el destinatario y los intermediarios, en los cuales se detiene para analizar su régimen de responsabilidades y la figura de los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica avanzada (en especial, en relación con el referido Real Decreto-ley sobre firma electrónica).

En el tercer capítulo (denominado *Las manifestaciones específicas de la equivalencia funcional*) se aborda la equiparabilidad del mensaje de datos con el documento escrito, con el documento original y con otros medios de prueba (principalmente la prueba documental escrita), y del mensaje de datos archivado respecto de los archivos en soporte de papel, como manifestaciones todas ellas de la ya referida regla de equivalencia funcional y no discriminación del Derecho de la contratación electrónica.

En la equivalencia funcional entre mensaje de datos y documento escrito, comienza el autor con el estudio de los elementos precursores a la misma en el ordenamiento español: vigencia del principio espiritualista y precedentes existentes en leyes especiales (así, el reconocimiento de las anotaciones en cuenta por parte de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas, y la discutida posibilidad de letras de cambio, cheques y pagarés electrónicos, que se encontrarían con la principal dificultad de su circulación —en la que los derechos del tercero contra el librador y el aceptante estaban tradicionalmente basados en la posesión del documento de papel, que aquí sería inexistente—).

A continuación entra en cuáles son los *aspectos sustantivos* de la referida equivalencia. En este punto, analiza la definitiva consagración, con carácter expreso, de las reglas de equivalencia y no discriminación por parte del ordenamiento español, principalmente por los artículos 2.a) y b), 3.1.1 y 3.2 del Real Decreto-ley sobre firma electrónica, junto a reglas aisladas contenidas en instrumentos internacionales ratificados por España. Además, para esa equivalencia son precisas unas condiciones mínimas de operatividad, unas características que permitan la fungibilidad física entre el mensaje de datos y el papel, aspecto cuyas características técnicas prudentemente no vienen establecidas por las normas legales o contractuales (en la línea de la deseable neutralidad tecnológica del Derecho de la contratación electrónica), salvo el mínimo de la necesidad de que exista una recuperabilidad de los mensajes de datos; ese requisito de recuperabilidad, que parece haber sido *olvidado* por las normas españolas, es objeto de un particular estudio por el profesor ILLESCAS. No obstante, existen excepciones expresas, formuladas por los distintos ordenamientos, a ese principio de equivalencia entre el mensaje de datos y el papel, de modo que respecto de determinados documentos actualmente en soporte de papel no se admite su sustitución por mensajes de datos: principalmente, los datados de fe pública y los títulos-valores que circulan en entornos abiertos, lista de la cual la reciente Directiva comunitaria sobre comercio electrónico permite a los Estados miembros una generosa ampliación. Finalmente, se centra el autor en la problemática que puede suscitar la incorporación de condiciones generales de la contratación a mensajes de datos y la sustitución por éstos de soportes de papel, sobre todo en relación con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Yendo un paso más allá en su análisis de la equivalencia funcional entre mensaje de datos y documento escrito, el profesor ILLESCAS se plantea la problemática existente cuando el documento es original, dada la ilimitada reproducibilidad de los mensajes de datos en los más variados soportes. Por ello, la originalidad no debería hacer referencia a una singularidad o unicidad del documento, sino a la seguridad de que entre el documento original y los datos que reproduce existe una plena concordancia, concepto que existe ya respecto a documentos en papel (la letra de cambio, por ejemplo, puede expedirse en varios originales). De esta forma, nada debe obstar a reconocer con carácter general la equivalencia funcional entre el mensaje de datos original y el documento escrito original, salvo —claro está— las correspondientes condiciones y excepciones; por ello, llega a afirmar el autor que en esta materia no existen copias, sino sólo originales. Sin embargo, en este punto la normativa española es claramente insuficiente, pues el Real Decreto-ley sobre firma electrónica a lo sumo daría cobertura plena a los mensajes de datos originales siempre que vayan acompañados de firmas electrónicas avanzadas. No obstante, como decíamos, será precisa la concurrencia de ciertos requisitos para la equivalencia con documentos escritos originales: existencia de seguridad suficiente de que la información electrónica ha sido conservada íntegra y sin alteraciones desde su establecimiento definitivo por el generador hasta su utilización, aptitud del mensaje de datos para ser reproducido y exhibido ante terceros, y recuperabilidad del mismo.

Una vez determinada la equiparabilidad, la siguiente cuestión que surge —y que el profesor ILLESCAS aborda— es la de la aptitud de los mensajes de datos para ser medios de prueba —concretamente en relación con las obligaciones mercantiles—, sobre todo en los procedimientos judiciales o arbitrales.

En este punto, frente a la vigencia de normas al respecto en los procedimientos penal y administrativo, en el ámbito procedimental civil y mercantil sólo con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se ha reconocido expresamente una función probatoria a los mensajes de datos.

Fuera del ámbito procesal deben tenerse en cuenta las disposiciones probatorias contenidas en el Real Decreto-ley sobre firma electrónica y en el Real Decreto 1906/1999, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. Respecto del primero, aun cuando el mismo se centre en los aspectos probatorios de la firma electrónica, su enfoque repercute, siquiera incidentalmente, sobre los mensajes de datos: en tal sentido, la eficacia probatoria es distinta según se trate de un mensaje de datos con firma electrónica avanzada (con el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los datos consignados en papel y admisible como prueba en juicio) o con firma electrónica simple (que también producirá efectos jurídicos y será admisible como prueba en juicio, pero con restricción de sus efectos a la identificación formal del autor del documento que la recoge, mientras que la avanzada permite además la detección de cualquier modificación ulterior de los datos), siguiendo el legislador español una posición dualista —si bien la tendencia creciente hacia las primeras en la práctica conducirá a un monismo en un futuro no muy lejano—.

En cuanto al Real Decreto 1906/1999, sus normas probatorias se concretan en atribuir la carga de la prueba sobre las condiciones generales en un contrato electrónico al predisponente, y admitir como medio de prueba cualquier documento electrónico que garantice su autenticidad, identificación fiable de los manifestantes, integridad, no alteración del contenido y momentos de emisión y recepción.

Continuando con los aspectos probatorios, estudia el profesor ILLESCAS lo que denomina «una prueba electrónica particularmente regulada (y obsoleta): la factura electrónica», prevista en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido de 1992, desarrollada por el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, y concretada por la Orden Ministerial de 22 de marzo de 1996, que la regula con un prolijo detalle. Pese a haber despertado cierto interés en la doctrina, no se ha generalizado su uso empresarial por las restricciones y autorizaciones fiscales previas que su empleo conlleva, y en la actualidad puede entenderse incluso superada tras el Real Decreto-ley sobre firma electrónica.

Finaliza el ámbito probatorio con una referencia a la situación en Derecho comparado y uniforme (principalmente, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), de la cual desde luego no se aparta significativamente el caso español.

El extenso capítulo tercero concluye con el tratamiento de los problemas que plantea el archivo y conservación de los mensajes de datos, habiéndose pasado de la transcripción electrónica de documentos originalmente en papel a efectos de su archivo, al archivo directo de los propios mensajes de datos. Ello es especialmente importante en relación con el cumplimiento de las disposiciones que imponen a los empresarios la llevanza de una contabilidad y la conservación de los libros contables y de la correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio durante seis años (art. 30.1 del Código de Comercio), siendo clara la legalidad del cumplimiento de esa obligación mediante medios electrónicos. Otras normas que admiten el registro y conservación electrónicos son el Real Decreto-ley sobre firma electrónica y el

referido Real Decreto 1906/1999. Sin embargo, para la equiparabilidad del archivo electrónico con el de papel serán requisitos necesarios la recuperabilidad de los mensajes de datos archivados (o sea, su reproducibilidad) y la integridad de los mismos durante todo su período de conservación.

El cuarto y último capítulo, intitulado *La contratación mercantil en el entorno electrónico*, es con mucho el de mayor extensión de la obra, con un total de 152 páginas, como no podía ser menos por cuanto en él se aborda el *cogollo* de la materia tratada, una vez estudiados los elementos fundamentales en los capítulos que lo anteceden.

Principia el profesor ILLESCAS enfocando con carácter introductorio la dinámica y cumplimiento de la dimensión electrónica del contrato mercantil. Así, entra en el estudio de la declaración de voluntad emitida electrónicamente —que no es en realidad sino un mensaje de datos que contiene la voluntad de comprometerse de su iniciador y signatario—, y sobre todo de la problemática sobre sus efectos jurídicos (iguales a los de una declaración de voluntad verbal o por escrito, como ponen de manifiesto el Real Decreto-ley sobre firma electrónica; su homóloga, la Directiva 1999/93, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico) y la atribución de los mensajes de datos y de su contenido a su signatario e iniciador (cosa sencilla en caso de venir acompañados de firma electrónica, pero no tanto cuando no aparecen firmados —cosa relativamente frecuente en entornos cerrados—), para pasar al de la problemática de la representación comercial en un entorno electrónico (en tres facetas: actuación del iniciador a través de un representante, intervención de un agente electrónico o inteligente en los procesos de formación y ejecución contractuales, e intermediación en operaciones electrónicas).

A continuación, analiza el autor la problemática del acuse de recibo y la confirmación, piezas clave en el comercio electrónico para dar certidumbre respecto de la llegada de los mensajes de datos a sus destinatarios, por lo que la Directiva sobre comercio electrónico impone la expedición de acuse de recibo salvo pacto en contrario en unas limitadas excepciones. No obstante, ha de tenerse en cuenta que sólo da certeza de la recepción del mensaje, y no de su inalterabilidad (que se consigue a través de la firma electrónica). En relación con el acuse de recibo, son puntos importantes que estudia el profesor ILLESCAS el plazo para su expedición y el momento de su eficacia.

El siguiente apartado de estudio del profesor ILLESCAS se centra en el momento de la perfección del contrato electrónico, que en principio será el de la aceptación de la oferta, cuestión que hace surgir la duda de si la contratación electrónica ha de ser tratada como entre presentes o entre ausentes, en donde el autor considera que la rapidez de la comunicación electrónica no elimina la distancia física entre los contratantes, lo que hace que sea una contratación no instantánea entre ausentes, de modo similar al fax (respecto de este último, disentió el autor —al igual que hacen otros civilistas que el propio profesor ILLESCAS cita—, ya que, como pusimos de manifiesto en su momento —cfr. «La contratación por medio del fax», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, segunda época, núm. 13, 1998, págs. 75-106, concretamente 86-90—, entendemos que deberá ser tratado con carácter general como entre presentes en cuanto al momento de perfección, salvo precisamente en relación con los contratos que específicamente sean de formación sucesiva). Derivadas de la determinación del momento de la perfección del contrato electrónico, se plantean tres grandes cuestiones, como son la de la pertinencia y efectos de un previo acuerdo entre las partes dirigido a regir las sucesivas

transacciones electrónicas entre ellas; la determinación del derecho sustantivo aplicable al referido momento de perfección, por su condición de contrato entre ausentes (sobre este punto y respecto de la posición que mantenemos, volvemos a remitirnos a nuestro artículo citado anteriormente); y las especialidades en la aplicación del Derecho sustantivo aplicable derivadas de que las voluntades contractuales se transmitan mediante mensajes de datos emitidos y recibidos por medio de los sistemas de información de los contratantes, frente al correo postal, referidas a los momentos de expedición y recepción de los mensajes.

En íntima conexión con esta cuestión del momento de perfección está la del lugar, que el profesor ILLESCAS aborda a continuación, inclinándose por la aplicabilidad de la solución del artículo 1.261 del Código Civil: el lugar donde se hizo la oferta, y acto seguido analiza el autor los problemas relativos a la capacidad de obrar de las partes y el error electrónico.

Sobre la problemática del contenido del contrato y su incorporación directa o por referencia en el mensaje de datos, el profesor ILLESCAS estudia la creciente estandarización de los contratos electrónicos y la incorporación a los mismos de condiciones generales de la contratación; para pasar después al tratamiento de determinados aspectos de la dinámica contractual electrónica —vicisitudes por las que puede pasar un contrato desde su perfección hasta su extinción—, concretamente la administración electrónica del contrato de tracto sucesivo (ejemplificando con el tratamiento del seguro en el Derecho español y del contrato de transporte en el Derecho uniforme), las relaciones entre los terceros y los derechos contractuales generados electrónicamente (estipulación a favor de tercero, cesión de derechos contractuales y electronificación de los títulos-valores, principalmente las acciones de las sociedades anónimas y los documentos de transporte) y, a la inversa, los (incipientes) instrumentos de producción por el contrato electrónico de efectos frente a terceros (los nuevos registros electrónicos y los terceros *confiables*, y los archivos electrónicos transferibles).

Finalmente, el último apartado del capítulo se dedica al cumplimiento electrónico de las obligaciones contractuales, sobre todo con relación a la transferencia electrónica de fondos y la compensación electrónica de fondos como medio de pago, deteniéndose en esta última respecto a su oponibilidad a terceros y su inmunidad frente a la retroacción de la quiebra.

Un apartado bibliográfico culmina esta obra, que —volvemos a repetir— da una completa y exhaustiva visión de la compleja materia del Derecho de la contratación electrónica, que la hace muy recomendable para todo aquél que desee un estudio profundo y riguroso del mismo, viniendo a ocupar un lugar destacado y de referencia entre la bibliografía sobre la materia.

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ
Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 184 (Marzo 2001)

«Las licencias de actividad y funcionamiento en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», por JULIA ORTEGA BERNARDO, pág. 11.

SUMARIO: I. PRINCIPIOS BASICOS DEL CONTROL QUE SE EJERCE A TRAVES DE LA LICENCIA DE ACTIVIDAD: 1. FINALIDAD DEL SOMETIMIENTO DE UNA ACTIVIDAD AL RÉGIMEN DE CONTROL PREVISTO EN EL RAMINP. 2. LA CLASIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD: a) *El nomenclátor del RAMINP contiene una mera enumeración ejemplificativa de actividades;* b) *Factores que determinan la clasificación: los efectos sobre el entorno;* c) *La intervención del órgano de la Comunidad Autónoma (v.gr. Comisión Provincial de Medio Ambiente).* 3. LA LICENCIA DE ACTIVIDAD Y LAS MEDIDAS CORRECTORAS.—II. LICENCIA DE OBRAS Y LICENCIA DE ACTIVIDAD: 1. CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE LICENCIA DE OBRAS Y LICENCIA DE ACTIVIDAD: a) *¿Debe ser siempre previo el otorgamiento de la licencia de actividad?;* b) *En la licencia de actividad también es posible verificar un control urbanístico.* 2. SUPUESTOS EXCEPCIONALES EN EL QUE LA LICENCIA DE OBRAS SE IDENTIFICA CON LA LICENCIA DE ACTIVIDAD: a) *Supuesto en el que la actividad objeto de la licencia coincide con las obras o usos del suelo susceptibles de control urbanístico;* b) *Supuestos en los que la actividad se realiza en una edificación ya existente.*—III. LA VISITA DE COMPROBACION COMO REQUISITO PARA ENTENDER OTORGADA LA LICENCIA. LICENCIA DE INSTALACION O ACTIVIDAD VERSUS LICENCIA DE APERTURA O FUNCIONAMIENTO.—V. RESULTADOS.

«El planeamiento de desarrollo en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», por JOSÉ MARÍA ABAD LICERAS, pág. 41.

SUMARIO: 1. EL *IUS VARIANDI* DE LA ADMINISTRACION EN LA REVISION DE LOS PLANES URBANISTICOS.—2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PLANIFICACION URBANISTICA DE DESARROLLO.—3. LAS NORMAS COMPLEMENTARIAS Y SUBSIDIARIAS DE PLANEAMIENTO EN EL MARCO DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES.—4. LA DELEGACION DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS Y LA APROBACION DE PLANES PARCIALES.—5. EL PAPEL DEL ESTUDIO ECONOMICO-FINANCIERO Y DE LA MOTIVACION EN LOS PLANES ESPECIALES.—6. LA FIGURA DE LOS ESTUDIOS DE DETALLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

«La declaración de ruina (Jurisprudencia reciente)», por IGOR YÁÑEZ VELASCO, pág. 77.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL CARACTER DE LA DECLARACION DE RUINA: LA DECLARACION DE RUINA COMO CONSTATAACION DE UNA SITUACION DE HECHO: SU CARACTER REGLADO.—3. LOS SUPUESTOS LEGALES QUE SIRVEN DE BASE PARA LA DECLARACION DE RUINA: A) LA RUINA TÉCNICA: B) LA RUINA ECONÓMICA.—4. OBRAS DE SEGURIDAD DURANTE LA TRAMITACION DEL EXPEDIENTE DE RUINA.—5. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR RUINA.—6. INCIDENCIA DE LA RUINA EN LOS DERECHOS EXPROPIATORIOS.

«La retirada del mar de terrenos de propiedad particular que habían sido invalidados», por JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ, pág. 93 (sin sumario).

«Instrumentos de planeamiento general: algunos aspectos problemáticos (Estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia)», por JOSÉ ANTONIO SEGOVIA ARROYO, pág. 703.

SUMARIO: 1. CONCEPTOS: A) REVISIÓN VERSUS MODIFICACIÓN DEL PLANEAMIENTO GENERAL. B) SISTEMAS GENERALES VERSUS DOTACIONES LOCALES. C) SOBRE LA CONSIDERACIÓN COMO «SUSTANCIAL» DE UN CAMBIO INTRODUCIDO EN LA TRAMITACIÓN DE LA ALTERACIÓN DEL PLANEAMIENTO. D) SOBRE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS.—2. DETERMINACIONES DEL PLANEAMIENTO GENERAL: EN PARTICULAR, LA CLASIFICACION DE LOS TERRENOS COMO SUELO URBANO.—3. MOTIVACION DEL PLANEAMIENTO Y CONTROL DE LA DISCRETIONALIDAD. UN ASUNTO CONCRETO: INCLUSION DE UN BIEN EN UN CATALOGO Y EXCLUSION DEL MISMO DE UNA UNIDAD DE EJECUCION.—4. APROBACION DEFINITIVA: COMPETENCIA AUTONOMICA DELEGADA EN EL PLENO DEL AYUNTAMIENTO (DECRETO ANDALUZ 77/1994, DE 5 DE ABRIL).—5. CONTROL POR LOS TRIBUNALES DEL PLANEAMIENTO GENERAL MODIFICADO O REVISADO.—6. ASPECTOS PROCESALES: EJECUCION PROVISIONAL DE UNA SENTENCIA EN TRAMITE DE CASACION.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 238 (Octubre-Diciembre 2000)

«La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje», por JOSÉ MARÍA MUÑOZ PLANAS y JOSÉ MARÍA MUÑOZ PAREDES, pág. 1411.

SUMARIO: 1. TRADICION Y ACTUALIDAD DEL ARBITRAJE SOCIETARIO.—2. DIFICULTADES Y APERTURA A SU DESARROLLO.—3. EL ARBITRAJE EN TEMA DE IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL Y EL GIRO RECIENTE DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—4. EL CASO CONTEMPLADO POR DICHO TRIBUNAL: POSICIONES CONTRADICTORIAS DE LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA Y SOLUCION ACOGIDA EN CASACION.—5. UNA CUESTION PREVIA Y

GENERAL: VIRTUALIDAD DE LA CLAUSULA ESTATUTARIA DE ARBITRAJE COMO CONVENIO ARBITRAL.—6. FUNDAMENTO DE LA DISPONIBILIDAD DE LA MATERIA EN LA IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL: FACTORES EXTERNOS QUE REPERCUTEN EN LA COMPLEJIDAD DEL PROBLEMA.—7. POSICIONES QUE NIEGAN DE MODO ABSOLUTO LA DISPONIBILIDAD: RAZONES: A) UNA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA IMPUGNACIÓN. B) EL CARÁCTER DE «JUS COGENS» QUE TIENEN ESAS NORMAS. C) LA INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN.—8. POSICIONES QUE ADMITEN LA DISPONIBILIDAD EN DETERMINADOS CASOS DISTINGUIENDO ENTRE: A) ACUERDOS NULOS Y ANULABLES. B) ACUERDOS QUE AFECTEN A INTERESES INDIVIDUALES DE LOS SOCIOS O A INTERESES COLECTIVOS O DE TERCEROS.—9. POSICIONES FAVORABLES DE MODO GENERAL A LA DISPONIBILIDAD DE LA MATERIA: FUNDAMENTOS: A) EL PODER DE DISPOSICIÓN QUE TIENEN LOS SOCIOS SOBRE EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN. B) EL PODER DE DISPONER QUE TIENEN LOS SOCIOS SOBRE LOS ACUERDOS SOCIALES. FORMULACIÓN RECIENTE DE ESTE ARGUMENTO EN ALGUNOS AUTORES Y SENTENCIAS ALEMANAS.—10. CRITICA DE LA DOCTRINA EXPUESTA POR NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO: SU INUTILIDAD.—11. CONCLUSION: A) PERSPECTIVA TIPOLOGICA DEL PROBLEMA: NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE SOCIEDADES CERRADAS Y SOCIEDADES COTIZADAS. B) NECESIDAD DE VALORAR LA NATURALEZA DE LOS INTERESES AFECTADOS POR LOS VICIOS DETERMINANTES DE LA IMPUGNACION QUE SE PRETENDE ARBITRAR.

«Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros», por CÁNDIDO PAZ-ARES y FRANCISCO GARCIMARTÍN, pág. 1479.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LOS SISTEMAS «MULTINIVEL» DE ANOTACIONES: A) DESCRIPCIÓN. B) LÓGICA TRANSACCIONAL.—3. REGIMEN CONFLICTUAL: MODELOS NORMATIVOS: A) MODELO CENTRALIZADO («LOOKING-THROUGH APPROACH»). CRÍTICA. B) MODELO DESCENTRALIZADO («PLACE-OF-THE-IMMEDIATE-INTERMEDIARY APPROACH»).—4. REGIMEN CONFLICTUAL: ANÁLISIS POSITIVO (ART. 15 DE LA LEY 41/1999): A) LAGUNAS DE LA REGLA Y SU INTEGRACIÓN. B) PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN: a) *La lex rei sitae*; b) *La lex contractus*; c) *La ley del emisor*; d) *La lex concursus*.—5. CONCLUSIONES.

«El derecho a examinar los documentos que sirven de soporte y de antecedente de las cuentas anuales en la sociedad de responsabilidad limitada (Contribución al estudio del art. 86.2 LSRL)», por JOSÉ M.^a VIGUERA RUBIO y NIKOLÁS AUGOUSTATOS ZARCO, pág. 1519.

SUMARIO: I. LA CONFIGURACION DEL DERECHO: 1. PRELIMINAR. 2. EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY: A) *La declarada «novedad» de derecho*. B) *La proclamada «independencia» del derecho respecto del derecho de información*. 3. EN EL TEXTO ARTICULADO: A) *El contexto normativo*. B) *Los caracteres del derecho en la norma positiva*: a) Derecho de minoría cualificada; b) Carácter dispositivo.—II. EL CONTENIDO DEL DERECHO.—III. EL EJERCICIO DEL DERECHO: 1. PLAZO. 2. LUGAR. 3. LEGITIMACIÓN ACTIVA. EL EXPERTO CONTABLE. 4. EL DEBER DE COOPERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

«Las actividades de gestión en el servicio de caja», por JAVIER VALENZUELA GARACH, pág. 1573.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. EN TORNO AL SERVICIO BANCARIO DE CAJA.—II. LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA: 1. REFERENCIAS NORMATIVAS. 2. AUTONOMÍA (DEL CONTRATO) DE LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA. 3. SU DELIMITACIÓN FRENTE AL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL. 4. LA ENTIDAD DE CRÉDITO BANCARIA COMO GESTORA DE INTERESES AJENOS EN LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA: LA COMISIÓN MERCANTIL.—III. DIFERENTES ACTIVIDADES DE MEDIACION EN LOS PAGOS PROPIAS DEL SERVICIO DE CAJA: 1. LA TRANSFERENCIA BANCARIA: A) *Consideraciones generales*. B) *Significado económico y tipos de transferencias bancarias*. C) *Naturaleza jurídica de la transferencia bancaria. Relaciones entre los sujetos intervinientes*. 2. LA DOMICILIACIÓN DE RECIBOS: A) *Función económica y naturaleza de la domiciliación. Idea general*. B) *La posición del banco domiciliatario y del cliente cuentacorrentista*. 3. LAS TARJETAS DE CRÉDITO: A) *Significado económico y funcionalidad. Una idea general*. B) *Las entidades de crédito emisoras como comisionistas*. 4. EL CHEQUE: A) *Significado económico y referencias legislativas. Su sentido en nuestro estudio*. B) *Cheque bancario y comisión mercantil*.—IV. MEDIACION BANCARIA EN LOS PAGOS EN EL CREDITO DOCUMENTARIO: 1. RESEÑAS LEGISLATIVAS. SU SENTIDO EN NUESTRO ESTUDIO. 2. SU FUNCIÓN ECONÓMICA. LA COMISIÓN MERCANTIL ENTRE EL ORDENANTE Y EL BANCO EMISOR. 3. EVENTUAL INTERVENCIÓN DE UN BANCO SECUNDARIO.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 1 (2001)

«Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica», por XAVIER O'CALLAGHAN, pág. 1.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: 1. DISPARIDAD DE CRITERIOS. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL.—II. HACIA LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA OBJETIVA: 1. CONCEPTOS INICIALES. 2. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO. 3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA (OBLIGACIÓN DE REPARAR) (RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y YUXTAPUESTA).—III. OBLIGACION DE ACTIVIDAD-OBLIGACION DE RESULTADO: 1. OBLIGACIÓN DE ACTIVIDAD-OBLIGACIÓN DE RESULTADO. 2. OBLIGACIÓN (RESPONSABILIDAD) DE REPARAR EL DAÑO EN LA OBLIGACIÓN DE ACTIVIDAD. 3. OBLIGACIÓN (RESPONSABILIDAD) DE REPARAR EL DAÑO EN LA OBLIGACIÓN DE RESULTADO.—IV. RESPONSABILIDAD DEL CENTRO MÉDICO: 1. CLASES DE RESPONSABILIDAD. 2. JURISPRUDENCIA.—V. APLICACION DE LA LEY 26/1984, DE 19 DE JULIO, GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: 1. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. 2. APLICACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA. 3. RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO DEFECTUOSO.—VI. PRESCRIPCION: 1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. 2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. 3. YUXTAPOSICIÓN DE RESPONSABILIDADES. 4. OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS. 5. COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: «DIES A QUO». 6. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. 7. SOLIDARIDAD.

Número 2 (2001)

«El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (Crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, pág. 31.

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y ANTECEDENTES.—II. OBJETIVO Y AMBITO DE APLICACION DE LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRONICO: 1. CONCEPTO DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN («VERSUS» COMERCIO ELECTRÓNICO). 2. MATERIAS QUE, FORMANDO PARTE DEL CONCEPTO DE SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, QUEDAN EXCLUIDAS. FUNDAMENTACIÓN.—III. PRINCIPIO DE MERCADO INTERIOR: LA TECNICA DEL RECONOCIMIENTO MUTUO Y EL PRINCIPIO DE PAIS DE ORIGEN: 1. LAS LIBERTADES DE ESTABLECIMIENTO Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 2. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO. 3. EL PRINCIPIO DEL PAÍS DE ORIGEN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. SUS EXCEPCIONES.—IV. BREVE ANALISIS DE LOS AMBIENTOS ANNONIZADOS: 1. PRINCIPIO DE NO AUTORIZACIÓN PREVIA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. 2. DEBERES DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA. EN PARTICULAR EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES. 3. CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS POR VÍA ELECTRÓNICA: A) *Planteamiento general. La obligatoriedad del reconocimiento de la validez jurídica de los contratos electrónicos y el proceso de formación del consentimiento.* B) *Ambito de exclusión de la Directiva.* C) *Momento de la celebración del contrato.* 4. PROFESIONES REGULADAS: A) *El principio de país de origen.* B) *La singularidad de las profesiones jurídicas que ejercen por delegación de los Estados potestades públicas.* 5. RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN. SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS Y RECURSOS JUDICIALES.

Número 3 (2001)

«Las instituciones arbitrales nacionales (desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional)», por BALDOMERO ANDRÉS CIURANA, pág. 81.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL: CONCEPTO Y CARACTERES.—III. FUNDAMENTO DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL: 1. FUNDAMENTO LEGAL DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL. 2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUNDAMENTO DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL: 2.1. *El convenio arbitral.* 2.2. *La oferta pública de administración de los arbitrajes.* 2.3. *Las cláusulas arbitrales tipo. Especial referencia al modelo de la Corte de Arbitraje de Valencia.*—IV. LAS INSTITUCIONES ARBITRALES: 1. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. CONFIGURACIÓN GENERAL: 1.1. *La función de arbitraje de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.* 1.2. *Los Colegios de Abogados como instituciones arbitrales.* 1.3. *Funciones arbitrales de otros entes corporativos.* 2. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN DE ARBITRAJE DE LAS INSTITUCIONES CORPORATIVAS. 3. INSTITUCIONES ARBITRALES PÚBLICAS DE BASE NO CORPORATIVA: 3.1. *El arbitraje de consumo. Las Juntas Arbitrales de Consumo.* 3.2. *El arbitraje en materia de propiedad intelectual. La Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual.* 3.3. *El arbitraje en materia de*

transportes terrestres. Las Juntas Arbitrales de Transportes. 3.4. El arbitraje en el seguro privado. 3.5. Recapitulación. 4. LAS ASOCIACIONES Y ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO COMO INSTITUCIONES ARBITRALES.

Número 4 (2001)

«Situación actual y perspectivas del recurso gubernativo contra la calificación registral (reflexiones de urgencia tras la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2000)», por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 117.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. DISCIPLINA ACTUAL DEL RECURSO GUBERNATIVO: 1. ALCANCE DEL FALLO DE LA SENTENCIA. 2. SUBSISTENCIA DEL RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA CALIFICACIÓN. 3. LA INTERVENCIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO GUBERNATIVO. 4. LA APELACIÓN ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL. 5. EL PROCEDIMIENTO APPLICABLE AL RECURSO GUBERNATIVO: A) *Planteamiento.* B) *La calificación del Registrador y las Resoluciones de la Dirección General.* C) *La resolución del Presidente del Tribunal Superior de Justicia.* D) *¿Vigencia de los preceptos del Reglamento Hipotecario en la redacción anterior al Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre?* E) *La concreta disciplina actual del procedimiento en el recurso gubernativo contra la calificación.*—III. LA NECESARIA REFORMA DEL RECURSO GUBERNATIVO: 1. SOBRE LA URGENTE NECESIDAD DE ACOMETER, POR LEY, LA REFORMA DEL RECURSO GUBERNATIVO. 2. DE NUEVO SOBRE LA NATURALEZA DEL RECURSO GUBERNATIVO. 3. UNA PROPUESTA CONCRETA DE LÍNEAS BÁSICAS PARA LA REFORMA DEL RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA CALIFICACIÓN Y DE SU CONTROL JUDICIAL.

Número 5 (2001)

«La implantación del Euro y su incidencia en las obligaciones pecuniarias», por CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ, pág. 163.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. ESTATUTO JURIDICO DEL EURO.—III. EFECTOS DE LA INTRODUCCION DEL EURO EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS: A) EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD: a) *Ambito objetivo del principio de continuidad:* 1. Contratos con tipos de interés fijo. 2. Contratos con tipos de interés variable; b) *Ambito de aplicación espacial del principio de continuidad;* c) *Excepciones al principio de continuidad;* d) *La norma de artículo 10.3 de la Ley de Implantación del Euro.* B) LOS PRINCIPIOS DE NEUTRALIDAD, FUNGIBILIDAD Y EQUIVALENCIA NOMINAL: a) *Su formulación;* b) *Aplicación del principio de neutralidad a las obligaciones pecuniarias:* 1. Obligaciones de suma o cantidad de dinero. 2. Deudas de moneda individual. 3. Deudas de especie monetaria; c) *Especial consideración del principio de fungibilidad:* 1. Instrumentos jurídicos ya existentes el 1 de enero de 1999. 2. Instrumentos jurídicos creados entre el 1 de enero 1999 y el 31 de diciembre de 2001. 3. Instrumentos jurídicos creados a partir del 1 de enero de 2002.

Número 6 (2001)

«Aproximación a las acciones colectivas de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación», por OCTAVIO TOBAJAS GÁLVEZ, pág. 201.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION: A) CONCEPTO LEGAL. B) INCORPORACIÓN Y NULIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN A LOS CONTRATOS: 1. *Incorporación*. 2. *Nulidad de las condiciones generales de la contratación*. 3. *Régimen de aplicación y efectos de la nulidad y no incorporación de las condiciones generales de la contratación*. 4. *La interpretación de las condiciones generales de la contratación*.—III. LAS ACCIONES COLECTIVAS: A) EL SISTEMA DE CONTROL ABSTRACTO DE LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. B) OBJETO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS. C) PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. D) PREPARACIÓN DEL PROCESO. E) LA DEMANDA. F) COMPETENCIA. G) LEGITIMACIÓN. H) PROCESO JUDICIAL.—IV. LA SENTENCIA.

Número 7 (2001)

«Consideración en el ámbito mercantil de la reclamación extrajudicial como causa que impide la prescripción extintiva de las acciones personales», por JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO, pág. 241.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. RESEÑA DE LOS ANTECEDENTES DE LA RECLAMACION EXTRAJUDICIAL COMO CAUSA DE INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA DE ACCIONES. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 40 DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA.—3. CONSIDERACIONES SOBRE UN POSIBLE REGIMEN UNITARIO PARA EL AMBITO CIVIL Y MERCANTIL DE LAS CAUSAS DE INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA.—4. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARTICULO 944 DEL CODIGO DE COMERCIO.—5. LA IMPORTANCIA DE LA REMISION DEL ARTICULO 89.2 DE LA LEY 19/1985, DE 16 DE JULIO, CAMBIARIA Y DEL CHEQUE, AL ARTICULO 1.973 DEL CODIGO CIVIL.—6. EFECTOS POSITIVOS DE LA RECLAMACION EXTRAJUDICIAL COMO CAUSA DE INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA.—7. REFERENCIA A OTROS CODIGOS CIVILES EXTRANJEROS.—8. DIFICULTADES QUE EN EL FUTURO SE PUEDEN PRESENTAR MANTENIENDO LA ACTUAL SITUACION NORMATIVA.—9. JURISPRUDENCIA ANTERIOR E INMEDIATA POSTERIOR A LA PUBLICACION DEL CODIGO CIVIL: 9.1. SENTENCIAS EN LAS CUALES NO INTERRUMPE LA PRESCRIPCION LA RECLAMACION EXTRAJUDICIAL. 9.2. SENTENCIAS EN LAS CUALES SE INTERRUMPE LA PRESCRIPCION POR UNA ACTIVIDAD EXTRAJUDICIAL DEL ACREEDOR.—10. JURISPRUDENCIA RECIENTE QUE DE FORMA COLATERAL ABORDA EL PROBLEMA.

Número 8 (2001)

«La protección medioambiental: especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medioambiente (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de abril de 2000)», por EDUARDO SERRANO GÓMEZ, pág. 273.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA DE PROTECCION MEDIOAMBIENTAL.—III. LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL.—IV. PRESUPUESTOS DE LA PROTECCION MEDIOAMBIENTAL.—V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE.—VI. EL PRINCIPIO «EL QUE CONTAMINA PAGA» Y SUS POSIBLES EXCEPCIONES.—VII. OTROS MEDIOS DE REPARACION DE LOS DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE.—VIII. UN MODELO DE LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIOAMBIENTAL: LA LEY ALEMANA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1990.—IX. CONCLUSION.—X. ANEXO.

Número 9 (2001)

«La aceptación del arbitraje y la designación de los árbitros por las instituciones arbitrales», por BALDOMERO ANDRÉS CIURANA, pág. 307.

SUMARIO: I. REGIMEN JURIDICO DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES: 1. REGLAMENTOS ARBITRALES: 1.1. *Naturaleza y eficacia normativa de los reglamentos.* 1.2. *Requisitos de los reglamentos.* 2. EL REGLAMENTO DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE VALENCIA. 3. LOS ESTATUTOS DE LAS CORTES Y TRIBUNALES ARBITRALES. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LA ORGANIZACIÓN DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE VALENCIA: 3.1. *Organos colegiados.* 3.2. *Organos unipersonales.*—II. FUNCIONES DE ARBITRAJE PREVIAS AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL: 1. ACEPTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ARBITRAJE. 2. LA DETERMINACIÓN DEL NÚMERO DE ÁRBITROS. 3. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS: 3.1. *Limitaciones a la designación de los árbitros por la institución arbitral.* 3.2. *Sistemas de designación de los árbitros.* 3.3. *Designación de los árbitros en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia.* 4. PARTICIPACIÓN DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL EN LA ACEPTACIÓN DEL NOMBRAMIENTO POR LOS ÁRBITROS. 5. DETERMINACIÓN DE LA CLASE DE ARBITRAJE.

Número 10 (2001)

«Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (glosa general)», por ENRIQUE RAMOS CHAPARRO, pág. 339.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DISPOSICIONES GENERALES (CAPITULO I).—III. LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS (CAPITULO II).—IV. LOS PROCESOS SOBRE FILIACION, PATER-

NIDAD Y MATERNIDAD (CAPITULO III).—V. LOS PROCESOS MATRIMONIALES Y DE MENORES (CAPITULO IV).—VI. OPOSICION A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCION DE MENORES Y PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA NECESIDAD DE ASENTIMIENTO A LA ADOPCION (CAPITULO V).

REVISTA JURIDICA DE LA REGION DE MURCIA

Número 29 (Julio 2000)

«Apuntes sobre la tutela cautelar en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», por JOSÉ MARTÍN PASTOR, pág. 13.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: 2.1. EL PRESUPUESTO DEL «FUMUS BONI IURIS». 2.2. EL PRESUPUESTO DEL «PERICULUM IN MORA». 2.3. EL PRESUPUESTO DE LA CAUCION.—3. LAS MEDIDAS (LOS EFECTOS) CAUTELARES.—4. EL REGIMEN DE EXCLUSION-SUSTITUCION DE LA EFICACIA DE LA MEDIDA CAUTELAR SIN NEGAR SUS PRESUPUESTOS: LA CAUCION SUSTITUTORIA.—5. UN PROCEDIMIENTO CAUTELAR UNICO PARA LA TUTELA CAUTELAR: DIFICULTADES INTERPRETATIVAS.—6. JURISDICCION Y COMPETENCIA: 6.1. MEDIDAS CAUTELARES INSTRUMENTALES DE UN PROCESO SEGUIDO ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES: 6.1.1. *Medidas cautelares solicitadas en la propia demanda principal o pendiente el proceso principal.* 6.1.2. *Medidas cautelares solicitadas con anterioridad a la interposición de la demanda principal.* 6.2. MEDIDAS CAUTELARES NO INSTRUMENTALES DE UN PROCESO SEGUIDO ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES: 6.2.1. *Medidas cautelares de un litigio sometido a arbitraje interno.* 6.2.2. *Medidas cautelares instrumentales de un proceso que se siga ante un órgano jurisdiccional o arbitral extranjero.*—7. PARTES.—8. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR: 8.1. LA SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR: 8.1.1. *Necesaria instancia de parte.* 8.1.2. *Momento de la solicitud.* 8.1.3. *Contenido y forma de la solicitud.* 8.2. LA CONTRADICCIÓN PREVIA COMO REGLA GENERAL: LA AUDIENCIA DEL DEMANDADO PREVIA A LA RESOLUCIÓN CAUTELAR: 8.2.1. *La forma o modo de respetar la contradicción en el proceso cautelar.* 8.2.2. *La audiencia del demandado previa a la resolución cautelar.* 8.2.3. *Excepciones a la previa audiencia del demandado.* 8.3. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA SOLICITUD CAUTELAR: 8.3.1. *El deber de congruencia.* 8.3.2. *La resolución sobre la solicitud de la medida cautelar:* 8.3.2.1. Cuando se resuelve sobre la medida cautelar con previa audiencia del demandado. 8.3.2.2. Cuando se resuelve sobre la medida cautelar sin previa audiencia del demandado. 8.3.3. *Recursos contra la resolución cautelar:* 8.3.3.1. Cuando se ha resuelto sobre la medida cautelar con previa audiencia del demandado. 8.3.3.2. Cuando se ha resuelto sobre la medida cautelar sin previa audiencia del demandado. 8.4. LA EJECUCIÓN O ACTUACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE ADOPTA UNA MEDIDA CAUTELAR. 8.5. LA OPOSICIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR ADOPTADA SIN PREVIA AUDIENCIA DEL DEMANDADO. 8.6. LA POSIBILIDAD DE UN NUEVO PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR PREVIAMENTE ADOPTADA O DENEGADA POR NOVEDAD DE HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS: 8.6.1. *La posibilidad de un nuevo pronunciamiento sobre la medida cautelar previamente denegada*

por novedad de hechos y circunstancias. 8.6.2. *La posibilidad de un nuevo pronunciamiento sobre la medida cautelar previamente adoptada por novedad de hechos y circunstancias.*—9. EL ALZAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR: 9.1. ALZAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR POR SENTENCIA DE TERMINACIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL NO FIRME. 9.2. ALZAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR POR SENTENCIA DE TERMINACIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL FIRME. 9.3. ALZAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR POR TERMINACIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL SIN SENTENCIA. 9.4. ALZAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR POR OTRAS CAUSAS.—10. LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA MEDIDA CAUTELAR: 10.1. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD, OBJETIVA O POR CULPA, POR LA TUTELA CAUTELAR. 10.2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA EXACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

«Las competencias del Jurado Provincial de Expropiación en materia de intereses de demora», por BALDOMERO RUIZ CUADRADO, pág. 61.

SUMARIO: 1. CONCRECIÓN DE LOS ASPECTOS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA.—2. COMPETENCIA DEL JURADO PROVINCIAL DE EXPROPIACIÓN SOBRE LA PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DE LOS INTERESES DE DEMORA.—3. LOS INTERESES DE DEMORA DEL ARTÍCULO 56 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA: A) RAZONES EN FAVOR DE LA COMPETENCIA DEL JURADO. B) ESTADO ACTUAL DE LA ANALOGÍA BENEFICIARIO DE LA EXPROPIACIÓN-CONCESIONARIO DE SERVICIO PÚBLICO. C) EJERCICIO POR LA ADMINISTRACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL JURADO: NULIDAD O ANULABILIDAD. D) EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA PIEZA DE JUSTIPRECIO.—4. LOS INTERESES DE DEMORA DEL ARTÍCULO 57 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA.

«Las diligencias de investigación del Proceso Penal. Selección de Jurisprudencia», por MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ y MARÍA DEL CARMEN ORENES BARQUERO, pág. 77.

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN.—2. REGULACIÓN LEGAL.—3. ÓRGANO COMPETENTE PARA REALIZAR LA INSTRUCCIÓN.—4. EXAMEN PARTICULAR DE LAS DENOMINADAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN: 4.1. EL CUERPO DEL DELITO: a) *Supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad*; b) *Supuestos de lesiones, heridas o envenenamiento*; c) *Supuestos de delito de robo, hurto y estafa*; d) *Supuestos de delitos de falsificación*; e) *La inspección ocular*. 4.2. LA IDENTIFICACIÓN DEL DELINCUENTE Y SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES: a) *Diligencia de reconocimiento en rueda*; b) *Identificación fotográfica*; c) *Identificación por otros instrumentos de reproducción de la imagen*; d) *Identificación por voz*; e) *Identificación dactiloscópica*; f) *Identificación por muestras sanguíneas, pelos, semen, marcadores de ADN*; g) *Identificación mediante prueba pericial caligráfica y de escritura a máquina*. 4.3. DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN QUE AFECTAN A DERECHOS FUNDAMENTALES.—I. LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO: a) *Ideas generales*; b) *Concepto*; c) *Competencia*; d) *Presupuestos*; e) *Objeto material*.—II. ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO: a) *La previsión constitucional*; b) *Concepto*

de domicilio; c) Requisitos; d) Disposiciones particulares.—III. ENTRADA Y REGISTRO EN EDIFICIOS Y LUGARES PUBLICOS: a) *Concepto y Requisitos; b) Disposiciones particulares.*—IV. PROCEDIMIENTO.—4.4. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES POSTALES, TELEGRÁFICAS O TELEFÓNICAS: a) *Consideraciones Generales; b) Competencia; c) Requisitos; d) Procedimiento.* 4.5. LAS INTERVENCIONES CORPORALES: a) *Requisitos y garantías; b) El cacheo; c) Reconocimientos radiológicos y ecográficos; d) Toma de huellas dactilares; e) Análisis de sangre, orina, semen, pelos y saliva; f) La prueba de alcoholemia; g) Exploración de cavidades corporales.* 4.6. LA ENTREGA CONTROLADA DE DROGAS. 4.7. OTRAS DILIGENCIAS: EL AGENTE ENCUBIERTO. 4.8. EL CAREO.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 97 (Enero-Abril 2000)

- «Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada», por JORGE CARPIZO y ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 9.
- «Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978», por PEDRO CRUZ VILLALÓN y JAVIER PARDO FALCÓN, pág. 65.
- «¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)», por SERGIO LÓPEZ-AYLLÓN y HÉCTOR FIX-FIERRO, pág. 155.
- «Desarrollo de nuevas tendencias en el parlamentarismo. Algunos comentarios generales», por ALESSANDRO PIZZORUSSO, pág. 269.
- «Consideraciones acerca del régimen constitucional de la tolerancia», por DIEGO VALADÉS, pág. 297.

Número 98 (Mayo-Agosto 2000)

- «Constitución y reelección presidencial: el caso peruano», por EDGAR CARPIO MARCOS, pág. 447.
- «Apuntes sobre los orígenes constitucionales del territorio de Quintana Roo», por MANUEL FERRER MUÑOZ, pág. 505.
- «Bases para la historia constitucional del Perú», por DOMINGO BELAUNDE GARCÍA, pág. 547.
- «Estado democrático y social de derecho», por SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, pág. 595.
- «Los Estados antiguos y la globalización», por MARCOS KAPLAN, pág. 637.
- «La libertad sindical», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 695.
- «El Parlamento de la Europa comunitaria: organización y funcionamiento», por CECILIA JUDITH MORA-DONATTO, pág. 725.
- «El uso de la lengua como objeto de regulación jurídica», por ALESSANDRO PIZZORUSSO, pág. 785.
- «El incumplimiento de las ordenanzas sobre medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia: el caso LaGrand», por SOLEDAD TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, pág. 807.

Número 99 (Septiembre-Diciembre 2000)

- «Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado», por JORGE FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 1013.
- «Dinero y política. La cuadratura del círculo de la democracia en América Latina», por JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA, pág. 1055.
- «Constitución y diseño institucional», por CARLA HUERTA OCHOA, pág. 1085.
- «External Voting: Legal Framework and Overview of Electoral Legislation», por DIETER NOHLEN y FLORIAN GROTZ, pág. 1115.
- «Consideraciones sobre antecedentes del derecho diplomático», por JOSÉ JUAN DE OLLOQUI, pág. 1147.
- «La defensa frente a leyes de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional español», por JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ, pág. 1173.
- «Las tendencias del derecho social en América Latina: Brasil, Colombia, México y Perú», por ALFREDO SÁNCHEZ CASTAÑEDA, pág. 1209.
- «Autonomía colectiva y derecho sindical», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 1253.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 863 (Enero-Febrero-Marzo 2001)

- «El estudio de títulos y el diseño de la buena fe en el Proyecto del nuevo Código Civil», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 27.
- «La seguridad jurídica y la circulación internacional de los documentos públicos», por NELLY A. TAIANA DE BRANDI y MARITEL M. BRANDI TAIANA, pág. 33.
- «El problema de la unidad y de la pluralidad sucesoria en el derecho argentino», por MAURICIO BORETTO, pág. 39.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 936 (Mayo-Agosto 2000)

- «Derecho real de superficie», por GASTÓN AUGUSTO ZAVALA, pág. 393.
- «La utilización del contrato de fideicomiso con fines de garantía», por CAROLINA ORMAECHEA, pág. 435.
- «Fe de conocimiento», por MARIO ANTONIO ZINNY, pág. 465.
- «Tiempo compartido», por VERÓNICA E. GERVAZI y otros, pág. 477.
- «A modo de comentario. Nueva Ley española. Tiempo compartido», por EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, pág. 409.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 1 (Enero-Junio 2000)

- «El Obispado de Guadalajara según las Leyes de Indias», por J. JESÚS GÓMEZ FREGOSO, pág. 11.

- «La organización profesional y derechos humanos», por HÉCTOR SANTOS AZUELA y VERÓNICA SANTOS MÉNDEZ, pág. 51.
- «Necesidad de la razón de Estado», por JORGE ALBERTO CONTRERAS BRAVO, pág. 71.
- «Avances del proyecto Reforma y renovación del sistema jurídico jalisciense», por CARLOS EDUARDO MOYADO ZAPATA y JOSÉ PADILLA ARELLANO, pág. 97.
- «Reflexiones en torno a la implementación de elecciones primarias en los procesos electorales internos de los partidos políticos en México», por FRANCISCO JOSÉ DE ANDREA SÁNCHEZ, pág. 121.
- «El derecho a una administración de justicia pronta y expedita: el caso de los servidores del Instituto Federal Electoral», por OMAR ESPINOZA HOYO, pág. 137.
- «Reflexiones jurídico-electorales sobre el funcionamiento de la ciudadanización plena del Consejo General del IFE: Realización democratizadora o quimera frustrada», por FRANCISCO JOSÉ DE ANDREA SÁNCHEZ, pág. 159.
- «Apuntes sobre las causas de denegación del laudo extranjero de naturaleza privada», por FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ, pág. 169.
- «Apuntes para una política de seguridad pública basada en los derechos humanos», por VÍCTOR M. RAMOS CORTÉS, pág. 197.
- «La seguridad pública desde una óptica criminológica», por SILVIA PATRICIA LÓPEZ GONZÁLEZ, pág. 207.
- «Realidad y criminalidad: medidas de prevención y persecución», por ANTONIO DE JESÚS MENDOZA MEJÍA, pág. 225.
- «Derecho internacional de los refugiados: medio siglo de la Convención de Ginebra», por RAÚL TRUJILLO HERRERA, pág. 243.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 4 (2000)

- «The New United States Uniform Electronic Transactions Act: Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce», por HENRY D. GABRIEL, pág. 651.
- «La réglementation du commerce électronique dans l'Union européenne», por JOSÉ M. SÁNCHEZ FELIPE, pág. 665.
- «Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation», por MARTIN GEBAUER, pág. 683.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 192 (Enero 2001)

- «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», por ALVARO RODRÍGUEZ BEREJO, pág. 9.
- «El servicio postal universal», por RAQUEL CASTAÑO SUÁREZ, pág. 23.
- «La posible extensión de la votación por mayoría cualificada en el Consejo, tema de estudio obligado de la próxima conferencia intergubernamental, impuesto por el Consejo Europeo de Helsinki», por LUIS ORTÚZAR ANDÉCHAGA, pág. 31.

- «Legitimación de los Tribunales Económico-Administrativos para plantear cuestión prejudicial y deducción del IVA soportado por las actividades previas a la realización regular de operaciones económicas (análisis de la sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa)», por CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, pág. 47.
- «Los aranceles notariales y registrales y su compatibilidad con el Derecho Comunitario (algunas reflexiones en torno a la STJCE, de 29 de septiembre de 1999)», por CARLOS DE PABLO VARONA, pág. 71.
- «El Derecho de la competencia de aplicación al transporte terrestre: transporte por ferrocarril y transporte por carretera», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 83.
- «A vueltas con el pan: ¿libre circulación de mercancías? Introducción a la sentencia Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sasss GmbH», por RAFAEL SANZ, pág. 99.
- «Decálogo para el desarrollo urbano sostenible de la Unión Europea», por ANGEL B. GÓMEZ PUERTO, pág. 107.
- «Organizaciones pesqueras internacionales», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 109.

Número 193 (Febrero 2000)

- «Fiscalidad del turismo y Ordenamiento Comunitario», por SUSANA BOKOBO MOLCHE, pág. 9.
- «Límites del Derecho Comunitario a los tributos ambientales», por CRISTÓBAL J. BORRERO MORO, pág. 19.
- «La propuesta de Directiva Marco de política de aguas y la reforma de la Ley de Aguas de 1999», por CÉSAR GARCÍA NOVOA, pág. 31.
- «Competencias comunitarias sobre fiscalidad ambiental», por PEDRO M. HERRERA MOLINA, pág. 49.
- «La reparación de los daños ambientales. Estudio comparativo entre el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental y el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Reparación Medioambiental», por PEDRO POVEDA GÓMEZ y CARLOS VÁZQUEZ COBOS, pág. 59.
- «Impuestos, energía y Derecho comunitario», por JOSÉ ANDRÉS ROZAS VALDÉS, pág. 73.
- «Propuestas comunitarias sobre la fiscalidad de la energía», por ANTONIO VAQUERA GARCÍA, pág. 89.
- «La fiscalidad al servicio de la eliminación de los residuos urbanos», por MARTA VILLAR EZCURRA, pág. 99.
- «La aplicación de los mecanismos derivados del Protocolo de Kyoto para mitigar los efectos del cambio climático. Balance de situación en el mundo, en la Unión Europea y en España», por ANA YÁBAR STERLING, pág. 125.

Número 194 (Marzo 2000)

- «La Directiva Comunitaria 1999/34/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miem-

- bros en cuestión de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos», por ANTONIO MARÍN LÓPEZ, pág. 9.
- «El jurista español ante el Common Law», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, pág. 19.
- «El carácter engañoso de la marca de empresa (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96)», por ANGEL MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, pág. 29.
- «La regulación de la publicidad comparativa (comentarios ante su inminente reforma)», por JOSÉ MARÍA ROJÍ BUQUERAS, pág. 45.
- «La aptitud de los Tribunales Económico-Administrativos para plantear cuestiones prejudiciales (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de marzo de 2000)», por JAVIER MARTÍN FERNÁNDEZ, pág. 55.
- «El IVA y los sistemas de promoción de ventas (la STJCE Kuwait Petroleum, de 27 de abril de 1999)», por ADOLFO J. MARTÍN JIMÉNEZ, pág. 63.
- «Mercosur: aspectos institucionales y fiscales. La cooperación con la Unión Europea», por JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, pág. 85.
- «Derecho del Mar y Derecho Marítimo Pesquero», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 109.